

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

JURISDIÇÃO

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

Número 82 - Novembro/Dezembro - 2009

R. TRF 5ª Região, nº 82, p. 1-445, Novembro/Dezembro - 2009

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

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

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

Administração

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

GABINETE DA REVISTA:

Diretor

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

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

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

Apoio Técnico

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

Diagramação

GABINETE DA REVISTA

Endereço eletrônico: www.trf5.gov.br

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

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

Bimestral, a partir do volume nº 73.

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

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

CDU 34(05)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Desembargador Federal

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - 03.07.00

Presidente

Desembargador Federal

MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS - 03.12.03

Vice-Presidente

Desembargador Federal

MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - 08.08.07

Corregedor

Desembargador Federal

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES - 30.03.89

Diretor da Escola de Magistratura Federal

Desembargador Federal

JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA - 29.04.92

Desembargador Federal

FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS - 13.03.96

Desembargadora Federal

MARGARIDA CANTARELLI - 09.12.99

Desembargador Federal

FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI - 03.07.00

Desembargador Federal

JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - 03.07.00

Desembargador Federal

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - 17.05.01

Diretor da Revista

Desembargador Federal
PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA - 19.09.01

Desembargador Federal
FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS - 15.08.03

Desembargador Federal
VLADIMIR SOUZA CARVALHO - 27.02.08

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

Desembargador Federal
FRANCISCO BARROS DIAS - 12.01.09

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)

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

PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)

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

SEGUNDA TURMA (terças-feiras)

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

TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)

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

QUARTA TURMA (terças-feiras)

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

SUMÁRIO

I - Jurisprudência	13
II - Índice Sistemático	433
III - Índice Analítico	437

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 96.447-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Agravados: MARCELO JOSÉ QUEIROGA MACIEL, EVANDRO DE ALMEIDA FERNANDES, OSWALDO PESSOA DE AQUINO, RÚBRIA BENIZ GOUVEIA BELTRÃO, ROBERTO FLÁVIO MACHADO FREIRE, CÍCERO LUCENA FILHO E COESA ENGENHARIA LTDA.
Partes Aut.: UNIÃO E MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA - PB
Advs./Procs.: DR. MARCELO BRUTO DA COSTA CORREIA E OUTROS (1º AGRDO.), JALDELÊNIO REIS DE MENESES (2º AGRDO.), OVÍDIO LOPES DE MENDONÇA E OUTRO (3º AGRDO.), ANNIBAL PEIXOTO FILHO E OUTROS (4º AGRDO.), CORIOLANO DIAS DE SÁ (5º AGRDO.), WALTER DE AGRA JÚNIOR E OUTROS (6º AGRDO.) E AMÍLCAR BASTOS FALCÃO E OUTROS (7º AGRDO.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. ADMINISTRADOR. ILEGITIMIDADE PASSIVA. NÃO COMPROVAÇÃO DE ATO LESIVO, NEM DE FRAUDE OU ABUSO DE DIREITO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO IMPROVIDO.

- A teoria da desconsideração da personalidade jurídica é hipótese excepcional na qual se permite superar a distinção entre a personalidade da pessoa jurídica e a personalidade de sócios, associados ou administradores.

- “É preciso redobrado cuidado com a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Não basta haver uma obrigação não satisfeita pela sociedade para que se possa exigir que o sócio beneficiado pelo limite de res-

ponsabilidade ou o administrador responda por ela. A desconsideração está diretamente ligada ao mau uso da personalidade jurídica pelo sócio ou pelo administrador, não prescindindo do aferimento de dolo, abuso de direito, fraude, dissolução irregular de empresa, confusão patrimonial ou desvio de finalidade. Para aplicar o instituto, portanto, o Judiciário – atendendo ao comando do artigo 93, IX, da Constituição da República – deverá, obrigatoriamente, fundamentar seu ato, apontando fatos e provas que demonstrem estar presentes as condições para desconsiderar a personalidade jurídica” (Gladston Mamede, in Manual de Direito Empresarial, 4ª ed., p. 245).

- Portanto, tal desconsideração, pela qual se autoriza a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, é medida excepcional que reclama o atendimento de pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito em prejuízo de terceiros, o que deve ser demonstrado sob o crivo do devido processo legal.

- In casu, não se pode desconsiderar a existência da personalidade jurídica da empresa COE-SA Engenharia Ltda. e admitir a responsabilização do administrador da sociedade, pois não se comprovou que o ato lesivo, ora imputado ao agravado, seja de sua autoria, nem que agiu com fraude ou abuso de direito.

- É certo que o agravo deve ser instruído com as peças obrigatórias e também com as facultativas, estas necessárias ao deslinde da questão. Mas, in casu, não há necessidade da juntada das peças descritas nas contrarrazões, uma vez que a questão discutida neste recurso, ilegitimidade passiva ad causam, pode ser apreciada sem a juntada de tais documentos.

- Agravo de instrumento improvido. Preliminar rejeitada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar e negar provimento ao agravo, 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, 15 de setembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de agravo de instrumento da decisão proferida pelo Exmo. Juiz Federal Substituto da 2ª Vara/PB, que, nos autos da ação de improbidade administrativa, promovida pelo Ministério Público Federal contra Cícero de Lucena Filho, Evandro de Almeida Fernandes, Oswaldo Pessoa de Aquino, Rúbria Beniz Gouveia Beltrão, Roberto Flávio Machado Freire, Marcelo José Queiroga Maciel, Coesa Engenharia Ltda., excluiu Marcelo José Queiroga Maciel do pólo passivo da lide, entendendo que não haveria prova da prática, pelo mesmo, de atos de improbidade, sendo o requerido apenas representante legal da empresa COESA Engenharia Ltda.

Alega a parte agravante que: vislumbra-se no julgado recorrido uma antecipação do julgamento do mérito, no sentido de que Marcelo José Queiroga Maciel é inocente das responsabilidades a ele imputadas; somente haveria a ilegitimidade passiva se efetivamente fosse demonstrada a ausência de relação do ora agravado com o caso em questão; na inicial da presente ação se afirma que, para implementação do objeto do Contrato de Repasse nº 0135887-69/2001, o promovido Cícero de Lucena Filho, ex-prefeito de João Pessoa/PB, deixou de realizar a devida licitação, utilizando-se de um contrato anterior, já vencido, que teve como certame licitatório preliminar a Concorrência Pública nº 06/91, cuja vencedora foi a empresa COESA Engenharia Ltda., representada pelo ora agravado; também, aquela inicial aponta a ocorrência de

superfaturamento, pagamento de propinas e enriquecimento sem causa envolvendo a empresa COESA e o ex-prefeito da cidade supramencionada; diante da notória responsabilidade do agravado na prática de atos de improbidade, deve ser mantido na lide. Requer, ao final, o provimento do agravo.

Às fls. 129/141, em sede de contrarrazões, alega Marcelo José de Queiroga Maciel que: a parte agravante não instruiu o presente recurso com as peças facultativas que são essenciais para o exame da controvérsia, a exemplo do Contrato Administrativo nº 03/92 e da defesa prévia apresentada pelo agravado na ação civil pública, pelo que deve ser negado seguimento ao presente agravo. No mérito, requer a manutenção da decisão de 1ª instância.

A Advocacia Geral da União, na qualidade de assistente litisconsorcial da parte agravante, manifestou-se conforme fls. 143/147.

Às fls. 149/152, o Parecer do Ministério Público Federal.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

Primeiramente, alega a recorrida que não foram juntadas peças necessárias ao exato conhecimento das questões suscitadas neste recurso, citando, dentre elas, o Contrato Administrativo nº 03/92 e a defesa prévia apresentada pela mesma na ação civil pública. É certo que o agravo deve ser instruído com as peças obrigatórias e também com as facultativas, estas necessárias ao deslinde da questão. Mas, *in casu*, não vislumbro a necessidade da juntada das peças descritas, uma vez que a questão discutida neste recurso, ilegitimidade passiva *ad causam*, pode ser apreciada sem a juntada de tais documentos, como se verá logo em seguida.

Assim, rejeito a preliminar.

No que se refere ao mérito propriamente dito, cito os argumentos utilizados pelo douto juiz *a quo*, quando analisou a preliminar alegada pelo ora agravante, de ilegitimidade passiva:

Quanto a esse ponto, reporto-me à decisão que proferi nos autos da medida cautelar nº 2007.8475-3 (MPF x Cícero de Lucena Filho, Marcelo José Queiroga Maciel, Julião Antão de Medeiros, COESA Engenharia Ltda. e COJUDA - Construtora Julião Ltda.):

Quanto à ilegitimidade passiva *ad causam* do Requerido Marcelo José Queiroga Maciel, reporto-me ao que restou decidido pelo egrégio TRF da 5ª Região no Agravo de Instrumento nº 83148-PB, manejado contra decisão proferida na Medida Cautelar nº 2007.82.00.8478-9, cuja ementa transcrevo:

PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE. SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. ADMINISTRADOR NÃO SÓCIO. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. BLOQUEIO DE VALORES DA EMPRESA. DESNECESSIDADE.

1. Inexistindo indícios de que o agravante pessoa física fosse, à época dos fatos, sócio da empresa recorrente, tampouco de desvio de finalidade da empresa ou da confusão patrimonial desta com o daquele representante, não se pode desconsiderar a existência da personalidade jurídica da empresa e admitir a responsabilidade do mero administrador, que sequer reveste-se da condição de sócio, sendo forçoso o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva *ad causam*.

Em seu voto, o Eminentíssimo Relator, Des. Federal Edílson Nobre, analisando especificamente a situação de Marcelo José Queiroga Maciel, assim se manifestou, *in verbis*:

De fato, segundo se depreende da cópia da 159ª alteração, com consolidação, do contrato social, colacionada às fls. 554/565 do feito, o recorrente MARCELO JOSÉ QUEIROGA MACIEL não faz parte do quadro societário da empresa agravante.

Observe-se que o Ministério Público Federal, na inicial da Ação de Improbidade Administrativa à qual a ação cautelar incidental é vinculada, qualifica o agravante pessoa física apenas como 'representante legal' da COESA ENGENHARIA LTDA, não tendo, entretanto, indicado qualquer ato pessoal daquele a fim de justificar sua inclusão no pólo passivo desta demanda.

Ocorre que o nosso direito consagra a independência entre a pessoa jurídica e os seus membros. Embora não tenha sido reproduzida no novo código civil a redação do art. 20 do código de 1916, tal norma continua válida e decorre tanto do art. 47, do Estatuto Civil em vigor, quanto de seu art. 50, que dispõe sobre a exceção à tal norma, qual seja a desconsideração da personalidade jurídica.

Assim dispõe o dispositivo em questão:

Inexistindo indícios de que o agravante MARCELO JOSÉ QUEIROGA MACIEL, fosse, à época dos fatos, sócio da empresa COESA ENGENHARIA LTDA., tampouco de desvio de finalidade da empresa ou da confusão patrimonial desta com o daquele representante, circunstâncias que nem mesmo foram aventadas pelo agravado, não se pode desconsiderar a existência da personalidade jurídica da empresa e admitir a responsabilidade do mero administrador, que sequer reveste-se da condição de sócio.

Sendo assim, é forçoso o reconhecimento da ilegitimidade passiva *ad causam*, com a conseqüente exclusão do pólo passivo da demanda de origem, do recorrente MARCELO JOSÉ QUEIROGA MACIEL, representante da empresa COESA ENGENHARIA LTDA., continuando a ação em relação a esta pessoa jurídica ...

Observe, pois, que o fundamento adotado pelo egrégio TRF da 5ª Região, por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 83148-PB, para excluir o requerido Marcelo José Queiroga Maciel da lide, a saber, a inexistência de indícios de que o mesmo fosse, à época dos fatos, sócio da empresa COESA ENGENHARIA LTDA., tampouco de desvio de finalidade da empresa ou da confusão patrimonial desta com o daquele representante, circunstâncias que nem mesmo foram aventadas pelo agravado, não se pode desconsiderar a existência da personalidade jurídica da empresa e admitir a responsabilidade do mero administrador, que sequer reveste-se da condição de sócio, é plenamente aplicável ao presente feito.

Também no caso dos presentes autos, observe que a MARCELO JOSÉ QUEIROGA MACIEL é atribuída a prática de atos de improbidade administrativa, descrevendo

a inicial meros atos de gestão da empresa COESA ENGENHARIA LTDA., não se trazendo aos autos qualquer fundamentação no sentido de que seria aplicável a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária.

Em verdade, o fundamento utilizado na decisão acima referida, transcrita no ponto, aplica-se com perfeição ao presente caso. Por identidade de razões, merecerá igual desfecho, reconhecendo-se a ilegitimidade passiva *ad causam* de MARCELO JOSÉ QUIROGA MACIEL.

Em razão disso, acolho a preliminar para excluir MARCELO JOSÉ QUIROGA MACIEL em razão de sua ilegitimidade passiva *ad causam*...

Concordo plenamente com os argumentos acima esposados, aliás muito bem postos.

É que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é hipótese excepcional na qual se permite superar a distinção entre a personalidade da pessoa jurídica e a personalidade de sócios, associados ou administradores. Assim, desconsidera-se a personalidade da pessoa jurídica da companhia para identificar o ato daquele ou daqueles que, usando daquela personalidade de forma ilícita ou fraudatória, determinaram o prejuízo; a partir dessa desconsideração, será possível responsabilizá-los pessoalmente.

Porém, como diz Gladston Mamede, *in* Manual de Direito Empresarial, 4ª ed., p. 245, “é preciso redobrado cuidado com a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Não basta haver uma obrigação não satisfeita pela sociedade para que se possa exigir que o sócio beneficiado pelo limite de responsabilidade ou o administrador responda por ela. A desconsideração está diretamente ligada ao mau uso da personalidade jurídica pelo sócio ou pelo administrador, não prescindindo do aferimento de dolo, abuso de direito, fraude, dissolução irregular de empresa, confusão patrimonial ou desvio de finalidade. Para aplicar o instituto, portanto, o Judiciário – atendendo ao comando do artigo 93, IX, da Constituição da República – deverá, obrigatoriamente, fundamentar seu ato, apontando fatos e provas que demonstrem estar presentes as condições para desconsiderar a personalidade jurídica”.

Portanto, tal desconsideração, pela qual se autoriza a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, é medida excepcional que reclama o atendimento de pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito em prejuízo de terceiros, o que deve ser demonstrado sob o crivo do devido processo legal.

In casu, não se pode desconsiderar a existência da personalidade jurídica da empresa COESA Engenharia Ltda. e admitir a responsabilização do administrador da sociedade, pois não se comprovou que o ato lesivo, ora imputado ao agravado, seja de sua autoria, nem que agiu com fraude ou abuso de direito.

Assim, ratificando a decisão que excluiu Marcelo José Queiroga Maciel do pólo passivo da lide, nego provimento ao agravo.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 4.066-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (PRESIDENTE)
Agravante: MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO - AL
Agravada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DR. JONAS GOMES DE MOURA NETO E OUTROS (AGRTE.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INOMINADO. SUSPENSÃO DE LIMINAR. REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS. BASE DE CÁLCULO DO FPM. INCLUSÃO DE INCENTIVOS FISCAIS. LESÃO À ORDEM ECONÔMICA. EFEITO MULTIPLICADOR. OCORRÊNCIA.

- A teor do art. 4º da Lei nº 8.437/92, a suspensão de liminares proferidas contra o Poder Público somente é concedida quando ficar demonstrado que, do cumprimento imediato desse provimento judicial, ocorrerá ofensa a manifesto interesse público/flagrante ilegitimidade e grave

lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

- Hipótese em que o potencial danoso à economia pública é evidente, já que, conforme informação da Secretaria do Tesouro Nacional, a inclusão de incentivos fiscais na base de cálculo da parcela do FPM representou um acréscimo de R\$ 4,6 milhões somente no mês de abril/09, sendo certo que o somatório anual, caso não seja suspensa a execução do ato judicial impugnado, alcançará cifra superior a R\$ 55 milhões.

- O valor relativo ao acréscimo mensal acima citado (R\$ 4,6 milhões), embora pareça insignificante se confrontado com a receita tributária federal apurada no mesmo período (R\$ 57.698 bilhões), não deve ser menosprezado, pois, a cada ano, a acumulação de montantes daquela grandeza seria responsável por um efeito cascata que redundaria, de alguma maneira, em comprometimento das contas da União.

- Efeito multiplicador que se verifica no caso concreto, em face do ajuizamento de várias ações judiciais semelhantes a esta e, por consequência, de inúmeros incidentes processuais perante esta egrégia Corte.

- Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

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

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

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator Presidente

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que deferiu pedido de suspensão da tutela antecipada concedida pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Alagoas, na Ação Ordinária nº 2009.80.00.002666-6, através da qual determinou à União que utilize para cômputo da cota-parte do Fundo de Participação do Município de São João-PE a base de cálculo de 22,5% do produto da arrecadação do IR e IPI, sem a dedução de isenções e incentivos fiscais concedidos pelo Governo Federal.

O recorrente sustenta, em síntese, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 572.762/SC, ao enfrentar a matéria em comento, entendeu que a concessão de benefícios, incentivos e isenções fiscais só podem ser realizados com a parcela que cabe aos Estados e à União, devendo ser preservada a parcela do montante arrecadado que pertence aos Municípios. Aduz que não restaram demonstrados os requisitos legais para o deferimento da medida extrema, em especial a lesão à economia pública, uma vez que o prejuízo orçamentário alegado no caso concreto, em relação ao mês de abril/09, na cifra de R\$ 4,6 milhões, está em descompasso com a receita tributária federal daquele período e corresponde a apenas 0,0079% da arrecadação total. Destaca, ainda, que inexistente qualquer prova de que tal perda financeira inviabiliza a execução das despesas correntes da Administração, estando ausente, da mesma forma, o efeito multiplicador resultante do cumprimento do *decisum*.

Contra-razões.

Intimado, o Ministério Público Federal opinou pela manutenção da decisão agravada.

É o relatório.

VOTO

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

A matéria posta a exame deste egrégio Tribunal diz respeito à

sustação de antecipação de tutela deferida para compelir a requerente a utilizar, no cômputo da cota-parte do Fundo de Participação do Município agravante, a base de cálculo de 22,5% do produto da arrecadação do IR e IPI, sem a dedução de isenções e incentivos fiscais concedidos pelo Governo Federal.

A análise da questão a ser dirimida deve ser feita em perfeita sintonia com o objetivo deste incidente processual, que consiste em subtrair a eficácia de decisão desfavorável à Fazenda Pública quando presentes os seguintes requisitos: manifesto interesse público/flagrante ilegitimidade do provimento de urgência deferido e grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

Convém destacar, outrossim, que a referida suspensão não comporta o exame do mérito da controvérsia principal, o qual deverá ser promovido nos autos do feito originário ou mesmo em sede do recurso adequado. A medida excepcional, repita-se, deve ser manejada exclusivamente para se afastar a ameaça iminente de profunda lesão a um dos valores públicos tutelados por lei.

Para ilustrar, transcrevo o *caput* do art. 4º da Lei nº 8.437/92:

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

In casu, consoante assentado na decisão agravada, a possibilidade de grave lesão à economia pública é evidente, já que, conforme informação técnica da Secretaria do Tesouro Nacional constante dos autos, a inclusão dos incentivos fiscais na base de cálculo da parcela do Fundo de Participação dos Municípios representou um acréscimo de R\$ 4,6 milhões somente no mês de abril/09, sendo certo que o somatório anual, caso não seja suspensa a execução do ato judicial impugnado, alcançará cifra superior a R\$ 55 milhões.

O valor relativo ao acréscimo mensal acima citado (R\$ 4,6 milhões) pode até parecer insignificante se confrontado com a receita tributária federal apurada em abril/09, a qual alcançou a quantia de R\$ 57.698 bilhões, de acordo com dados da Receita Federal do Brasil¹. No entanto, a cada ano, a acumulação de montantes daquela grandeza seria responsável por um efeito cascata que redundaria, de alguma maneira, em comprometimento das contas da União.

Nesse passo, eis o teor da informação prestada pelo TN, trazida pela requerente:

Apenas para efeito demonstrativo, a partir das informações disponibilizadas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, considerando-se os termos exatos das decisões e o período informado, obtém-se a cifra de R\$ 222.157 milhões, que se incorporados à base de cálculo dos fundos de participação provocarão um impacto nas contas da União da ordem de R\$ 112.550 milhões, com danos irreparáveis para as finanças da União (...).

Resulta, assim, manifesto o impacto negativo nas finanças da União, pois tal entidade teria que desembolsar montantes astronômicos para cobrir despesas que não estavam previstas no seu orçamento.

Convém ressaltar, ainda, que as estatísticas fornecidas pela STN são suficientes para provar o potencial lesivo resultante do cumprimento da decisão atacada, de modo que exigir da Administração demonstrações de que suas despesas correntes ficariam prejudicadas com a implementação desse *decisum* é medida por demais excessiva.

Saliente-se, por oportuno, que, embora os dados coligidos aos autos se reportem ao Município de Araçoiaba- PE, sua aplicação é recorrente é possível, dada a unicidade do sistema.

Com efeito, tal como evidenciado na SL 4037-PE (em que foi parte o aludido Município), o sistema administrativo do Tesouro

¹ A esse respeito consultar: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Arrecadacao/ResultadoArrec/2009/default.htm>.

Nacional é programado para, ao apurar os valores arrecadados a título de incentivos fiscais, fazer a dedução dessas quantias da base de cálculo global dos fundos de participação, ao invés de fazê-lo separadamente, o que acaba por beneficiar todos os municípios que serão contemplados com os recursos financeiros, não apenas o Município de Araçoiaba-PE. Desta forma, vista a situação sob um ângulo conjunto, a falta de exclusão dos aludidos incentivos não gera um acréscimo, exclusivamente, à parcela do FPM destinada a um ente municipal, mas atinge a de todos eles.

Nesse contexto, conforme salientado na Nota nº 667-STN/COFIN², já referida, “(...) o cumprimento efetivo das aludidas decisões judiciais, nos termos proferidos, implicaria em sérios riscos à economia e à ordem pública, tendo em vista que seus efeitos alcançariam não somente os municípios autores, mas a totalidade dos entes federados, dada a impossibilidade de ajustes de sistema que favoreçam apenas a esses municípios”.

Das informações até aqui expostas deflui inevitável o efeito multiplicativo da demanda, o qual pode ser comprovado a partir da promoção de inúmeras ações judiciais semelhantes, tanto é que, no tocante a esta seara, em sede de suspensão de liminar, já tramitam vários incidentes perante este egrégio Tribunal³.

Ademais, embora não se deva adentrar no mérito da contenda, não posso deixar de considerar que a expressão “produto” a que faz alusão o art. 159, I, *b*, da Constituição, denota a idéia de que o percentual de 22,5% pertencente aos Municípios, da arrecadação do IR e do IPI, deve incidir sobre o montante líquido arrecadado e, não, sobre a receita bruta. E assim deve ser, porque “(...) a finalidade do FPM é transferir, àqueles entes estatais, valores que, originariamente, pelas regras de competência tributária, pertenceriam à União”. (TRF-4ª R., 1ª T., Apelação/Reexame Necessário nº

² O documento se refere às decisões judiciais proferidas em processos que tramitam na Seção Judiciária de Alagoas e dizem respeito aos Municípios de Atalaia, Porto Calvo e Pão de Açúcar, mas que, pela similitude da matéria, a documentação pode ser, perfeitamente, utilizada como parâmetro nestes autos.

³ SL4037, SL4042, SL4043, SL4047, SL4050, SL4055, SL4056, SL4057.

2000.72.03.001910-8/SC, Rel. Juiz Federal Marcos Roberto Araújo dos Santos, *D.E.* 04/02/09).

Nesse contexto, saliente-se que o próprio § 1º do art. 159 da CF/88 já determina que, ao ser feito o repasse da cota relativa ao FPM, a União deve efetuar o desconto da parcela referente à arrecadação do IR que pertence aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (arts. 157, I, e 158, I), o que leva ao entendimento de que essas quantias permanecem intactas quando da repartição das receitas (art. 159, I, *b*).

Sobre o tema, convém conferir o aresto desta egrégia Corte Regional, na parte que interessa:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS - FPM. PORTARIAS DA STN E BGU. PARCELAMENTOS DO IRPJ E DO PIS. REPASSE A DESTEMPO. CORREÇÃO E JUROS DE MORA. EXCLUSÃO DE VALORES DO PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO NACIONAL (PIN) E DO PROGRAMA DE REDISTRIBUIÇÃO DE TERRAS E ESTÍMULO À AGROINDÚSTRIA DO NORTE E NORDESTE (PROTERRA) NA BASE DE CÁLCULO DO FPM.

(...)

3. CORRETA A DEDUÇÃO, PARA EFEITO DE FORMAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO FPM, DOS VALORES DESTINADOS PELAS EMPRESAS, NA DECLARAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA, COM INCENTIVOS FISCAIS PIN (PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO NACIONAL) E PROTERRA (PROGRAMA DE REDISTRIBUIÇÃO DE TERRAS E ESTÍMULO À AGROINDÚSTRIA DO NORTE E NORDESTE), EIS QUE SE TRATA DE RECURSOS NÃO APROPRIADOS PELA UNIÃO, REPRESENTATIVOS DE RENÚNCIA DE RECEITA. PRECEDENTE: TRF 1. SÉTIMA TURMA. AC Nº 2001.34.00.027586-5/DF. REL. DES. FEDERAL ANTÔNIO EZEQUIEL DA SILVA. JULG. EM 15/03/2005. PUBL. DJ 19/05/2006, P. 89.

4. APELAÇÕES E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS. (TRF-5ª R., 4ª T., APELREEX 4380/PE, Rel. Des. Federal Margarida Cantarelli, DJ 17/04/09, p. 471). (Grifei)

É imperioso destacar, por fim, que o precedente (RE 572.762-SC) do col. Supremo Tribunal Federal citado pelo recorrente para

combater o *decisum* atacado apresenta uma sutil diferença em relação à matéria tratada nestes autos. Com efeito, o tema ali examinado diz respeito ao ICMS, tributo pertencente de pleno direito aos municípios, com repartição expressa no texto constitucional, que vinha tendo o seu repasse dificultado pelo Estado de Santa Catarina em detrimento do Município de Timbó/SC, a partir da edição de decreto estadual, sendo certo que, *in casu*, estuda-se a aplicação do art. 159, I, *b*, o qual diz respeito à transferência de recursos federais aos municípios.

Ademais, o *caput* do art. 159 da Constituição menciona o verbo “entregar”, que dá a entender que o montante recolhido pela União, a título de IR e de IPI, pertence-lhe originariamente, mas, no entanto, será partilhado com outro ente federativo, não sendo lícito vedar a dedução das isenções e incentivos fiscais quando do repasse do FPM aos municípios.

Assim, estando comprovado o potencial ofensivo aos interesses públicos albergados pela Lei nº 8.437/92, deve ser mantida incólume a decisão agravada, na qual se deferiu o pleito suspensivo.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 4.085-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (PRESIDENTE)
Agravante: COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ - COELCE
Agravado: DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES - DNIT
Repte.: PROCURADORIA DO DNIT
Advs/Procs.: DR. ANTÔNIO CLETO GOMES E OUTROS (AGRTE.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INOMINADO. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. DE-

FESA DE INTERESSES PRIVADOS. ILEGITIMIDADE ATIVA. CONFIGURAÇÃO.

- Rejeita-se a alegação de perda do objeto deste incidente, tendo em vista que tal instrumento processual e o agravo de instrumento, além de se distinguirem, dentre outros, quanto à legitimidade, à competência, à finalidade e aos pressupostos, admitem utilização concomitante.

- Nos termos do art. 4º, caput, da Lei nº 8.437/92, a suspensão de liminar proferida contra o Poder Público pode ser requerida pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica de direito público interessada, se a sua imediata execução causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, ou em caso de manifesto interesse público/flagrante ilegitimidade.

- Admite-se, excepcionalmente, que as pessoas de direito privado figurem no pólo ativo do incidente processual, desde que atuem na condição de delegatárias da Administração, na defesa de interesse público, a exemplo das concessionárias de serviço público.

- No caso concreto, embora a requerente tenha firmado com o DNIT contrato de permissão de uso das faixas de domínio da BR-222, entre os km 309,4 e 315,7, no Estado do Ceará, onde estão situados os postes de iluminação que precisam ser removidos para que as obras de adequação de capacidade e eliminação de pontos críticos da rodovia possam ter andamento, resulta cristalina a sua intenção de proteger interesse próprio, o que não lhe dá o direito de manear a presente suspensão de liminar.

- Preliminar rejeitada. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide o Pleno do Tribunal

Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, afastar a preliminar suscitada e, no mérito, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator Presidente

RELATÓRIO

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

Cuida-se de agravo inominado interposto contra decisão que julgou extinto o pedido de suspensão, nos termos do art. 267, VI, e § 3º, do CPC, tendo em vista a ilegitimidade ativa da requerente.

A agravante argumenta, em síntese, que, na qualidade de concessionária do serviço público de fornecimento de energia elétrica, é parte legítima para promover o pleito suspensivo. Alega, ainda, que a execução da liminar provocará um efeito multiplicativo devastador, uma vez que existem inúmeras obras de duplicação de rodovias sendo realizadas no momento e ela, recorrente, não tem condições econômicas de arcar com a retirada de postes de iluminação das vias, caso seja necessário, de modo que a solução encontrada será repassar tal custo para o consumidor cearense. Sob tal aspecto, afirma, pois, que existe interesse público a ser tutelado pelo presente incidente, e, em conseqüência, a recorrente tem legitimidade para manejá-lo. Defende, em seguida, a necessidade de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato celebrado com a ANEEL (nº 01/98) e aduz, por fim, o desrespeito do DNIT ao art. 6º, I, do Decreto nº 84.398/80 (lesão à ordem jurídica, na sua ótica).

Intimada para contra-arrazoar, a agravada se manifestou às fls. 374/386, pugnando, preliminarmente, pela perda do objeto do pedido de suspensão, tendo em vista que o *decisum* que se pretende sustar também foi alvo de impugnação por agravo de instrumento, o qual tem prevalência sobre aquele, por sua natureza jurí-

dica. Sustentou, também, a ausência de legitimidade ativa do requerente e a inadequação da via processual eleita-falta de interesse de agir (em face da inocorrência de perigo de grave lesão).

O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 388/393, opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

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

Cuida-se de agravo inominado interposto contra decisão que extinguiu o pedido de suspensão, a teor do art. 267, VI e § 3º, do Código de Processo Civil.

Inicialmente, rejeito a alegação de perda do objeto deste incidente, suscitada pelo agravado em sede de contra-razões, pois o pleito suspensivo e o agravo de instrumento, além de se distinguirem, dentre outros, quanto à legitimidade, à competência, à finalidade e aos pressupostos, admitem utilização concomitante. Como cediço, enquanto o recurso visa à reforma ou à anulação do *decisum*, a medida excepcional reclama juízo político de acautelamento dos interesses legalmente tutelados.

In casu, há que se levar em consideração que a liminar concedida pelo juízo *a quo* restou mantida pelo relator do AGTR nº 99401/CE, tendo-se estendido, através deste recurso, apenas, o prazo para o seu cumprimento, de modo que subsiste incólume o interesse da requerente em ver julgada a presente medida.

As demais questões arguidas pelo recorrido – ausência de legitimidade ativa da agravante/recorrente e inadequação da via processual eleita/falta de interesse de agir (esta última fundamentada na inocorrência de perigo de grave lesão) – estão abarcadas na fundamentação de que fiz uso quando proferi a decisão extintiva do pedido de suspensão (fls. 359/362), à qual me reporto não só para afastá-las, mas, principalmente, para embasar o presente *decisum*, por considerar os fundamentos ali lançados suficientes para negar o agravo regimental interposto pela COELCE:

(...) Nos termos do art. 4º, *caput*, da Lei nº 8.437/92, a suspensão de liminar proferida contra o Poder Público pode ser requerida pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica de direito público interessada, se a sua imediata execução causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, ou em caso de manifesto interesse público/flagrante ilegitimidade.

A redação do citado dispositivo legal é bastante clara em conferir às entidades públicas a legitimidade por excelência para ingressar com o pleito suspensivo, em razão dos bens jurídicos ali albergados, afastando-se, em regra, a possibilidade dos particulares de postularem a medida.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite, excepcionalmente, que as pessoas de direito privado figurem no pólo ativo do incidente processual, desde que estejam na condição de delegatários da Administração, na defesa do interesse público, a exemplo das concessionárias de serviço público. Por outro lado, se esses entes agirem com o propósito de proteger o próprio patrimônio, não estão legitimados a manejar o pedido de suspensão.

A esse respeito, trago à colação os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. DEFESA DE INTERESSES PARTICULARES. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE.

- A concessionária de serviço público, atuando na defesa de interesses particulares, não detém legitimidade para pedir a suspensão de segurança. Precedentes.

Agravo regimental improvido.

(STJ, CE, AgRg na SS 1884 / DF, Rel. Min. César Asfor Rocha, *DJe* 07/05/2009).

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. DISCUSSÃO MERAMENTE REFLEXA OU ARGUMENTATIVA. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS DE TERMO DE RESCISÃO AMIGÁVEL. SÚMULA 454. INCOMPETÊNCIA DO STF PARA CONHECER DO PEDIDO DE SUSPENSÃO. AUSÊNCIA DE GRAVE LESÃO À ORDEM E À SAÚDE PÚBLICAS. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 279. EMPRESA QUE ATUA COMO AGENTE ECONÔMICO PRIVADO, EMBORA CONTROLADA POR ESTADO MEMBRO. INAPLICABILIDADE DO DISPOS-

TO NO ART. 1º, § 3º, DA LEI Nº 8.437/92 E NO ART. 1º DA LEI Nº 9.494/97.

1. A discussão em torno de mera interpretação de cláusulas contratuais, não induz a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar pedido de suspensão de tutela antecipada [Súmula nº 454].

2. O exame das alegações de grave lesão à ordem ou à saúde públicas seria possível somente se o Tribunal fosse competente para julgamento da suspensão de segurança e não poderia ultrapassar os elementos constantes dos autos, com o reexame das provas produzidas, ante a vedação contida na Súmula nº 279.

3. Os arts. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92, e 1º da Lei nº 9.494/97 não se aplicam quando a pessoa jurídica de direito privado, ainda que controlada por Estado-membro, atua não como expressão de poder público, mas como agente econômico privado interessado em preservar o privilégio que vinha explorando.

4. O serviço público não pode ser retido pelo concessionário em benefício da satisfação do interesse privado.

5. Agravo conhecido e provido para anular a decisão que suspendeu os efeitos da tutela antecipada.

(STF, Pleno, STA 26 AgR / PE, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ07/07/06, p. 015). (Grifei)

No mesmo sentido: STJ, CE, AgRg na SS 1744/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 13/12/2007, p. 279.

No caso concreto, embora a requerente tenha firmado com o DNIT contrato de permissão de uso das faixas de domínio da BR-222, entre os km 309,4 e 315,7, no Estado do Ceará, onde estão situados os postes de iluminação que precisam ser removidos para que as obras de adequação de capacidade e eliminação de pontos críticos da rodovia possam ter andamento, resulta cristalina a sua intenção de defender interesse próprio, o que não lhe dá o direito de manejar a presente suspensão de liminar.

Com efeito, uma simples leitura dos autos é suficiente para demonstrar que a promovente se utiliza da condição de delegatária da ANEEL, no fornecimento de energia elétrica, para afirmar que, enquanto tal, sofrerá um suposto prejuízo financeiro por causa da execução de um pacto cele-

brado pelo DNIT com uma empresa do ramo da construção civil, quando, na verdade, o seu objetivo é proteger o seu patrimônio, sendo certo que a remuneração do serviço público de distribuição de energia prestado à comunidade cearense não será afetada (através do aumento da tarifa), acaso a responsabilidade da requerente em retirar os postes da rodovia seja confirmada no processo principal.

Ademais, ainda que a COELCE fosse parte legítima para figurar no pólo ativo, é oportuno destacar que o pleito de suspensão não seria acolhido, pois ele apresenta nítidas características recursais, uma vez que a inicial traz, em seu bojo, razões de mérito da questão discutida na ação ordinária, não sendo esta via a mais adequada para tanto. Deste modo, ausente uma das condições da ação, qual seja, a legitimidade ativa da requerente, outra sorte não merece este incidente que não seja a extinção.

Com essas considerações, nos termos do art. 267, VI, e § 3º, do Código de Processo Civil, julgo extinto o pedido de suspensão. (...)

Por fim, importa ressaltar que, mesmo se o pedido de suspensão fosse analisado em seu mérito, o alegado efeito multiplicador oriundo do cumprimento da decisão que se pretende sustar (insistentemente frisado pela agravante nas razões recursais) seria descabido. É que o documento colacionado às fls. 353/354, referente à lista de projetos de duplicação da rodovia federal que o DNIT tenciona executar, no Estado do Ceará, não é suficiente para indicar a necessidade técnica de retirada, pela COELCE, dos postes de transmissão de energia elétrica que passam pelo local, não se prestando, outrossim, a demonstrar o temor no ajuizamento de demandas semelhantes a esta, as quais, sequer, foram ajuizadas, em face da ausência de comprovação nesse sentido.

Para que o efeito multiplicador restasse comprovado, seria necessário que houvesse nos autos prova concreta de que já existem, por exemplo, inúmeros processos em curso que discutissem o mesmo assunto e proporcionassem ao interesse público tutelado pela medida excepcional efetivo prejuízo, o que não ficou demonstrado na hipótese em tela.

Desse modo, por não encontrar razões fortes o bastante para modificar a decisão que prolatei às fls. 359/362, entendo que o recurso não deve ser acolhido.

Ante o exposto, rejeito a preliminar suscitada e, no mérito, nego provimento ao agravo.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.169-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelante: FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE - FUNASA
Apelado: MILTON NASARO
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Adv./Proc.: DR. JOSÉ GOMES NETO (APDO.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO MOVIDA CONTRA A FUNASA POR GUARDA DE ENDEMIAS, OBJETIVANDO OBTER A INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS, E CUSTEIO DO TRATAMENTO DE DESINTOXICAÇÃO, PEDIDOS CONCEDIDOS EM SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU, À EXCEÇÃO DOS DANOS MATERIAIS.

- Recurso da FUNASA calcada em estudo de médico toxicologista, a evidenciar a possibilidade de contaminação e não de intoxicação.

- Contudo, apesar das conclusões encetadas no referido estudo, a apelante, durante a instrução do feito, não procurou ilidir o laudo do perito judicial, e, ante a afirmativa deste, de estar o demandante, ora apelado, contaminado pelo uso de pesticidas oriundo de dezessete anos de guarda de endemias, não procurou esclarecimentos do Perito, nem demonstrar, em tese, a sua desconformidade com a realidade vivida pelo apelado. Ademais, o estudo do médico toxicologista, já referido, não se apóia em nenhum trabalho científico, despojado de qualquer biblio-

grafia médica a respeito do uso de pesticidas e suas consequências no organismo humano.

- Ademais, o laudo pericial se calca em vários atestados e relatórios de diversos médicos, emitidos nos anos de 2005 e 2007, por neurologista, toxicologista, neurofisiologista clínico e dermatologista, a concluírem por apresentar o apelado sintomas de intoxicação decorrentes do uso de pesticidas.

- Reforma da sentença no que tange à fixação de indenização por danos morais e estéticos no valor de cem mil reais, como estatuído na douta sentença, para vinte mil reais, à míngua de qualquer relato médico acerca da situação de saúde do demandante em termos de capacidade de trabalho e em nível de ter ou não a vida comprometida com as moléstias sofridas. O valor arbitrado mostra-se em desconformidade com a prova dos autos, inclusive pela falta de demonstração do envelhecimento exarcebado (fl. 04), impondo a fixação de valor em numerário inferior, calcado na presença de “alopecia universal, sinusite e rinite alérgica, polineuropatia sensitiva axonal bilateral, com predominância distal, grau leve, presença de resíduos de DDT total e BHC em paciente ocupacionalmente exposto a esses pesticidas no passado, configurando contaminação e não intoxicação aguda”, fl. 78, segundo o estudo médico empreendido pela apelante, mesmo que este negue a ocorrência da contaminação.

- Concessão da antecipação de tutela para execução do julgado no que tange à obrigação de fazer, com fulcro no art. 461 do Código de Processo Civil, devendo o apelado, para se submeter a tratamento em outra instituição hospitalar, que não o Instituto Adolfo Lutz, em São Paulo, como deseja, fls. 494-495, mostrar ao julgador de primeiro grau, em carta de sentença, não ser

***este especializado na área de desintoxicação.
- Provimento parcial do recurso voluntário e da
remessa obrigatória, apenas para diminuir o va-
lor da indenização em vinte mil reais, ficando
prejudicado o agravo retido, via do qual a ape-
lante combate o despacho concessivo da ante-
cipação de tutela em primeiro grau.***

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, e julgar prejudicado o agravo retido, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 1º de outubro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
– Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Apelação e recurso *ex officio* de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido do autor, objetivando, em sede de antecipação de tutela, o custeio de seu tratamento de saúde, bem como indenização por danos materiais, morais e estéticos.

Historia o demandante ser servidor da FUNASA desde 1983, na função de guarda de endemias, tendo sido exposto, sem aparelhos de proteção, a diversos produtos químicos, os quais lhe causaram sérios problemas de saúde.

Aduz encontrar-se incapacitado para o regular exercício de suas atividades, necessitando de cuidados médicos especiais, disponíveis apenas no Instituto Adolfo Lutz, em São Paulo. Ainda, que apresenta, entre outros sintomas, tremores no corpo, câimbra na língua, dormência no membro inferior esquerdo, queda progressiva de cabelos e pelos, cefaléia intensa e insônia, diminuição da memória e da capacidade auditiva.

Tutela antecipada concedida, determinando o custeio do tratamento, fls. 194-207.

O douto magistrado julgou procedente, em parte, o pedido do autor. Extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, em relação ao pedido de indenização por dano material, e condenou a FUNASA ao pagamento de indenização por danos morais e estéticos, no valor de R\$ 100.000,00, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de 0,5% ao mês, e de 1% ao mês, a partir da vigência do novo Código Civil. Ainda, condenou a FUNASA a custear todo o tratamento do autor, no Instituto Adolfo Lutz, em São Paulo, incluindo despesas de transporte e hospedagem.

Irresignada, a FUNASA apela, requerendo o julgamento do agravo retido de fls. 213-225, e aduzindo, no mérito, ausência denexo causal entre a doença do autor e suas atribuições funcionais, consoante os laudos médicos de fls. 365-369. Requer a reforma da decisão, e a inversão do ônus sucumbencial.

Contrarrazões, fls. 516-517.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

A r. sentença, fls. 471-487, ao acatar o pedido, em parte, para *condenar a FUNASA a indenizar o autor pelos danos causados à sua esfera moral e estética, pagando-lhe uma indenização de R\$ 100.000,00 (cem mil reais)*, e, também, *ao cumprimento de obrigação de fazer consubstancia[da] no custeio do tratamento médico, incluindo despesas com transportes, internações, consultas médicas, exames laboratoriais ou outros exames necessários no Instituto Adolfo Lutz, em São Paulo*, fl. 486, ensejou da ré o apelo de fls. 498-509, na busca de demonstração da falta de conexão entre o estado de saúde do apelado com as suas atribuições funcionais na condição de guarda de endemias, fl. 03.

A sustentação da apelante se faz no estudo, datado de 20 de novembro de 2005, fls. 76-81, (que aparece por três vezes mais nos autos: fls. 141-146, 282-286 e 365-369), a conduzir o proble-

ma do apelado para a incidência de contaminação e não para a intoxicação, que é situação mais grave.

O subscritor do estudo, *Dr. Celso Paiva Ferreira, é Toxicologista que presta assessoria à FUNASA/PRESI*, fls. 140 e 280.

O estudo técnico em apreço formula cinco observações críticas acerca da situação vivida pelo apelado (fl. 144), que merecem destaque:

1) o resultado laboratorial não informa o método analítico usado e nem discrimina qualitativa e quantitativamente os diversos metabólitos das substâncias pesquisadas, o que permitiria uma estimativa do tempo em que a contaminação teria ocorrido;

2) não há possibilidade de ser verificada normalidade do processo de eliminação das substâncias pelo organismo do paciente, através do cálculo da meia-vida biológica para o qual se necessita de pelo menos duas dosagens separadas no tempo;

3) o valor encontrado 108 ppb (partes por bilhão) em DDT total está abaixo do IBMP fixado, que é de 500 ppb (NR-7,) para populações ocupacionalmente expostas, o que é o caso do paciente. O valor de referência para população não exposta ocupacionalmente é de 30 ppb.

4) o valor encontrado 78,8 ppb para BHC está abaixo do IBMP fixado, que é de 200 ppb (RN-7) para populações ocupacionalmente expostas, o que é o caso do paciente. O valor de referência para população não exposta ocupacionalmente é de 40 ppb.

5) *esses resultados obtidos, em que pese as considerações em (1) e (2) acima, permitem que se fale, por definição desses indicadores, em níveis de contaminação e não de intoxicação*, fl. 144.

Apesar da veemência da certeza que o estudo em foco revela, a apelante, durante a instrução do feito, não procura ilidir a conclusão da perícia, nem ao menos formulou qualquer quesito que desenvolvesse as cinco observações em tela, a fim de provocar da dra. perita uma manifestação a respeito. Aliás, a ré, ora apelante, só apontou um quesito, fl. 346, ou seja, *ante as conclusões do laudo elaborado pelo Instituto Adolfo Lutz, fls. 325/327, é possível*

afirmar que as moléstias que acometem o periciando são consequência de sua atividade profissional?

No aspecto, mesmo ante a resposta positiva da dra. perita, a apelante não pediu nenhum esclarecimento, nem procurou refutar as conclusões do *expert* judicial, a considerar que o apelado é portador de *Polineuropatia periférica sensitivo motora do tipo axonal e Alopecia universal*, decorrente da *exposição crônica (17 anos) aos inseticidas*, males comprovados por *eletroneurografia e exame toxicológico*, com início no ano 2000, após 17 anos de *exposição ocupacional*, fl. 361.

As conclusões da dra. perita se lastram em conclusões de vários médicos, v. g.: 1) de um toxicologista, datado de 03 de fevereiro de 2005, ao arrematar que *o resultado acima é compatível com Intoxicação exógena por Pesticidas pertencentes ao Grupo OrganoClorado*, fl. 370, corroborado pelo expediente de fl. 371, da mesma data, no qual consta que os *exames toxicológicos, em anexo, do servidor Milton Nasaro Siape/FNS, apresentam valores de DDT compatíveis com Intoxicação Exógena por pesticidas do Grupo OrganoClorado*, subscrito pelo mesmo toxicologista; 3) de um neurologista/neurorradiologista, em atestado datado de 18 de maio de 2005, a concluir que *os dados acima enumerados permitem inferir sinais de intoxicação crônica por pesticidas*, fl. 426v; 4) de um dermatologista, datado de 01 de maio de 2007, a ressaltar que *o início do quadro vivido pelo apelado foi concomitante com a exposição a inseticidas como DDT e BHC, possível causa do quadro*, destacando que *como já existe atrofia de folículo piloso há uma dificuldade na terapêutica*, fl. 427; 5) de neurofisiologista clínico, datado de 13 de junho de 2007, a atestar que o apelado *realizou eletroneuromiografia dos quatro membros em maio deste ano (4/5/07) no exame identificamos uma Polineuropatia periférica sensitivo motora do tipo axonal. Esta patologia é uma lesão no axônio dos neurônios dos nervos periféricos e compromete tanto as fibras sensitivas, quanto as motoras, tal achado pode ser encontrado em pacientes intoxicados cronicamente por DDT/organofosforados*, fls. 364 e v.

Ou seja, a conclusão da dra. perita encontra ressonância em atestados de outros especialistas, de maneira a infirmar a conclu-

são do estudo no qual se baseia a apelante, estudo, aliás, bem profundo e esclarecedor, mas desprovido de qualquer citação de especialistas na matéria, para melhor sedimentar as bandeiras alevantadas, sobretudo na área médica, na qual a referência bibliográfica se faz precisa no momento em que há necessidade de se bater contra a verdade ostentada por outros atestados e relatórios.

Por outro lado, mesmo considerando, só para efeito de argumentação, a presença da contaminação, dentro do estudo referido, trazido pela apelante, esta, por si só, já é suficiente para sedimentar a pretensão, visto ser de inteira e absoluta responsabilidade do empregador que o servidor, no exercício de suas funções, saia ileso de qualquer problema de saúde, de maneira que deveria, em todo o decurso da jornada de trabalho, estar devidamente protegido do risco que corre, se as cautelas devidas não forem tomadas. Daí ressaltar a ementa do julgado recorrido: *conquanto existente dever jurídico de impedir o resultado danoso, o serviço público não funcionou de acordo com padrões de eficiência exigíveis, permitindo sua ocorrência*, fl. 471.

Depois, o problema vivido pelo apelado se espalha por mais servidores, a ponto de ser debatido no Senado Federal, como a notícia, em cópia, de fl. 397, retrata, com uma manchete bem clara: *Subcomissão ouve denúncia de que milhares de agentes de saúde estão gravemente contaminados*.

No noticiário, segundo a bióloga Fátima Ferreira de Souza, *não houve qualquer treinamento para esses trabalhadores, nenhuma orientação sobre o uso dos inseticidas, os filtros usados não eram trocados, não havia luvas, e o uniforme era apenas uma calça cáqui com camiseta de malha tipo Hering com logotipo da Funasa, uma bolsa de plástico e nada mais – acusou. Segundo ela, vários desses produtos são derivados do gás sarin, que é letal, e foi usado, por exemplo, por um grupo de fanáticos da seita autodenominada Verdade Suprema, no aeroporto de Tóquio, com vários mortos*, fl. 397.

A douta sentença bem se conduziu afastando os danos materiais, à míngua de qualquer prova produzida, condenando a apelante a pagar por uma indenização por danos moral e estéticos, além do cumprimento de obrigação de fazer.

Contudo, o valor dos danos, fixado em cem mil reais, fl. 486, não mereceu a fundamentação devida, *data venia*. Em analisando o valor em tela, considero-o acima do necessário, por não haver demonstração científica de estar o autor, ora apelado, tão afetado pela contaminação sofrida que esteja com a vida abreviada ou impossibilitado de exercer qualquer atividade de trabalho, ou de ter sido tornado uma pessoa psicologicamente anormal. Nada foi alegado neste sentido. O *envelhecimento exarcebado*, fl. 04, não restou demonstrado, nem ao menos, a respeito, foi carregada uma foto atual do demandante, para se aferir, pelo menos, a propalada aparência *de ter mais de 70 anos*, fl. 04, apesar de só contar com quarenta e sete anos.

O demandante sofreu um mal, pelo uso dos pesticidas e inseticidas, durante mais de dezessete anos. Na linguagem do estudo de fl. 77, o autor *referiu queixas de “tremores no corpo, câimbras na língua e perda universal de cabelos e pelos do corpo há 04 anos” (sic). Na história da doença atual referiu que há 04 anos começou a apresentar tremores no corpo, câimbras na língua, dormência no membro inferior esquerdo e queda progressiva de cabelos e pelos – couro cabeludo, sobrancelhas, cílios, tronco, genitália e membros superiores e inferior. Referiu ainda cafaléia intensa e insônia, irritabilidade, agressividade, tremores nos membros superiores, diminuição da memória, além de diminuição auditiva à direita.* Daí apresentar o seguinte: 1) *alopecia universal*; 2) *sinusite e rinite alérgica*; 3) *polineuropatia sensitiva axonal bilateral, com predominância distal, grau leve*; 4) *presença de resíduos de DDT total e BHC em paciente ocupacionalmente exposto a esses pesticidas no passado, configurando contaminação e não intoxicação aguda ou crônica*, fl. 78.

Contudo, faltou a indicação de sua capacidade ou não de trabalho e a fixação dos seus limites de atuação, inclusive de vida.

Ademais, o autor vai se submeter a tratamento de desintoxicação, circunstância que, por certo, abreviará determinados sintomas.

Diminuo, assim, o valor da indenização buscada para vinte mil reais, quantia que, à míngua das exigências nominadas, acho justa a título da indenização perseguida, à míngua de outros dados já reclamados.

Outrossim, fulcrado no art. 461 do Código de Processo Civil, concedo ao apelado a antecipação de tutela, para imediata execução da presente sentença, no que tange a obrigação de fazer. No caso, apesar de a sentença ter se fixado no Instituto Adolfo Lutz, em São Paulo, fl. 486, a decisão de fls. 194-207, ao conceder a antecipação de tutela, abriu espaço para outro centro de tratamento, fl. 207. Desta forma, para se afastar o Instituto Adolfo Lutz, deve o apelado trazer documentação no sentido de não ser este especializado no ramo da desintoxicação, cabendo a decisão ao douto julgador de primeiro grau, em execução provisória, via de carta de sentença, cf. arts. 589 e 590 da lei processual civil.

Por este entender, dou parcial provimento ao recurso voluntário e a remessa obrigatória, apenas para adequar o valor da indenização, ficando prejudicado o agravo retido, via do qual a apelante combate o despacho concessivo da antecipação de tutela em primeiro grau.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 4.858-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelantes: ARIEL TEIXEIRA CANÁRIO DE SOUZA E UNIÃO
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. SANCHAMARIA F.C.R. ALENCAR E OUTROS

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. ACIDENTE EM SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

- Dano material na modalidade de dano emergente configurado. Valor da indenização consistente R\$ 25.411,06 (vinte e cinco mil, quatrocentos e onze reais e seis centavos), em virtude das

despesas realizadas com tratamentos médicos e aquisição de remédios.

- Aposentadoria por invalidez na forma do art. 40, § 1º, inc. I, da CF/88.

- Dano material da modalidade de lucro cessante não configurado. Dano moral arbitrado no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

- Juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, e correção monetária, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, ambos contados a partir do evento danoso, nos moldes das Súmulas nºs 43 e 54 do STJ.

- Honorários advocatícios na ordem de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), em obediência ao disposto no art. 20, § 4º, do CPC.

- Apelo da União e remessa oficial parcialmente providos e apelo do autor improvido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao apelo da União e à remessa oficial e negar provimento ao apelo do autor, 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 setembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Trata-se de sentença que julgou procedente, em parte, o pedido formulado na exordial, para condenar a União a pagar indenização por dano material, a título de dano emergente, no valor de R\$

25.411,06 (vinte e cinco mil, quatrocentos e onze reais e seis centavos), bem assim na compensação em dano moral no montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), valores estes sobre os quais incidirão juros de mora, no percentual de 1% (um por cento) ao mês, e correção monetária, nos moldes estatuídos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, ambos contados a partir do evento lesivo (Súmulas nºs 43 e 54 do STJ), qual seja, 08 de setembro de 2004. Houve ainda condenação da União no pagamento da verba honorária advocatícia na ordem de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

Ambas as partes apelaram.

Alega, em resumo, o autor, policial rodoviário federal aposentado por invalidez permanente, que o valor arbitrado em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a título de dano moral, está muito aquém de seus abalos, razão pela qual requer a majoração para R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais). Requer ainda que a União Federal seja responsabilizada também pelos lucros cessantes em virtude da perda financeira que teve devido à necessidade de ser aposentado por invalidez decorrente do acidente sofrido durante o trabalho, ressaltando que deveria receber os proventos integrais com base em seu último vencimento, e não se baseando na média aritmética das 80 (oitenta) maiores prestações, como procedeu a União, bem como deveria receber progressão funcional máxima, ou seja, ser aposentado no teto da carreira, ou, ao menos, obter a progressão obrigatória por tempo de serviço. Defende a aplicação da taxa Selic desde a data do evento danoso bem como a majoração dos honorários advocatícios à ordem de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

A União, por sua vez, em suas razões recursais, suscita que a pretensão por danos materiais e morais decorrentes de acidente de trabalho é improcedente, uma vez que, no momento do acidente que vitimou o autor, estava ele cumprindo sua jornada legal de trabalho e desempenhando funções próprias de seu cargo. Acrescenta que o risco de acidentes automobilísticos é inerente à profissão do policial rodoviário federal. Sustenta que o lamentável acidente automobilístico que provocou paraplegia no autor não teve a concorrência de dolo ou culpa da Administração Pública ou de seus

agentes. Ressalta que a teoria da responsabilidade objetiva não é aplicável ao caso em comento. Invocando o princípio da eventualidade, defende que, em caso de manutenção do mérito da sentença, seja reduzido o valor da indenização por danos morais, bem como a taxa de juros à ordem de 0,5% (meio por cento) ao mês, salientando ainda que seja fixada a data da prolação da sentença como sendo o termo *a quo* da correção monetária e dos juros.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

O autor é policial rodoviário aposentado por invalidez, em virtude de acidente automobilístico sofrido quando se encontrava em serviço, no dia 08 de setembro de 2004, quando trafegava no interior de uma viatura da Polícia Rodoviária Federal, no percurso entre as BRs 304 e 110, conduzida pelo PRF Wagner Moura Pereira, quando este perdeu o controle do automóvel e capotou, fato que resultou na morte do PRF Francisco Nogueira de Freitas e na lesão corporal permanente do autor (paraplegia), em virtude das graves lesões sofridas na coluna cervical.

Em decorrência de tal acontecimento, o autor ajuizou a presente ação ordinária de indenização por danos materiais e morais em face da União Federal, acrescido ainda do total referente à diferença obtida entre os valores percebidos, mês a mês, da aposentadoria por invalidez e aquele que lhe seria devido a título de salário, se na ativa estivesse.

Para o deslinde da questão, faz-se necessário fazer uma análise do que dispõe o art. 37, § 6º, da Constituição Federal:

Art. 37. (...)

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

Portanto, para que se configure a responsabilidade objetiva da Administração Pública, faz-se necessário a presença de três ele-

mentos, a saber, conduta antijurídica, a existência do dano e o nexo de causalidade entre esses dois primeiros elementos.

Passemos a análise de cada elemento, adaptando-os ao presente caso concreto.

A conduta antijurídica define-se como sendo um comportamento humano voluntário, exteriorizado por ação ou omissão, contrário à ordem jurídica.

De acordo com o conjunto probatório dos autos, o acidente se deu por volta de 01:50h, em 08 de setembro de 2004, quando a viatura da PRF que viajava capotou. Vale destacar que os policiais envolvidos no acidente têm uma carga horária de trabalho com escala de serviço de 24 x 72 horas, tendo iniciado a jornada às 07:00h do dia 07 de setembro, participando inclusive do desfile em comemoração à independência do Brasil. Às 21:00 foram destacados para participar de uma ronda, ou melhor, de uma operação preventiva contra o transporte de mercadorias ilegais.

Oportuno colacionar trecho do boletim de ocorrência do acidente, de autoria da própria PRF (fl. 53):

Conforme levantamentos e declarações, V1 seguia reto à frente quando o seu condutor adormeceu e ao acordar quando já estava no acostamento sob controle, foi surpreendido inesperadamente pelo passageiro a sua direita que atônito interferiu na dirigibilidade do veículo puxando o volante, ocasionando com o desnível (pista x acostamento) a perda do controle, saindo da pista e capotando em seguida.

Dessa forma, resta configurada a presença da conduta antijurídica praticada pela União Federal, uma vez que se observa claramente a violação ao disposto no art. 166, do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97), que dispõe: “*Confiar ou entregar a direção de veículo a pessoa que, mesmo habilitada, por seu estado físico ou psíquico, não estiver em condições de dirigi-lo com segurança*”.

No que se refere ao segundo elemento (a existência do dano), não paira dúvida a respeito também da existência deste, uma vez que os danos de ordem material e moral sofridos pelo autor são evidentes, em virtude da paraplegia que passou a ser portador após

o acidente em serviço, conforme se pode observar tanto no laudo pericial da Instituto Técnico e Científico de Polícia (fl. 166/167) como também na Portaria 1.120, de 25 de julho de 2006, que deferiu o benefício de aposentadoria por invalidez ao autor (fl. 133).

O dano material, no presente caso, diz respeito ao dispêndio de recursos com tratamentos médicos bem como com remédios, enquanto o dano moral, bem como destacou o MM. Juízo de 1º Grau, refere-se à “eclosão da dor, angústia, perturbação da ordem psíquica”.

Em relação ao nexos de causalidade, pode-se afirmar que não resta dúvida que os danos sofridos pelo autor (material e moral) foram em decorrência da conduta antijurídica praticada pela União, conforme já demonstrado anteriormente.

Sendo assim, passo a análise do *quantum* devido a título de dano material.

Como se sabe, o dano material é aquele que repercute no patrimônio.

Pretende o autor o recebimento de dano material na natureza de dano emergente como também na ordem de lucro cessante.

Quanto ao dano material na modalidade emergente, entendo que, segundo as provas constantes dos autos, faz jus o autor ao recebimento de R\$ 25.411,06 (vinte e cinco mil, quatrocentos e onze reais e seis centavos), em virtude das despesas realizadas com tratamentos médicos e aquisição de remédios.

No entanto, entendo que não merece acolhimento o pedido do autor quanto ao dano material na modalidade de lucro cessante, ou melhor, quanto à diferença obtida entre os valores percebidos, mês a mês, da aposentadoria por invalidez e aquele que lhe seria devido a título de salário, se na ativa estivesse, uma vez que, além de não proceder a alegação do autor de que percebe proventos proporcionais, a sua aposentadoria se deu em estreita observância ao disposto no art. 40, § 1º, inc. I, da Constituição Federal.

A questão agora está em quantificar o valor do dano moral.

É atribuído ao juiz fixar o valor dos danos morais, não devendo causar o enriquecimento indevido da parte.

A fixação do dano moral tem natureza compensatória, por ser uma satisfação que se procura amenizar o sofrimento, proporcionando uma vantagem ao ofendido.

Ninguém pode dizer com precisão o valor de uma vida saudável, mas se deve procurar traduzir um montante pelo evento lesivo moralmente advindo, individualizando o valor do dano de acordo com grau e a intensidade da dor sofrida.

Sendo assim, seguindo a sistemática da jurisprudência dessa egrégia Turma a respeito do valor arbitrado a título de dano moral, fixo o valor da indenização em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Portanto, mantenho a condenação da União em dano material na modalidade de dano emergente no valor de R\$ 25.411,06 (vinte e cinco mil, quatrocentos e onze reais e seis centavos), ao passo que na modalidade de dano moral reduzo o valor da indenização para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), valores estes sobre os quais incidirão juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano, na forma do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, e correção monetária, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, ambos contados a partir do evento danoso (08/09/2004), nos moldes das Súmulas nºs 43 e 54 do STJ.

Por fim, condeno a União ao pagamento de honorários advocatícios na ordem de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), em obediência ao disposto no art. 20, § 4º, do CPC.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao apelo da União e à remessa oficial apenas para reduzir o valor da indenização a título de dano moral para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), os juros de mora para 6% (seis por cento) ao ano e a verba advocatícia para R\$ 2.000,00 (dois mil reais), e nego provimento ao apelo do autor.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 6.033-SE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelantes: VIVO S/A. E FAZENDA NACIONAL
Apelados: OS MESMOS
Adv./Proc.: DRA. ROSELINE RABELO MORAIS ASSIS

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PAGAMENTO POR ESTIMATIVA. LUCRO REAL. LEI Nº 9.430/1996. INCIDÊNCIA DE MULTA ISOLADAMENTE. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO NÃO HOMOLOGADA PELO FISCO. COMPROVAÇÃO DE PAGAMENTO DE PARTE DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. ERRO FORMAL NO PREENCHIMENTO DO NÚMERO DO CÓDIGO DO TRIBUTO NO DARF. RECONHECIMENTO DO PAGAMENTO.

- Poderão optar pelo recolhimento mensal do imposto de renda, calculado com base nas regras de estimativa mensal, as pessoas jurídicas sujeitas ao regime de tributação com base no lucro real anual, a ser apurado em 31 de dezembro (Lei nº 9.430/1996).

- Os pagamentos feitos por estimativa, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.430/1996, por si sós, não extinguem o crédito tributário, mas antecipam os valores devidos pelo contribuinte, com a apuração do lucro real em 31 de dezembro de cada ano, quando se verificará o valor real devido, determinando-se o saldo a pagar ou compensar, na forma dos §§ 3º e 4º do art. 2º supracitado, sendo necessário, ainda, a homologação pela autoridade fiscal, na forma do art. 156, VII, do CTN, para a ocorrência da extinção do crédito tributário.

- A falta de recolhimento do imposto mensal calculado com base nas regras da estimativa ou do apurado com base em balanços ou balancetes

mensais de suspensão ou redução, ainda que a pessoa jurídica venha a apurar prejuízo no balanço encerrado em 31 de dezembro do ano-calendário, ou na data de encerramento das suas atividades, sujeitará a pessoa jurídica a multa, aplicada isoladamente, calculada sobre o montante das parcelas do imposto não recolhido ou da insuficiência apurada, nos termos do art. 44 da Lei 9.430/1996.

- De acordo com o art. 74 da Lei nº 9.430/1996, o sujeito passivo que apurar crédito tributário junto ao Fisco poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos ou contribuições administrados pela SRF.

- No caso dos autos, o Fisco recusou a homologação da compensação, tendo em vista que o contribuinte não apresentou documentos que amparassem o seu direito. A exigência de conservação da escrita fiscal até que o crédito seja utilizado para fins de compensação constitui uma medida legítima, pois tem o Fisco o direito de examinar a regularidade do procedimento de compensação efetuado pelo contribuinte, o que só pode ser feito se o mesmo mantiver os livros e documentos exigidos pela legislação fiscal, comprobatórios do montante devido.

- Comprovado o pagamento de alguns tributos cobrados pelo Fisco, há de ser extinto o crédito para estes, nos termos do art. 156 do CTN.

- A jurisprudência já vem se posicionando no sentido de que, o mero equívoco no preenchimento de DARF para o recolhimento de créditos tributários não configura o não-pagamento, caso seja demonstrado por outros meios que o tributo foi pago. Precedente: TRF 5ª Região, REOMS 94732/CE, Rel. Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho (Substituto), DJ 12/11/2008.

- Remessa Oficial e apelação da Fazenda Nacional improvidas.

- Apelação da autora parcialmente provida, apenas para reconhecer que o débito relativo ao 0422-IRRF, PA 3ª semana de fev/05, no valor de R\$ 23.244,85, foi extinto por pagamento.

ACÓRDÃO

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

Recife, 18 de agosto de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
- Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de ação ordinária movida pela VIVO S/A, sucessora da Telergipe Celular S/A contra a União Federal, objetivando à anulação dos lançamentos listados na peça inicial com a correspondente extinção dos créditos tributários.

Sustenta a autora, que no sistema eletrônico SIEF, da Secretaria da Receita Federal, figuram em cobrança débitos tributários, os quais obstavam a renovação da certidão negativa pleiteada nos autos da cautelar. Afirma que os débitos assinalados pela ré encontram-se alguns satisfeitos, mas erros no preenchimento dos DARFs ensejaram o não reconhecimento de alguns pagamentos efetuados a título de IRRF, e que a exigência das estimativas mensais de IRPJ são indevidas.

Aduz que os débitos de IRPJ relativos aos períodos de apuração – outubro, novembro e dezembro de 2001 – são indevidos em virtude de: a) vício substancial, uma vez que, após o término do

exercício fiscal, a exigência das estimativas mensais (antecipação do imposto apurado em 31 de dezembro) não produz efeitos jurídicos, já que apurado definitivamente o imposto de renda anual relativo ao exercício, somente se podendo cobrar eventual saldo devedor em aberto, o que não logrou a Fazenda demonstrar existir; b) vício formal, tendo em vista que informou em DCTF a sua extinção, mediante compensação com crédito do imposto relativo a saldo negativo do ano de 1998, não podendo o Fisco proceder à cobrança dos valores compensados, fundada tão somente na declaração prestada pelo contribuinte, sem sua prévia notificação e possibilidade de defesa perante os órgãos administrativos; e c) extinção, mediante compensação das estimativas de IRPJ, com o crédito decorrente de pagamentos de imposto de renda no ano de 1998 superiores ao valor do imposto apurado em 21.12 daquele ano.

Acrescenta que os débitos de IRRF nos valores de R\$ 499,35 e R\$ 217,92 e R\$ 49,50 foram pagos, mas que a autora informou equivocadamente o código do tributo no DARF e o período de apuração, assim como os débitos de IRRF no valor de R\$ 250,65 e de PIS no valor de R\$ 53,46, em relação aos quais efetuou o pagamento informando incorretamente o código de receita no DARF. Diz que o débito de IRRF no valor de R\$ 1.827,19 foi parcialmente pago, sendo que a diferença será objeto de pagamento complementar, que os débitos de IRRF no valor de R\$ 12,37, R\$ 23.244,85 e R\$ 14.761,52 foram objeto de pagamento complementar que extinguiram a dívida e que o saldo cobrado a título de atualização, relativo ao débito de IOF, no valor de R\$ 106,66 já foi recolhido.

Entende a autor, que os erros assinalados não invalidam o cumprimento da obrigação principal, pois são de natureza formal, podendo ser retificados de ofício, com base nos fatos ora arguidos, que demonstram a extinção dos créditos em discussão, razão pela qual pleiteia que seja julgado procedente o pedido, com a nulidade das cobranças questionadas, extinguindo-se o crédito tributário.

Citada, a ré sustentou que a Receita Federal reconheceu em parte o crédito referente ao saldo negativo de IRPJ, limitando-o ao valor de R\$ 322.455,85, e que, diante do resultado e consulta das inscrições, a autora é devedora da quantia de R\$ 4.049.695,75.

O MM. Juiz monocrático julgou:

a) procedentes os pedidos de declaração de nulidade dos créditos tributários relativos aos 0473-IRRF PAs 6^a - 02/2005 (R\$ 12,37), 4^a - 02/2005 (R\$ 14.761,52), ao 8045-IRRF PAs 1^a - 06/2004 (R\$ 499,25), 2^a - 06/2004 (R\$ 217,92), 3^a - 06/2004 (R\$ 49,50), ao 5434-PIS PA 7^o - 12/2004 (R\$ 53,46) e ao 1150-IOF PA 2^a - 09/2005 (R\$ 106,66), com a consequente extinção das obrigações tributárias ali correspondentes;

b) parcialmente procedentes os pedidos de declaração de nulidade dos créditos tributários relativos 0422-IRRF PA 3^a - 02/2005 (R\$ 23.244,85), 2363-IRPJ PAs 10/2001 (R\$ 220.574,48), 11/2001 (R\$ 57.144,04) e 12/2001 (R\$ 118.164,46) por vício formal, sem prejuízo de posterior lançamento suplementar desde que apurado o imposto de renda da pessoa jurídica pelo lucro real (art. 173, II do CTN).

c) julgar improcedentes os pedidos de declaração de nulidade dos créditos tributários relativos ao 8045-IRRF PA 4^a - 06/2004 (R\$ 250,65) e ao 0561-IRRF PA 1^a - 02/2005 (R\$ 1.827,19).

Fixou, ainda, o Juízo monocrático, honorários advocatícios em favor da autora no valor de R\$ 2.000,00, nos termos do art. 20, §§ 3^o e 4^o, do CPC.

Inconformada, recorre a autora, defendendo que, apesar de ter sido reconhecido que a exigência fiscal relativa ao IRRF (código de receita 0422), PA 3^a semana de fev/05 no valor de R\$ 23.244,85 foi devidamente extinta por meio de pagamento, o *decisum*, em seu dispositivo, estabeleceu que tal débito tributário deveria ser declarado nulo por vício formal, podendo a autoridade administrativa proceder a um posterior lançamento suplementar (art.173 do CTN). Sustenta que o crédito foi extinto por meio de pagamento, não havendo mais que se falar em declaração de nulidade por vício formal, mas em reconhecimento do pagamento. Assim, requer a inaplicabilidade do artigo 173, II, do CTN ao caso. Requer a declaração de nulidade por vício material dos débitos de estimativas de IRPJ, períodos de apuração 1.11 e 12/2001. A extinção, mediante compensação, das estimativas de IRPJ, períodos de apuração outubro, novembro e dezembro/2001.

Também recorre a Fazenda Nacional requerendo a reforma da sentença e julgar improcedentes os pedidos de anulação dos créditos fiscais ao IRPJ dos meses de outubro, novembro e dezembro de 2001, com a inversão do ônus da sucumbência.

Subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

É o relatório.

Inclua-se o feito em pauta para julgamento.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Poderão optar pelo recolhimento mensal do imposto de renda, calculado com base nas regras de estimativa mensal, as pessoas jurídicas sujeitas ao regime de tributação com base no lucro real anual, a ser apurado em 31 de dezembro.

Dispõe o artigo 2º da Lei nº 9.430/1996:

Art. 2º A pessoa jurídica sujeita a tributação com base no lucro real poderá optar pelo pagamento do imposto, em cada mês, determinado sobre base de cálculo estimada, mediante a aplicação, sobre a receita bruta auferida mensalmente, dos percentuais de que trata o art. 15 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 29 e nos arts. 30 a 32, 34 e 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995.

§ 1º O imposto a ser pago mensalmente na forma deste artigo será determinado mediante a aplicação, sobre a base de cálculo, da alíquota de quinze por cento.

§ 2º A parcela da base de cálculo, apurada mensalmente, que exceder a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) ficará sujeita à incidência de adicional de imposto de renda à alíquota de dez por cento.

§ 3º A pessoa jurídica que optar pelo pagamento do imposto na forma deste artigo deverá apurar o lucro real em 31 de dezembro de cada ano, exceto nas hipóteses de que tratam os §§ 1º e 2º do artigo anterior.

§ 4º Para efeito de determinação do saldo de imposto a

pagar ou a ser compensado, a pessoa jurídica poderá deduzir do imposto devido o valor:

I - dos incentivos fiscais de dedução do imposto, observados os limites e prazos fixados na legislação vigente, bem como o disposto no § 4º do art. 3º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995;

II - dos incentivos fiscais de redução e isenção do imposto, calculados com base no lucro da exploração;

III - do imposto de renda pago ou retido na fonte, incidente sobre receitas computadas na determinação do lucro real;

IV - do imposto de renda pago na forma deste artigo.

Os pagamentos feitos por estimativa, nos termos do dispositivo legal acima transcrito, por si só, não extingue o crédito tributário, mas antecipa os valores devidos pelo contribuinte, com a apuração do lucro real em 31 de dezembro de cada ano, onde se verificará o valor real devido, determinando-se o saldo a pagar ou compensar, na forma dos §§ 3º e 4º do art. 2º supracitado, sendo necessária, ainda, a homologação pela autoridade fiscal, na forma do art. 156, VII, do CTN, para a ocorrência da extinção do crédito tributário.

Nos termos do art. 35 da Lei 8.981/1995, optando pelo pagamento mensal do imposto de renda por estimativa, a pessoa jurídica poderá levantar balanços ou balancetes periódicos para suspender o pagamento do imposto, relativamente ao mês em que o valor do imposto devido, inclusive o adicional, for igual ou inferior à soma do imposto pago, nos meses anteriores do mesmo ano-calendário, ou reduzir o valor do imposto a pagar no montante correspondente à diferença positiva entre o imposto devido e a soma do imposto pago, nos meses anteriores do mesmo ano-calendário.

A falta de recolhimento do imposto mensal calculado com base nas regras da estimativa ou do apurado com base em balanços ou balancetes mensais de suspensão ou redução, ainda que a pessoa jurídica venha a apurar prejuízo no balanço encerrado em 31 de dezembro do ano-calendário, ou na data de encerramento das suas atividades, sujeitará a pessoa jurídica a multa, aplicada isoladamente, calculada sobre o montante das parcelas do imposto não recolhido ou da insuficiência apurada, nos termos do art. 44 da Lei 9.430/1996.

A Lei 11.488/2007 alterou o art. 44 da Lei 9.430/1996 para reduzir o percentual da multa punitiva para 50%. Sendo tal disposição mais benéfica para o contribuinte deve retroagir em seu benefício, conforme disposição do art. 106, II, c, do CTN

Assim, o dever de antecipar o pagamento do tributo com base em estimativas mensais, ainda que no final do exercício se apure saldo a compensar, cabe tão-somente a aplicação de multa isolada, caso não cumprida a obrigação acessória, nos termos do art. 44 da Lei 9.430/96.

Desta forma, não se pode cobrar, no caso dos autos, a multa acessória juntamente com o tributo devido, apurado em 31 de dezembro.

Correta a decisão monocrática quando afirma que o lançamento de valor devido, na situação tratada nos autos, deve ser feito não sobre as estimativas mensais (meses de outubro, novembro e dezembro de 2001), mas sim sobre o imposto efetivamente devido apurado em 31 de dezembro pelo regime do lucro real, em bases anuais. São indevidas as exigências de estimativas de IRPJ após o término do exercício fiscal. Contudo, a diferença de pagamento de tributo apurado com base no lucro real em 31 de dezembro este pode ser cobrado, podendo o Fisco corrigir o lançamento diante do vício formal, observado o disposto no art. 173, II, do CTN.

Quanto ao pedido de extinção dos créditos tributários do IRPJ relativos aos meses de outubro, novembro e dezembro de 2001, mediante o procedimento de compensação, nos termos da Lei 8.383/1991, o IRPJ passou a ser sujeito de lançamento por homologação. Neste caso, o contribuinte apura o tributo, ficando a declaração submetida à análise do Fisco, nos termos do art. 150 do CTN

Tratando-se de imposto de renda mediante o pagamento por estimativa, permitiu o legislador que no ajuste anual, o contribuinte observe se há saldo a pagar que será feito em cota única, ou saldo a compensar, este limitado a 30% do devido no primeiro ano, conforme estabelece o artigo 6º da Lei 9.430/1996, abaixo transcrito:

Art. 6º O imposto devido, apurado na forma do art. 2º, deverá ser pago até o último dia útil do mês subsequente àquele a que se referir.

§ 1º O saldo do imposto apurado em 31 de dezembro será:
I - pago em quota única, até o último dia útil do mês de março do ano subsequente, se positivo, observado o disposto no § 2º;

II - compensado com o imposto a ser pago a partir do mês de abril do ano subsequente, se negativo, assegurada a alternativa de requerer, após a entrega da declaração de rendimentos, a restituição do montante pago a maior.

§ 2º O saldo do imposto a pagar de que trata o inciso I do parágrafo anterior será acrescido de juros calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir de 1º de fevereiro até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

§ 3º O prazo a que se refere o inciso I do § 1º não se aplica ao imposto relativo ao mês de dezembro, que deverá ser pago até o último dia útil do mês de janeiro do ano subsequente.

Tal compensação somente se aplica às pessoas jurídicas que mantiverem os livros e documentos exigidos pela legislação, os quais comprovam o montante do prejuízo fiscal utilizado para a compensação, nos termos do art. 15 da Lei 9.605/1995 c/c o Decreto nº 3.000/1999.

Como se constata, no presente caso, a parte autora procedeu à extinção de créditos mediante a compensação dos referidos meses com saldo negativo do ano-calendário de 1998, exercício 1999, do IRPJ. A Receita Federal do Brasil não reconheceu tal compensação, nos termos do Parecer Técnico SAORT nº413/2005. Conforme se verifica às fls. 182/185 e 168, entende-se que o Fisco não reconheceu o saldo negativo do imposto de renda pelo fato de o contribuinte não ter atendido às intimações, tampouco ter apresentado qualquer documentação dos valores deduzidos a título de Perdas em Operações de Crédito.

Preceitua o artigo 74 da Lei 9.430/1996:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele

Órgão.(Redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002)

§ 1º A compensação de que trata o *caput* será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados.(Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

§ 2º A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

De acordo com o dispositivo legal, o sujeito passivo que apurar crédito tributário junto ao Fisco poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos ou contribuições administrados pela SRF.

Para tanto, deverá efetuar a entrega de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados. Não aceitando o crédito apurado pelo contribuinte, a Fazenda Nacional poderá recusar a homologação.

No caso, o Fisco recusou a homologação da compensação, tendo em vista que o contribuinte não apresentou documentos que amparassem o seu direito. A exigência de conservação da escrita fiscal até que o crédito seja utilizado para fins de compensação constitui uma medida legítima, pois tem o Fisco o direito de examinar a regularidade do procedimento de compensação efetuado pela autora, o que só pode ser feito se a mesma mantiver os livros e documentos exigidos pela legislação fiscal, comprobatórios do montante devido.

Quanto aos créditos tributários relativos ao 0473-IRRF PAs 6ª - 02/2005 (R\$ 12,37), 4ª - 02/2005 (R\$ 14.761,52), 0422-IRRF PA 3ª - 02/2005 (R\$ 23.244,85), analisando os documentos acostados aos autos, observa-se que a parte autora realmente efetuou os pagamentos dos referidos tributos em 29.08.2006, acrescidos dos encargos decorrentes do recolhimento fora de tempo (fls. 104/105).

Embora esteja correto o extrato emitido pela SRF em 17.07.2006, o qual informa o crédito tributário (fls. 39/45), verifica-se que estes foram satisfeitos em 29.08.2006, portanto, há de ser reco-

nhecido o pagamento, não impugnando a ré, inclusive, os valores recolhidos nos DARFs correspondentes.

Ressalte-se que, apesar do Juiz monocrático reconhecer o pagamento do código 0422-IRRF PA 3ª - 02/2005 (R\$ 23.244,85), na parte dispositiva da sentença, julgou parcialmente procedente o pedido para este, possibilitando ao Fisco, diante de vício formal, posterior lançamento suplementar, desde que apurado o imposto de renda da pessoa jurídica pelo lucro real.

Assim, há de ser reformada esta parte da sentença.

Com relação às quitações de créditos tributários efetuados através de DARFs que tiveram o preenchimento incorreto do código do tributo, a jurisprudência já vem se posicionando no sentido de que o mero equívoco no preenchimento de DARF não configura o não-pagamento, caso seja demonstrado por outros meios que o tributo foi pago:

TRIBUTÁRIO. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. QUITAÇÃO DA DÍVIDA. ERRO NO PREENCHIMENTO DO DARF. EXPEDIÇÃO. DIREITO. EXISTÊNCIA.

1. O erro no preenchimento das guias de recolhimento (DARF), quanto ao número do CNPJ do contribuinte, não obsta, por si só, a obtenção da certidão negativa de débito, quando, não havendo outras dívidas em aberto, restou demonstrada a quitação do débito e a comunicação do equívoco à autoridade fiscal.

2. Remessa oficial improvida. (TRF 5ª Região, REOMS 94732/CE, Rel. Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho (Substituto), DJ 12/11/2008)

CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. DARF DA MATRIZ COM CNPJ DA FILIAL. ERRO NO PREENCHIMENTO. DÉBITO QUITADO.

A recusa no fornecimento de certidão negativa de débito – CND só é admissível quando houver crédito tributário devidamente constituído pelo lançamento. *In casu*, os valores inscritos correspondem exatamente àqueles que foram pagos, excluídos os acréscimos moratórios incidentes sobre os débitos.

Em que pese o erro no preenchimento das guias DARFs, tendo constado o CNPJ da filial ao invés do da matriz da empresa, o tributo foi efetivamente pago, impondo-se o

reconhecimento da nulidade da inscrição em dívida ativa, sob pena de enriquecimento ilícito da União Federal. (TRF 4ª Região, Processo: 2007.71.00.001757-6, Rel. VILSON DARÓS, *DJ*22/07/2008)

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. COMPROVAÇÃO DA QUITAÇÃO DOS TRIBUTOS REFERENTES AOS MESES DE NOVEMBRO/89 E DEZEMBRO/89, RELATIVAMENTE AO IRRPF-RENDIMENTO DE TRABALHO SEM VÍNCULO EMPREGATÍCIO E DE IRRPF-RENDIMENTO DE TRABALHO ASSALARIADO. PROVA DE ERRO DECORRENTE DO PREENCHIMENTO DA DCTF E DO DARF. PAGAMENTO INTEGRAL COMPROVADO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDAS. SENTENÇA MANTIDA.

1. Comprovado nos autos, pela juntada de documentos originais, que houve erro material no preenchimento da DCT e do DARF, bem como pagamento integral de tributo, correta a sentença que decretou a nulidade do título executivo.
2. Apelação e remessa oficial não providas.
3. Peças liberadas pelo Relator, em 28/03/2006, para publicação do acórdão. (TRF 1ª Região, AC 200001000327178/GO, Rel. Des Fed Luciano Tolentino Amaral, *DJ*07.04.2006)

Em sendo assim, assiste razão à autora que demonstrou ter quitado, embora com indicação do código de recolhimento errado, os créditos que a SRF afirma estarem pendentes relativos aos tributos/períodos de apuração 8045-IRRF/1ª – junho de 2004, 8045-IRRF/2ª – junho de 2004, 8045-IRRF/3ª – junho de 2004 e 5434-PIS/7º – dezembro de 2004 (fls. 89, 91, 92, 93, 97, 107).

Apenas, com referência ao 8045-IRRF relativo ao o período de apuração 4ª – junho/2004, no valor de R\$ 250,65, não ficou demonstrado que houve a quitação desse tributo, pois a autora juntou aos autos apenas cópia de um DARF com código 1708, em outro valor e outros DARFs com códigos 1708 e 8045, sem qualquer autenticação (fl. 88).

Também não ficou comprovado que a demandante quitou o crédito referente ao 0561-IRRF, PA 1ª - 02/2005, no valor de R\$ 1.827,19, relativo ao saldo devedor não pago de um débito de valor originário de R\$ 22.730,23. Inclusive, a própria autora reconhece que apenas pagou parte do débito.

Por fim, mantenho a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em favor da autora, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais, nos termos do § 4º do art. 20 do CPC).

Diante do exposto, nego provimento à remessa oficial e à apelação da Fazenda e dou parcial provimento à apelação da autora, apenas para reconhecer que o débito relativo ao 0422- IRRF, PA 3ª semana de fev/05, no valor de R\$ 23.244,85, foi extinto por pagamento.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 366.518-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO
Apelantes: ROBERTO JOSÉ TENÓRIO DE LIRA E CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs: DR. JOSÉ ARNALDO AMARAL E CONCEIÇÃO KEANE GOMES CHAVES E OUTROS

EMENTA: CIVIL. DEPÓSITOS POPULARES. DIREITO À RESTITUIÇÃO. AUSÊNCIA DE PRESCRIÇÃO: ART. 2º, § 1º, LEI Nº 2.313/54. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. RESPONSABILIDADE CIVIL DA JUSTIÇA ESTADUAL PELA ADMINISTRAÇÃO DOS VALORES NÃO CONFIGURADA. OBRIGAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DEPOSITÁRIA (CEF) EM RESTITUÍ-LOS. PRECEDENTES DO STJ.

- O direito à restituição dos depósitos populares feitos nos estabelecimentos bancários é imprescritível, a teor do art. 2º, § 1º, da Lei nº 2.313/54. Precedentes do STJ.

- Comprovando nos autos, a parte autora, a existência do direito, lastreado na abertura da conta nº 85135, assim como o registro do depósito em nome do então menor, realizado em 16 de outu-

bro de 1951, cuja administração competia à Caixa Econômica Federal, assiste-lhe o direito à restituição dos valores depositados, tendo em vista que não houve provas que pudessem elidir a responsabilidade da instituição depositária.

- No que tange ao pedido de condenação em face do Estado de Pernambuco, não se verifica nexo de causalidade que pudesse deflagrar a responsabilidade de indenização por dano do referido ente estatal, seja ele de ordem material ou moral.

- Reservado o quinhão, em dinheiro, mediante a abertura de conta na instituição financeira da ré em favor dos menores, no bojo do processo de inventário e arrolamento instaurado no juízo estadual, após ultimada a partilha mediante sentença, não há mais cogitar-se em responsabilidade do órgão judicial pela administração e veladura dos referidos valores. A responsabilidade acaso existente é do administrador do patrimônio dos menores, do seu representante legal (ex vi do art. 385 e segs., CC/1916), ou da própria instituição financeira depositária.

- Como asseverado na decisão, transcorridos mais de trinta anos após a maioria do titular para reivindicar os valores depositados, à falta de maiores elementos que pudessem presumir de forma contrária, não se tem por configurada lesão à honra ou outro bem jurídico que integre a esfera íntima do autor, cujo dano repercutiu exclusivamente na esfera patrimonial.

- Não provimento às apelações.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo tombado sob o número em epígrafe, em que são partes as acima identificadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sessão realizada

nesta data, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas que integram o presente, por unanimidade, negar provimento às apelações, nos termos do voto do Relator.

Recife, 25 de agosto de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

Cuida-se de apelações de sentença proferida pela 23ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, nos termos da qual julgou parcialmente procedente pretensão autoral, condenado a Caixa Econômica Federal a restituir ao autor o valor depositado na conta de poupança nº 85.135, em 16/10/1951, devidamente corrigido pelos índices legais de correção monetária aplicável aos depósitos de poupança até a data da solicitação de levantamento dos valores depositados na ação de arrolamento, em 19/03/1999, mais juros remuneratórios e de mora.

A parte autora recorre, postulando a reforma da sentença para condenar a CEF a restituir os valores, na forma de lei civil (arts. 1226, CC/1916, e 629, CC vigente), bem como, alternativamente, que

(...) seja condenada apelada a restituir o capital depositado em dinheiro de que trata o item 3.1 acima, acrescido dos devidos juros contratuais de 6% (seis por cento) ao ano, devidamente capitalizados, mais juros de mora, juros compensatórios, multa por quebra de contrato, e correção monetária por todo o período, até final do pagamento;

E ainda,

A condenação do Estado de Pernambuco ao pagamento de indenização por perdas e danos materiais e morais, em face da conduta omissiva do juízo da comarca de Bom Conselho deixando de fiscalizar a administração do patrimônio material do apelante depositado à sua ordem na apelada Caixa Econômica Federal, um *quantum* a ser ar-

bitrado pela Colenda Corte, na forma do item acima com juros e correção monetária até final de pagamento;
A condenação da apelada e do litisconsorte, individualizadamente considerados, ao pagamento de verba honorária do advogado do apelante à razão de 20% (vinte por cento) sobre o valor final da condenação, um *quantum* a ser arbitrado pela Colenda Corte, acrescido de juros e correção monetária até final pagamento.

A Caixa Econômica Federal, por sua vez, interpõe apelação requerendo a reforma da sentença, nos seguintes termos.

Afirma que em pesquisa nos arquivos não foi encontrada nenhuma conta com numeração informada, nem qualquer depósito tendo o autor como titular (fl. 46). Assim, tendo o autor esperado mais de 39 (trinta e nove) anos para buscar o depósito realizado em conta, estaria a pretensão absolutamente fulminada pela prescrição, invocando o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil vigente e o de 1916 (art. 177).

Defende que o prazo de arquivamento obrigatório de registro de conta é similar ao prazo de prescrição de prestação de contas, o qual, no caso em tela, encontrava-se superado, sem que o apelado jamais tivesse demonstrado qualquer interesse em reaver a quantia após atingir a maioridade.

Acrescenta que a conta aberta tratava-se de conta denominada conta de depósitos e não caderneta de poupança, visto que esta modalidade de depósitos não existia na época, tendo sido instituído pela Lei nº 4.380/1964, sendo que seus depósitos só se tornaram efetivos a partir de 1966. Por isso, prossegue, seria equivocado o entendimento adotado pelo juízo *a quo*, pois essa modalidade de depósito não existia na época.

Argumenta que o autor/apelado, ao atingir a maioridade, pode ter resgatado o valor disponível, ajuizando a presente ação no intuito de locupletar-se às custas da apelante no intuito de receber em dobro a importância que lhe caberia, uma vez que seria notória a impossibilidade de produção de provas pela instituição financeira, em virtude do longo prazo transcorrido desde tal fato, sendo cediço que o indivíduo que deixa de cobrar um direito seu por tão longo tempo é porque já foi pago ou o remitiu. Seria evidente a

coerência, transparente e ética na conduta da CAIXA/APELANTE em proceder o encerramento de uma conta em que não se possuía qualquer valor depositado, sendo este o procedimento a ser adotado. Afirma que os valores contidos na conta foram devidamente sacados pelo demandante, fato que teria ensejado seu encerramento em data longínqua, vindo o apelado em juízo obter vantagem ilícita, em virtude da inexistência da conta e de possíveis documentos comprobatórios.

Ao final, reitera a prejudicial de prescrição e a improcedência da ação em virtude da conta informada não se tratar de poupança.

É o relatório.

VOTO

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

Analiso inicialmente a apelação da CEF, que alega como prejudicial a prescrição da pretensão do autor.

O pedido deduzido na inicial é de pagamento da quantia depositada na conta de depósito nº 85135, aberta perante a CEF, instituída por determinação judicial em 16/10/1951 (cf. fls. 09 e 38), nos autos do processo de arrolamento de bem deixado pelo genitor do autor.

Segundo afirma a CEF, após o transcurso de mais de 39 anos, a pretensão autoral estaria prescrita, afirmando serem aplicáveis os prazos extintivos do CDC, ou do Código Civil vigente e o revogado (CC/1916).

Porém, não há cogitar-se na aplicação de tais diplomas normativos, na medida em que a matéria encontra disciplina específica contida na Lei nº 2.313, de 03/09/1954, a qual estabelece os prazos dos contratos de depósito regular e voluntário de bens de qualquer espécie.

No que interessa, dispõe o seguinte:

Art. 2º Os créditos resultantes de contratos de qualquer natureza, que se encontrarem em poder de estabelecimentos bancários, comerciais e industriais e nas Caixas Econômicas, e não forem reclamados ou movimentadas as

respectivas contas pelos credores por mais de 25 (vinte e cinco) anos serão recolhidos, observado o disposto no § 2º do art. 1º ao Tesouro Nacional e aí escriturados em conta especial, sem juros, à disposição dos seus proprietários ou de seus sucessores, durante 5 (cinco) anos, em cujo termo se transferirão ao patrimônio nacional.

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo os depósitos populares feitos nos estabelecimentos mencionados, que são imprescritíveis e os casos para os quais a lei determina prazo de prescrição menor de 25 (vinte e cinco) anos.

Como se percebe, o direito à restituição dos depósitos populares feitos nos estabelecimentos bancários é imprescritível, a teor do art. 2º, § 1º, acima em destaque. Observe-se que apesar da CEF alegar – com acerto – que o depósito em tela não se confunde com o de caderneta de poupança, porquanto essa só foi instituída posteriormente, com a Lei nº 4.380 de 21/08/1964, tal argumentação não afasta a incidência do art. 2º, §1º, da lei especial.

Assim, em que pese a sentença ter considerado o depósito como poupança, tal enquadramento por si só não afasta a obrigação de devolução dos valores depositados, mercê da imprescritibilidade prevista na lei especial.

Com efeito, confirmam-se os seguintes arestos:

RECURSO ESPECIAL. DEPÓSITOS POPULARES. RESTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 2.313/54. CORREÇÃO MONETÁRIA. ART. 4º DA LEI Nº 4.595/64. DISPOSITIVO LEGAL QUE NÃO AMPARA A PRETENSÃO RECURSAL. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DO CABIMENTO DO RECURSO. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DEVIDA A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI Nº 4.357, DE 16.7.1964. PRECEDENTES. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO.

(REsp nº 583360/RS; Min. Massami Uyeda; j. 02/08/2007; Quarta Turma)

CONTAS DE DEPÓSITOS POPULARES. MOVIMENTAÇÃO POR CADERNETA. RESTITUIÇÃO DEVIDA. CÔMPUTO DA CORREÇÃO MONETÁRIA DESDE A LEI QUE A INSTITUIU. AUSÊNCIA DE PRESCRIÇÃO NOS TERMOS DA LEI Nº 2.313/54.

1. O pedido de restituição de depósitos populares está coberto pelo § 1º do art. 2º da Lei nº 2.313/54, sendo, portanto, imprescritível.
2. Tratando-se de contas de depósitos populares com movimentação por caderneta, impõe-se a restituição dos valores depositados, computando-se a correção monetária desde a sua instituição pela Lei nº 4.357/64.
3. Recurso especial não conhecido.
(REsp nº 726304/RS; Min. Carlos Alberto Menezes Direito; j. 17/10/2006; Terceira Turma)

A distinção entre um e outro tipo de conta se opera fundamentalmente no âmbito da correção monetária dos valores, aplicável, na época, apenas à poupança (cf. art. 6º, § 1º, Lei nº 4.380/64) e inexistente nos depósitos populares, certo de que não houve a transformação automática destes em contas de poupança.

Nada obstante, tal ponto não foi objeto de impugnação da CEF, não ocorrendo a devolutividade da matéria neste aspecto, uma vez que a ré apelante apenas se limitou a insistir na tese da prescrição e de que os valores já teriam sido sacados pelo autor da ação.

Porém, através do documento de fl. 08, a parte autora comprova a existência do direito, lastreado na abertura da conta nº 85135, assim como o registro do depósito realizado em 16 de outubro de 1951, cuja administração competia à Caixa Econômica Federal.

Em contrapartida, a parte ré não desconstituiu a prova apresentada pelo autor, restando, portanto, incólume a pretensão de devolução dos valores depositados, pelo que não merece provimento o apelo da ré. Nada impede, porém, que a eventual redução do saldo a zero, aventada à apelação da CEF, em face da inatividade da conta por longos anos, tenha a apuração, não efetuada por perícia, à instrução, fique diferida à liquidação.

Passo, então, a apreciar a apelação da parte autora.

Em seu recurso, requer o autor, primeiramente, a devolução dos valores com base nos art. 1226 – *rectius*, 1266 – do CC 1916, e art. 629, CC vigente; ou, alternativamente, a condenação da CEF e do Estado de Pernambuco ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, e a condenação de ambos ao paga-

mento de verba honorária no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

O pedido de devolução com base no art. 1266 do CC/1916 e 629 do Código Civil em vigor já foi assegurado na sentença, pelo que é manifesta a ausência de interesse recursal do autor em pretender algo que já lhe foi reconhecido.

No que tange ao pedido de condenação em face do Estado de Pernambuco, não verifico nexos de causalidade que pudesse deflagrar a responsabilidade de indenização por dano do referido ente estatal, seja ele de ordem material ou moral.

Reservado o quinhão, em dinheiro, mediante a abertura de conta na instituição financeira da ré em favor dos menores, no bojo do processo de inventário e arrolamento instaurado no juízo estadual, após ultimada a partilha mediante sentença (cf. fl. 38), não há mais cogitar-se em responsabilidade do órgão judicial pela administração e veladura dos referidos valores.

A responsabilidade acaso existente é do administrador do patrimônio dos menores, do seu representante legal (*ex vi* do art. 385 e segs., CC/1916), ou da própria instituição financeira depositária.

Por igual, o pedido de indenização por dano moral não procede.

Como asseverado na decisão, transcorridos mais de trinta anos após a maioridade do titular para reivindicar os valores depositados, à falta de maiores elementos que pudessem presumir de forma contrária, não se tem por configurada lesão à honra ou outro bem jurídico que integre a esfera íntima do autor, cujo dano repercutiu exclusivamente na esfera patrimonial.

Por fim, o pedido de condenação das rés em verba honorária no percentual de 20% da condenação, não é digno de acolhimento, na medida em que a pretensão do autor não foi acolhida na sua integralidade, notadamente o direito à indenização por danos morais. Incide, portanto, o disposto no art. 21, *caput*, do CPC, nos termos do qual são compensados entre os litigantes os honorários e as despesas processuais.

Por tais razões, nego provimento às apelações.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 371.382-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Apelantes : ADEILSON LINS SILVA E UNIÃO
Apelados: OS MESMOS
Adv./Proc.: DR. EDGAR LOPES CAVALCANTE

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DEMISSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. ANULAÇÃO JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS.

- Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes do ato de demissão do autor, servidor público, posteriormente anulado por decisão judicial, que determinou a reintegração ao cargo. Condenada a União, na sentença recorrida, ao pagamento de R\$ 10.000,00 a título de indenização por danos morais, restando afastada a pretensão de reparação de danos materiais.

- A preliminar de ilegitimidade passiva se confunde com o próprio mérito da ação, porquanto fundamentada na inexistência de nexos causal entre os danos alegados pelo autor e qualquer ato praticado pela União.

- Quanto à prejudicial de prescrição, trata-se de questão já superada, tendo em vista a decisão proferida por esta Turma, quando do julgamento de apelação, que afastou a prescrição inicialmente reconhecida pelo Juízo de origem, determinando o retorno dos autos para que fosse proferida nova sentença.

- Inexiste qualquer responsabilidade a ser imputada à União por prejuízos decorrentes da divulgação da notícia de instauração de Inquérito Policial e Procedimento Administrativo para apuração da suposta prática de furto de materiais

cirúrgicos pelo autor, na condição de auxiliar de enfermagem lotado no Hospital Getúlio Vargas. É que não resta configurada a existência de nexo causal entre qualquer ato praticado pela União e os danos suportados pelo apelante em razão da repercussão negativa do caso após divulgação pela imprensa local.

- Consequência diversa é a que decorre do ato de demissão do postulante, reconhecido como ilegal e anulado por decisão judicial que determinou a reintegração do servidor ao cargo.

- Não há como se negar que o afastamento do autor de seu cargo público por dez anos, após ser demitido por ato posteriormente declarado nulo por decisão judicial, ultrapassa as raias do mero aborrecimento, irritação, dissabor, consistindo, na verdade, em situação que interfere intensamente no comportamento psicológico, gerando dor, sofrimento, aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar e no orçamento familiar. A demissão por justa causa é um dos piores vexames que pode sofrer um trabalhador, pois, além da perda do emprego, há uma série de repercussões na sua vida profissional e moral.

- Tratando-se de danos morais, o magistrado deve atentar, quando da fixação do quantum indenizatório, para as condições das partes, inclusive o potencial econômico-social do lesante, a gravidade da lesão, sua repercussão e as circunstâncias fáticas.

- No caso, considerando a gravidade do fato que motivou a demissão indevida do postulante – infração cometida no exercício da função – e o tempo que ficou afastado de seu cargo – 10 anos –, o valor de R\$ 10.000,00, fixado pelo juiz de primeiro grau, mostra-se insuficiente à reparação dos danos morais suportados. Diante disso, o quantum indenizatório deve ser majorado

para R\$ 30.000,00 a sofrer incidência de correção monetária e juros de mora a razão de 1% ao mês, a partir deste julgamento.

- Quanto aos danos materiais, alega o autor que a responsabilidade da parte ré decorre da não restituição dos materiais cirúrgicos indevidamente apreendidos em sua residência pela Polícia Federal, mesmo após o arquivamento do inquérito policial. De fato, restou suficientemente evidenciado, nos autos, a apreensão pela Polícia Federal de materiais destinados a procedimentos cirúrgicos encontrados na casa do autor. Por outro lado, a União não logrou comprovar que os materiais referidos foram efetivamente devolvidos ao postulante após o arquivamento do inquérito policial, ônus que lhe cabia por consistir em fato desconstitutivo do direito alegado pela parte autora (art. 333, II, do CPC).

- Assim, há de ser reconhecida a responsabilidade da União pela restituição do valor relativo aos materiais apreendidos, devendo-se tomar como base, para a respectiva apuração, os valores informados no laudo do Instituto Nacional de Criminalística elaborado à época.

- Em face do reconhecimento do direito do postulante também à indenização por danos materiais, há de ser afastada a sucumbência recíproca declarada na sentença recorrida e condenada a União ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, aqui arbitrados em 10% do valor da condenação. Importante registrar que, nas ações de danos morais, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca (Súmula 326 do STJ).

- Apelação da parte ré improvida e apelação do autor parcialmente provida, para condenar a União ao pagamento de indenização por danos materiais em valor a ser apurado nos termos

acima referidos, e para majorar para R\$ 30.000,00 o quantum indenizatório arbitrado a título de indenização por danos morais.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação da parte ré e dar parcial provimento à apelação do autor, 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 agosto de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Cuida-se de apelações cíveis interpostas pelas partes contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para condenar a União Federal ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes do ato de demissão do postulante, reconhecido como ilegal por decisão judicial, que determinou a reintegração do servidor ao cargo de auxiliar de enfermagem.

Em suas razões de recurso, persegue o autor: a) a condenação da União ao pagamento de indenização de materiais cirúrgicos indevidamente apreendidos em sua residência pela Polícia Federal; b) a majoração do *quantum* indenizatório fixado a título de indenização por danos morais; c) o afastamento dos ônus decorrentes do reconhecimento da sucumbência recíproca, por ser beneficiária da Justiça Gratuita.

Por sua vez, requer a parte ré em suas razões de apelo: a) o reconhecimento de sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo do feito; b) o reconhecimento da prejudicial de prescrição da pretensão deduzida pelo postulante; c) o afastamento da condenação

à indenização pelos danos morais alegados, em face da inexistência denexo causal com qualquer ato praticado pela União.

Contra-razões não apresentadas.

É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

Ressalte-se, de início, que a preliminar de ilegitimidade passiva se confunde com o próprio mérito da ação, porquanto fundamentada na inexistência denexo causal entre os danos alegados pelo autor e qualquer ato praticado pela União.

Quanto à prejudicial de prescrição, trata-se de questão já superada, tendo em vista a decisão proferida por esta egrégia Primeira Turma, que afastou a prescrição inicialmente reconhecida pelo Juízo de primeiro grau, determinando o retorno dos autos para que fosse proferida nova sentença (fls. 06/07).

Ultrapassadas as preliminares, passo à análise do mérito.

Tratam os autos de hipótese típica de responsabilização civil, cujo reconhecimento condiciona-se à presença simultânea, sob pena de improcedência do pleito indenizatório, dos seguintes requisitos: ato ilícito, dano, nexode causalidade entre o ato e o dano e a culpa do agente, se não consistir em hipótese de responsabilidade objetiva.

No tocante aos danos morais, dois são os acontecimentos apontados como atos lesivos: a) demissão do postulante após conclusão de processo administrativo disciplinar instaurado para investigar suposta prática de subtração de materiais cirúrgicos e c) divulgação da notícia respectiva em jornais locais.

No que se refere ao segundo dos fatos narrados, não há que se atribuir responsabilidade à parte ré pelos danos alegados.

É que não resta configurada a existência denexo causal entre qualquer ato praticado pela União e os danos de ordem moral suportados pelo apelante, decorrentes da repercussão negativa do caso após divulgação pela imprensa local.

Não se pode negar a carga lesiva da veiculação, por jornais de grande circulação, da notícia do furto de materiais cirúrgicos pelo autor para sua imagem pessoal e profissional, mormente se considerado o arquivamento do inquérito policial e a anulação judicial do ato de demissão.

Entretanto, inexistente nos autos qualquer elemento que comprove que a imprensa tornou-se ciente do fato por meio de comunicado feito pela Polícia Federal ou por qualquer outro órgão vinculado à União.

O arquivamento do inquérito policial não significa que os atos de investigação foram abusivos, pelo contrário, se mostram corretos diante dos elementos de que dispunham o Ministério Público Federal e a Polícia Federal, cujo dever é o de apurar, com todos os meios disponíveis, a grave conduta que se suspeitava ter ocorrido.

Inexiste, portanto, qualquer responsabilidade a ser imputada à União por prejuízos decorrentes da divulgação da notícia de instauração de Inquérito Policial e Procedimento Administrativo para apuração da suposta prática de furto de materiais cirúrgicos pelo autor, na condição de auxiliar de enfermagem lotado no Hospital Getúlio Vargas.

Consequência diversa é a que decorre da demissão do postulante imposta, como penalidade, pelo extinto Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS. A ilicitude do ato é incontestável.

É que restou reconhecida pelo Juízo da 2ª Vara Federal desta Seção Judiciária, em sentença confirmada por este egrégio Tribunal Regional Federal, a ilegalidade do ato, tendo em vista a desproporção da penalidade aplicada em relação à infração cometida, em face do disposto no art. 129, *caput*, da Lei nº 8.112/90 (fls. 17/29).

Quanto aos danos morais decorrentes, não há como se negar que o afastamento do autor de seu cargo público por dez anos, após ser demitido por justa causa por meio de ato posteriormente declarado nulo por decisão judicial, ultrapassa as raias do mero aborrecimento, irritação, dissabor, consistindo, na verdade, em situação que interfere intensamente no comportamento psicológico,

gerando dor, sofrimento, aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar e no orçamento familiar.

A demissão por justa causa é um dos piores vexames que pode sofrer um trabalhador, pois, além da perda do emprego, há uma série de repercussões na sua vida profissional e moral.

Há de ser mantida, portanto, a sentença recorrida no tocante ao reconhecimento da responsabilidade da União pelos danos morais suportados pelo autor em razão de sua demissão.

Passando à análise do *quantum* indenizatório, é certo que, em se tratando de dano moral, em que os critérios não estão previstos legalmente, a única forma de se fixar a indenização é o arbitramento pelo julgador.

Entretanto, o bom-senso e a razoabilidade são imprescindíveis na busca da composição do dano.

O montante da indenização deve ser suficiente para desencorajar a reiteração de condutas ilícitas e lesivas por parte do réu e, ao mesmo tempo, amenizar, na medida do possível, o constrangimento causado ao autor lesado. Por outro lado, não pode se mostrar excessivo diante dos danos efetivamente sofridos, sob pena de resultar em enriquecimento ilícito.

Assim, o magistrado deve atentar para as condições das partes, inclusive o potencial econômico-social do lesante, a gravidade da lesão, sua repercussão e as circunstâncias fáticas. Em suma, deve analisar todos os aspectos do processo, como forma de transformá-los – caso configurado o dano moral – em um *quantum* monetário.

No caso, considerando a gravidade da motivação do ato de demissão ilegal do postulante – infração cometida no exercício da função – e o tempo que ficou afastado de seu cargo – 10 anos –, o valor de R\$ 10.000,00, fixado pelo juiz de primeiro grau, mostra-se, de fato, insuficiente à reparação dos danos morais suportados.

Diante disso, reformo a sentença recorrida, para majorar o *quantum* indenizatório para R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), a sofrer incidência de correção monetária e juros de mora à razão de 1%

ao mês, a partir deste julgamento, valor que se mostra razoável e proporcional à gravidade e à repercussão do evento danoso.

Nesse mesmo sentido:

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. ANULAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE DEFESA. DEMISSÃO. REINTEGRAÇÃO AOS QUADROS DO DNER APÓS 10 ANOS. NEXO CAUSAL EXISTENTE. NÃO COMPROVAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

1. Ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes de demissão por justa causa tendo o processo administrativo sido julgado nulo pela ausência de defesa. Reintegração ao serviço após 10 (dez) anos de afastamento do servidor.

(...).

5. Indenização do dano moral acolhida porque decorrente de ato administrativo nulo com projeção objetiva traduzida, de modo concreto, em constrangimento, vexame, humilhação. Situação que implicou em degradação do indivíduo no meio social.

6. “Configurada a existência de dano moral relevante, o magistrado deve quantificar a indenização, arbitrando-a com moderação, de forma que represente reparação ao ofendido pelo dano, sem, contudo, atribuir-lhe enriquecimento sem causa” (AC 2002.38.03.000432-1/MG. Rel^a. Des^a. Maria Isabel Gallotti Rodrigues, DJ 08/10/2007, p. 82).

7. Responsabilidade confirmada e considerando a situação da vítima, a condição e conduta da União e seus agentes, o dano em si e a necessidade de compensá-lo sem gerar enriquecimento sem causa, deve o valor ser fixado em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

8. Dano material improcedente, pois o autor/apelante não se desincumbiu de comprovar a existência do alegado lucro cessante.

9. Apelação do autor acolhida parcialmente.

10. Havendo sucumbência recíproca, as despesas processuais e os honorários advocatícios devem ser proporcionalmente distribuídos e compensados entre as partes.

11. Sentença reformada parcialmente. (Grifos nossos) (TRF1. AC1999.34.00.007145-2/DF. 5ª Turma. Data da Decisão: 04/05/2009. Unânime. DJF1: 050/06/2009, pág. 163).

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ANULAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE CULMINOU EM DEMISSÃO. DANOS MORAIS. PRESCRIÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- (...)

- O dano moral, conforme definição de Sérgio Cavalieri Filho, “é lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima” (*in* Programa de Responsabilidade Civil, 2ª ed., p. 74). É, portanto, dano de caráter intrínseco ao íntimo do ofendido, cuja prova de sua ocorrência, muitas vezes é dispensada pela impossibilidade de se constatar, objetivamente, a sua existência. Esse entendimento fez parte da jurisprudência considerar o dano moral como *dano in re ipsa*, ou seja, que decorre, de forma inexorável da própria gravidade do fato ofensivo, de modo que, provado o fato, provado está o dano.

- Transpondo essas considerações para o caso *sub judice*, não há como negar os prejuízos advindos da injusta demissão do autor. O abalo causado atinge tanto a ordem financeira como o foro íntimo do autor, uma vez que se viu privado de sua fonte de renda e acusado indevidamente pela prática de atos de improbidade administrativa.

- Nesse contexto, levando-se em conta a natureza reparatória e educativa das indenizações, considerando o período em que o autor esteve afastado do seu cargo, a situação econômico-financeira da vítima e do causador do dano, bem como frente à análise de casos similares julgados nos Tribunais Superiores, fixo a indenização em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), a ser suportada pela metade por cada um dos réus.

- A correção será efetuada pelo INPC, tendo por termo inicial a publicação da presente sentença. Os juros moratórios serão de 1% ao mês, desde a citação (art. 406 do Código Civil, c/c art. 161, § 1º, do CTN).

- Provimento à apelação do autor para julgar procedente o pedido de indenização por danos morais.

(TRF4. AC2001.71.10.001132-6/RS. 3ª Turma. Data de Decisão: 06/02/2006. Unânime. DJ: 19/04/2006, pág. 563).

Passando à análise dos danos materiais, alega o autor que a responsabilidade da parte ré decorre da não restituição de mate-

riais indevidamente apreendidos em sua residência pela Polícia Federal, mesmo após o arquivamento do inquérito policial.

De fato, restou suficientemente evidenciado, nos autos, a apreensão pela Polícia Federal de materiais destinados a procedimentos cirúrgicos encontrados na casa do autor (fls. 88/91). Por outro lado, a União não logrou comprovar que os materiais referidos foram efetivamente devolvidos ao postulante após o arquivamento do inquérito policial, ônus que lhe cabia por consistir em fato desconstitutivo do direito alegado pela parte autora (art. 333, II, do CPC).

É importante registrar que, tanto no inquérito policial, quanto no processo administrativo, chegou-se à conclusão da inexistência de provas de que os materiais apreendidos pertenciam, de fato, ao Hospital Getúlio Vargas, o que tornou incontestável a propriedade do postulante.

Assim, há de ser reconhecida a responsabilidade da União pela restituição do valor relativo aos materiais apreendidos, devendo-se tomar como base, para a respectiva apuração, os valores informados no laudo do Instituto Nacional de Criminalística elaborado à época (fls. 90/91).

Em face do reconhecimento do direito do postulante também à indenização por danos materiais, impõe-se o afastamento da sucumbência recíproca declarada na sentença recorrida, pelo que condeno a União ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que arbitro em 10% do valor da condenação.

Nesse ponto, é importante ressaltar que, nas ações de danos morais, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca (Súmula 326 do STJ).

Por estas razões, nego provimento à apelação da parte ré e dou parcial provimento à apelação do autor, para condenar a União Federal ao pagamento de indenização por danos materiais em valor a ser apurado nos termos acima referidos, e para majorar para R\$ 30.000,00 o *quantum* indenizatório arbitrado a título de indenização por danos morais, a sofrer incidência de correção monetária e juros de mora à razão de 1% ao mês, a partir deste julgamento.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 373.399-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO AZEVEDO (AUXILIAR)
Apelante: ELTHON BAIER NUNES
Apelados: UNIÃO E OUTRO
Advs./Procs.: DRS. ALEXANDRE JOSÉ GOIS LIMA DE VICTOR E OUTROS (APTE.)

EMENTA: PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. PRELIMINARES IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E CITAÇÃO DOS LITISCONSORTES PASSIVOS NECESSÁRIOS. REJEIÇÃO. CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE CORREÇÃO DE PROVA DE CONCURSO. AFASTAMENTO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. CASO CONCRETO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA RAZOABILIDADE.

- Não se configura a impossibilidade jurídica do pedido. Para a verificação de tal condição da ação, torna-se necessária a análise do pedido de forma abstrata. A questão da possibilidade de revisão de critérios de avaliação pelo poder Judiciário e matéria de mérito e ali deve ser verificado. Preliminar rejeitada.

- Citação dos demais candidatos, litisconsortes passivos necessários, efetivado por meio de edital.

- O controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário somente é realizado de forma excepcional sob pena de subtração de esferas e competências. Na realidade, cabe à Administração analisar e aperfeiçoar padrões de gestão para a aplicação das prescrições abstratas das normas aos casos concretos com a devida adequação, havendo casos de atuação administrativa que não ficam de modo integral definidas na

norma legal, abrindo um leque de oportunidades e conveniências para a decisão administrativa.

- Por certo não pode o Julgador substituir o Administrador Público sob pena de inversão de competências e de fuga das atribuições do Poder Judiciário. Impossibilidade de correção de questões de concurso (AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÕES DO CERTAME. CONTROLE JURISDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N° 279 DO STF. 1. Não cabe ao poder judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, substituir-se à banca examinadora nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas a elas. 2. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental a que se nega provimento (RE-AgR 560551, DJU 31.07.2008, Rel Min Eros Grau).

- Não se pode falar de teoria do fato consumado. (O caso ora examinado não se subsume à teoria do fato consumado, de modo a reconhecer o direito à nomeação de candidato aprovado sub judice, pois, segundo o entendimento consolidado deste Superior Tribunal de Justiça, é de ser afastada a aplicação da referida teoria quando a continuação do candidato no certame tenha ocorrido por força de decisão judicial precária, não confirmada posteriormente quando do julgamento definitivo da demanda. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido (AGREsp 200600 946945, DJU 03.08.2009, Rel. Min. Laurita Vaz).

- O princípio da segurança jurídica está diretamente ligado à inevitável presunção de legalidade que têm os atos administrativos, bem como a necessidade de defesa dos administrados frente à fria e mecânica aplicação da lei, com a anulação de atos que geraram benefícios e vanta-

gens de há muito incorporados ao patrimônio jurídico de certos indivíduos. No caso concreto, passados mais de cinco anos desde a determinação para a continuação no concurso e a efetivação da nomeação por ato discricionário da Administração Pública, o cumprimento do princípio da segurança jurídica passou a exprimir dentro daquela realidade a verdadeira justiça.

- Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “Não brigam com o princípio da legalidade, antes atendem-lhe o espírito, as soluções que se inspirem na tranquilização das relações que não comprometem insuprimivelmente o interesse público, conquanto tenham sido produzidas de maneira inválida”.

- Inversão do ônus da sucumbência. Preliminares rejeitadas. Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

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

DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO AZEVEDO -
Relator Auxiliar

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO AZEVEDO (Auxiliar):

Trata-se de apelação contra sentença que julgou improcedente o pedido de declaração da nulidade do item 3.4 do espelho de avaliação da prova discursiva, concedendo ao demandante a pontuação máxima de 2,0 (dois) pontos no precitado item da prova discursiva, assegurando-lhe a aprovação no concurso com a consequente alteração na ordem classificatória.

O recurso do particular destaca que obteve o primeiro resultado da prova alcançando 3,88 na referida etapa, tendo interposto recurso administrativo buscando alcançar majoração de seu escore ou ter noção da razão pela qual sua dissertação não teria atendido aos reclamos da banca examinadora, destaca que não houve a devida motivação, que em decorrência não foi possível a entrega dos títulos, que os recursos somente seriam justificados após as datas apresentadas para apresentação dos títulos, que foi deferida liminar pelo Juízo da 5ª Vara Federal, com agravo de instrumento dotado de efeito suspensivo deferido pelo TRF 5ª Região, em agravo regimental foi modificada a situação que, com a improcedência do pedido, a União deixará de considerar os títulos e a sindicância da vida pregressa do apelante, afirma que o Poder Judiciário poderá verificar a razoabilidade da decisão. Pede a reforma da sentença.

Contradita em fls. 300/308.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO AZEVEDO (Relator Auxiliar):

Trata-se de apelação contra sentença que julgou improcedente o pedido de declaração da nulidade do item 3.4 do espelho de avaliação da prova discursiva, concedendo ao demandante a pontuação máxima de 2,0 (dois) pontos no precitado item da prova discursiva, assegurando-lhe a aprovação no concurso com a consequente alteração na ordem classificatória

Não se configura a impossibilidade jurídica do pedido. Para a verificação de tal condição da ação, torna-se necessária a análise do pedido de forma abstrata.

A questão da possibilidade de revisão de critérios de avaliação pelo poder Judiciário e matéria de mérito e ali deve ser verificado. Preliminar rejeitada.

Em relação ao litisconsórcio passivo necessário dos demais candidatos, já houve citação por meio de edital em fls. 221/229. Preliminar rejeitada.

O controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário somente é realizado de forma excepcional sob pena de subtração de esferas e competências. Na realidade, cabe à Administração analisar e aperfeiçoar padrões de gestão para a aplicação das prescrições abstratas das normas aos casos concretos com a devida adequação, havendo casos de atuação administrativa que não ficam de modo integral definidas na norma legal, abrindo um leque de oportunidades e conveniências para a decisão administrativa.

Segundo Maria Sylvia Zanella de Pietro, *“Existe tendência da doutrina de ampliar o alcance da apreciação do Judiciário, não havendo então a invasão na discricionariedade administrativa, o que se procura é colocar tal discricionariedade em seus devidos limites, para distingui-la da interpretação e impedir arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente”*.

Não se pode negar que dentro da mais moderna doutrina do Direito Administrativo existe a possibilidade de verificação por parte do Poder Judiciário do mérito do ato administrativo para verificação do cumprimento dos princípios constitucionais por parte do Administrador Público. Por certo não pode o Julgador substituir o Administrador Público sob pena de inversão de competências e de fuga das atribuições do Poder Judiciário.

E em relação ao concurso público assim se manifesta a jurisprudência:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÕES DO CERTAME. CONTROLE JURISDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 279 DO STF.

1. Não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, substituir-se à banca examinadora nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas a elas.
2. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental a que se nega provimento (RE-AgR 560551, DJU 31.07.2008, Rel. Min. Eros Grau)

¹ Di Pietro, Zanella Maria Sylvia. Curso de Direito Administrativo, Atlas. 4ª edição.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. CARGO DE PROMOTOR PÚBLICO SUBSTITUTO. ELIMINAÇÃO DE CANDIDATA. PROVA DE TRIBUNA. MOTIVAÇÃO DO ATO ELIMINATÓRIO NÃO SÓ NO QUESITO TEMPO DA PROVA, MAS NOS DEMAIS CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO PREVISTOS NO EDITAL. OMISSÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. NÃO VERIFICAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Assim como a embargante, todos os candidatos que excederam o tempo de tribuna, ultrapassaram-no no mesmo intervalo de 15 minutos e 1 segundo a 15 minutos e 30 segundos, implicando, para todos eles, decréscimo de 1 ponto no referido quesito.

2. A consideração de que a diminuição de 1 ponto, no quesito tempo de tribuna, pelo excesso de 05 (cinco) segundos do tempo estipulado, não foi o único motivo que fundamentou a eliminação da candidata.

3. A eliminação da candidata, após verificação dos critérios utilizados pela Administração, na formulação, correção e atribuição de notas nas provas de concurso público, quando fixados de forma objetiva e imparcial, consiste em ato discricionário que não deve ser revisto pelo Poder Judiciário.

4. No presente caso, não se verifica omissão do julgado em relação aos dispositivos constitucionais suscitados.

5. Embargos de declaração rejeitados. (EDROMS - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 18877, *DJU* 03.08.2009, Rel. CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP))

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXAME DA ORDEM. DISCUSSÃO SOBRE QUESTÕES. ANULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Apellido que pretendeu o cancelamento de algumas questões da prova objetiva do “Exame da Ordem”, e que requereu o direito de participar da segunda fase do certame.

2. Incumbe à Banca Examinadora, e não ao Poder Judiciário, avaliar as questões de concurso público, aferindo a

correção das respostas ofertadas pelos inscritos no prélio seletivo.

3. É a sede administrativa o foro competente para dirimir pretensões como a de que se cuida. Ao Poder Judiciário compete, tão-somente, o exame da legalidade das normas fixadas no edital, e dos atos praticados na realização do certame. Apelação e Remessa Necessária providas. (AC - Apelação Cível - 443627, DJU 23.03.2009, Rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano).

Por outro lado, também não se deve falar de aplicação da teoria do fato consumado, pois não existe em direito administrativo a chamada posse precária decorrente de decisão liminar.

Assim se manifesta a jurisprudência:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA DO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO PARA FISCAL DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PARTICIPAÇÃO DO CURSO DE FORMAÇÃO ALBERGADO POR DECISÃO LIMINAR. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES.

1. É vedada a análise de dispositivos constitucionais em sede de recurso especial, ainda que para fins de prequestionamento.

2. O caso ora examinado não se subsume à teoria do fato consumado, de modo a reconhecer o direito à nomeação de candidato aprovado *sub judice*, pois, segundo o entendimento consolidado deste Superior Tribunal de Justiça, é de ser afastada a aplicação da referida teoria quando a continuação do candidato no certame tenha ocorrido por força de decisão judicial precária, não confirmada posteriormente quando do julgamento definitivo da demanda. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido (AGREsp 200600946945, DJU 03.08.2009, Rel. Min. Laurita Vaz).

No caso concreto, o candidato ajuizou a Ação Cautelar 200483 00011274-9, distribuída à 5ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, requerendo a continuação no certame trazendo questionamentos acerca da correção da prova discursiva. Em decisão de fls 58/60, datada de 04 de junho de 2004, o MM. Juiz Federal Substituto concedeu a liminar por entender que haveria

“nulidade do ato administrativo que divulgou o resultado final da prova discursiva do referido concurso, devendo-se assegurar ao requerente a permanência na próxima fase seletiva do concurso, sob pena de se tornar inútil futura revisão de prova do candidato”.

Com agravo da referida decisão, o Desembargador Federal Paulo Gadelha, fls. 126/131, deferiu o pedido de efeito suspensivo requerido pela União. Com a interposição de agravo regimental, a decisão foi levada à 3ª Turma pelo Desembargador Federal (Convocado) Paulo Cordeiro, tendo a Turma dado provimento ao agravo em questão assegurando a continuação do apelado no certame. Tal fato ocorreu em 28 de outubro de 2004.

Assim, o requerido continuou no concurso e foi nomeado, tendo assumido o cargo na cidade de Novo Hamburgo/RS. Ressalte-se que não houve determinação judicial para a sua posse, tendo o ato sido feito de modo discricionário pela Administração Pública.

Então questiona-se, passados quase cinco anos da nomeação do apelado para o cargo em questão, diga-se de passagem por ato de liberalidade da Administração Pública, já que não existe decisão judicial determinando tal ato, com a vida funcional dentro do órgão já formada, inclusive com remoções efetivadas, a determinação do Poder Judiciário para o retorno ao *status quo ante* quebraria os princípios da segurança jurídica e da razoabilidade.

Segundo a Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha², “o princípio é o verbo. No princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema ordenado. O princípio impõe-se como norma jurídica quando o valor formulado socialmente é absorvido pelo Direito como base do sistema posto à observância no Estado por governantes e governados”.

O princípio da segurança jurídica está diretamente ligado à inevitável presunção de legalidade que têm os atos administrativos, bem como a necessidade de defesa dos administrados frente à fria e mecânica aplicação da lei, com a anulação de atos que gera-

² Rocha, Antunes Carmem Lucia. Princípios Constitucionais da Administração Pública, Del Rey, 1ª edição.

ram benefícios e vantagens de há muito incorporados ao patrimônio jurídico de certos indivíduos.

Bem diz o ilustre professor Almiro do Couto e Silva, em artigo publicado em revista de direito administrativo, sob o título “Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo”, que, *“No fundo, porém, o conflito entre justiça e segurança jurídica só existe quando tomamos a justiça como valor absoluto, de tal maneira que o justo nunca pode transformar-se em injusto e nem o injusto jamais perder esta natureza. A contingência humana, os condicionamentos sociais, culturais, econômicos, políticos, o tempo e o espaço – tudo isso impõe adequações, temperamentos e adaptações, na imperfeita aplicação daquela idéia abstrata à realidade em que vivemos, sob pena de, assim não se proceder, correr-se o risco de agir injustamente ao cuidar de fazer justiça”*. E destaca *“A tolerada permanência do injusto ou do ilegal pode dar causa a situações que, por arraigadas e consolidadas, seria iníquo desconstituir, só pela lembrança ou pela invocação da injustiça ou ilegalidade originária”*.

Na verdade, o cumprimento do princípio da segurança jurídica passou a exprimir dentro daquela realidade a verdadeira justiça.

Em obra clássica Miguel de Seabra Fagundes³ já destacava que *“A infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por outro lado, vista em face de algum ato concreto pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente torne-se útil àquele mesmo interesse”*.

E ainda Celso Antônio Bandeira de Mello⁴, *“Não brigam com o princípio da legalidade, antes atendem-lhe o espírito, as soluções que se inspirem na tranquilização das relações que não comprometem insuprimivelmente o interesse público, conquanto tenham sido produzidas de maneira inválida”*.

³ Fagundes, Miguel de Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. Forense. 3ª edição. 1957.

⁴ Bandeira de Mello, Celso Antônio. Ato Administrativo e direito dos administrados. RT. 1984.

Menciona-se ainda o princípio da razoabilidade com um limite natural, que adstrito ao princípio da legalidade, aparece como atitude lógica do aplicador, tendo em vista a ocorrência de pressupostos de fato dentro do caso em concreto. Busca a Justiça a pacificação social. No caso sob análise, a atitude lógica encontra-se ao lado do apelado pela sua manutenção no cargo ocupado.

Trago à colação o seguinte aresto:

PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC. ART. 37, I E II, DA CF/88. ART. 3º, DA LEI Nº 9.654/98. SÚMULA 343/STF. INAPLICABILIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO PARA A POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. CANDIDATOS REPROVADOS NO EXAME PSICOTÉCNICO. PROSSEGUIMENTO NO CERTAME POR EFEITO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. POSSE E NOMEAÇÃO DETERMINADA NO ACÓRDÃO RESCINDENDO DA AÇÃO ORDINÁRIA AJUIZADA PARA ESSE FIM. PROVIMENTO JUDICIAL FINAL DO *WRIT* NO SENTIDO DA EXIGIBILIDADE DA AVALIAÇÃO PSICOTÉCNICA, COM RESPALDO NA CONSTITUIÇÃO E NA LEI, MAS SE GARANTINDO AOS CANDIDATOS O ACESSO À AVALIAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE ADOÇÃO DE PROVIDÊNCIAS PELO ENTE PÚBLICO. RÉUS QUE ESTÃO NO SERVIÇO PÚBLICO HÁ MAIS DE OITO ANOS, COM REFERÊNCIAS ELOGIOSAS E SEM QUALQUER REGISTRO DESABONADOR. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE NO EDITAL PARA O EXAME PSICOTÉCNICO. INADMISSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

1. Ação rescisória, ajuizada com fundamento no art. 485, V, do CPC, porquanto teriam sido violados, com o acórdão rescindendo, a literal disposição do art. 37, I e II, da CF/88, bem como do art. 3º da Lei nº 9.654/98.

2. Não se aplica a Súmula 343, do STF, tratando-se de discussão sobre matéria constitucional.

3. Os réus, reprovados no exame psicotécnico de concurso público para o provimento de cargos de policiais rodoviários federais (edital de 1998), conseguiram continuar no certame, por força de liminar deferida, em dezembro/98,

nos autos do mandado de segurança impetrado contra a referida fase. Em 1999, aprovados nas fases subsequentes, os ora réus ajuizaram ação ordinária, invocando o provimento liminar deferido no *writ* e objetivando, com tal base jurídica, nomeação e posse nos cargos correspondentes, o que, também por efeito de decisão acautelatória, foi efetivado em março de 2000.

4. Sobre o mandado de segurança, tem-se que, embora impetrado na Seção Judiciária Federal do Ceará, nela exarando-se a liminar referida, posteriormente foi reconhecida a incompetência do Juízo da impetração, determinando-se a remessa dos autos à Seção Judiciária do Distrito Federal, onde chegou em maio/2000. Lá, o *writ* foi denegado (em 2001), do que decorreu a interposição de apelação ao TRF1 pelos ora réus, recurso esse que, em setembro/2005, restou provido apenas em parte, unicamente para assegurar que os impetrantes tivessem vista da avaliação em que reprovados e a eles fosse assegurada a possibilidade de interposição de recurso administrativo, sendo que, no julgado que transitou em julgado, concluiu-se pela exigibilidade do exame psicotécnico, por estar respaldado na Constituição Federal e na lei.

5. A ação ordinária, de outro lado, teve sentença, de procedência do pedido, exarada em fevereiro/2003, confirmada por acórdão oriundo do julgamento de outubro/2005, buscando o ente público, exatamente, a rescisão desse julgado.

6. Poder-se-ia considerar – como feito, quando da análise do agravo regimental interposto pela União – que a base jurídica em que se assentava a ação ordinária – alusiva à liminar deferida no mandado de segurança anteriormente impetrado – desapareceu, quando, no *mandamus*, se reconheceu, em pronunciamento transitado em julgado, a exigibilidade do exame psicotécnico, apenas tendo sido admitidos o acesso à avaliação e a recorribilidade. Note-se, inclusive, que, quando os ora réus apresentaram contra-razões à apelação interposta na ação ordinária (a do acórdão rescindendo), já eram cientes da sentença denegatória prolatada no mandado de segurança. Ademais, nesta ação rescisória, os ora réus, intimados a se manifestarem sobre a pretensão inicial do ente público, limitaram-se a asseverar desconhecimento em relação ao desfecho do mandado de segurança, o que não se mostra

plausível, nada tendo eles revelado acerca de qualquer providência administrativa, dentre as permitidas no julgado do TRF1.

7. Não merece acolhida a teoria do fato consumado, invocada pelos réus. Precedentes do STF e do STJ: “Se a lei exige, para a investidura no cargo, o exame psicotécnico, não pode este ser afastado a pretexto de se resguardar fato consumado. Precedentes da Primeira Turma do STF./ A participação em segunda etapa de concurso público assegurada por força de liminar em que não se demonstra a concessão definitiva da segurança pleiteada, não é apta a caracterizar o direito líquido e certo à nomeação” (STF, RMS nº 23692/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, p. em *DJ* de 16.11.2001). “Não se aplica a teoria do fato consumado para garantir a nomeação de candidato reprovado em exame psicotécnico e que, por força de liminar, permanece e obtém aprovação nas demais fases do certame, diante da precariedade da decisão” (STJ, AGREsp nº 600532/DF, Rel. Min. Paulo Gallotti, p. em *DJ* de 01.07.2005). Analisando caso em que nomeado e empossado, há mais de cinco anos, por força de decisão judicial precária, candidato a cargo de auditor fiscal do Tesouro Nacional, que invocava a tese do fato consumado, o STF, a par de considerar que “a teoria do fato consumado não se caracteriza como matéria infraconstitucional, pois em diversas oportunidades esta Corte manifestou-se pela aplicação do princípio da segurança jurídica em atos administrativos inválidos, como subprincípio do Estado de Direito [...]”, ressaltou que “a teoria enfrenta temperamentos neste Tribunal”, sublinhando que, no caso concreto, ela não se aplicaria “porque aqui a própria investidura e suas pré-condições sempre estiveram pendentes de condição resolutória (*sub judice*)” (STF, Ag. Reg. no RE 462909-7/GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, p. em *DJ* de 12.05.2006).

8. Embora não aplicável, *in casu*, a teoria do fato consumado, porquanto a investidura se deu em decorrência de provimento judicial acautelatório, julgando-se, posteriormente, o mandado de segurança, no sentido da exigibilidade do exame psicotécnico (embora com a determinação de garantia aos ora réus de acesso aos resultados da avaliação e de recurso), o fato é que, diante do resultado do *mandamus*, a Administração Pública não tomou qualquer

providência no sentido da implementação das imposições contidas no julgado. Ao contrário, preferiu manter os réus em seus cargos, o que perdura há mais de oito anos. Nesse período, os réus colecionaram referências elogiosas (honra ao mérito; “título de amigo” de batalhão da polícia militar por parceria em ações integradas no combate à violência e na preservação da ordem e da segurança públicas; designação para exercício de função de chefia em núcleo de policiamento e fiscalização; agradecimentos pela atuação no apoio ao cerimonial do Ministro da Justiça; participação na coordenação de ações de segurança dos jogos pan-americanos; diploma de “policial rodoviário padrão”), não havendo registro, em seus assentamentos funcionais, de qualquer fato desabonador que pudesse fazer acreditar na sua incompatibilidade com as atribuições do cargo (não têm maus antecedentes, nem responderam a processo administrativo disciplinar).

9. Diante da inércia da Administração Pública e da vida funcional de quase uma década sem máculas dos réus, o princípio da razoabilidade impõe a preservação do *status quo*.

10. A jurisprudência tem se posicionado no sentido de que o exame psicotécnico, não obstante exigível, deve se fazer em respeito ao princípio da publicidade, sem vestes de irrecurribilidade e de modo a ser reduzida a subjetividade que permeia o processo investigativo da personalidade e do comportamento. *In casu*, o edital do certame telado trouxe previsão de que o resultado do exame psicotécnico seria irrecurível, motivo pelo qual a previsão editalícia foi tida como injurídica pelo TRF1, quando do julgamento do mandado de segurança aludido.

11. Improcedência do pedido da ação rescisória (AR - Ação Rescisória - 5864, DJU 12.12.2008, Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti)

Assim, pelos fundamentos aqui expostos, rejeito as preliminares e dou provimento à apelação. Inverto os ônus da sucumbência, fixando-os em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 379.746-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Apelante: ASSOCIAÇÃO DOS EMPRESÁRIOS DA PRAIA DO FUTURO - AEPF
Apelada: UNIÃO
Adv./Proc.: DR. PAULO FERNANDO NERY LAMARÃO (APTE.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA COLETIVA. BENS PÚBLICOS. PRAIA OU TERRENOS DE MARI-NHA. IMPERTINÊNCIA DE TÍTULO DE AFORAMENTO EM FAVOR DE TERCEIROS QUE NÃO OS SUBSTITUÍDOS DO AUTOR COLETIVO.

- A hipótese é de apelação interposta pela Associação dos Empresários da Praia do Futuro (AEPF) contra a sentença proferida pelo Juízo a quo, que, em ação ordinária, julgou improcedente o pedido formulado pela parte ora apelante, decidindo no sentido de afastar qualquer possibilidade de reconhecimento de domínio útil de bem público em favor dos substituídos da autora.

- É de se considerar tempestivo o recurso de apelação interposto pela Associação, tendo em vista que os embargos declaratórios interpostos à fl. 1.098, em 05 de abril de 2005, interrompeu o prazo para interposição do recurso apelatório. Saliente-se que a ausência de registro nos autos da data de publicação da decisão que apreciou os embargos declaratórios, cujo julgamento foi exarado em 09 de novembro de 2005 (fl. 1.107), não pode ensejar a presunção, em prejuízo da parte, da intempestividade do recurso de apelação interposto em 01 de dezembro de 2005.

- No caso dos autos, é de examinar a demanda sobre os seguintes aspectos: ou a área disputada é praia, e, nesse caso, não há como transigir com qualquer possibilidade de aproveitamento

de uma antiga carta de aforamento em favor de terceiros, pela própria impossibilidade jurídica do objeto (um bem fora do comércio); ou, por outro lado, seria um terreno de marinha, por desafetação ocasionada pelo recuo urbanizado da área, naquilo que descaracterizou a antiga faixa de praia, sendo essa a tese do apelante, o que, em qualquer caso, não teria o condão de reaproveitamento daquele antigo título em nome de terceiros em face de um bem que, enquanto aforado, jamais tratou de outra área, que não a que poderia ser aforada (onde aí não se incluem as praias).

- Ao se analisar a matéria sob o primeiro aspecto – ou seja, como área de praia –, basta dizer que, já à época da carta de aforamento, na década de 1940, a esse tipo de bem já se reportava o vetusto Código Civil, em seu art. 66, no que o classificava como “de uso comum do povo”, e como tal insuscetível de qualquer tolerância ocupacional, muito menos de apropriação privada. É o caso de lembrar que desde a Ordem Régia de 19 de dezembro de 1726 era proibido “edificar nas praias ou avançar sequer um palmo para o mar, por assim exigir o bem público”, o que foi reforçado pela Ordem Régia de 10 de janeiro de 1732, naquilo que não consentia “se aproprie pessoa alguma das praias e mar por ser comum para todos os moradores” (Caio Tácito, in “Temas de Direito Público – Estudos e Pareceres”, Ed. Renovar, 1997, 2º vol., p. 1.740).

- Desponta no novo Código Civil (art. 99) a mesma natureza jurídica que sempre se emprestou a esse tipo de bem, isso para não falar da Lei nº 7.661, de 16 de maio de 1988, naquilo que deu nítidos contornos a esse tipo de espaço ambiental, conforme o seu art. 10, § 3º, ao conceituar praias como uma “área coberta e descoberta periodicamente pelas águas, acrescida da faixa

subsequente de material detrítico, tais como areias, cascalhos, seixos e pedregulhos, até o limite onde se inicie a vegetação natural, ou, em sua ausência, onde comece outro ecossistema”. Praia não pode ser conceituada tão-somente como uma área onde se desenvolve o movimento de fluxo e refluxo das marés, porquanto seu conceito extrapola esse sentido, abrangendo até mesmo a faixa seguinte de aglomeração de areia ou assemelhado, pelo menos até onde se manifesta acentuada diferença fisiográfica e sedimentar ou onde começa uma vegetação permanente. Sobre a impertinência que seria a ocupação de área de praia, nada melhor do que se valer da lição de Paulo Affonso Leme Machado, em sua obra sob título “Direito Ambiental Brasileiro”, 11ª ed., Ed. Malheiros, 2003, p. 855, no sentido de que “contraria a finalidade de utilização comum pela população a concessão de parte da praia para clubes construírem áreas esportivas, a ocupação por guarda-sóis de edifícios fronteiros ou a autorização para a construção de bares, restaurantes ou hotéis nas praias”.

- Embora não se deva confundir área de praia com terrenos de marinha, haja vista as peculiaridades dos regimes aplicados às espécies em cotejo, sabe-se que ambos convivem numa relação de continente para conteúdo, dada a maior abrangência conceitual inerente a esse último tipo de espaço ambiental, situação essa que, não raras vezes, provoca confusões terminológicas ao sabor de inconfessáveis conveniências e desregradas pretensões. De qualquer forma, não se pode perder de vista que o Supremo Tribunal Federal, em Acórdão que remonta a 28 de agosto de 1936, quando da Apelação Cível nº 4.518, desde então firmou uma distinção entre as praias, “bens de uso comum de que o Estado é mero administrador e, por isso, inalienáveis, impres-

crítiveis e não suscetíveis de propriedade, posse ou uso exclusivo” e os terrenos de marinha, “bens patrimoniais do Estado” (ob. cit., Caio Tácito). Assim, a se lançar o pressuposto de ser uma faixa de praia, pouco importa a alegação da apelante de que detêm seus substituídos a posse mansa, pacífica e de boa fé da área, considerando-se que, se existem ocupações, em maior ou menor grau, autorizadas pelo poder público, nenhuma delas, em qualquer caso, seria digna de prosperar, mesmo que sob o color de um título, de resto, precário, porquanto não pertencente aos bens patrimoniais disponíveis ou dominiais da União – para usar a feliz classificação de Hely Lopes Meirelles, em sua famosa obra “Direito Administrativo Brasileiro”, Ed. Malheiros, 18ª ed., atualizada por Eurico Andrade Azevedo e outros, 1993, p. 431. Em suma, se é área de praia, a ninguém pode pertencer, por título particular, senão ao domínio público, entendido em seu sentido de coletividade, tão bem evidenciado por Celso Antônio Bandeira de Mello, ao acentuar que os bens de uso comum do povo devem ser usados “indistintamente por quaisquer sujeitos, em concorrência igualitária e harmoniosa com os demais, de acordo com o destino do bem e em condições que lhe causem uma sobrecarga invulgar” (apud José dos Santos Carvalho Filho, in “Manual de Direito Administrativo”, Ed. Freitas Bastos, 1997, p. 638).

- Por outro lado, a se compreender – sob o segundo enfoque da apelante – que a área ficou descaracterizada como praia, dado o recuo ocasionado pela urbanização do local, no que daí gerou uma tredestinação para terrenos de marinha, nem por isso teria o condão de permitir o reaproveitamento daquele título de aforamento dado a terceiros, sabendo-se que, mesmo que o seu conteúdo levasse a entender que estaria a

afetar aquele ecossistema praieiro, isso de nada valeria perante o poder público. Ademais, uma coisa é o aforamento, que, de resto, sendo de natureza administrativa, e não civil, não está sujeito à sucessão inter partes sem que lhe autorize o titular do domínio direto – in casu, a União. Nesse sentido, Diógenes Gasparini (in “Enciclopédia Saraiva do Direito”, v. 72, p. 420), ao assim pontificar: “os direitos do enfiteuta não são transferíveis a terceiros mediante simples aviso ao senhorio para que exerça sua preferência, como sucede no direito privado. A transferência só pode ter lugar mediante prévia licença do SPU”. Outra coisa, bem distinta, é o regime de mera ocupação, como parece ser a situação dos substituídos da apelante, sabendo-se que, nesse caso, a inscrição “terá sempre caráter precário, não gerando, para o ocupante, quaisquer direitos sobre o terreno ou a indenização por benfeitorias realizadas”, a teor do art. 2º, § 1º, do Decreto-Lei nº 1.561/77.

- Não há como querer equiparar a ocupação a um verdadeiro aforamento, ainda mais quando esse egrégio TRF/5ª Região já decidiu no sentido de que o aforamento deve ser comprovado, não podendo ser presumido. Precedente: (AC 332031/PE. DJ: 25/05/2004 - Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti).

- Esta Corte Regional, em situações muito mais delicadas, que diziam respeito a suposto titular de propriedade com registro imobiliário, ainda assim entendeu como insubsistente essa titulação, o que, a rigor, atende ao art. 198 do Decreto-Lei nº 9.760/46, nos seguintes termos: “A União tem por insubsistentes e nulas quaisquer pretensões sobre o domínio pleno de terrenos de marinha e seus acrescidos, salvo quando originados em títulos por ela outorgados na forma do presente Decreto-Lei”.

- É de se concluir que: se a área em litígio é praia, daí resulta dizer que seu regime é de indisponibilidade; se é para compreendê-la como terrenos de marinha, sob a perspectiva, não de um aforamento, mas sim de uma precária concessão, não há como em qualquer caso emprestar validade a um título sob um bem aforado que em nada diz respeito aos substituídos da apelante, senão a terceiros que com eles não mantêm nenhuma relação negocial, até porque, se o fizessem, sujeitar-se-iam à prévia autorização do titular do domínio direto, a União, o que não ocorreu.

- Apelação não provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 18 de agosto de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS

- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Cuida-se de Apelação interposta pela Associação dos Empresários da Praia do Futuro (AEPF) contra a sentença proferida pelo Juízo *a quo*, que, em ação ordinária, julgou improcedente o pedido formulado pela parte ora apelante, decidindo no sentido de afastar qualquer possibilidade de reconhecimento de domínio útil de bem público em favor dos substituídos da autora.

A pretensão deduzida pela autora, ora apelante, em face da União Federal e Município de Fortaleza, consiste em obter provi-

mento jurisdicional que reconheça a invalidade da relação jurídica obrigacional que gera a cobrança de taxa de ocupação e de IPTU aos seus substituídos, em face deles estarem a ocupar uma faixa de terreno de marinha que, embora aforado a terceiro, atualmente a exploram economicamente através do comércio de vendas de refeições e bebidas na orla marítima, mediante a instalação de “barracas de praia”.

A promovente pleiteia, ainda, o reconhecimento da aludida ocupação como posse *usucapionem*, capaz de gerar em favor de seus substituídos o direito ao domínio útil do bem ocupado, entendendo que, para tanto, é necessário o prévio reconhecimento da autenticidade dos documentos que deram base ao loteamento-praia Antonio Diogo e ao referido aforamento, haja vista que não há no caso a incidência de nenhum comisso.

O Douto juiz sentenciante entendeu não ser a presente a seara própria para esse tipo de deslinde, senão em eventual ação de usucapião, quando e sendo o caso. Decidiu também extinguir o feito sem resolução de mérito: a) quanto ao pedido de declaração, em favor dos substituídos da promovente, do reconhecimento do direito ao domínio útil do bem público que ocupam, eis que tal reconhecimento, se procedente, só poderia ser manifestado no bojo de ação de usucapião; b) quanto ao pedido de declaração de inexistência de relação jurídica obrigacional que impute aos substituídos da requerente o dever de pagar o IPTU ao fisco municipal, por reconhecer que não assiste competência à Justiça Federal para conhecê-lo, devendo a matéria ser objeto de ação própria na Justiça Estadual.

Em suas razões do apelo, a Associação alega que, após o ajuizamento da ação, ocorreram vários fatos graves e importantes, tais como: foram propostas mais de 20 (vinte) ações de usucapião; foram abertos procedimentos administrativos pelas Promotorias Federal e Estadual, do meio ambiente; foram feitas denúncias ao MPF, à AGU e à Secretaria do Patrimônio União, ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; foi aberta sindicância interna no âmbito da GRPU-CE; a Cia. Imobiliária Antônio Diogo foi extinta, apesar de continuar recebendo da União indenização pela desapropriação indireta que ocorreu quando a Capitania dos Portos afetou parte da área aforada à Cia. Imobiliária.

A apelante afirma, ainda, que, ao contestar as ações de usucapião, a AGU anexou uns “papeluchos” da GRPU-CE intitulados de “declaração de caducidade do título de aforamento”. Baseados nesses “papeluchos” a União argumenta, contestando as ações de usucapião, que as terras ocupadas pelos barraqueiros não podem ser usucapidas, dado que o domínio pleno das terras consolidou-se novamente em nome da União. Acrescenta também que dois fatos importantes surgiram: o primeiro é a confissão expressa da AGU ao MPF, informando que o título de aforamento expedido em 1944 e supostamente declarado caduco, continua registrado no Cartório de Imóveis da 1ª Zona, em nome de Cia. Imobiliária Antônio Diogo; o segundo é um parecer interno da própria GRPU-CE, aprovado pelo gerente regional, onde de vê a ilegalidade e irregularidade da tal “declaração de caducidade”.

Sustenta, outrossim, que o título de aforamento, de quase 1.800.000m², foi declarado caduco apenas em relação às terras a partir da avenida Zezé Diogo para o mar, ou seja, a faixa de terra ocupada pelos barraqueiros voltou à União, e as demais, a leste da Avenida Zezé Diogo, continuam foreiras à União.

Requer, por fim, que seja exarado provimento judicial em prol dos substituídos, no sentido de se emprestar validade a um antigo título de aforamento concedido em favor de terceiros (primeiro, Elisa Antônio Diogo de Siqueira; depois, Cia. Imobiliária Antônio Diogo), os quais, ao longo do tempo, foram sucedidos pelos substituídos em parte do bem, através da exploração das chamadas “barracas de praia”, do que daí dependem para ingressar, posteriormente, com múltiplas ações de usucapião.

Em contrarrazões, a União defende que a área em discussão deve ser considerada como praia, de uso comum do povo, ou, quando menos, como terreno de marinha sobre cujo bem, segundo lhe consta, prevalece a declaração de caducidade que recai sobre dito aforamento, o que significa a consolidação plena do domínio em favor dessa pessoa jurídica pública, sem que em qualquer caso se possa falar em usucapião.

Houve parecer do Ministério Público Federal, opinando pelo improvimento do apelo e manutenção da sentença de primeiro grau.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

A hipótese é de apelação interposta pela Associação dos Empresários da Praia do Futuro (AEPF) contra a sentença proferida pelo Juízo *a quo*, que, em ação ordinária, julgou improcedente o pedido formulado pela parte ora apelante, decidindo no sentido de afastar qualquer possibilidade de reconhecimento de domínio útil de bem público em favor dos substituídos da autora.

Primeiramente, é de se considerar tempestivo o recurso de apelação interposto pela Associação, tendo em vista que os embargos declaratórios interpostos à fl. 1.098, em 05 de abril de 2005, interrompeu o prazo para interposição do recurso apelatório. Saliento que a ausência de registro nos autos da data de publicação da decisão que apreciou os embargos declaratórios, cujo julgamento foi exarado em 09 de novembro de 2005 (fl. 1.107), não pode ensejar a presunção, em prejuízo da parte, da intempestividade do recurso de apelação interposto em 01 de dezembro de 2005. Portando, reputo tempestivo o recurso.

Quanto ao mérito da presente demanda, examinando detidamente o caso em tela, verifico que o Ministério Público Federal, às fls. 1.157/1.166, ofertou parecer que consagra entendimento irreprochável acerca da matéria ora em questão, pelo que passo a transcrever a sua fundamentação como minhas razões de decidir:

(...) Das duas, uma: ou a área disputada é praia, como defende, em primeira mão, a apelada, e, nesse caso, não há como transigir com qualquer possibilidade de aproveitamento de uma antiga carta de aforamento em favor de terceiros, pela própria impossibilidade jurídica do objeto (um bem fora do comércio); ou, por outro lado, seria um terreno de marinha, por desafetação ocasionada pelo recuo urbanizado da área, naquilo que descaracterizou a antiga faixa de praia, sendo essa a tese do apelante, o que, em qualquer caso, não teria o condão de reaproveitamento daquele antigo título em nome de terceiros em face de um bem que, enquanto aforado, jamais tratou de outra área, que não a que poderia ser aforada (onde aí não se incluem as praias).

A se analisar a matéria sob o primeiro aspecto – ou seja, como área de praia –, basta dizer que, já à época da carta de aforamento, na década de 1940 (cf. fls. 45/46), a esse tipo de bem já se reportava o vetusto Código Civil, em seu art. 66, no que o classificava como “de uso comum do povo”, e como tal insuscetível de qualquer tolerância ocupacional, muito menos de apropriação privada.

É o caso de lembrar que desde a Ordem Régia de 19 de dezembro de 1726 era proibido “edificar nas praias ou avançar sequer um palmo para o mar, por assim exigir o bem público”, o que foi reforçado pela Ordem Régia de 10 de janeiro de 1732, naquilo que não consentia “se aproprie pessoa alguma das praias e mar por ser comum para todos os moradores” (*apud* Caio Tácito, *in* “Temas de Direito Público – Estudos e Pareceres”, Ed. Renovar, 1997, 2º vol., p. 1.740).

Aliás, oportuna, sob todos os aspectos, a observação desse mesmo administrativista, *loco citato*, para quem:

“Não há, em nossa tradição jurídica, como no tratamento legal, sombra de dúvida que as praias são de livre disposição a qualquer do povo, não se podendo sobre elas constituir seja domínio especial da União, seja – e menos ainda – domínio privado.”

De resto, a exemplo do anterior, desponta no novo Código Civil (art. 99) a mesma natureza jurídica que sempre se emprestou a esse tipo de bem, isso para não falar da Lei nº 7.661, de 16 de maio de 1988, naquilo que deu nítidos contornos a esse tipo de espaço ambiental, conforme o seu art. 10, § 3º, ao conceituar praias como uma “área coberta e descoberta periodicamente pelas águas, **acrescida da faixa subsequente de material detrítico, tais como areias, cascalhos, seixos e pedregulhos, até o limite onde se inicie a vegetação natural, ou, em sua ausência, onde comece outro ecossistema**” (negritos não constantes do original).

É de se observar, com base nessa nova definição (a partir mesmo da parte grifada), que praia não pode ser conceituada tão-somente como uma área onde se desenvolve o movimento de fluxo e refluxo das marés, porquanto seu conceito extrapola esse sentido, abrangendo até mesmo a faixa seguinte de aglomeração de areia ou assemelhado, pelo menos até onde se manifesta acentuada dife-

rença fisiográfica e sedimentar ou onde começa uma vegetação permanente.

Sobre a impertinência que seria a ocupação de área de praia, nada melhor do que se valer da lição de Paulo Affonso Leme Machado, em sua obra sob título “Direito Ambiental Brasileiro”, 11ª ed., Ed. Malheiros, 2003, p. 855, no sentido de que “contraria a finalidade de utilização comum pela população a concessão de parte da praia para clubes construírem áreas esportivas, a ocupação por guarda-sóis de edifícios fronteiriços ou a autorização para a construção de bares, restaurantes ou hotéis nas praias”.

Portanto, embora não se deva confundir área de praia com terrenos de marinha, haja vista as peculiaridades dos regimes aplicados às espécies em cotejo, sabe-se que ambos convivem numa relação de continente para conteúdo, dada a maior abrangência conceitual inerente a esse último tipo de espaço ambiental, situação essa que, não raras vezes, provoca confusões terminológicas ao sabor de inconfessáveis conveniências e desregradas pretensões.

De qualquer forma, não se pode perder de vista que o Supremo Tribunal Federal, em Acórdão que remonta a 28 de agosto de 1936, quando da Apelação Cível nº 4.518, desde então firmou uma distinção entre as praias, “bens de uso comum de que o Estado é mero administrador e, por isso, inalienáveis, imprescritíveis e não suscetíveis de propriedade, posse ou uso exclusivo” e os terrenos de marinha, “bens patrimoniais do Estado” (ob. cit., Caio Tácito).

Assim, a se lançar o pressuposto de ser uma faixa de praia, pouco importa a alegação da apelante de que detêm seus substituídos a posse mansa, pacífica e de boa fé da área, considerando-se que, se existem ocupações, em maior ou menor grau, autorizadas pelo poder público, nenhuma delas, em qualquer caso, seria digna de prosperar, mesmo que sob o color de um título, de resto, precário, porquanto não pertencente aos bens patrimoniais disponíveis ou dominiais da União – para usar a feliz classificação de Hely Lopes Meirelles, em sua famosa obra “Direito Administrativo Brasileiro”, Ed. Malheiros, 18ª ed., atualizada por Eurico Andrade Azevedo e outros, 1993, p. 431.

Em suma, se é área de praia, a ninguém pode pertencer, por título particular, senão ao domínio público, entendido em seu sentido de coletividade, tão bem evidenciado por Celso Antônio Bandeira de Mello, ao acentuar que os

bens de uso comum do povo devem ser usados “indistintamente por quaisquer sujeitos, em concorrência igualitária e harmoniosa com os demais, de acordo com o destino do bem e em condições que lhe causem uma sobrecarga involuntar” (*apud* José dos Santos Carvalho Filho, *in* “Manual de Direito Administrativo”, Ed. Freitas Bastos, 1997, p. 638).

Por outro lado, a se compreender – sob aquele segundo enfoque da apelante – que a área ficou descaracterizada como praia, dado o recuo ocasionado pela urbanização do local, no que daí gerou uma tredestinação para terrenos de marinha, nem por isso teria o condão de permitir o reaproveitamento daquele título de aforamento dado a terceiros, sabendo-se que, mesmo que o seu conteúdo levasse a entender que estaria a afetar aquele ecossistema praieiro, isso de nada valeria perante o poder público.

Ademais, uma coisa é o aforamento, que, de resto, sendo de natureza administrativa, e não civil, não está sujeito à sucessão inter partes sem que lhe autorize o titular do domínio direto – *in casu*, a União.

Nesse sentido, Diógenes Gasparini (*in* “Enciclopédia Saraiva do Direito”, v. 72, p. 420), ao assim pontificar: “os direitos do enfiteuta não são transferíveis a terceiros mediante simples aviso ao senhorio para que exerça sua preferência, como sucede no direito privado. A transferência só pode ter lugar mediante prévia licença do SPU”.

Outra coisa, bem distinta, é o regime de mera ocupação, como parece ser a situação dos substituídos da apelante, sabendo-se que, nesse caso, a inscrição “terá sempre caráter precário, não gerando, para o ocupante, quaisquer direitos sobre o terreno ou a indenização por benfeitorias realizadas”, a teor do art. 2º, § 1º, do Decreto-Lei nº 1.561/77.

Portanto, não há como querer equiparar a ocupação a um verdadeiro aforamento, ainda mais quando esse eg. TRF/5ª Região já decidiu no sentido de que o aforamento deve ser comprovado, não podendo ser presumido, conforme decisão abaixo transcrita:

“EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE USUCAPIÃO. NULIDADES (INCOERÊNCIA E OMISSÃO). INEXISTÊNCIA. TERRENO ACRESCIDO DE MARINHA. DOMÍNIO ÚTIL. AFORAMENTO NÃO DEMONSTRADO. REGIME DE OCUPAÇÃO

COMPROVADO. IMPOSSIBILIDADE DE USUCAPIR. NULIDADE DE REGISTRO CARTORÁRIO. DESNECESSIDADE. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO.

1. Ação de usucapião ajuizada com espeque no art. 183 da CF/88, com vistas à aquisição de domínio útil de imóvel que estaria aforado.

(...)

4. Os terrenos de marinha e seus acrescidos pertencem à União, a teor do art. 20, VII, da CF/88, e do art. 1º do Decreto-Lei nº 9.760/46. Outrossim, apenas poderão ser objeto de usucapião se a pretensão aquisitiva visar apenas o domínio útil e correr contra anterior titular desse direito, sob regime de aforamento, não alcançando o domínio direto do ente público (dualidade dominial). Nesse sentido, inclusive, foi editada, por esta Corte Regional, a Súmula nº 17.

5. **O aforamento deve ser comprovado, não podendo ser presumido simplesmente pelo fato de o bem encontrar-se inscrito no registro imobiliário, como de “propriedade” da ocupante**, sobretudo diante da asseveração constante da certidão cartorária, no sentido de que “o Cartório se vê na impossibilidade de certificar se houve assentamento de outras cessões, ou de qualquer outro ônus, referente ao Imóvel acima citado, posto que o livro 8, correspondente, acha-se danificado pelo decurso do tempo (...)”. Não se olvide que a enfiteuse de imóveis da União está sujeita a uma disciplina rigorosa – arts. 99-124, do Decreto-Lei nº 9.760, de 05.09.1946, e Lei nº 9.636, de 15.05.1998 –, dependendo, a sua existência, de autorização legal ou do poder público (“A utilização do terreno sob regime de aforamento dependerá de prévia autorização do Presidente da República, salvo se já permitida em expressa disposição legal”), o que, no caso, não restou evidenciado. Muito ao contrário, há prova nos autos de que se trata de imóvel submetido às condições próprias da ocupação.

6. Mostra-se desnecessária a declaração de nulidade do registro cartorário, quanto manifesto o regime de ocupação.

7. Cuidando-se de terreno de marinha acrescido em regime de ocupação, inadmissível a usucapião.

8. Pelo não provimento da apelação”. (AC 332031/PE. Fonte *DJ* - Data: 25/05/2004 - Página: 671 - Nº: 99 Relator(a) Desembargador Federal Francisco Cavalcanti) (Grifei).

Não se ponha em dúvida que essa Corte Regional em situações muito mais delicadas, que diziam respeito a suposto titular de propriedade com registro imobiliário, ainda assim entendeu como insubsistente essa titulação, o que, a rigor, atende ao art. 198 do Decreto-Lei nº 9.760/46, nos seguintes termos: “A União tem por insubsistentes e nulas quaisquer pretensões sobre o domínio pleno de terrenos de marinha e seus acrescidos, salvo quando originados em títulos por ela outorgados na forma do presente Decreto-Lei”.

Veja-se, a respeito, a tendência jurisprudencial manifestada pelos seguintes precedentes:

“EMENTA: ADMINISTRATIVO. TERRENO DE MARI-NHA. TAXA DE OCUPAÇÃO.

1. Os terrenos de marinha, discriminados pelo Serviço de Patrimônio da União, com base em legislação específica, só podem ser descaracterizados pelo particular por meio de ação judicial própria.

2. Cobrança de taxa de ocupação pela União.

(...)

6. Em nosso direito positivo, diferentemente do sistema alemão, a transcrição do título no registro de imóvel tem presunção *juris tantum*.

7. É sem qualquer validade título de propriedade outorgado a particular de bem imóvel situado em área considerada como terreno de marinha.

8. Taxa de ocupação devida.

9. Recurso especial improvido”. (STJ. REsp 409303/RS. Fonte *DJ* DATA: 14/10/2002 PÁGINA: 197 RJAD-COAS VOL.: 00042 PÁGINA: 85. Relator(a) JOSÉ DELGADO) (Grifei).

“EMENTA: ADMINISTRATIVO. TERRENO DE MARI-NHA. COBRANÇA DE TAXA DE OCUPAÇÃO. OCUPANTE POSSUIDOR DE ESCRITURA PÚBLICA DE DOMÍNIO. INOPONIBILIDADE À UNIÃO.

I - Compete ao impetrante, na via mandamental, apresentar a prova pré-constituída da ilegalidade praticada

pela autoridade impetrada.

II - O domínio da União sobre os terrenos de marinha é assegurado pela própria Constituição Federal (art. 20, VII, e 49, § 3º do ADCT), de forma que a pretensa propriedade invocada pelo impetrante, decorrente de título indevidamente registrado no Registro de Imóveis, obviamente não poderia ser oposta àquele que detém título consagrado na Lei Maior, podendo o preceito contido em seu o art. 5º, XXII, garantidor da propriedade, também ser invocado pelo ente público.

III - É fato notório que o domínio da União sobre os terrenos de marinha advém de época remota, sendo a demarcação ato meramente declaratório, e não constitutivo de um direito de propriedade há muito estabelecido.

IV - A escritura registrada no Registro Geral de Imóveis possui presunção *iuris tantum*, presumindo-se plena e exclusiva até prova em contrário, a qual se verifica quando se trata de imóveis de propriedade da União". (TRF - 2ª REGIÃO. AMS 52646/ES. Fonte *DJU*, DATA:02/07/2004 PÁGINA: 170, Relator(a) JUIZ SERGIO SCHWAITZER) (Grifei).

Por oportuno, colhe-se dos comentários de Luís Carlos Gazetta ao Decreto-Lei nº 9.760/46 (*in* "Legislação Imobiliária da União - Anotações e comentários às leis básicas", Brasília, 2002, p. 38 e 86, em notas de rodapé), que dispõe sobre os bens imóveis da União, o seguinte:

"... pertencendo à União os terrenos de marinha e seus acrescidos, não lhe são oponíveis registros anteriores em desacordo com a declaração do direito que lhes é superior, por assento constitucional". (Negritei).

(...)

"O item 1º do art. 105 confere preferência ao aforamento de terrenos de marinha e seus acrescidos aos que, em 1946, tivessem título de propriedade transcrito no Registro de Imóveis, na suposição de que fossem alodiais – Parecer PGFN/CPA/Nº 1432/96 (704/97).

O item 1º do art. 105 atribuiu preferência aos que tiverem título de propriedade revestido de aparente idoneidade que tenha permitido a sua transcrição ou inscri-

ção (ou registro na linguagem legislativa atual) no Ofício de Registro de Imóveis competente – Parecer PGFN/CPA/Nº 1991/96.

Os itens 1º e 2º do art. 105 destinam-se a conferir regularidade jurídica à posse decorrente de títulos e respectivos registros relativos à suposta propriedade plena de terrenos de marinha e seus acrescidos, havida de boa fé, antes de 1946, junto a particulares ou entes públicos – Parecer PGFN/CPA/N] 1332/96 (1388/96).

A lei assegura a preferência aos 'que tiverem título de propriedade devidamente transcrito no Registro de Imóveis', não aos que simplesmente detêm registro, aliás, irregular, de posse sobre terreno da União”.

(notas de rodapé 173, 174, 175 e 177 - art. 105, 1º - p. 86/87)

Nessa ordem de idéias, concluo: se a área em litígio é praia, daí resulta dizer que seu regime é de indisponibilidade; se é para compreendê-la como terrenos de marinha, sob a perspectiva, não de um aforamento, mas sim de uma precária concessão, não há como em qualquer caso emprestar validade a um título sob um bem aforado que em nada diz respeito aos substituídos da apelante, senão a terceiros que com eles não mantém nenhuma relação negocial, até porque, se o fizessem, sujeitar-se-iam à prévia autorização do titular do domínio direto, a União, o que não ocorreu. (...).

Dianto do exposto, e com esteio no posicionamento do Parecer acima colacionado, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 388.614-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelante: COMPANHIA PERNAMBUCANA DE GÁS - COPER-GÁS
Apelado: DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES - DNIT
Repte.: PROCURADORIA DO DNIT
Advs./Procs.: DR. JOSÉ HENRIQUE WANDERLEY FILHO E OUTROS (APTE.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PASSAGEM DE GASODUTO. EXPLORAÇÃO POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA ESTADUAL. MARGENS DE RODOVIA FEDERAL. EXIGÊNCIA DE REMUNERAÇÃO. LEGALIDADE.

- Em tese, a exigência é compatível com o sistema jurídico nacional. Além do Código Civil, a permitir que o ente proprietário de bem, afetado ao uso comum do povo, exija a retribuição daquele que, parcial ou totalmente, o utilize para uso especial, há previsão expressa da cobrança na lei que instituiu o DNIT. E não se diga que a previsão somente frequentou o decreto regulamentador da lei. É que a lei, de maneira geral, previu as receitas patrimoniais geradas pela transferência do uso dos bens administrados pelo DNIT. E de modo nenhuma seria de exigir previsão específica de cobrança pela passagem de gasoduto.

- As normas jurídicas são sempre previsões estabelecidas em texto genérico, estabelecendo padrões, tipos, paradigmas. Os fatos sofrerão ou não a incidência da norma na medida em que se ajustem aos padrões nela descritos. Não se exige, até porque a multiplicidade dos fatos da vida é imprevisível, a descrição precisa dos detalhes fáticos, senão de suas categorias, tanto que a lei

incide sobre fatos integrados de elementos inexistentes ao tempo de sua elaboração e vigência. A ser do modo como pretende a autora, o furto de computadores, de aparelhos celulares e de outras novidades tecnológicas não sofreriam a incidência do Código Penal, dado que este é de 1940 e tais item somente foram inventadas muito mais tarde.

- Também não colhe o fundamento insculpido na inicial de que a cobrança seria impossível porque não se acomodaria em qualquer das categorias de receita pública consagradas na carta política. Penso que a exigência constitui preço público e esta natureza é claríssima. O que importa discutir é se é ou não possível exigi-lo nas circunstâncias do caso.

- A cobrança de preço é possível, ainda que não haja prestação de serviço pelo ente credor. É que há preços públicos exigidos em função da transferência ou permissão de uso de bens públicos;
- As questões importantes que o litígio suscita são aquelas imbricadas com a legitimidade da exigência em face do fato indiscutível da passagem dos gasodutos interessarem ao povo e de que a cobrança termina por fazer com que o povo, através da transferência via tarifa, seja constrangido a pagar pelo efetivo uso de bem público DE USO COMUM DO POVO. Ou seja, o titular do direito de usar bem público gratuitamente, ao fim e ao cabo, pagará pelo exercício deste direito.

- Numa organização ideal e ética do Estado, nas três esferas da administração (federal, estadual e municipal) a exigência seria inconcebível. O sustento financeiro do Estado é obtido através do exercício da competência tributária outorgada pela Constituição. Para a consecução de seus objetivos e na prestação dos serviços públicos, cada ente estatal deveria socorrer um a outro.

Se a falta de solidariedade entre os homens é um sub-produto da sociedade capitalista (a despeito deste ser o melhor dos regimes e o único respeitador das liberdades) não seria demasiado esperar que ela (a solidariedade) ao menos existisse entre as pessoas jurídicas de direito público.

- No estágio atual das relações entre os vários entes estatais, penso que não é possível impor à União que assuma um comportamento solidário e ético, quando os demais entes não têm o mesmo comportamento.

- Tome-se, como exemplo, a construção pela União de uma rede de distribuição de energia elétrica de alta tensão. A despeito da rede ser do interesse de cada Estado e de cada Município, interessando principalmente a todos os habitantes locais, a União paga pelas terras atravessadas pela linha (desapropriação das terras para a implantação dos equipamentos) e paga pela passagem, ainda que aérea dos fios (desapropriação da servidão de passagem). Mais grave é a situação quando se trata da construção do mesmo gasodutos para a exploração de gás natural. Além das desapropriações pelo uso da terra e pela passagem dos gasodutos, a União paga royalties ao município onde se acha a jazida, aos municípios vizinhos e a todos em que haja o manejo do gás, através de embarque e desembarque.

- Importante realçar aspecto particular do caso concreto: a exploração do gás é acometida a pessoa jurídica de direito privado. Trata-se, a autora, de sociedade de economia mista. É dizer, conta com sócios particulares e pauta sua atuação, ao menos em parte, pela busca de lucros, daí porque a interdição da cobrança, por menos que se deseje, serviria, ao fim, para aumentar os lucros dos acionistas.

- Com esta visão, malgrado guarde a vívida sensação de que tais preços não deveriam mesmo ser cobrados e esperando que, em sede político-administrativa se venha a rever o sistema para excluí-las, não vejo com decorer-se a ilegalidade, posto que compatíveis com o sistema atual.
- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

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

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Trata-se de apelação interposta por COPERGÁS - COMPANHIA PERNAMBUCANA DE GÁS, irredimida com a sentença que julgou improcedente a ação que propôs, visando constranger o DNIT - DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES, a permitir-lhe o uso de subsolo das áreas laterais das rodovias federais, para a passagem de gasodutos, sempre que necessário para a instalação da malha de distribuição do produto, sem o pagamento de qualquer contra-prestação em dinheiro.

Segundo a inicial, embora tradicionalmente a União permitisse a passagem dos gasodutos, sem a exigência de retribuição pecuniária, entendeu de, recentemente, passar a cobrar pela permissão, sendo certa a inexistência de lei que o autorizasse.

No recurso, a apelante sustenta a inexistência de lei autorizadora da cobrança, a inconstitucionalidade da exigência, mercê de

atentar contra o princípio da modicidade das tarifas públicas, a impossibilidade de se enquadrar a exigência em qualquer das modalidades possíveis de receita pública, bem assim que a exigência seria ilegal porque em se tratando do uso de bem público, da categoria “de uso comum” em prol de interesse também comum, não teria sentido a cobrança que significaria, em última análise, cobrar do povo pelo uso de bem constitucionalmente destinado a seu uso.

A sentença sufragou a tese de que a exigência constituir-se-ia em preço público, cobrado de pessoa jurídica de direito privado, como condição para afetar o uso de bem público de uso comum, à condição de bem público a uso especial, e, portanto, retribuição prevista na lei que instituiu o DNIT e no próprio Código Civil.

Este, em resumo, o perfil da disputa.

Passo ao voto.

VOTO

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

A matéria, além de interessantíssima, se acha muito bem discutida nos autos. Penso que todos os argumentos possíveis a lastrear cada uma das duas teses foram corretamente postos. E penso, também, que seria razoável tanto acolher-se a postulação como denegá-la. Ou seja: o sistema jurídico oferece ensejo ao julgamento da demanda sobre dois enfoques distintos a conduzirem, cada um deles, a um resultado mais do que diferente, opostos. Adotar um entendimento ou o outro depende basicamente da postura do juiz. Se mais liberal, certamente desacolherá a postulação. Se mais estatal, tenderá a acolhê-la. Se mais centralizador, acreditando tender o Brasil para o estado unitário, negará provimento ao recurso. Se descentralizador, prestigiando o poder local, tenderá a acolher o pedido. Em suma, não é simples eleger a melhor solução, ou identificar aquela mais compatível com o sistema jurídico, quando ambas, malgrado suas radicais diferenças, são perfeitamente adotáveis.

Somente o tempo e a jurisprudência hão de trazer a solução definitiva para a matéria que, em rigor, tem vocação para solução

negociada, politicamente definida e nunca através de comando autoritário do Estado-Juiz.

Penso que algumas das premissas em que se assenta a posição são de extrema fragilidade, insustentáveis mesmo, tal como quando a inicial aventura arguir a inconstitucionalidade da exigência ao argumento de que atentaria contra o princípio constitucional da modicidade das tarifas públicas, referindo-se à própria tarifa de gás, ao final fixada pela estatal autora de conformidade com o querer do Estado de Pernambuco. Que a Constituição deseje tarifas módicas não se discute. A modicidade, porém, é aferida diante da planilha dos custos efetivos do serviço prestado. Se a autora tiver que suportar o pagamento pelo uso do subsolo onde instala os gasodutos, este elemento passará a figurar na planilha de custos do serviço e se refletirá no valor da tarifa, mas será desinfluyente na análise da modicidade. Demais disso, ainda que haja a cobrança referenciada, o reflexo deste elemento no valor da tarifa é praticamente inexpressivo, tanto que a autora não se animou em apresentar a planilha de custos, com e sem o elemento referenciado.

Também fragilíssima a alegação de ausência de lei autorizadora da exigência. A demonstração da erronia da premissa é simples. Além do Código Civil, a permitir que o ente proprietário de bem, afetado ao uso comum do povo, exija a retribuição daquele que, parcial ou totalmente, o utilize para uso especial, há previsão expressa da cobrança na lei que instituiu o DNIT. E não se diga que a previsão somente frequentou o decreto regulamentador da lei. É que a lei, de maneira geral, previu as receitas patrimoniais geradas pela transferência do uso dos bens administrados pelo DNIT. E de modo nenhum seria de exigir previsão específica de cobrança pela passagem de gasoduto. As normas jurídicas são sempre previsões estabelecidas em texto genérico, estabelecendo padrões, tipos, paradigmas. Os fatos sofrerão ou não a incidência da norma na medida em que se ajustem aos padrões nela descritos. Não se exige, até porque a multiplicidade dos fatos da vida é imprevisível, a descrição precisa dos detalhes fáticos, senão de suas categorias, tanto que a lei incide sobre fatos integrados de elementos inexistentes ao tempo de sua elaboração e vigência. A ser do modo como pretende a autora, o furto de computadores, de aparelhos celulares e de outras novidades tecnológicas não sofreriam a inci-

dência do Código Penal, dado que este é de 1940 e tais itens somente foram inventados muito mais tarde.

Também não colhe o fundamento inculcado na inicial de que a cobrança seria impossível porque não se acomodaria em qualquer das categorias de receita pública consagradas na carta política. Penso que a exigência constitui preço público e esta natureza é claríssima. O que importa discutir é se é ou não possível exigi-lo nas circunstâncias do caso. Mas dúvidas sérias não persistem sobre a natureza jurídica da exigência. Não se trata de tributo, em qualquer de suas modalidades, muito menos de taxa.

A perplexidade da autora nasceria do fato de que o preço, no seu entender, dependeria da prestação de serviço pelo ente credor. E na hipótese a União (através do DNIT) não prestaria serviços, apenas suportaria o uso pretendido pela autora.

A premissa é verdadeira (não há, na hipótese, atividades, serviços, cometidos ao DNIT), não assim a conclusão: a cobrança de preço, por isso, não seria possível. É que há preços públicos exigidos em função da transferência ou permissão de uso de bens públicos. Os exemplos são vários e variados. Tomem-se, por todos, a remuneração pela ocupação dos terrenos de marinha, a remuneração paga pelos barraqueiros autorizados a explorar comercialmente as praias, os alugueres cobrados dos utentes de boxes em mercados públicos e aeroportos.

As questões importantes que o litígio suscita são aquelas imbricadas com a legitimidade da exigência em face do fato indiscutível da passagem dos gasodutos interessarem ao povo e de que a cobrança termina por fazer com que o povo, através da transferência via tarifa, seja constrangido a pagar pelo efetivo uso de bem público DE USO COMUM DO POVO. Ou seja, o titular do direito de usar bem público gratuitamente, ao fim e ao cabo, pagará pelo exercício deste direito. D'outro lado, ainda que se argua que a transferência de uso, no caso, não é para o povo, mas, sim, para a COPERGÁS, pessoa individual, ainda que jurídica, é também fato indiscutível que este uso específico é inteiramente compatível com o uso comum das rodovias. Estas, as rodovias, não restam de qualquer modo reduzidas em sua utilidade em função da passagem do gasoduto.

Incomoda, também, imaginar que o agir do DNIT, na hipótese, se orienta pelo ânimo (somente admitido privatisticamente) de tirar lucros inesperados de situações aleatórias favoráveis. Pertencessem as rodovias a particulares e estes certamente se aproveitariam da necessidade da autora (COPERGÁS) para extorquir o maior preço possível. E estariam agindo dentro do espírito de competição e de iniciativa que o regime capitalista autoriza.

Ao estado é permitido seguir a mesma senda? Sendo certo que todo o agir do estado deve ter em mira a busca do bem comum, seria compatível com a sua natureza opor obstáculos à distribuição de gás com o fito de obter lucros? Este agir consultaria ou não o bem comum? Estas as questões que me atormentaram na procura do exato julgamento do litígio.

Numa organização ideal e ética do Estado, em suas várias acepções e em suas três esferas (federal, estadual e municipal) a exigência seria inconcebível. O sustento financeiro do Estado é obtido através do exercício da competência tributária outorgada pela Constituição. Para a consecução de seus objetivos e na prestação dos serviços públicos, cada ente estatal deveria socorrer um a outro. Se a falta de solidariedade entre os homens é um subproduto da sociedade capitalista (**a despeito deste ser o melhor dos regimes e o único respeitador das liberdades**) não seria demasiado esperar que ela (a solidariedade) ao menos existisse entre as pessoas jurídicas de direito público.

O que se assiste nos palcos reais da vida é justamente o oposto: a guerra fiscal, a luta desenfreada para se ausentar dos serviços públicos, atribuindo-os aos demais, a exigência de remuneração, indenização e royalties. Enfim, o engalfiamento entre a União, Estados e Municípios, uns com os outros, lembra as piores disputas das pessoas físicas.

No estágio atual das relações entre os vários entes estatais, penso que não é possível impor à União que assuma um comportamento solidário e ético, quando os demais entes não têm o mesmo comportamento.

Tome-se, como exemplo, a construção pela União de uma rede de distribuição de energia elétrica de alta tensão. A despeito da rede ser do interesse de cada Estado e de cada Município, interes-

sando principalmente a todos os habitantes locais, a União paga pelas terras atravessadas pela linha (desapropriação das terras para a implantação dos equipamentos) e paga pela passagem, ainda que aérea dos fios (desapropriação da servidão de passagem). Mais grave é a situação quando se trata da construção do mesmo gasodutos para a exploração de gás natural. Além das desapropriações pelo uso da terra e pela passagem dos gasodutos, a União paga royalties ao município onde se acha a jazida, aos municípios vizinhos e a todos em que haja o manejo do gás, através de embarque e desembarque.

O julgamento da causa, a despeito de se tratar de litígio isolado (esta é uma nota característica da jurisdição: sua ocupação com aspectos punctuais) não prescinde da análise do todo, afinal a sentença há de operar no contexto geral onde as partes estão inseridas.

Importante realçar aspecto particular do caso concreto: a exploração do gás é acometida a pessoa jurídica de direito privado. Trata-se, a autora, de sociedade de economia mista. É dizer, conta com sócios particulares e pauta sua atuação, ao menos em parte, pela busca de lucros, daí porque a interdição da cobrança, por menos que se deseje, serviria, ao fim, para aumentar os lucros dos acionistas.

Com esta visão, malgrado guarde a vívida sensação de que tais preços não deveriam mesmo ser cobrados e esperando que, em sede político-administrativa se venha a rever o sistema para excluí-las, não tenho com decretar-lhe a ilegalidade, posto que compatíveis com o sistema atual.

Em face do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 422.728-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Apelantes: AURELITA LEITE DE MOURA E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DR. JURANDIR PEREIRA DA SILVA E OUTROS (1º APTE.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO CONCEDIDO ANTES DO REGIME DA LEI Nº 8.213/91 (DIB 04.05.1984). REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO. DECADÊNCIA.

- Ação em que se pede a revisão da data de início de aposentadoria por tempo de serviço (DIB 04.05.84) ou da data do primeiro reajuste da renda mensal, como também da elevação do coeficiente de cálculo daquele benefício para 100% (cem por cento) do salário de benefício.

- A decadência do direito à revisão do ato concessório de benefício previdenciário, então inexistente no ordenamento jurídico, foi instituída pela Medida Provisória nº 1.523-9 (DOU de 28/06/1997), convertida na Lei nº 9.528/97, que estabeleceu o prazo de 10 anos. A Medida Provisória nº 1.663-15 (DOU de 23/10/1998), convertida na Lei nº 9.711/98, reduziu o interstício decadencial para 05 anos. Por fim, a Medida Provisória nº 138 (DOU de 20/11/2003), convertida na Lei nº 10.839/03, restabeleceu o prazo decenal originário.

- O benefício do recorrente foi concedido em 1976, quando o direito de postular sua revisão não se sujeitava à decadência. Em 28/06/1997, com a Medida Provisória nº 1.523-9, começou a correr o prazo decadencial de 10 anos. Porém, antes de seu integral transcurso, em 23/10/1998, entrou em vigor a Medida Provisória nº 1.663-15, que o reduziu para 05 anos.

- A Medida Provisória n° 1.663-15 não introduziu instituto novo, apenas reduziu o interstício para sua consumação. Diante da pluralidade de regras no curso do prazo decadencial, deve ser observado o seguinte para verificação da decadência: 10 anos a partir de 28/06/1997 (prazo antigo) ou em 05 anos a contar de 23/10/1998 (prazo novo), valendo o que completar primeiro. Aplicação analógica dos precedentes deste Tribunal e do STJ sobre a aplicação da Lei Complementar n° 118/05 no que se refere à redução do prazo prescricional de 10 para 05 anos da pretensão à repetição de indébito de tributos sujeitos a lançamento por homologação.

- Contados 05 anos de 23/10/1998, data de início da vigência da Medida Provisória n° 1.663-15, conclui-se pelo seu término em 23/10/2003, quase um mês antes da publicação da Medida Provisória n° 138 (20/11/2003), que restabeleceu a decadência decenal.

- A decadência quinquenal estabelecida na Provisória n° 1.663-15/98 se consumou anteriormente ao restabelecimento do prazo decadencial de 10 anos previsto na Medida Provisória n° 138/03, pelo que este último diploma normativo não pode ser aplicado, salvo se possuísse regra expressa em sentido contrário, o que não possui.

- In casu, o direito em relação ao pedido de revisão da data de início do benefício da parte autora ou da data do primeiro reajuste da renda mensal, como também da elevação do coeficiente de cálculo daquela aposentadoria para 100% (cem por cento) do salário de benefício se encontra caduco, tendo em vista que a ação somente foi ajuizada em 16.03.2005 (fl. 03).

- Apelações e remessa oficial prejudicadas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, reconhecer a decadência, julgando prejudicadas as apelações e a remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 18 de agosto de 2009 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de apelações contra sentença que julgou procedente, em parte, o pedido, para condenar o INSS a proceder à elevação do coeficiente de cálculo da aposentadoria da autora para 100% (cem por cento) do salário de benefício, bem como a pagar as parcelas vencidas, desde 16.03.2000, e vincendas, com correção monetária, desde a data do vencimento do débito, juros de mora de 1% (um por cento), a partir da citação, sem condenação em honorários advocatícios, em virtude da sucumbência recíproca.

No recurso, sustenta a parte autora que possui o direito à revisão da data de início de sua aposentadoria ou da data do primeiro reajuste da renda mensal. Alega que o INSS concedeu o benefício na data errada e aleatória do dia 02.05.84, originando a figura do paradoxo, pois ela tinha em 30.04.84 mais de 26 (vinte e seis) anos de contribuição, ou seja, tinha direito adquirido à concessão de sua aposentadoria nessa última data. Deseja, alternativamente, a inclusão do primeiro reajustamento do benefício no mês de maio de 1984, no índice percentual de 1,9336 e que sejam realizados os cálculos sobre os últimos 36 (trinta e seis) salários de contribuição, objetivando encontrar um novo PBC, via de consequência, a nova RMI. Requer, alfim, que o recurso seja conhecido e provido, para reformar a r. sentença neste ponto.

Apela também o INSS, afirmando que, no momento da concessão do benefício (02.05.84), não estava em vigor a Lei nº 9.032/

95, não podendo ser aplicada para o benefício em tela. Sustenta que a legislação aplicada à espécie é aquela vigente à época da concessão do benefício. Requer, alfim, que o recurso seja conhecido e provido.

Apresentadas as contrarrazões, subiram os autos, sendo-me distribuídos.

A r. sentença está sujeita ao reexame necessário.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Antes de adentrar no mérito, resta por apreciar a questão da decadência para revisão do presente benefício, cuja DIB remonta 04.05.84 (fl. 13), por se tratar de matéria de ordem pública, que pode ser conhecida de ofício.

O instituto da decadência pode ser aplicado ao caso, embora tenha sido introduzido na legislação previdenciária após a concessão do benefício recebido pela parte autora. Explico.

É que em sendo estatutária a natureza das relações jurídicas entre a Previdência Social e os seus segurados, dependentes e beneficiários, porquanto disciplinada por lei, é viável a modificação de seus parâmetros normativos a qualquer tempo, respeitados apenas o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A regra instituidora da decadência pode ser aplicada imediatamente, inclusive em relação aos benefícios concedidos anteriormente a sua vigência. O que não se poderia tolerar, evidentemente, é que ela permitisse a utilização de tempo pretérito para fulminar o direito do beneficiário. Porém, nada impede, salvo expressa disposição em sentido contrário, o que não é o caso, que o prazo decadencial nela previsto comece a correr imediatamente, a partir da vigência do diploma legal.

Diante das sucessivas alterações legislativas ocorridas no que se refere à decadência do direito à revisão dos atos concessivos de benefícios previdenciários, necessário se faz um breve histórico acerca da disciplina dessa questão no tempo.

Tradicionalmente, as leis previdenciárias não previam a decadência do direito do beneficiário do RGPS rever seus benefícios. Nada dispunha sobre a matéria, a própria redação originária da Lei nº 8.213, de 24/07/1991, que instituiu o Regime Geral de Benefícios da Previdência Social.

A Medida Provisória nº 1.523-9, publicada em 28/06/1997, reeditadas algumas vezes até ser convertida na Lei nº 9.528/97, foi a primeira a introduzir a disciplina da matéria no ordenamento jurídico, dando a seguinte redação ao art. 103 da Lei nº 8.213/91:

Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

Esse prazo decadencial de 10 anos prevaleceu até a entrada em vigor da Medida Provisória nº 1.663-15, publicada em 23/10/1998, reeditada e convertida na Lei nº 9.711/98, que o reduziu para 05 anos. Ao dispositivo acima transcrito foi dada a seguinte redação:

Art. 103. É de cinco anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

Por fim, com a Medida Provisória nº 138, publicada em 20/11/2003 e convertida na Lei nº 10.839/04, o prazo decadencial foi mais uma vez estabelecido em 10 anos. *Ipsis litteris*:

Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

Esse último é o dispositivo atualmente em vigor.

O benefício do recorrente foi concedido em 1976, quando o direito de postular sua revisão não se sujeitava à decadência. Em 28/06/1997, com a vigência da Medida Provisória nº 1.523-9, começou a correr o prazo decadencial de 10 anos. Porém, antes de seu integral transcurso, em 23/10/1998, entrou em vigor a Medida Provisória nº 1.663-15, que o reduziu para 05 anos.

A Medida Provisória nº 1.663-15 não introduziu instituto novo, apenas reduziu o interstício para sua consumação. Diante da pluralidade de regras no curso do prazo decadencial, deve ser observado o seguinte para verificação da decadência: 10 anos a partir de 28/06/1997 (prazo antigo) ou em 05 anos a contar de 23/10/1998 (prazo novo), valendo o que completar primeiro.

Essa é a regra que este Tribunal, acolhendo entendimento do STJ, vem utilizando para aplicação da Lei Complementar nº 118/05, que reduziu de 10 para 05 anos o prazo prescricional da ação de repetição de indébito de tributos sujeitos a lançamento por homologação. *In verbis*:

O prazo prescricional das ações de compensação/repetição de indébito, do ponto de vista prático, deve ser contado da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da vigência da Lei Complementar 118/2005 (09.06.05), o prazo para se pleitear a restituição é de cinco anos a contar da data do recolhimento indevido; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da novel lei complementar.

2. Isto porque a Corte Especial declarou a inconstitucionalidade da expressão “observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional”, constante do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005 (AI nos EREsp 644.736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007) - Excerto do voto do Ministro LUIZ FUX no REsp 859.745/SC. (AC 466.273-CE, 1ª Turma, unânime, Rel. Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, julgado em 05/03/2009).

Contados **05 anos de 23/10/1998**, data de início da vigência da Medida Provisória nº 1.663-15, conclui-se pelo seu **término em 23/10/2003**, quase um mês antes da publicação da Medida Provisória nº 138 (20/11/2003), que restabeleceu a decadência decenal.

A decadência quinquenal estabelecida na Provisória nº 1.663-15/98 se consumou anteriormente ao restabelecimento do prazo decadencial de 10 anos previsto na Medida Provisória nº 138/03, pelo que este último diploma normativo não pode ser aplicado, salvo se possuísse regra expressa em sentido contrário, o que não possui.

In casu, o direito em relação ao pedido de revisão da data de início do benefício da parte autora ou da data do primeiro reajuste da renda mensal, como também da elevação do coeficiente de cálculo daquela aposentadoria para 100% (cem por cento) do salário de benefício se encontra caduco, tendo em vista que a ação somente foi ajuizada em 16.03.2005 (fl. 03).

Diante de todo o exposto, reconheço de ofício a decadência do direito de revisar o ato de concessão do benefício, julgando prejudicadas as apelações e a remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 432.059-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelantes: DIÓGENES GOMES VIEIRA E UNIÃO
Apelados: OS MESMOS
Adv./Proc.: DR. FRANCISCO LOURENÇO JÚNIOR (1º APTE.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MILITAR QUE FOI DUAS VEZES PRESO, UMA POR VIOLAÇÃO AO § 3º DO ART. 51 DA LEI Nº 6.880, DE 1980. OUTRA, POR TRANSGRESSÃO GRAVE AO Nº 37 DO ART. 10 DO RDER.

- No primeiro caso, apesar do § 3º do art. 51 da Lei 6.880 ter sido considerado inconstitucional, em decisões turmárias, não há ilegalidade nem

arbitrariedade na decretação de prisão com base em referido dispositivo, se o mesmo ainda não teve a sua inconstitucionalidade decretada. Ademais, o dispositivo ordinário, exige, para a invocação do Judiciário, o esgotamento das esferas administrativas. O outro, o constitucional, a apregoar não poder a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. Não há choque. Apenas há etapas a serem ultrapassadas, para, esgotadas todas as esferas, se poder recorrer ao Judiciário, o que não significa proibição de se bater às portas da Justiça.

- No segundo caso, não há demonstração de ter o comando militar, a que estava subordinado o demandante, passado dois dias para cumprir o alvará de soltura expedido pela Justiça Federal, o que deixa o argumento, no caso, prejudicado.

- Militar que, nos anos de 2004 e 2005, além das duas prisões denunciadas, foi objeto de mais cinco prisões, por diversos motivos, como as anotações registram, a revelar que a prisão, em sua vida na caserna, tornou-se rotineira.

- Inexistência de ato ilegal ou arbitrário a gerar qualquer direito à indenização, além de carregar o demandante um pesado fardo de outras prisões.

- Provimento da apelação da União Federal, para julgar improcedente o pedido indenizatório, invertendo-se o ônus sucumbencial. Prejudicado o recurso do militar.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação da União, julgando prejudicado o recurso do militar, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 1º de outubro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Diógenes Gomes Vieira e a União Federal apelaram de sentença que julgou procedente pedido de indenização, por danos morais, formulado pelo promovente, ao fundamento de que restou demonstrada a ilegalidade da prisão imposta ao militar da Aeronáutica, pelo período de doze dias, condenando a ré ao pagamento do valor de nove mil, cento e vinte reais, a título da reparação pretendida, fixando os juros de mora em um por cento ao mês, a partir do evento danoso, e dos honorários advocatícios em dez por cento sobre o valor da condenação.

Sustenta o requerente ser irrisória a quantia arbitrada, tendo em vista o sofrimento por ele passado, em comparação com precedentes desta Corte, no qual fora arbitrado, em processo similar, o montante indenizatório, à razão de cinco mil reais, por quatro dias de prisão, invocando, inclusive, que a penalização pecuniária pelo ilícito praticado deve ser bastante a ponto de coibir futuras transgressões, pelo que pretende seja dito montante elevado para, pelo menos, quinze mil reais.

A União Federal, por sua vez, defende a tese da legalidade da prisão do militar, conforme as regras inerentes ao regime castrense, invocando os princípios da hierarquia e da disciplina e que, caso mantido o entendimento da douta sentença, deva ser a indenização reduzida ao mínimo possível, sob pena de gerar o enriquecimento indevido da vítima, por fim, pretende a aplicação da regra da sucumbência recíproca, pelo que refuta o arbitramento dos honorários advocatícios, nos termos da d. sentença.

Cada recorrente atacou os argumentos adversos, reafirmando seus pontos de vista, fls. 351-358 e 363-370.

Sentença não submetida ao reexame necessário, por ser o valor da condenação inferior a sessenta salários mínimos, nos termos do § 2º do art. 475 do CPC.

Dispensada a revisão. Em pauta.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

A sentença, fls. 295-300, consagrou a pretensão, de maneira a motivar a ré a interpor o recurso de apelação, fls. 302-308, buscando a sua reforma.

Neste passo, necessário assinalar que a inicial traduz pretensão de busca de indenização por danos morais, movimentada por militar da Aeronáutica, em decorrência de doze dias de prisão.

A inicial assim indica o tempo em que esteve preso:

1] *O objeto desta ação é a indenização por danos morais, em virtude do autor ter permanecido encarcerado durante 12 (doze) dias ilegalmente, fl. 05.*

2] *Foram 12 (doze) dias de dor, tristeza, aflição e humilhação, fl. 18.*

O tempo de prisão, contudo, biparte-se.

O primeiro período é de dez dias.

Na dicção da inicial, o autor ficou preso, nas dependências da Base Aérea Naval, por 10 (dez) dias, ilegalmente, por não ter avisado antecipadamente seu superior hierárquico (que era a autoridade coatora) de que impetraria habeas corpus liberatório junto à Justiça Federal no dia 06.05.2004 (anexo 3), descumprindo, supostamente, o § 3º do art. 51 da Lei nº 6.880/80, porém tal norma não foi recepcionada pela CF/88, fl. 05.

O segundo é de dois dias. O autor, tendo tido decisão, liminar e liberatória, da Justiça Federal, *só foi libertado às 9:40 h do dia 12.11.2005, ou seja, ficou 2 (dois) dias preso ilegalmente, fl. 05.*

Juntando os dez primeiros dias com os dois seguintes, evidentemente, se tem delineado o tempo de doze dias, motivo para a indenização buscada, consagrada pela douta sentença de primeiro grau.

Pois bem.

O primeiro período, de dez dias, está registrado à fl. 27.

O demandante, *por ter deixado de comunicar antecipadamente à autoridade que está subordinado que ingressou na Justiça Federal com pedido de habeas corpus, no dia 06 de maio de 2004, contrariando desta forma o Parágrafo 3º do Art. 51 da Lei nº 6.880, de 10.dez.1980 (Estatuto dos Militares), bem como o Aviso Interno nº 3/COJAER/7, de 01 out.2002, ...fl. 27.*

O segundo período, de dois dias, encontra motivo no fato de *ter representado contra o seu superior hierárquico, no dia 03.ago. 2005, sem no entanto, obedecer às disposições regulamentares. Transgressão Grave do nº 37 do art. 10 do RDER. Fica preso por seis dias, ..., fl. 28.*

Como o autor foi liberado, liminarmente, por força de *habeas corpus*, fls. 48-49, *ficou 2 (dois) dias preso ilegalmente*, fl. 05. De logo, registra-se a ausência de qualquer prova atinente ao fato de ter permanecido dois dias preso depois da concessão da liminar concessiva da ordem liberatória. No caso, não há prova de ter a autoridade militar, tomado conhecimento do alvará de soltura, postergado a liberação do autor, fato que, por si só, exclui os dois dias em tela, de maneira a ficar, para discussão, apenas a primeira prisão. Neste sentido, a discussão sobre a norma aninhada no art. 10, número 37, do RDER, fica prejudicada.

Resta a prisão de dez dias, fl. 05, que, na verdade, foi de seis dias, fl. 27.

Pois bem.

O fato de ter ingressado com *habeas corpus* conduziu o demandante à prisão, como o aludido registro de fl. 27 consigna. O autor deveria ter comunicado tal ocorrência ao comando superior, em obediência ao § 3º do art. 51 da Lei 6.880, a rezar que *o militar só poderá recorrer ao Judiciário após esgotados todos os recursos administrativos e deverá participar esta iniciativa, antecipadamente, à autoridade à qual estiver subordinado.*

O dispositivo em tela tem sido aclamado da pecha de inconstitucionalidade, à medida em que vai de encontro à Constituição

Federal, a rezar, em seu art. 5º, inciso XXXV, que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça de direito.*

O dispositivo ordinário exige, para a invocação do Judiciário, o esgotamento das esferas administrativas. O outro, o constitucional, a apregoar não poder a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. Não há choque. Apenas há etapas a serem ultrapassadas, para, esgotadas todas as esferas, se poder recorrer ao Judiciário, o que não significa proibição de se bater às portas da Justiça.

De qualquer forma, a prisão, decretada com base no § 3º do art. 51 da Lei 6.880, não se revela indevida, por estar inserida a proibição na norma específica, sem que, até o momento da decretação da prisão, tivesse sido retirada do mundo jurídico, de maneira que a autoridade militar a tal dispositivo devia obediência.

O fato pode ensejar a anulação de infração administrativa, como os exemplos focados nas decisões citadas indicam, mas não carrega a força devida para transformar a prisão em ilegal ou arbitrária, visto que foi decretada com base em dispositivo não retirado da norma por inconstitucional, vigente, portanto, à época da sua invocação e aplicação.

A prisão, com base em tal dispositivo, não gera para o militar o direito a indenização. Pode, no muito, proporcionar para o punido o direito de vê-la riscada de suas anotações, por ter sido aplicada com fulcro em norma considerada inconstitucional em decisões turmárias.

Depois, não foi a primeira vez em que o demandante esteve preso. Há o registro de uma prisão de dez dias a contar de 25 de junho de 2004, fl. 139. Há outra, de dez dias, a partir de 07 de outubro de 2004, fl. 141. Há mais outra, de dez dias, a contar de 20 de outubro de 2004, fl. 142. Há uma detenção, de dois dias, a contar de 1º de julho de 2005, fl. 150. Há, mais ainda, outra prisão, de quatro dias, a partir de 19 de outubro de 2005, fl. 153.

Ou seja, sem contar com as duas prisões atacadas na inicial, nos anos de 2004 e 2005, o demandante foi objeto de mais cinco prisões, de maneira a se tornar rotineira em sua vida na caserna, circunstância que, de antemão, lhe retira qualquer dor ou sofrimento.

mento vivido, além do que, no caso, a prisão atacada não se reveste de caráter ilegal e/ou arbitrária, por ter sido decretada com base em legislação vigente, não excluída do mundo jurídico.

Por este entender, dou provimento à apelação da União Federal, para julgar improcedente o pedido indenizatório, invertendo o ônus sucumbencial, restando prejudicado o recurso do militar.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 444.521-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO
Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelado: JOSÉ DAMIÃO PEREIRA
Advs./Procs.: DR. ANTÔNIO EUGÊNIO FIGUEIREDO DE ALMEIDA E OUTROS (APTE.) E ANTÔNIO AUGUSTO LIMA ARAÚJO E OUTROS (APDO.)

EMENTA: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE EMPRÉSTIMO ESPECIAL AOS APOSENTADOS. INCIDÊNCIA DE COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. LEGALIDADE. FATOR DE ATUALIZAÇÃO DA DÍVIDA. PREVISÃO CONTRATUAL. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM TAXA DE RENTABILIDADE, JUROS DE MORA E PENA CONVENCIONAL, SOB PENA DE BIS IN IDEM. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. POSSIBILIDADE. DESCABIMENTO DA CONDENAÇÃO DA CEF NA REPETIÇÃO EM DOBRO DOS VALORES COBRADOS EXCESSIVAMENTE. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. DANO MORAL. INEXISTÊNCIA.

- Ação Revisional de Contrato de Empréstimo Especial a Aposentado firmado com a Caixa Econômica Federal, em 26.3.2002, no valor de R\$ 1.800,00 (um mil e oitocentos reais), para pagamento em 24 (vinte e quatro) meses, com des-

conto direto em conta-corrente destinada ao crédito de benefício de aposentadoria; em virtude da inadimplência do devedor, a dívida foi refinanciada, em 16.4.2004, no montante de R\$ 3.460,00 (três mil, quatrocentos e sessenta reais), com pagamento em 36 (trinta e seis) parcelas de R\$ 130,05 (cento e trinta reais e cinco centavos).

- Preliminar de nulidade da sentença, por julgamento extra petita, que se afasta, de vez que, embora o autor/apelado não tenha diretamente se insurgido contra a Cláusula 11 da avença, da causa de pedir pode se inferir que fora questionado o conteúdo da mencionada disposição contratual (ilegalidade na imposição, ao mutuário, dos ônus decorrentes da desídia da própria instituição bancária em promover o desconto em conta-corrente das prestações do financiamento) tendo o pedido abrangido a restituição de tal cobrança supostamente abusiva, daí porque a sentença não decidiu além/ou fora do que havia sido pedido.

- No tocante à questão da ilegalidade da cobrança cumulativa de comissão de permanência com juros de mora, embora a parte autora não tenha especificamente impugnado tal cumulação na petição inicial, isso não impede que a matéria seja apreciada pelo Juízo, já que fora sustentada a abusividade da cobrança da comissão de permanência, o que abrange, ainda que implicitamente, qualquer cumulação porventura indevida.

- Segundo a jurisprudência deste Tribunal, não se considera extra petita a decisão que aprecia o pedido, em moldes a ensejar a exata compreensão do que se tencionou obter em Juízo.

- Correta a sentença quando determinou a exclusão da dívida de todos os encargos, exceto da correção monetária, cobrados pela CEF, decorrentes do período em que a mesma deixou de debitar da conta-corrente do autor/apelado o

valor do seu crédito, já que o motivo da impossibilidade é imputável à própria CEF, sem culpa do mutuário.

- A jurisprudência deste Tribunal já se pronunciou sobre a legalidade da incidência da comissão de permanência, que funciona como instrumento de atualização da dívida, composta pela taxa CDI - Certificado de Depósito Interbancário-divulgada pelo Banco Central do Brasil, desde que não seja cumulada com juros remuneratórios, moratórios, correção monetária e taxa de rentabilidade.

- Quanto à aplicação de taxa de juros superiores a 12% ao ano, a Súmula 596 do STF não estabelece tal limitação nos contratos de mútuo bancário.

- Legalidade da incidência da comissão de permanência, tal como previsto no contrato, excluída a sua cumulação com taxa de rentabilidade, juros de mora e pena convencional.

- A capitalização dos juros é admissível quando pactuada nas operações realizadas pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional, desde que convoladas a partir da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17, em 31.3.2000 (atualmente reeditada sob o nº 2.170-36/2001), consoante reiterada jurisprudência do STJ (REsp 515.805/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 27.9.04; REsp 602.068/RS, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 21.3.05), conforme ocorreu no presente caso.

- Condenação na repetição em dobro dos valores indevidamente cobrados que se afasta, uma vez que, embora tenha havido cobrança indevida, não houve má-fé por parte da CEF; aplicabilidade da Súmula 159 do STF: “Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do CC (1916) art. 1.531”.

- Pelo mesmo fundamento (cobrança indevida de boa-fé) é incabível a condenação da instituição financeira por dano moral, eis que não se configurou a prática de ato ilícito, mas mero desconto autorizado de parcela de proventos de aposentadoria, para honrar empréstimo bancário, prática que encontra amparo na legislação específica.

- Apelação provida em parte. Sucumbência recíproca. Dispensa do apelado de pagamento das custas e da verba honorária, por ser benefício da gratuidade judiciária.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 6 de agosto de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Apelação desafiada pela Caixa Econômica Federal - CEF em face da sentença de fls. 115/129, que julgou procedente, em parte, o pedido inaugural, para condenar a Empresa Pública Ré a: 1) afastar, por abusiva, qualquer interpretação da cláusula 11 do “Contrato de Empréstimo Especial aos Aposentados”; 2) repetir, em dobro, todos os juros e demais encargos -à exceção da correção monetária- incidentes sobre o montante da dívida, no período em que a CEF, por “falha técnica”, deixou de debitar os valores do seu

crédito da conta na qual são creditados os benefícios previdenciários do autor; 3) afastar a cobrança cumulativa de comissão de permanência com juros de mora ou multa contratual, e a repetir, em dobro, os valores eventualmente cobrados a tal título; 4) pagar ao autor, a título de danos morais, o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Nas razões de apelação, pugnou a apelante, em preliminar, pela nulidade da sentença, ao argumento de que seria *extra petita*, em relação ao reconhecimento da abusividade da Cláusula 11 do contrato firmado pelas partes, bem como da ilegalidade da cobrança cumulativa da comissão de permanência com os juros de mora, temas que não teriam sido suscitados pela parte autora, em afronta aos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil - CPC.

No mérito foi dito, em suma: a) que o contrato de empréstimo foi firmado entre a CEF e o apelado, sob a égide das normas do Sistema Financeiro Nacional, tendo o apelado se obrigado a pagar as importâncias mutuadas, acrescidas dos encargos legais, juros e correção monetária pactuados; b) tendo ocorrido a inadimplência, seria devida a cobrança dos encargos contratuais, representados pela comissão de permanência, que não foi cumulada com correção monetária, sendo impertinente a condenação da CEF em devolução em dobro de tais valores; c) seria descabida a condenação da CEF em dano moral, pois em nenhum momento o apelado comprovou qualquer dano sofrido por ato praticado pelo banco apelante.

Sem contrarrazões.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

O autor – José Damião Pereira/Apelado – firmou “Contrato de Empréstimo Especial aos Aposentados” com a Caixa Econômica Federal/Apelante, em 26-3-2002, no valor de R\$ 1.800,00 (um mil e oitocentos reais), para pagamento em 24 (vinte e quatro) meses,

com desconto direto em conta-corrente destinada ao crédito de benefício de aposentadoria, ficando avençada a incidência de encargos, na hipótese de inadimplemento (fls. 28/32).

Houve inadimplência por parte do autor/apelado, razão pela qual houve um refinanciamento da dívida, em 16-4-2004, no montante de R\$ 3.460,00 (três mil, quatrocentos e sessenta reais), com pagamento em 36 (trinta e seis) parcelas de R\$ 130,05 (cento e trinta reais e cinco centavos).

Sustentou o autor/apelado a abusividade na cobrança dos valores oriundos do empréstimo consignado, consistente: a) na imposição, ao mutuário, dos ônus decorrentes da desídia da própria instituição bancária em promover o desconto em conta-corrente das prestações do financiamento; b) na capitalização de juros; c) na cobrança abusiva de comissão de permanência; d) na impenhorabilidade dos proventos, bem como o elevado comprometimento destes, em razão da dívida (57%).

O pedido final foi o de revisão contratual, para: a) que fosse afastada a capitalização de juros, substituindo o Sistema *Price* (juros compostos) pelo Sistema de Amortização Constante (SAC - juros simples); b) fosse expurgada a cobrança da taxa de juros remuneratórios de 41,58% para 24% ao ano, adotando o SAC; c) condenar a CEF a restituir, com juros legais e em dobro todos os valores cobrados a maior do autor/apelado, a teor do art. 940 do Código Civil/2002 c/ c o art. 42 do Código de Defesa do Consumidor - CDC; d) condenar a CEF ao pagamento de indenização por danos morais, no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) atualizados com os juros legais.

A sentença acolheu, em parte, o pedido, para: a) afastar, por abusiva, qualquer interpretação da Cláusula 11 da avença, que impusesse ao autor/apelado o ônus de suportar os efeitos da omissão ou suspensão no débito em conta de benefício, quando tal hipótese decorrer de culpa da CEF, condenando-a a repetir, em dobro, todos os juros e demais encargos – à exceção da correção monetária – incidentes sobre o montante da dívida, no período em que a referida instituição bancária, por “falha técnica”, deixou de debitar os valores do seu crédito da conta na qual são creditados os benefícios previdenciários do autor; b) afastar a cobrança cu-

mulativa de comissão de permanência com juros de mora ou multa contratual, condenando a CEF a repetir, em dobro, os valores eventualmente cobrados a tal título; c) pagamento ao autor/apelado, a título de danos morais, do montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Sustentou a Apelante, em preliminar, a nulidade da sentença, ao argumento de que seria *extra petita*, em relação ao reconhecimento da abusividade da Cláusula 11 do contrato firmado pelas partes, bem como da ilegalidade da cobrança cumulativa de comissão de permanência com juros de mora, temas que não teriam sido suscitados pela parte autora, em afronta ao disposto nos artigos 128 e 460 do CPC.

Em relação ao primeiro ponto impugnado – a abusividade da Cláusula 11 do Contrato reconhecida no Juízo monocrático – verifico não assistir razão à CEF; transcrevo, para uma melhor visualização da questão, o inteiro teor da referida Cláusula (fl. 30):

11 - Se por qualquer motivo for omitido ou suspenso o débito em conta de depósito de benefício da Previdência Social, excluída a hipótese da Cláusula 9ª o (a) DEVEDOR (A) ficará obrigado a pagar a prestação diretamente à Caixa, ou a quem esta indicar, na data de seu vencimento, sob pena de incidir comissão de permanência nos termos da legislação em vigor.

Embora o autor/apelado não tenha diretamente se insurgido contra a referida disposição contratual, da causa de pedir pode se inferir que fora questionado o conteúdo da mencionada Cláusula (ilegalidade na imposição, ao mutuário, dos ônus decorrentes da desídia da própria instituição bancária em promover o desconto em conta-corrente das prestações do financiamento), tendo o pedido abrangido a restituição de tal cobrança supostamente abusiva. Daí porque a sentença não decidiu além/ou fora do que fora pedido pelo autor/apelado.

Segundo a jurisprudência deste Tribunal, não se considera *extra petita* a decisão que aprecia o pedido, em moldes a ensejar a exata compreensão do que se tencionou obter em Juízo.

Quanto à matéria de fundo, está correta a sentença quando decidiu que somente haveria de incidir sobre o devedor a obriga-

ção de pagar diretamente à CEF quando a causa da impossibilidade de débito em conta fosse a ele imputado, nunca quando o motivo da impossibilidade fosse imputável à própria CEF, de modo que devem ser excluídos da dívida todos os encargos, exceto a correção monetária, decorrentes do período em que a CEF deixou de debitar os valores do seu crédito da conta na qual eram creditados os proventos de aposentadoria do autor/apelado.

No tocante à questão da ilegalidade da cobrança cumulativa de comissão de permanência com juros de mora, embora a parte autora não tenha especificamente impugnado tal cumulação na petição inicial, isso não impede que a matéria seja apreciada pelo Juízo, já que fora sustentada a abusividade da cobrança da comissão de permanência, o que abrange, ao meu sentir, ainda que implicitamente, qualquer cumulação porventura indevida.

Não houve, assim, acolhimento, de ofício, da abusividade de cláusula contratual, o que é rechaçado pela jurisprudência do STJ, consolidada na Súmula nº 381¹, razão pela qual afasto a preliminar de nulidade da sentença.

No que se refere aos encargos da dívida, a jurisprudência já se pronunciou sobre a legalidade da incidência da comissão de permanência, que funciona como fator de atualização da dívida, não podendo, contudo, ser cumulada com juros remuneratórios, correção monetária e taxa de rentabilidade. Neste sentido, confirmaram-se os seguintes arestos:

CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE CRÉDITO ROTATIVO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA E TAXA DE RENTABILIDADE. ACUMULAÇÃO. DESCABIMENTO. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL POR FALTA DO VALOR DA DÍVIDA AFASTADA.

1. Não pode a monitória ser rejeitada a pretexto de incerteza ou iliquidez do documento comprobatório do débito. Preliminar afastada.

2. A comissão de permanência é devida para o período de inadimplência, calculada pela taxa média dos juros de mer-

¹ “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”.

cado, apurada pelo Banco Central do Brasil, não podendo, contudo, ser cumulada com correção monetária, juros remuneratórios ou taxa de rentabilidade. Aplicação das Súmulas 30 e 294 do eg. STJ.

3. “A taxa de rentabilidade, porém, pré-fixada em até 10% ao mês, tem caráter potestativo, afrontando o art. 52, do CDC. Isso porque, de acordo com o art. 52, incisos I e II, do CDC, o consumidor não pode ser surpreendido com taxas e demais acréscimos mencionados genericamente no contrato. Assim, impõe-se o seu afastamento, por ir de encontro ao que preleciona o art. 52, do Código de Defesa do Consumidor.” (AC 348049/RN, 1ª Turma, Rel. Des. Fed. Hélio Sílvio Ourém Campos, j. em 03.02.2005, DJU 14.03.2005). Precedentes dos TRF’s das 1ª e 4ª Regiões e do STJ.

4. Apelação improvida.

(TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO, AC - 381829/AL, Primeira Turma, Decisão: 20/04/2006, DJ - Data: 30/05/2006 - Página: 886 - Nº: 102, Desembargador Federal Francisco Wildo).

CIVIL. SFH. CONTRATO. JUROS. CAPITALIZAÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. REPETIÇÃO DE INDÉBITO.

A União não é litisconsorte passiva necessária da CEF nas questões do SFH. Preliminar rejeitada.

Compatibilidade jurídica da cumulação do pedido de revisão contratual com a repetição de indébito. Rejeição da preliminar.

Inexistência de conexão por falta de identidade de objeto ou causa de pedir. Rejeição da preliminar.

Capitalização de juros. Vedada a prática do anatocismo. Precedentes do eg. STJ.

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às operações de crédito de financiamento regido pelo SFH. Prova da ilegalidade do excesso cobrado pelo agente financeiro, é direito do mutuário à restituição em dobro, prevista no parágrafo único, do art. 42 do CDC (Lei n.º 8.078/90).

llegalidade da cobrança da comissão de permanência cumulada com os juros remuneratórios, juros de mora e correção monetária, sendo admissível a aplicação da comissão de permanência a partir do

inadimplemento da obrigação. Jurisprudência do eg. STJ.

Ilegalidade da cobrança de multa superior a 2% (dois por cento) - parágrafo 1º do art. 52 do CDC.

(TRIBUNAL - QUINTA REGIAO, AC - 387645/PB, Terceira Turma, Decisão: 17/08/2006, DJ - Data: 25/09/2006 - Página: 623 - Nº: 184, Desembargador Federal Ridalvo Costa).

No Contrato de fls. 28/32, consta a previsão de cumulação da comissão de permanência com a taxa de rentabilidade, que se cuida, na verdade, de multa moratória, além de juros de mora e pena convencional, nos seguintes termos:

12.2. No caso de impontualidade na satisfação do pagamento de qualquer débito, inclusive na hipótese do vencimento antecipado da dívida, **o débito apurado na forma deste contrato, ficará sujeito à comissão de permanência**, cuja taxa mensal será obtida pela composição da taxa de CDI (...), a ser aplicada no mês subsequente, **acrescida da taxa de rentabilidade até 10% (dez por cento) ao mês.**

12.3. Além da comissão de permanência, serão cobrados juros de mora à taxa de 1% (um por cento) ao mês ou fração sobre a obrigação vencida.

13. Caso a Caixa venha a lançar mão de qualquer procedimento judicial ou extrajudicial para a cobrança de seu crédito, o (a) DEVEDOR(A) pagará, além do principal e demais encargos, a pena convencional de 2% (dois por cento) sobre o valor do débito apurado na forma deste contrato, respondendo também pelas despesas judiciais e honorários advocatícios de até 20% (vinte por cento) do valor total da dívida.

(...)

14. Os encargos por atraso previstos nos itens 12, 12.1, 12.2, 12.3, e 13 são devidos a partir da data de vencimento da obrigação não paga, entretanto, por liberalidade da CREDORA poderão ser exigidos somente a partir do 4º dia útil após o vencimento da obrigação sem que esse procedimento importe em benefício invocável pelo DEVEDOR. (Destaquei).

Deve ser excluída do débito, portanto, a taxa de rentabilidade de até 10% (dez por cento) ao mês, bem como os juros de mora e

a pena convencional, pois não podem ser cumuladas com a comissão de permanência, sob pena de *bis in idem*.

No tocante à aplicação de taxa de juros superiores a 12% ao ano, a Súmula 596 do STF não estabelece tal limitação nos contratos de mútuo bancário.

Neste sentido, o STJ também já consolidou o seu posicionamento, nos termos da Súmula nº 382 (*DJ* de 8-6-2009), *verbis*:

A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade.

Por outro lado, a capitalização dos juros é admissível quando pactuada nas operações realizadas pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional, desde que firmadas a partir da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17, em 31-3-2000 (atualmente reeditada sob o nº 2.170-36/2001), consoante reiterada jurisprudência do STJ (REsp 515.805/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* 27-9-04; REsp 602.068/RS, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, *DJ* 21-3-05).

A propósito, transcrevo o teor do *caput* do art. 5º da MP nº 2.170/2001:

Art. 5º. Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.

No presente caso, como o Contrato de Empréstimo discutido data de 26-3-2002, posterior, portanto, à edição da citada MP, é a mesma inteiramente aplicável ao caso, não sendo vedada a capitalização de juros.

Quanto à condenação da apelante a repetir em dobro os valores indevidamente cobrados, afasto-a, uma vez que, embora tenha havido cobrança indevida, não houve má-fé por parte da CEF, de modo que não se sustenta a referida cobrança. É neste sentido, a Súmula 159 do Supremo Tribunal Federal: “Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do CC (1916) 1531”.

Em relação à condenação da CEF em danos morais, em virtude da cobrança indevida, também a afasto, pelo mesmo fundamento acima utilizado, qual seja, o de que não houve má-fé da

instituição bancária, não constituindo ato ilícito a cobrança excessiva, mas de boa-fé, a ensejar reparação por dano moral.

Ao meu sentir, o dano moral poderia ficar configurado, por exemplo, caso houvesse o desconto integral dos proventos de aposentadoria depositados em conta corrente, para a satisfação do crédito da CEF, privando o autor/apelado dos recursos necessários para a sua própria subsistência, dada a impenhorabilidade assegurada pelo art. 649, IV, do CPC.

Não sendo esse o caso, mas sim de desconto autorizado de parte de proventos de aposentadoria para honrar empréstimo bancário, prática que encontra amparo em legislação específica, a simples cobrança excessiva não configura ato ilícito, a respaldar condenação por dano moral.

Pautado nessas razões, dou provimento, em parte, à apelação da CEF. Sucumbência recíproca. Dispensa do apelado de pagamento das custas e da verba honorária, por ser beneficiário da gratuidade judiciária.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 447.600-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE- FUNASA
Apelado: RAIMUNDO GONÇALVES SANTIAGO
Repte: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DR. FRANCISCA LIDUÍNA RODRIGUES CARNEIRO E OUTROS (APDO.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE ADVOGADO REGULARMENTE CONSTITUÍDO. FACULDADE DA PARTE. REGULARIDADE. RESPEITO AO PRINCÍPIO

**DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.
APLICABILIDADE DA SÚMULA VINCULANTE 5
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INDIVI-
DUALIZAÇÃO DA PENA.**

- Utilização dos critérios dispostos no art. 128 da Lei 8.112/90, quais sejam, a natureza e a gravidade da infração; os danos advindos ao serviço público; as eventuais circunstâncias agravantes ou atenuantes; os antecedentes funcionais.

- Excesso de punição.

- Reintegração. Adequação para suspensão por 90 (noventa dias).

- Conversão em pecúnia, em função de já se encontrar afastado desde 2002. Desconto sobre as parcelas retroativas.

- Apelação da FUNASA e remessa oficial parcialmente providas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 8 de setembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de apelação contra sentença que julgou procedente o pedido para, sem prejuízo de novo processo administrativo, declarar a nulidade do Processo Disciplinar nº 2514.000138/00-72 e da Portaria nº 1.410/GM e condenar a Fundação Nacional de Saúde - FUNASA a reintegrar o servidor demitido Raimundo Gonçalves Santiago ao cargo que anteriormente ocupava, sendo-lhe de-

vidas todas as vantagens a que teria direito se tivesse continuado em exercício, bem como a pagar ao autor as remunerações a que ele faria jus, desde sua demissão até sua efetiva reintegração.

A recorrente alega, primeiramente, que durante o desenvolvimento do Processo Administrativo Disciplinar foram obedecidos todos os dispositivos legais que regem a processualística disciplinar, inclusive os dispositivos constitucionais que asseguram a ampla defesa e o contraditório, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa. Argumenta que há entendimento divergente entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal quanto à necessidade de assistência de advogado em processo administrativo disciplinar. Esclarece que, muito embora tenha o STJ sumulado a matéria, o STF entende que o mero fato de não ter sido o indiciado em processo administrativo disciplinar assistido por advogado não pode acarretar a nulidade do processo, se oportunizado foi o exercício do contraditório e da ampla defesa. Por fim, aduz que a penalidade imposta ao servidor – ato de improbidade administrativa – encontra amparo legal nos arts. 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, haja vista que restou comprovado nos autos o furto do aparelho microscópio que pertencia ao Instituto de Prevenção do Câncer do Ceará - IPCC, onde o servidor participou de curso, sendo futuramente encontrado na posse deste, sem o devido tombo, o que denota a intenção de apropriar-se do bem em proveito próprio. Afirma que a Juíza não deveria ter deixado de considerar os depoimentos que revelam a intenção do servidor de vender o bem, assim como o fato de que este já passou anteriormente por processo administrativo, com penalidade de advertência, por ter cometido ato de indisciplina, contrariando o inciso XI do art. 116 do Regime Jurídico Único.

Em suas contrarrazões o apelado assevera, preliminarmente, a ausência de requisito de admissibilidade do recurso de apelação apresentado pela FUNASA, tendo em vista que a matéria encontra-se sumulada tanto pelo STF (Súmula 20) quanto pelo STJ (Súmula 343), devendo assim aplicar-se o art. 557 do CPC. No mais, pugna pela manutenção da sentença, rebatendo os argumentos expostos pela FUNASA.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Insurge-se a FUNASA contra a sentença que determinou a reintegração do servidor Raimundo Gonçalves Santiago naquela autarquia, anulando, assim, o ato de demissão, que decorreu do Processo Administrativo Disciplinar, relativo ao furto de um aparelho microscópio.

Primeiramente, quanto à necessidade de advogado no processo administrativo disciplinar, o Colendo Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 5, que assim dispõe:

A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.
(Fonte de Publicação *DJe* nº 88/2008, p. 1, em 16/5/2008. *DO* de 16/5/2008, p. 1. Legislação Constituição Federal de 1988, art. 5º, LV. Precedentes RE 434059 AI 207197 AgR RE 244027 AgRMS 24961).

Neste ponto, portanto, assiste razão ao recorrente ao afirmar que não houve cerceamento de defesa, não resistindo, assim, a argumentação de nulidade do Processo Administrativo Disciplinar.

Em que pese à validade do procedimento administrativo, outra questão encontra relevância no presente caso, qual seja, o excesso na aplicação da pena.

Transcrevo, por oportuno, trecho da sentença ora impugnada, onde a MM. Juíza sentenciante, com propriedade, analisa os elementos atinentes à sanção aplicada:

A segundo, quanto ao alegado excesso na aplicação, impende se ressaltar, desde logo, que não se pode admitir que a Administração, sob o suposto fundamento de observância ao princípio da legalidade, seja obrigada a sempre aplicar a penalidade de demissão a todas as condutas enquadradas no já transcrito art. 132 da Lei 8.112/90.

É dizer, não obstante a literalidade dos arts. 129,130 e 132 do diploma legal em tela possa aparentar que as penalidades ali previstas são absolutamente vinculadas às condutas a que remetem tais dispositivos, não se pode afastar que a pena deverá ser sempre individualizada, por força do princí-

pio constitucional da proporcionalidade e conforme a norma insculpida no art. 128 da referida, *in verbis*:

“Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes e atenuantes e os antecedentes funcionais.”

Verifica-se, pois, que sequer se necessita cogitar de aplicação analógica do art. 16 do Código Penal Brasileiro e do art. 239 da Lei Complementar nº 75/93. O dispositivo *supra* transcrito confere ao administrador a discricionariedade suficiente para cotejar as peculiaridades da conduta do servidor, no caso concreto, à sanção a ser aplicada. A adequação da pena – como corolário do princípio da proporcionalidade – impõe-se ser observada, sob pena de nulidade da penalidade cominada e, conseqüentemente, submissão desta ao controle judicial.

Cumpra-se acostar, nesse sentido, o magistério de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, em seu Manual de Direito Administrativo (17ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007), *in verbis*:

Deflui dessa circunstância que o sistema punitivo na Administração deverá atender a princípios específicos para regular a aplicação das sanções. Um deles é o princípio da adequação punitiva (ou da proporcionalidade), pelo qual se incumbe ao administrador certa margem de discricionariedade para compatibilizar a conduta e a sanção. Fora desse princípio, a punição é arbitrária e ilegal, e passível de invalidação pela Administração ou pelo Judiciário. (p. 644; destacou-se)

Tal entendimento é seguido sem qualquer controvérsia pela jurisprudência pátria, o que ora se ilustra com os seguintes excertos, todos oriundos do Superior Tribunal de Justiça:

“Ao Poder Judiciário não cabe discutir o mérito do julgamento administrativo em processo disciplinar, mas, por outro lado, compete-lhe a análise acerca da proporcionalidade da penalidade imposta, nos termos de fato entendimento jurisprudencial”. (RMS 19.774/SC, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08.11.2005, DJ 12.12.2005 p. 398; destacou-se).

“A punição administrativa há de se nortear, porém, segundo o princípio da proporcionalidade, não se ajustando à espécie a pena de demissão, ante a insignificância da conduta do agente, consideradas as peculiaridades verificadas”. (MS 10.827/DF, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14.12.2005, DJ06.02.2006 p. 195; destacou-se).

“Na aplicação de penalidade, deve a Administração observar o princípio da proporcionalidade em sentido amplo: exigência de adequação da medida restritiva ao fim ditado pela própria lei; necessidade da restrição para garantir a efetividade do direito e a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual se pondera a relação entre a carga de restrição e o resultado”. (Suzana de Toledo Barros). (MS 10.220 /DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27.06.2007, DJ 13.08.2007, p. 330; destacou-se).

Há de se analisar, portanto, se a pena de demissão desvela-se adequada aos fatos apurados no processo disciplinar.

In casu, não há como se afastar a gravidade do fato apurado e confessado pelo servidor: subtrair valioso equipamento (microscópio) de uma entidade pública (o IPCC) na qual participava de um curso de formação é conduta capitulada como improbidade administrativa, enquadrada no art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92 – afora se encontrar, em tese, tipificada como crime no Código Penal Brasileiro.

Ocorre que, por outro lado, constata-se que os danos para o serviço público foram de mínima monta – quiçá inexistentes –, vez que se encontra cabalmente demonstrado nos autos do processo disciplinar que o microscópio subtraído pelo autor foi utilizado por mais de 06 (seis) meses no Centro de Saúde de Russas, na análise de materiais com finalidade pública. E, enquanto nesta unidade de saúde somente havia outro microscópio, de qualidade inferior ao ilicitamente disponibilizado pelo então servidor, verifica-se, pelo depoimento de fl. 82, que, no Instituto de Prevenção do Câncer do Ceará, somente à disposição dos alunos havia, pelo menos, outros 09 (nove) microscópios.

Deste modo, se o bem subtraído continuou a ser utilizado no próprio serviço público – em princípio, em local no qual se fazia mais necessário – e foi posteriormente restituído à enti-

dade pública à qual pertencia, não se vislumbra maiores prejuízos à Administração.

Outrossim, deve ser considerada como atenuante a confissão do investigado, que não somente confessou o fato à comissão, mas também à Diretoria do IPCC, através de comunicação escrita, deduzindo formalmente pedido de desculpas.

Igualmente, quanto aos antecedentes funcionais, pode-se afirmar que o histórico funcional do demandante se desvelava excelente. Até a instauração do processo em comento, a única sanção a si aplicada fora uma advertência por ato de indisciplina, tendo-se apurado naquela ocasião que o servidor fora injustamente provocado pelo menosprezo de seu superior hierárquico ante a avaliação dos exercícios de sua função.

Com efeito, conforme as conclusões do relatório de fls. 178-181, o laboratorista apresentava produção acima da média sem a verificação de erros técnicos em seu trabalho. Por outro lado, tanto seus colegas como o chefe do Centro de Saúde de Russas foram unânimes em afirmar que o então servidor era esforçado no desempenho de suas funções e relacionava-se bem com seus convivas de trabalho – inclusive colaborando em funções que não as relativas a seu cargo.

Ademais, deve-se observar que a aplicação da advertência ora em comento foi publicada no Boletim de Serviços de 15 de novembro de 1995. Ou seja, o registro da penalidade já deveria ter sido cancelado quando da instauração do processo no ano de 2000, vez que já havia decorrido bem mais de 03 (três) anos de efetivo exercício, na forma do art. 131 da Lei nº 8.112/90. É dizer, para todos os fins de direito, a ficha funcional do autor deveria ser considerada absolutamente limpa.

Assim, consideradas todas as circunstâncias aludidas deste caso concreto, tais como o prejuízo não significativo à Administração, a atenuante da confissão e os excelentes antecedentes funcionais do então servidor, conclui-se que a subtração do microscópio do IPCC, embora de natureza reconhecidamente grave, afigurou-se um fato isolado na vida funcional do autor, não justificando a aplicação da pena máxima de demissão.

A maior demonstração do acima exposto é que, no julgamento do processo administrativo disciplinar, a penalidade

de demissão foi aplicada por se ter considerado a conduta do promovente como improbidade administrativa, por “valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública”. Afastou-se o enquadramento sugerido no relatório final no sentido de “retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição”, em face de tal infração não ensejar demissão, consoante expressamente exposto à fl. 154.

Todavia, diversamente do concluído no processo administrativo e com a devida vênia aos competentes profissionais que ali manifestaram seus posicionamentos, **não** restou comprovado no inquérito disciplinar que o servidor tenha se valido do cargo para lograr proveito pessoal.

De fato, o Relatório Final apresentado pela Comissão Processante concluiu que o servidor tinha o intuito de utilizar o equipamento subtraído em benefício próprio em decorrência do fato de aquele ter oferecido este à venda para profissionais da área de análises clínicas.

Sucedeu que tal fato foi reiteradamente negado pelo promovente, que alega ter oferecido à venda não o microscópio subtraído do IPCC (da marca OLYMPUS), mas sim diversos outros utensílios de laboratório, dentre os quais um microscópio da marca BAUSCH LOMB. Deste modo, como fato imprescindível à conclusão de que o servidor se apropriara do microscópio para lograr proveito próprio (negado pelo investigado), impunha-se, para a aplicação da pena de demissão, que a tentativa de venda do equipamento pertencente ao IPCC restasse cabalmente demonstrada no processo disciplinar – o que não ocorreu.

Efetivamente, tal fato somente poderia ter sido comprovado através dos depoimentos das Sras. Zimar de Oliveira Macedo, médica citopatologista, e Liduína Maria Pires, bioquímica, vez que o autor afirmou que as ofertas de venda suso mencionadas foram dirigidas e elas.

Tais oitivas, contudo, jamais foram levadas a efeito. Ao revés, a comissão responsável pelo processo realizou uma diligência na qual afirmou que, em contato com a Sra. Zimar de Oliveira Macedo, esta supostamente relatou que o acusado estivera em sua clínica e lhe ofereceu à venda, pelo preço de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), um microscópio da marca OLYMPUS, não tendo lhe oferecido qualquer aparelho da

marca BAUSCH LOMB; em contato com a Sra. Liduína Maria Pires, esta, por sua vez, supostamente relatou que o acusado lhe oferecera um microscópio novo e de boa qualidade, não se recordando da marca do referido equipamento.

Ocorre que os relatos supracitados não podem servir de prova em processo administrativo disciplinar, vez que desprovidos dos mais básicos elementos de segurança processual, quais sejam, a devida qualificação da testemunha, seu compromisso em falar a verdade e sua assinatura ao final de seu depoimento regularmente reduzido a termo. Não se tem conhecimento da mínima observância das disposições dos arts. 157 e 158 da Lei nº 8.112/90, os quais tratam do procedimento dos depoimentos testemunhais no inquérito disciplinar.

Pelo contrário, o denominado “termo de diligência” foi assinado apenas pelos membros da comissão, não se prestando a fazer prova de fato tão relevante à instrução e à conclusão do processo.

Não se pode deixar de mencionar, ademais, que, ainda que se considerasse o fato à baila como provado, o relatório da comissão apresentar-se-ia, como um todo, desproporcional aos fatos apurados no processo -senão, vejamos o trecho da referida peça em que se chegou a ofender grave e injustificadamente o indiciado, *in litteris*:

“É lamentável e vergonhoso de depararmos com um servidor público da estipe e do indiciado, qualificado como laboratorista, com mais de 13 (treze) anos de vida pública, vem denegrir a imagem da instituição FUNASA, com ato irresponsável⁴ valendo-se do cargo para lograr proveito pessoal em detrimento da dignidade da função pública, furtando um aparelho microscópio das dependências do Instituto de Prevenção do Câncer do Ceará - IPCC, ferindo acintosamente os incisos 11 e IX do art. 117 da Lei nº 8.112/90”. (fls. 125; destaques em negrito no original; grifou-se).

Assim, não havendo comprovação de que o demandante utilizou-se de seu cargo para lograr proveito próprio, bem como que o relatório foi elaborado dissociado da realidade apurada no processo, desvela-se desproporcional, portanto, a pena de demissão aplicada.

Em caso análogo, assim decidiu o Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

Processo AC 200103990398707

AC - APELAÇÃO CÍVEL - 722708

Relator(a) JUIZA VESNA KOLMAR

Sigla do órgão: TRF3

Órgão julgador: PRIMEIRA TURMA

Fonte: DJF3 CJ1 DATA:19/06/2009 PÁGINA: 7

Decisão: Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Ementa:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO (VETERINÁRIO). REINTEGRAÇÃO AO CARGO. NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE DA PENA DE DEMISSÃO IMPOSTA. ANULAÇÃO DO ATO DE DEMISSÃO.

1. O processo administrativo disciplinar desenvolve-se em três fases: instauração, inquérito administrativo e julgamento. A fase do inquérito compreende a instrução, a defesa e o relatório, na qual a Comissão realiza a colheita de depoimentos, acareações, investigações e diligências, assegurado ao acusado ampla defesa.

2. Os documentos juntados aos autos comprovam que no procedimento instaurado foi garantido ao servidor o contraditório e a ampla defesa, não havendo a nulidade alegada.

3. As provas produzidas não são suficientes para revelar o recebimento de vantagem econômica indevida pelo recorrente, e em razão disso não cabe a imposição da pena de demissão. Desproporcionalidade entre os fatos ocorridos e a pena imputada ao funcionário.

4. Ato de demissão anulado e determinada a reintegração do autor ao cargo, com ressarcimento de todas as vantagens (artigo 28 da Lei nº 8.112/90).

5. As parcelas deverão ser acrescidas de correção monetária pelos índices estabelecidos pelo Conselho da Justiça Federal e previstos no Manual de Normas para Cálculos na Justiça Federal da Terceira Região, desde a data que se tornaram devidas, e juros de mora de 0,5% ao mês, contados da data da citação (art. 1º - F da Lei nº 9.494/97, Medida Provisória nº 2.180-35, de 24/08/2001).

6. Honorários advocatícios a cargo da União Federal, fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), nos termos do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, face à improcedência do pedido.

7. Apelação provida

Data da Decisão: 02/06/2009

Data da Publicação: 19/06/2009

Referência Legislativa: CPC-73 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 LEG-FED LEI-5869 ANO-1973 ART-20 PAR-4 LEG-FED MPR-2180 ANO-2001 RJU-90 REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DA UNIÃO LEG-FED LEI-8112 ANO-1990 ART-28 LEG-FED LEI-9494 ANO-1997 ART-1F

O fato restou comprovado, inclusive confessado pelo próprio servidor. Não há como lhe isentar da culpa, devendo-se, na hipótese, atentar à dosimetria da pena, neste sentido é que o art. 128 da Lei 8.112/90 prevê:

Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

Entendendo perfeitamente plausível os argumentos expostos pela MM. Juíza *a quo*, quanto à exorbitância da pena de demissão, cumpra-me tão-somente adequá-la de modo a impor ao servidor a penalidade de suspensão pelo prazo de 90 (noventa dias), nos termos do art. 127, II, c/c art. 130 da Lei 8.112/90. No caso concreto, todavia, tendo sido o servidor demitido desde 2002, é inviável o seu afastamento do cargo. Determino, pois, que o servidor não perceba os três meses de remuneração referentes ao período de afastamento acima mencionado, os quais devem ser descontados das parcelas retroativas a serem recebidas em face de sua reintegração.

Registro, ainda, ser a hipótese de remessa obrigatória, já que o caso não se enquadra na hipótese do art. 475, § 3º, do Código de Processo Civil.

Diante dessas considerações, dou parcial provimento à apelação da FUNASA e à remessa oficial, tida por interposta, para con-

validar o processo administrativo disciplinar, expurgando, todavia, daquele *decisum*, a condenação de demissão, reconhecendo o direito do autor à reintegração no cargo de origem, ressalvada a aplicação da penalidade de suspensão, nos termos acima delimitados.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 464.397-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Apelante: SOCIEDADE EUNICE WEAVER DO RIO GRANDE DO NORTE
Apelado: CASSIANO OSWALDO ARANHA LAMARTINE
Advs./Procs.: DR. JOSÉ ROBERTO CARVALHO DE SOUSA (APTE.) E DIÓGENES DA CUNHA LIMA NETO (APDO.)

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. INCOMPETÊNCIA: REJEIÇÃO. SÚMULA Nº 13 DO EXTINTO TFR. ART. 1.238 DO CÓDIGO CIVIL. POSSE PROLONGADA (ELEMENTO FÁTICO). NÃO DISCUSSÃO. ANIMUS DOMINI (ELEMENTO SUBJETIVO, INTENCIONAL). CONTROVÉRSIA. DOAÇÃO OU COMODATO COM ENCARGO. NÃO COMPROVAÇÃO. POSSE EXERCIDA COMO SE PROPRIETÁRIA FOSSE, NO ENTENDIMENTO DE QUE ERA DONATÁRIA. COMPROVAÇÃO POR PROVA TESTEMUNHAL E PROVA DOCUMENTAL INCONTROVERSA. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DE LEI. RECONHECIMENTO DA PROPRIEDADE.

- Incompetência da Justiça Federal, à alegação de renúncia de direito sobre parte da gleba objeto da usucapião sediada em terreno de marinha que, no entanto, apesar de reduzida, confina com

essa área. Rejeição da preliminar. Súmula nº 13 do extinto TFR.

- Art. 1.238 do Código Civil: Posse prolongada (elemento fático). Aceitação. Animus domini (elemento subjetivo, intencional). Controvérsia. Doação ou comodato com encargo. Alegações sobre a causa da posse. Não demonstração.

- Posse exercida pela Sociedade autora como se proprietária fosse, ainda que sob a alegação – não comprovada – de ser donatária da gleba, por período superior ao exigido em lei. Comprovação por farta prova testemunhal e por prova documental incontroversa.

- Atendimento dos requisitos do art. 1.238 do Código Civil. Reconhecimento da propriedade.

- Apelação provida para julgar procedente a usucapião extraordinária.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, vencido o Dr. Paulo Gadelha, dar provimento à apelação nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 18 de agosto de 2009 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Inconformada com a douta sentença de fls. 264-277 que lhe julgou improcedente o pedido de reconhecimento da usucapião extraordinário do imóvel descrito na inicial, situado na Praia de “Cotovelo”, atualmente no município de Parnamirim/RN, a Sociedade Eunice Weaver do Rio Grande do Norte, já qualificada nos autos, interpôs a presente apelação.

Inicialmente, levantou a preliminar de incompetência do juízo – mais precisamente o da 1ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte – por entender que, como a gleba usucapienda englobava terreno de marinha e tendo havido expressa renúncia de qualquer direito sobre ela, teria desaparecido o interesse da União Federal que autorizasse o processamento e julgamento do feito perante a Justiça Federal.

No mérito, após proceder ao que denominou de síntese fática da causa, na verdade um esforçado resumo do que lhe pareceu pontos relevantes, insurgiu-se contra a sentença que, no seu entendimento, não havia atentado de que a ação versava sobre uma “... ação de usucapião, na qual se visa o reconhecimento do domínio/propriedade em razão do exercício da posse *ad usucapionem*, não ação de obrigação de fazer, cujo fundamento tem como objetivo obrigar alguém fazer ou entregar algo” (cf. fl. 290).

Após mencionar doutrina e transcrever precedentes jurisprudenciais que lhe pareceram favoráveis requereu que se conhecesse do apelo e se desse provimento à apelação para declarar a nulidade da sentença, reformando-se e, ao mesmo tempo, pleiteou que se reformasse o julgado, para dar-se provimento ao pedido, reconhecendo-se, afinal, o domínio/propriedade sobre a área vindicada.

Ouvido o apelado, apresentou as contra-razões de fls. 302-311, em que insistiu na competência desta Justiça Federal, considerando-a como prova da má-fé da autora, pelo que se deveria rejeitar a pretendida nulidade da sentença. No mérito, esforçou-se por defender a manutenção da sentença ante a inexistência de prova mansa e pacífica que justificasse a usucapião.

O douto representante do Ministério Público Federal com assento neste Tribunal, porque ouvido, manifestou-se às fls. 318/323, pela improcedência da ação, sob a alegação de que não se havia demonstrado a existência da posse *ad usucapionem*, tendo em vista que “o comodatário tem a posse precária do bem, não autorizando a aquisição da propriedade por usucapião”, como se lê na ementa de fl. 318.

Era o que havia a relatar.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Rejeito, inicialmente, a preliminar levantada pela apelante de incompetência da Justiça Federal, por haver a autora renunciado a qualquer direito sobre o terreno de marinha. Sucede que a gleba que pretende usucapir, ainda que não integre, confina com terreno de marinha e isto é o bastante para justificar o interesse da União e, por via de consequência, a competência desta Justiça Federal.

É firme o entendimento jurisprudencial a respeito, como se colhe da súmula nº 13 do extinto TFR, ainda aplicável à Justiça Federal:

A Justiça Federal é competente para o processo e julgamento da ação de usucapião, desde que o bem usucapiendo confronte com imóvel da União, autarquias ou empresas públicas federais.

Em respeito ao mérito, observo que a douta sentença, apesar de alentada, cuidadosa e minudente – assentada em catorze folhas: de fls. 264 a 277 – estribou-se, com todo o respeito – no equívoco de não buscar interpretar diretamente os fatos alegados, mas, pelo contrário, por preferir partir de uma interpretação que a eles se deu por uma das partes, mais precisamente pela parte ré, para, somente depois, adotando como pressupostos que a discussão girava em torno da existência ou não de uma doação ou de um comodato, com encargos, voltar-se para os fatos, para decidir a respeito. Nesse particular, convenço-me de que o Magistrado não deve se olvidar que se trata de uma ação de usucapião em que se pede o reconhecimento da posse *ad usucapionem*, com os demais requisitos exigidos em lei, para que se declare a aquisição da propriedade.

Como é cediço, a posse, em nosso direito, reclama dois tipos de tutela: a da posse em si mesma – *jus possessionis* – e a posse que resulta da propriedade, correspondente ao direito de possuir – *jus possidendi*. Para a tutela do *jus possessionis*, há as ações possessórias e a ação de usucapião. Esta ação se funda na existência de uma posse qualificada, ou seja, numa posse prolongada

no tempo que se exige ser acrescida do atendimento a certos requisitos exigidos por lei, para que se possa reconhecer a propriedade. Note-se bem: reconhecer e não constituir a propriedade.

Daí porque, escrevendo a respeito, Adroaldo Furtado Fabrício refere o conceito de GANS, para quem esse tipo de posse, e somente este – posse *ad usucapionem* – “É uma propriedade que começa (grifo do original), sem se haver ainda consumado”¹.

Além disso – como é do conhecimento geral – a posse se apresenta como um fato, correspondente a um suporte fático, ou, mais precisamente, como meio suporte fático porque reclama, para que a norma possa incidir sobre ela, a posse e mais alguma coisa, ou seja, os requisitos que a lei exige para que se dê a proteção da posse. Como bem explicado na magistral lição de Kohler, transcrita por Humberto Theodoro Júnior:

Ao lado da ordem jurídica, existe a ordem da paz, que, por muitos anos, tem-se confundido, não obstante o direito ser movimento e a paz tranqüilidade. A essa ordem da paz pertence a posse, instituto social, que não se regula pelos princípios do direito individualista. A posse não é instituto individual, é social; não é instituto de ordem jurídica e sim da ordem da paz. Mas a ordem jurídica protege a ordem da paz, dando ação conterà a turbação e a privação da posse².

No que respeita mais precisamente à usucapião – matéria discutida nestes autos – tem-se que, no magistério de Orlando Gomes, ela “... é um *modo de aquisição da propriedade* (grifo do original), por via do qual o possuidor se torna proprietário”. Para isso, a posse exercida – denominada posse *ad usucapionem* – tem de preencher certos requisitos entre os quais despontam – para o que interesse ao caso sob exame – a posse por determinado lap-

¹ - Cf. “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. VIII, Tomo III - arts. 890 a 945 - Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1980, p. 640.

² - O Humberto Theodoro Júnior faz remissão á obra de Kohler, como tendo como fonte CLÓVIS, ob. cit., p. 28. Cf. “Posse e propriedade - Jurisprudência”, Edição universitária de Direito - EUD - São Paulo, 1985, p. 05, com nota de remissão à p. 34.

so temporal (elemento fático) – que deve ser exercida com *animus domini* (elemento subjetivo, intencional)³. Maria Helena Diniz esclarece que o *animus domini* (intenção de dono) “... é um requisito psíquico, que se integra à posse, para afastar a possibilidade de usucapião dos fâmulos da posse (RT, 539:205, 537:196, 567:214, 555:256)”⁴.

Identifico, nos autos, uma discussão em que a autora – Sociedade Eunice Weaver do Rio Grande do Norte – afirma ser possuidora de uma gleba de terra, que obteve de uma presuntiva doação, por considerável lapso de tempo, enquanto que o réu, não alega exercer nenhuma posse sobre ela, mas tão-somente uma presuntiva propriedade, reconhecendo, porém, que havia a posse da entidade autora, mas que – em seu juízo – não se apresenta com a característica de *animus dominus*, porque resultante de um comodato que, como se sabe, vem a ser o contrato consistente na “... cessão gratuita de uma coisa para seu uso com estipulação de que será devolvida em sua individualidade, após algum tempo”⁵.

Parece-me, pois, que a discussão reside, tão-somente, a respeito da natureza da posse alegada pela autora. Enquanto esta a reputa mansa e pacífica, com *animus domini*, por mais de 56 (cinquenta e seis) anos (cf. fl. 02), originária de uma doação, em que não há documento a respeito, o réu, presuntivo proprietário – porque herdeiro – não nega a posse prolongada, mas repele a característica de *animus domini*.

Limita-se, pois, a repelir o elemento subjetivo da posse, por alegar que a autora não exerceu a posse – ou seja, implicitamente reconhece o elemento fático – com intenção de ter a coisa para si – como se proprietária fosse – em face da existência de um comodato, com o que se limita a negar o elemento subjetivo, intencional.

³ - Cf. “Direitos Reais, Ed. Forense, Rio-São Paulo, 1973, 4ª ed., p. 154-157.

⁴ - Cf. “Curso de Direito Civil Brasileiro”, 4º vol. Direitos Reais, Ed. Saraiva, São Paulo, 1991, 7ª ed. aumentada e atualizada, p. 125.

⁵ - Como se lê em Orlando Gomes, “Contratos”, Ed. forense, Rio de Janeiro, sem data, p. 311, nº 240.

Ocorre, porém, que nem a doação nem o comodato se encontram demonstrados nos autos. Concluo, portanto que o debate não pode ser sobre se há uma doação ou há um comodato porque ambas as figuras se apresentam como contratos e não há, nos autos, nenhuma prova da existência de qualquer um deles.

Para mim, a questão é identificar se a posse existente da autora e jamais negada por ninguém, foi ou não exercida com a intenção de a autora tê-la para si, como se proprietária fosse, requisito indispensável para que se consuma a propriedade em formação. E, nesse ponto – que tenho como fundamental – a prova é propícia à autora.

A prova testemunhal lhe é favorável. Colhe-se do depoimento das testemunhas que a Sociedade Eunice Weaver do Rio Grande do Norte, representada por seu presidente, à época – Dr. Varela Santiago:

QUE OSWALDO LAMARTINE e SILVINO LAMARTINE doaram a área usucapienda à Sociedade de Assistência e Lázaros e Defesa Contra a Lepra do RN, para instalação de uma colônia de férias para os filhos sadios dos hanseianos; QUE tomou conhecimento desse fato por intermédio da esposa do Dr. VALÉRIO SANTIAGO, MARIA DE LOURDES VARELA SANTIAGO, também irmã dos doadores; QUE Dr. VARELA SANTIAGO construiu na área usucapienda duas casas que tinham a finalidade de sediar a colônia de férias; QUE a doação ocorreu entre os anos de 1948 e 1950.

(Cf. Depoimento de MARIA DA CONCEIÇÃO NEGREIROS FALCÃO BEZERRA, fl. 193)

QUE a área usucapienda foi doada por OSWALDO LAMARTINE e SILVINO LAMARTINE para a Sociedade de Assistência aos Lázaros; QUE OSWALDO LAMARTINE e SILVINO LAMARTINE tinham a intenção de doar a área para a Sociedade de Assistência aos Lázaros (Grifos nossos); QUE não tem conhecimento da existência de registro em cartório imobiliário da doação feita por OSWALDO LAMARTINE e SILVINO LAMARTINE; QUE OSWALDO LAMARTINE e SILVINO LAMARTINE não tinham a intenção de recuperar a área usucapienda que fora doada à Sociedade de Assistência aos Lázaros (voltei a grifar).

(Cf. Depoimento de Otávio Lamartine e Varia, Cf. fl. 197).

... recebeu a propriedade em doação, com a finalidade de instalar uma colônia de férias para os alunos do Educandário Oswaldo Cruz, filhos dos leprosos; QUE essa colônia de férias foi efetivamente implantada pela Sociedade de Assistência aos Lázaros.

(Cf. depoimento de Manoel de Medeiros Brito, à fl. 200).

QUE tomou conhecimento a respeito da área usucapienda por intermédio de uma conversa que manteve com seu pai, quando estavam caminhando na praia, tendo ele informado que aquela propriedade pertencia a OSWALDINHO (OSWALDO LAMARTINE) e *que ele teria cedido com a finalidade de construção de uma colônia de férias para os filhos dos leprosos; QUE teria sido uma doação inter vivos realizada por OSWALDO LAMARTINE e SILVINO LAMARTINE para o instituto que cuidava dos filhos dos leprosos* (o original não está grifado).

(Cf. Depoimento de Ana Maria Cascudo Barreto, fl. 202).

QUE tem conhecimento de que OSWALDO LAMARTINE *pretendia doar a área usucapienda* (o original não está grifado) para uma sociedade dedicada aos filhos dos leprosos, desde que atingisse a finalidade específica de instituir uma colônia de férias; QUE em conversa mantida com a testemunha, demonstrou a sua insatisfação quanto ao fato de que a sociedade não tinha cumprido com aquela finalidade almejada; *QUE, embora insatisfeito, manifestou apenas que o seu desejo havia fracassado, porém nunca revelou que pretendia recuperar a área usucapienda* (voltei a dar ressaltos).

(Cf. depoimento de VICENTE SEREJO GOMES, fl. 204).

Observe-se que, segundo esses depoimentos, faz-se prova de que a ocupação e, pois, a posse da autora, por considerável lapso de tempo, resultou de um ato de doação, ainda que verbal. Importante observar que não tem nenhum relevo investigar se houve ou não uma efetiva doação, porque esta somente ocorreria se tivesse sido realizada através do registro próprio. A investigação que se faz é a de apurar-se a que título a Sociedade exercia a posse da gleba – que resulta incontroversa – que se pretende usucapir.

E me parece fora de dúvida que essa posse que, segundo uma das testemunhas, mais precisamente Maria da Conceição Negreiros Falcão Bezerra, remonta aos anos de 1948 e 1950 (Cf.

fl. 193) era exercida com *animus domini*, ou seja, como se proprietária fosse, precisamente na condição, ainda que não demonstrada, de donatária da gleba que se busca usucapir.

Convenço-me, também, que faz prova de que a autora exercia a posse do imóvel com intenção de dono, de proprietário, porque se julgava donatária da referida gleba, as referências registradas em ata da mesma sociedade em que se registram trechos alusivos à cobrança dos aluguéis da referida área ao clube de futebol local denominado América F. C., como se lê às fls. 143, 143v, 144 e 145, as atas de reuniões da referida entidade, bem como do anúncio publicado no jornal “Diário de Natal, edição de 4.08.89, que torna público o aluguel da área como “única forma de conseguir dinheiro para necessidades dos indigentes” (Cf. fl. 148).

Há, ainda, cópia do contrato de locação comercial, celebrado entre a Sociedade autora, que se apresenta como locadora tendo por objeto o referido imóvel, apresentado como integrante da propriedade da entidade locadora (como se vê à fl. 151), documentos incontroversos, tendo em vista que não houve nenhuma impugnação a respeito.

Penso, pois, que se encontra devidamente demonstrada a posse, *cum animus domini*, da autora de mais – muito mais de quinze anos – como o exige a lei, mais precisamente o art. 1.238 do Código Civil, sendo certo que, na espécie, se trata de usucapião extraordinária, em que se dispensa o justo título e a boa fé, até porque, em lugar nenhum dos autos existe prova suficiente de que não houve a posse, ela sequer foi refutada, senão que meras alegações de que essa posse não teria sido com a intenção de possuí-la como proprietária, para o que se alegou, tão-somente, que essa posse teria sido a título de comodato.

Comodato que – insista-se – não restou provado, pois não há nenhum documento a esse respeito e nenhuma prova produzida sequer faz alusão a esse contrato. Mera alegação.

Observe-se, além disso, que a Procuradoria Regional da República no Rio Grande do Norte emitiu o parecer nº 386/2008 que, no meu modo de ver e com as escusas devidas ao douto sentenciante e à douta Representação da mesma Procuradoria neste Tribunal, apreciou, com moderação e justiça, a questão:

No mais, ao que entende este órgão, não restam dúvidas quanto à perfectibilização das condições exigidas para a caracterização do direito invocado, uma vez que se teve comprovada a posse ininterrupta, por um lapso temporal superior a vinte anos, bem como a forma pacífica, com *animus domini*, ocorridas com a detenção do imóvel.

A propósito, não me impressiona o fato da (*sic*) parte demandada alegar precariedade na posse exercida pelo autor, com base numa suposta celebração, entre ambos, de um contrato de comodato gratuito, através do qual o demandante estaria sujeito ao cumprimento de um encargo que, segundo o requerido, não teria satisfeito, apesar de essencial para a aquisição da pretendida propriedade. Com efeito, não vejo como debruçar-me sobre essa questão, quando, ao que colho dos autos, deles não consta qualquer prova da existência do referido pacto. Nem mesmo os depoimentos testemunhais acostados às fls. 193/209, realço, foram capazes de oferecer seguro indicativo da controvérsia esboçada.

Ademais, ainda que realmente existisse o referido acordo e o subsequente descumprimento tenha ocorrido, não vejo como prevalecer a tese desconstitutiva da pretensão do autor. É que soa estranho o fato do (*sic*) o demandado ter permanecido silente ao longo de mais de cinquenta anos, sem adotar qualquer medida visando um desapossamento, com base no inadimplemento agora suscitado. O fato é que incorreu, no entendimento deste órgão, qualquer oposição em relação à posse exercida pelo autor. E agora, segundo entendo, “Inez é morta”, até porque, há mais de dois mil anos, os romanos já ensinavam *dormientibus non succurit jus* (Grifo do original). (Cf. Parecer da Procuradoria da República no Estado do Rio Grande do Norte, pp. 160-261)

Por tudo o criteriosamente exposto, rejeito a preliminar de nulidade da sentença e, no mérito, julgo procedente a usucapião extraordinária, para declarar a propriedade da autora sobre a área descrita à fl. 03, representada pelo levantamento topográfico de fl. 28, correspondente ao memorial nº 03, identificado como ÁREA ALODIAL (USUCAPIENDA), transcrito à fl. 68, com exclusão da área relativa ao terreno de marinha ali assinalado, descrito no memorial nº 02, identificado como Área da União (Terreno de Marinha), à fl. 67.

Custas processuais cuja perda havia sido determinada na sentença ora reformada, em devolução à autora e honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa, no montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), pelo réu.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 469.817-PB

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelante: ARTUR RAMALHO TINOCO
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Advs./Procs.: DR. FRANK ROBERTO SANTANA LINS (APTE.) E FRANCISCO DAS CHAGAS NUNES E OUTROS (APDA.)

EMENTA: CIVIL. COMERCIAL. AVAL. NOTA PROMISSÓRIA. PARTE DO DÉBITO LEVANTADA NA CONCORDATA DO AVALIZADO. ILIQUIDEZ DO TÍTULO EXECUTIVO. NULIDADE. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. ARTIGO 618, INCISO I, DO CPC COM REDAÇÃO DA LEI Nº 11.382/06.

- Existe óbice ao prosseguimento da execução com relação ao avalista no tocante ao valor dito remanescente do débito, quando apontado como decorrente do saldo existente após o abate do montante do depósito efetivado e levantado pela credora, adicionado do cômputo dos acréscimos legais e contratuais, dado que não foi indicado o exato valor do aludido remanescente devido, restando ilíquido o título executivo.

- A existência do pagamento integral do valor principal da dívida pela credora, acrescido de doze por cento ao ano, quando a correção monetária foi excluída dos cálculos exequêndos por determinação judicial, bem como, a dupla intervenção da Contadoria do Juízo na tentativa de

estabelecimento de um valor a ser cobrado do avalista, configuram a ausência de delimitação precisa do objeto da obrigação constante do título executivo.

- A execução não é meio hábil para satisfação de crédito ilíquido e eivado de dúvida quanto a sua própria subsistência.

- Apelação provida, para declarar nula a execução, extinguindo-se o processo, com base no artigo 618, I, do CPC.

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 dar provimento à apelação, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 25 de agosto de 2009 (data de julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
- Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Artur Ramalho Tinoco opôs Embargos à Execução que contra si move a CEF, pugnando pela declaração da anulação da execução pelo fato superveniente do pagamento integral, e a consequente inexigibilidade do título executivo. Argumenta o embargante que o débito decorrente do Contrato de Crédito Especial – Pessoa Jurídica, do qual foi avalista, não mais subsiste frente à decisão judicial que declarou extintas as responsabilidades da empresa credora/avalizada, em face de restar cumprida concordata preventiva. Defende a natureza acessória do contrato civil de aval para, diante da declaração da extinção da obrigação da devedora principal (empresa concordatária) restar extinta também a sua obrigação.

Ao final, o MM. Juiz *a quo* julgou improcedente o pedido, determinando o prosseguimento da execução no valor de R\$ 203.169,16 (duzentos e três mil, cento e sessenta e nove reais e dezesseis centavos), valor esse apurado pela Contadoria do Juízo, no entendimento de que não existe óbice ao prosseguimento da execução com relação aos avalistas no tocante ao valor remanescente do débito que não foi objeto da referida concordata, onde não foram computados os acréscimos legais e contratuais.

Inconformado, apela o embargante, com as razões de fls. 121/136, argumentando, em síntese, que a nota promissória que instruiu a inicial da execução acha-se vinculada ao contrato de abertura de crédito especial em conta corrente para o correntista pessoa jurídica, não gozando de autonomia em razão da iliquidez do título que a originou, onde, uma vez quitado o seu valor no processo de concordata, a apuração de eventual saldo deve ser remetida para as vias ordinárias.

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

É o relatório.

Inclua-se o feito em pauta para julgamento.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Inicialmente, sobre a questão atinente à prescrição, saliento que, em relação ao cumprimento de obrigação estabelecida em Nota promissória, de fato aplica-se a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias (Decreto nº 57.663/66), que, em seu artigo 70, prevê o prazo de 3 (três) anos para a prescrição de todas as ações relativas à Letra, a contar de seu vencimento, entretanto, no caso dos autos, temos uma relação que envolve um débito decorrente do Contrato de Crédito Especial, onde a prescrição rege-se pelo disposto no Código Civil.

Inobstante isso, temos que a obrigação do avalista é autônoma em relação à do avalizado. Desse modo, com base na individualização das obrigações assumidas, é de se ponderar que a

Caixa Econômica Federal não se manteve inerte, eis que a execução impugnada através dos presentes embargos do devedor foi proposta em 21/7/89, tendo sido arquivada em 4/8/97, e reativada em 29/11/01, de acordo com a informação extraída do Sistema de Acompanhamento Processual da Seção Judiciária da Paraíba. Não ocorreu a prescrição.

No mesmo sentido, cito a seguinte Jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. CESSÃO DE DIREITOS. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO ROTATIVO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO AVALISTA.

1. A sucessão processual, em se tratando de processo de conhecimento, depende da anuência da parte contrária, conforme preconiza o § 1º do art. 42 do CPC. A hipótese dos autos, contudo, trata de execução, havendo regramento próprio que trata da sucessão, insculpido no inciso II do art. 567 do CPC, *in verbis*: “Art. 567. Podem também promover a execução, ou nela prosseguir: (...) II - o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe foi transferido por ato entre vivos.”

2. O aval visa a garantir o direito do credor. No momento em que apõe o aval, o avalista torna-se devedor solidário, respondendo nos mesmos moldes que o devedor principal.

3. Se a execução não se fundamenta tão-somente na nota promissória emitida pelo avalista, mas também no próprio contrato de financiamento, não se há falar em expiração do prazo prescricional de três anos, fixado pelo Decreto nº 57.663/66. Aplicável, na hipótese, o prazo prescricional ordinariamente previsto no art. 177 do Código Civil. Inocorrência da prescrição, na espécie.

4. Mantida integralmente a sentença.

(TRF 4ª REGIÃO, AC Processo: 200371090036997 RS, D.E. 30/04/2008, Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz)

Quanto à questão central, de início, destaco que nos termos da Lei nº 11.101/05 que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, em seu artigo 49, assim expõe:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

§ 2º As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial.

Já o artigo 192 da referida Lei expõe que o mesmo não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, como no caso dos autos, onde a concordata da empresa executada (coobrigada) foi requerida em maio de 1987, figurando entre os credores a CEF (doc. fls. 21 e 25/28), com sentença datada de 1988, a qual se rege pelos termos do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, que, por sua vez, em seu artigo 148, assim preceitua:

Art. 148. A concordata não produz novação, não desonera os coobrigados com o devedor, nem os fiadores deste e os responsáveis por via de regresso.

Impõe-se destacar que o embargante/apelante figura como avalista e igualmente consta no Contrato de Crédito Especial – Pessoa Jurídica, como coobrigado (fls. 43/44).

Por oportuno, mister também se faz salientar que a CEF, nos autos da Concordata Preventiva recebeu crédito conforme doc. de fls. 33/34, correspondente ao principal acrescido de juros à razão de 12% ao ano, levantando a importância depositada, mediante alvará, em fevereiro de 1990 (doc. fl. 35).

De fato, as Súmulas 233 (o contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta corrente, não é título executivo) e 258 (a nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito não goza de autonomia em razão da iliquidez do título que a originou) do egrégio STJ reconhecem a liquidez necessária da nota promissória quando ligada a contrato de abertura de crédito com valor certo, como no caso dos autos, onde os juros/demais encargos podem ser apurados por mera operação aritmética que não lhe retirou a liquidez.

Nesse diapasão, ao efetuar os cálculos, a Contadoria do Juízo considerou toda a evolução do débito, levando em consideração as informações anteriormente expostas, conforme se verifica da informação prestada à fl. 88, de onde transcrevemos o trecho a seguir:

A cláusula terceira do contrato (fl. 08) determina que, em caso de impontualidade, a financiada fica sujeita ao pagamento de comissão de permanência, taxas efetivas de juros e IOF.

A taxa de juros contratada foi 14,8646% ao ano. O valor do IOF por dia de atraso é 0,0041 e a comissão de permanência é de 0,011875 ao dia.

Desta forma, elaboramos os cálculos abaixo levando em conta o valor da nota promissória (fl. 07 da ação de execução) e evoluímos até a data do depósito da primeira parcela da concordata preventiva (16/5/88), utilizando os critérios contratados. A partir daí, evoluímos até a data da autorização do levantamento de parcelas pagas (14/2/90), apenas com correção monetária e juros de 12% ao ano, deduzindo o valor depositado. Atualizamos então, para a presente data, encontrando o valor abaixo detalhado.

No caso, a data da elaboração da conta foi 30/1/06, e o montante encontrado foi R\$ 290.376,09 (duzentos e noventa mil, trezentos e setenta e seis reais e nove centavos). Posteriormente, o MM. Juiz *a quo* verificando a incidência incorreta dos juros e da taxa referente ao IOF, por ausência de previsão contratual, bem como o incabimento da multa cumulativamente com a comissão de permanência, determinou o refazimento da conta, unicamente com incidência da comissão de permanência, mantendo-se o período posterior ao depósito da parcela da concordata, o que resultou no montante de R\$ 203.169,16 (duzentos e três mil, cento e sessenta e nove reais e dezesseis centavos), vide informação de fl. 95.

De acordo com o entendimento desta egrégia Quarta Turma, a aplicação da Comissão de Permanência acrescida de taxa de juros efetivo é um procedimento indevido, configurando verdadeiro *bis in idem*, pois a Comissão de Permanência já contém em seu bojo juros e correção monetária, sendo excessiva a cobrança de quaisquer outros valores em decorrência da inadimplência.

Neste sentido, destaco as seguintes decisões:

DIREITO CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AVALISTAS. CONTRATO DE DESCONTO DE DUPLICATAS. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. REQUISITOS FORMAIS. ENCARGOS MORATÓRIOS. COBRANÇA CUMULADA DE COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. MAIS TAXA DE RENTABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS MORATÓRIOS. POSSIBILIDADE. PENA CONVENCIONAL. INCIDÊNCIA SOBRE TOTAL DO DÉBITO. POSSIBILIDADE. SUCUMBÊNCIA. LEI Nº 4.595, DE 31.12.64. DECRETO 22.626, DE 07.04.33.

1. O contrato de abertura de crédito com garantia real e fidejussória denominado “desconto de duplicatas” é título executivo extrajudicial e não se confunde com o contrato de abertura de crédito rotativo, vez que neste o valor da dívida depende de apuração através de escritos contábeis e naquele o principal é incontroverso.

2. O contrato de desconto de duplicatas é líquido e certo pelo valor dos títulos descontados perante o banco porquanto não depende de nenhuma outra avença para perfectibilizar o negócio.

3. Dão-se por atendidos os requisitos formais exigíveis no processo de execução quando o credor apresenta o título vencido acompanhado de demonstrativo pormenorizado da dívida até a data do ajuizamento da ação.

4. A garantia fidejussória prestada em nota promissória e também em contrato de abertura de crédito com força executiva a ela vinculado é aval e não fiança, dispondo, portanto, da autonomia típica desta espécie de garantia.

5. Em prevendo o título assinado pelos avalistas sua automática prorrogação, permanece válida a garantia enquanto não denunciada pelos garantidores.

6. Os bancos não são imunes ao Código de Defesa do Consumidor - CDC, vez que o artigo 3º da Lei 8.070/90 considera fornecedor inclusive as pessoas jurídicas que prestam serviços, incluindo neste conceito qualquer atividade de consumo mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária.

7. A consequência da aplicação do CDC aos contratos bancários se traduz na possibilidade de revisar cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais e na facili-

tação da defesa de direitos do consumidor, inclusive com inversão do ônus da prova quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente (art. 6º do CDC), o que não desonera o mutuário de, quando em juízo, fazer defesa específica quanto à matéria de direito e em relação às cláusulas que entende que devem ser revisadas.

8. Pela mora os bancos podem optar pela cobrança de “comissão de permanência” à taxa de mercado ou manter os encargos originalmente pactuados; mais juros de mora. Não é permitida a cobrança de quaisquer outras quantias compensatórias pelo atraso. Resolução 1129/86, do BACEN.

9. A vedação à cobrança de juros sobre juros prevista na Lei da Usura se refere apenas aos juros remuneratórios. Não há vedação legal à capitalização dos juros moratórios se assim foi pactuado.

10. A multa moratória, ou pena convencional, pode incidir sobre o total do débito vencido, inclusive sobre juros de mora, se assim for convencionado, inexistindo *bis in idem* porque têm finalidades diversas.

11. Não há que se falar em sucumbência recíproca em relação à parte que foi totalmente vencedora da lide.

12. Subsiste, mesmo diante das normas previstas no Estatuto da OAB, a compensação de honorários no caso de sucumbência recíproca, vez que o artigo 21 do CPC não foi revogado. Sucumbência recíproca em relação às demais partes.

13. Apelação dos embargantes parcialmente provida. Apelação da embargada e apelação adesiva providas. (TRF 4ª Região, AC Processo: 200004011100047 SC, DJ 06/03/2002, relator Sérgio Renato Tejada Garcia)

EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO BANCÁRIO. LIQUIDEZ DO TÍTULO EXECUTIVO. DEMONSTRATIVO DETALHADO DO DÉBITO. APLICAÇÃO DO CDC. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. TABELA PRICE. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA E TAXA DE RENTABILIDADE. INCIDÊNCIA DA TR COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA. MULTA CONTRATUAL. CUMULAÇÃO DE COMISSÃO DE PERMANÊNCIA E MULTA CONTRATUAL. COBRANÇA DE DESPESAS JUDICIAIS. VERBA HONORÁRIA.

- O contrato de confissão de dívida é título executivo, podendo executar-se a nota promissória a ele vinculado, em sendo o *quantum debeat* passível de aferição por simples cálculo aritmético, independentemente de demonstrativos detalhados do débito. Precedentes do STJ.

- O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. Súmula 297 do STJ.

- Em contratos de financiamento bancário, a capitalização mensal de juros se faz presente sob a forma de *numerus clausus*, ou seja, apenas com permissivo legal específico, notadamente na concessão de créditos rurais, créditos industriais e comerciais. Excetuadas tais hipóteses, resta a regra geral, presente na Súmula 121 do Pretório Excelso: “é vedada a capitalização mensal de juros, ainda que expressamente convencionada”. Permitida a capitalização anual.

- O sistema *price* contém capitalização mensal de juros.

- A comissão de permanência incide a partir da impontualidade do devedor, sem cumulação com juros remuneratórios (Súmula nº 296 do STJ), correção monetária (Súmula nº 30 do STJ), taxa de rentabilidade e multa contratual. Resolução nº 1.129/86 do Banco Central.

- A Taxa Referencial (TR) é indexador válido para contratos posteriores à Lei nº 8.177/91.

- A redução da multa moratória de 10% para 2%, tal como definida na Lei nº 9.296/96, que modificou o Código de Defesa do Consumidor, é possível para os contratos celebrados após a sua vigência, caso dos autos.

- A cláusula que prevê a cobrança de despesas judiciais afronta o art. 51, XII, do Código de Defesa do Consumidor.

- Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor embargado, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. Precedentes da Turma.

- Prequestionamento delineado pelo exame das disposições legais pertinentes ao deslinde da causa. Precedentes do STJ e do STF.

(TRF 4ª Região, AC Processo: 199971000328959 UF: RS, DJ 26/04/2006, relatora Des. Fed. Vânia Hack de Almeida)

CIVIL. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. REVISÃO DE CONTRATO DE MÚTUO BANCÁRIO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO

CONSUMIDOR. JUROS MORATÓRIOS ACIMA DE 12% AO ANO. POSSIBILIDADE.

1. Não há que se falar em cerceamento de defesa, quando o conjunto probatório constante nos autos é satisfatório à formação do convencimento do julgador.

2. (...).

3. É legítima a cobrança da comissão de permanência, desde que não cumulada com correção monetária, nem com quaisquer acréscimos decorrentes da impontualidade (tais como juros, multa, taxa de rentabilidade, etc), porque ela já possui a dupla finalidade de corrigir monetariamente o valor do débito e de remunerar o banco pelo período de mora contratual. Súmulas nºs 30, 294, 296 e precedentes do eg. STJ.

4. (...).

5. (...).

- Apelações improvidas.

(TRF 5ª Região, AC 374087 CE, DJ: 28/01/2009, Rel. Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho)

A jurisprudência desta Corte é no sentido de que devem ser aplicados os cálculos apurados pela Contadoria do Juízo, por serem distantes dos interesses das partes litigantes, dotadas de fé de ofício.

Neste aspecto, destaco o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXCESSO. CÁLCULOS ELABORADOS PELA CONTADORIA DO JUÍZO. ACOLHIMENTO. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

- “Pode o juiz, no caso de divergência dos cálculos aritméticos apresentados pelas partes, valer-se do auxílio do contador do juízo para a elaboração de novos cálculos, que atendam ao que foi determinado na sentença exequenda” (AC nº 138666/RN, 1ª Turma, Rel. Des. Fed. José Maria Lucena, j. em 05.11.99, DJ 05.11.99).

- No tocante à condenação em honorários, é cabível na espécie a imposição dos efeitos da sucumbência, haja vista que as contas da União não foram acatadas na íntegra.

- Apelo da SINTSEF/RN parcialmente provido. Apelo da União improvido.

(AC339574-RN, DJ: 14.03/2005, Rel. Des. Fed. Francisco Wildo)

De fato, a questão pode ser analisada sob duas ópticas: 1) a declaração de extinção do crédito em relação à concordatária, dada a ocorrência de pagamento, desobriga igualmente o avalista, na esteira do entendimento de que o acessório segue o principal; 2) em não havendo a quitação plena do débito, persiste a obrigação do avalista.

Concordo com o segundo posicionamento. Não existe óbice ao prosseguimento da execução com relação ao avalista no tocante ao valor remanescente do débito que não foi objeto da referida concordata, então decorrente do saldo existente após o abate do montante do depósito efetivado na Concordata, mais cômputo dos acréscimos legais e contratuais.

No mesmo sentido, cito a seguinte Jurisprudência:

COMERCIAL E PROCESSUAL. AVAL. CONCORDATA DO AVALIZADO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL (NOTA PROMISSÓRIA). CONTRATO DE MÚTUO. AUTONOMIA DA CÂRTULA. MATÉRIA DE FATO.

I - A concordata do avalizado em nada afeta a obrigação do avalista para com o possuidor do título. O fato de um obrigar-se da mesma maneira que o outro não significa que a obrigação seja a mesma e sim que da mesma espécie.

II - Embora não se negue que a cambial conserve a sua autonomia, o valor nela consignado deve guardar coerência com os termos do contrato. Sua apuração decorre das cláusulas contratuais e da aplicação dos fatores de correção ajustados. Destarte se houver a comprovação de que o valor inserido na cãrtula foi obtido na consonância da estipulação contratual, tornando-se induvidosas a sua liquidez e, por conseguinte, a sua exigibilidade.

III - Matéria de fato (Súmulas 05 e 07/STJ).

IV - Recurso não conhecido.

(STJ, REsp 147157 ES, DJ 10/08/1998, Relator Walde-
mar Zveiter)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE DO GARANTE SOLIDÁRIO. CÓDIGO CIVIL, ARTS. 85, 896 E 904.

I - A palavra "avalista", constante do instrumento contra-

tual, deve ser entendida, em consonância com o art. 85 do Código Civil, como coobrigado, co-devedor ou garante solidário. Precedentes.

II - Recurso especial conhecido e provido.

(STJ. Terceira Turma. REsp nº 114436/RS. Rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO. Julg. 31/08/2000. Publ. DJ 09/10/2000, p. 140).

COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. MÚTUO FINANCEIRO ENTRE CEF E EMPRESA PRIVADA CONCORDATÁRIA. EXECUÇÃO DOS AVALISTAS. ADMISSIBILIDADE DESDE QUE DEDUZIDA PARCELA DEPOSITADA EM CONCORDATA. RECURSO ADESIVO. HONORÁRIOS.

Possível a execução do concordatário, que não goza dos favores da moratória. Depositado, todavia, na concordata, parte do débito, tem esse depósito força de pagamento, devendo a execução fazer-se pelo saldo remanescente. Autonomia do Aval. Lei Falencial, art. 148. Precedentes do STJ. Não há óbice quanto à possível execução fundada em mais de um título executivo, tal como ocorre nos autos. Inteligência da Súmula 27 do e. STJ. O avalista de título de crédito vinculado a contrato de mútuo também responde pelas obrigações pactuadas, quando no contrato figurar como devedor solidário (Súmula 26/STJ).

Não se conhece de recurso adesivo inepto em face de que a r. Sentença julgou improcedentes os embargos não tendo havido derrota parcial para as partes. Tendo havido nestes embargos sucumbência recíproca, compenso-as de sorte a que cada parte pague verba honorária a seu patrono. Apelação parcialmente provida.

(TRF 4ª Região, AC Processo: 9604225731 PR, DJ02/08/2000, Relator Alcides Vettorazzi)

APELAÇÃO. AVALISTA. CONCORDATA DO AVALIZADO. IMPROVIMENTO.

I - Dada à autonomia de que se reveste a obrigação constante de aval, a sua exigibilidade em juízo não é prejudicada pela concordata do avalizado, cabendo, apenas e tão-só, serem abatidas as importâncias que, relativas à mesma dívida, foram objeto de depósito pelo concordatário. Precedentes do STJ.

II - Demais de não provada a violação à impenhorabilidade do bem de família, a sua não invocação na petição inicial inviabiliza o seu exame em sede de apelo.

III - Apelação improvida.
(TRF 5ª Região, AC 188384 CE, DJ 14/10/2005, Relator
Desembargador Federal Edílson Nobre)

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 471.291-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAXIMILIANO CAVALCANTI (CONVOCADO)
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelada: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SEÇÃO DO CEARÁ
Adv./Proc.: DR. HÉLIO DAS CHAGAS LEITÃO NETO

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. CIVIL. PROCES-
SUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXAME DE
ORDEM. PROVIMENTO Nº 109/2005, DO CON-
SELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGA-
DOS DO BRASIL. EXIGÊNCIA DE COMPROVA-
ÇÃO, PELO CANDIDATO, DE DOMICÍLIO ELEI-
TORAL CORRESPONDENTE À CIRCUNSCRI-
ÇÃO DA SECCIONAL DO CEARÁ. ALEGADA
VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA
LIBERDADE PROFISSIONAL. INCONSTITUCIO-
NALIDADE MERAMENTE REFLEXA. ILEGALI-
DADE. ART. 10 DA LEI Nº 8.906/94. PARÂMETRO
LEGAL QUE NÃO PODERIA SER IGNORADO
PELO REGULAMENTO. FALTA DE FUNDAMEN-
TO DE VALIDADE DA OPÇÃO DO DOMICÍLIO
ELEITORAL FRENTE À LEI REGULAMENTADA.
APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.**

**- O art. 2º, da Resolução nº 109/2005, do Conse-
lho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil,
ao estabelecer que “o exame de ordem é presta-
do pelo bacharel em Direito, formado em insti-
tuição reconhecida pelo MEC, na Seção do Esta-**

do onde concluiu seu curso de graduação ou na de seu domicílio eleitoral” atinge apenas por via reflexa a Carta Política de 1988.

- A apreciação da consonância da regra disciplinada em ato infralegal, editado por quem de direito, no exercício regulamentar de lei (art. 8º, § 1º, Lei nº 8.906/94), merece ser canalizada para o campo da legalidade.

- O Provimento nº 109/95, que “Estabelece normas e diretrizes do Exame de Ordem”, ao estatuir que o candidato realizará a prova na Seção do Estado onde concluiu seu curso de graduação ou na de seu domicílio eleitoral acabou por violar a própria lei que lhe dá fundamento de validade, na medida em que, mesmo não tratando especificamente da matéria – Exame de Ordem –, o art. 10 do Estatuto da Advocacia prevê que “A inscrição principal do advogado deve ser feita no Conselho Seccional em cujo território pretende estabelecer o seu domicílio profissional, na forma do regulamento geral”, assim entendido como “a sede principal da atividade de advocacia, prevalecendo, na dúvida, o domicílio da pessoa física do advogado”.

- Se a lei dá como parâmetro da inscrição principal do advogado o local do seu domicílio profissional ou civil, sendo a inscrição no exame de ordem um minus, o disposto no art. 10, § 1º, vale como marco para a definição do domicílio do candidato ao Exame, de forma que a fixação de critério outro aparenta contrariar ao disposto na lei.

- A adoção, pelo legislador, como parâmetro último, do domicílio da pessoa física do advogado (rectius, candidato ao exame), é razoável, na medida em que nem sempre se consegue formalizar a alteração do domicílio eleitoral (ou fiscal) com tamanha presteza e eficiência com o que se faz em relação ao domicílio civil.

- O domicílio civil, que orienta a vida do cidadão, é o local em que ele se fixa com ânimo de definitividade (art. 70, CC), onde ele vive e se instala, com a família e seus bens, formando laços de amizade, criando raízes, interagindo com o meio social. O domicílio eleitoral muitas vezes sequer corresponde à realidade, sendo certo que algumas pessoas o mantêm por mero comodismo ou mesmo como pretexto para visitá-lo periodicamente na tentativa de não se desvincular de todo do local onde em algum momento de sua vida residiram.

- Por outro lado, se o exercício da profissão de advogado em nada está relacionado com o cumprimento das obrigações eleitorais, a exigência de domicílio eleitoral coincidente ao da circunscrição da Seccional termina por desproporcionalmente restringir direitos sem respaldo legal, excedendo poder regulamentar, sobretudo porque a alteração do domicílio eleitoral é revestida de formalidades e prazos previstos especificamente para assegurar a legitimidade e legalidade do processo eleitoral.

- Precedentes desta Corte e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

- Apelação conhecida e parcialmente provida com condenação honorária da entidade em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conhecer do apelo e dar-lhe parcial provimento, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL MAXIMILIANO CAVALCANTI -
Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MAXIMILIANO CAVALCANTI (Convocado):

Trata-se de apelação manejada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL com o objetivo de reformar a sentença prolatada pelo MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Ceará que, em sede de ação civil pública ajuizada em face da ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO CEARÁ, julgou improcedentes os pleitos iniciais. A demanda tem como objeto a condenação da ré na obrigação de acatar a inscrição de todos os candidatos ao Exame de Ordem que se declarassem domiciliados no Estado do Ceará, valendo tal declaração como prova suficiente desta condição, abstendo-se de exigir a comprovação do domicílio eleitoral do bacharel, a teor do art. 2º do Provimento nº 109/2005 do Conselho Federal da OAB.

Em prol de seu alegado direito, o recorrente sustenta que a norma atacada padece do vício de inconstitucionalidade por violar os princípios da isonomia e da liberdade profissional. Defende, ainda, que tal obrigatoriedade somente poderia ser veiculada por lei em sentido estrito, sob pena de contrariar o disposto nos arts. 5º, XIII, e 133 da Carta Política de 1988.

Em sede de contrarrazões, a ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO CEARÁ alegou que jamais extravasou, pelo ato regulamentar impugnado, os limites a que materialmente deve estar adstrito por força do art. 8º, § 1º, do Estatuto da Advocacia. Assevera que, ao contrário, foi o próprio legislador federal que delegou ao Conselho Federal da entidade regulamentar o Exame de Ordem por meio de provimento.

Instado a se manifestar, o *Parquet* com atuação nesta Corte, na pessoa do Exmo. Procurador Regional da República Joaquim José de Barros Dias, opinou pelo provimento do apelo (fls. 183/190).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MAXIMILIANO CAVALCANTI (Relator Convocado):

Discute-se na presente demanda se o disposto no art. 2º da Resolução nº 109/2005, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, padece (ou não) do vício de inconstitucionalidade.

Para uma melhor análise da matéria, faz-se necessário transcrever o dispositivo atacado:

Art. 2º. O exame de ordem é prestado pelo bacharel em Direito, formado em instituição reconhecida pelo MEC, na Seção do Estado onde concluiu seu curso de graduação ou na de seu domicílio eleitoral.

Sustenta o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL que o comando viola os princípios constitucionais da isonomia e do livre exercício profissional. Todavia, por se tratarem de dogmas previstos na Carta Política, portanto, da mais alta estatura legal, creio que a discussão, que envolve regra disciplinada em ato infralegal, editado por quem de direito, no exercício regulamentar de lei (art. 8º, § 1º, Lei nº 8.906/94), merece ser canalizada para o campo da legalidade. Em verdade, é firme no seio jurisprudencial, notadamente no Supremo Tribunal Federal, que a violação de princípios constitucionais por normativos regulamentares somente atinge a *Lex legum* por via reflexa:

Ação direta de inconstitucionalidade: descabimento: caso de inconstitucionalidade reflexa. Portaria nº 001-GP1, de 16.1.2004, do Presidente do Tribunal de Justiça de Sergipe, que determina que o pagamento por via bancária dos emolumentos correspondentes aos serviços notariais e de registro – obtidos através do sistema informatizado daquele Tribunal – somente pode ser feito nas agências do Banco do Estado de Sergipe S/A - BANESE. Caso em que a portaria questionada, editada com o propósito de regulamentar o exercício de atividade fiscalizatória prevista em leis federais (L. 8.935/94; L. 10.169/2000) e estadual (L.est. 4.485/2001), retira destas normas seu fundamento de validade e não diretamente da Constituição. Tem-se inconstitucionalidade reflexa – a cuja verificação não se presta a

ação direta – quando o vício de ilegitimidade irrogado a um ato normativo é o desrespeito à Lei Fundamental por haver violado norma infraconstitucional interposta, a cuja observância estaria vinculado pela Constituição.

(ADI 3132/SE - Tribunal Pleno - Ministro Sepúlveda Pertence - DJ 9.6.2006, pg. 4)

ADIN. SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR (SNDIC). DECRETO FEDERAL Nº 861/93. CONFLITO DE LEGALIDADE. LIMITES DO PODER REGULAMENTAR. AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA.

- Se a interpretação administrativa da lei, que vier a consubstanciar-se em decreto executivo, divergir do sentido e do conteúdo da norma legal que o ato secundário pretendeu regulamentar, quer porque tenha este se projetado *ultra legem*, quer porque tenha permanecido *citra legem*, quer, ainda, porque tenha investido *contra legem*, a questão caracterizara, sempre, típica crise de legalidade, e não de inconstitucionalidade, a inviabilizar, em consequência, a utilização do mecanismo processual da fiscalização normativa abstrata.

- O eventual extravasamento, pelo ato regulamentar, dos limites a que materialmente deve estar adstrito poderá configurar insubordinação executiva aos comandos da lei. Mesmo que, a partir desse vício jurídico, se possa vislumbrar, num desdobramento ulterior, uma potencial violação da Carta Magna, ainda assim estar-se-á em face de uma situação de inconstitucionalidade reflexa ou oblíqua, cuja apreciação não se revela possível em sede jurisdicional concentrada.

(ADI 996 MC/DF - Tribunal Pleno - Ministro Celso de Mello - DJ 6.5.1994, pg. 10468)

É o caso, como se passará a observar.

O art. 8º da Lei nº 8.906/94, dispõe:

Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário:

I - capacidade civil;

II - diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada;

III - título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro;

- IV - aprovação em Exame de Ordem;
 - V - não exercer atividade incompatível com a advocacia;
 - VI - idoneidade moral;
 - VII - prestar compromisso perante o conselho.
- § 1º O Exame da Ordem é regulamentado em provimento do Conselho Federal da OAB.
(...)

Muito embora a expedição de provimento pelo Conselho Federal da OAB, disciplinando o Exame da Ordem, seja previsto na Lei nº 8.906/94, o mesmo está ali referido como norma regulamentadora do estatuto jurídico que o concebeu e assim deve ser considerado. Com efeito, entendo que o Provimento nº 109/95, que “Estabelece normas e diretrizes do Exame de Ordem”, ao estatuir que o candidato realizará a prova na Seção do Estado onde concluiu seu curso de graduação ou na de seu domicílio eleitoral acabou por violar a própria lei que lhe dá fundamento de validade.

É que, apesar de não tratar especificamente da matéria – Exame de Ordem –, o art. 10 do Estatuto da Advocacia prevê que “A inscrição principal do advogado deve ser feita no Conselho Seccional em cujo território pretende estabelecer o seu domicílio profissional, na forma do regulamento geral”, assim entendido como “a sede principal da atividade de advocacia, prevalecendo, na dúvida, o domicílio da pessoa física do advogado”.

Por assim dizer, observa-se que a lei dá como parâmetro da inscrição principal do advogado o local do seu domicílio profissional, ou seja, o principal lugar em que exerce a advocacia de forma. Havendo dúvida, a própria lei estabelece que a inscrição principal deverá coincidir com o domicílio da pessoa física do advogado.

Ora, a inscrição no exame de ordem é um *minus* em relação à inscrição principal da advocacia, pelo que entendo que o disposto no art. 10, § 1º, vale como marco para a definição do domicílio do candidato ao Exame, de forma que a fixação de critério outro aparenta contrariar ao disposto na lei.

Em verdade, o legislador foi sábio ao fixar como parâmetro último o domicílio da pessoa física do advogado (*rectius*, candidato ao exame), porquanto nem sempre se consegue formalizar a alteração do domicílio eleitoral (ou fiscal) com tamanha presteza e

eficiência com o que se faz em relação ao domicílio civil¹. De fato, é o domicílio civil que orienta a vida do cidadão, é o local em que ele se fixa com ânimo de definitividade (art. 70, CC), é ali onde ele vive e se instala, com a família e seus bens, formando laços de amizade, criando raízes, interagindo com o meio social. O domicílio eleitoral muitas vezes sequer corresponde à realidade, sendo certo que algumas pessoas o mantêm por comodismo ou mesmo como pretexto para visitá-lo periodicamente na tentativa de não se desvincular de todo do local onde em algum momento de sua vida residiram. Ademais, o exercício da profissão de advogado em nada está relacionado com o cumprimento das obrigações eleitorais.

O douto juízo singular não vislumbrou qualquer ofensa aos princípios constitucionais apontados pelo *Parquet*. Considerou S. Exa. que “qualquer bacharel poderá prestar o exame no Estado em que tiver se formado ou naquele em que tiver domicílio eleitoral, noção aliás, mais extensa do que a de domicílio civil”. Prosseguindo, verbera o magistrado:

Assim, o que se teve foi uma ampliação das possibilidades: um bacharel pode ter domicílio civil em determinado Estado, mas, em função dos vínculos que mantém com o Ceará, considera-se nele domiciliado para fins eleitorais, o que lhe aproveita para efeito do Exame de Ordem.

Data maxima venia a esse entendimento, não é exatamente isso o que diz a norma atacada. O provimento não assegura três opções ao candidato (lugar de conclusão do curso, domicílio civil e domicílio eleitoral), mas apenas duas (lugar de conclusão do curso ou domicílio eleitoral). De outro giro, penso que a condicionante do domicílio eleitoral (no lugar do domicílio civil) não amplia direito. Ao contrário, restringe, sobretudo porque a alteração do domicílio eleitoral é revestida de formalidades e prazos previstos especialmente para assegurar a legitimidade e legalidade do processo elei-

¹ Art. 74. Muda-se o domicílio, transferindo a residência, com a intenção manifesta de o mudar.

Parágrafo único. A prova da intenção resultará do que declarar a pessoa às municipalidades dos lugares, que deixa, e para onde vai, ou, se tais declarações não fizer, da própria mudança, com as circunstâncias que a acompanham.

toral. Ademais, atente-se que pela legislação especial o cidadão não pode possuir mais de um domicílio eleitoral, ao passo que o art. 71 do Código Civil estabelece expressamente “Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas”.

E no que se refere às suas relações concernentes à profissão, o Estatuto do Cidadão reza:

Art. 72. É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida.

Parágrafo único. Se a pessoa exercitar profissão em lugares diversos, cada um deles constituirá domicílio para as relações que lhe corresponderem.

Em arremate, penso que a resolução restringiu, em excesso de poder regulamentar, o que dispõe o art. 10 da Lei nº 8.906/94, o qual, prevendo que a inscrição principal do advogado deve ser feita no Conselho Seccional em cujo território pretende estabelecer o seu domicílio profissional ou, na dúvida, no seu domicílio civil, acabou por remeter a matéria para a disciplina da Lei nº 10.406/2002.

Assim já decidiram a Segunda e a Terceira Turmas desta Corte, embora por fundamentos diversos:

ADMINISTRATIVO. EXAME DE ORDEM. EXIGÊNCIA DE DOMICÍLIO ELEITORAL NO ESTADO DO CEARÁ PARA INSCRIÇÃO NO CERTAME. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. EXIGÊNCIA DE LEI FORMAL A REGULAR A ESPÉCIE. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (ART. 5º, II, DA CF/88).

1. A hipótese é de remessa oficial contra a sentença que reconheceu o direito líquido e certo do Impetrante em obter sua inscrição no Exame da OAB/CE 2006-3, sem a exigência de comprovação do domicílio eleitoral no Estado do Ceará.

2. Depreende-se do art. 8º da Lei nº 8.906/94 que a exigência de comprovação do domicílio no Estado em questão, como requisito para a inscrição no Exame de Ordem, extrapola os parâmetros legais aplicáveis à matéria.

3. A hipótese descrita configura limitação ao exercício de um direito fundamental constitucionalmente assegurado, de forma que tal exigência somente seria válida se veicula-

da por lei, nos temos do que dispõe o já aludido art. 5º, XIII, da CF/88, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade, também insculpido no Texto Constitucional (art. 5º, II, da CF/88).

4. Acrescente-se que, no caso dos autos, embora não tenha ainda transferido o título de eleitor, o impetrante comprovou que é domiciliado na cidade de Fortaleza/CE.

5. Remessa oficial improvida.

(REO 99045 - Segunda Turma - Desembargador Federal Francisco Barros Dias - *DJ* 29.4.2009, pg. 237)

Processual Civil. Administrativo. Apelação sem preparo. Apelação deserta visto a legislação de regência (Lei 9.289), no parágrafo único do art. 4º, não isentar do pagamento das custas processuais as entidades fiscalizadoras do exercício profissional. Inscrição no exame de ordem com a exigência de domicílio eleitoral no Estado, em face do art. 2º, do Provimento 109/2005. Lei 8.906/94, art. 8º, III. Impossibilidade de norma infralegal restringir onde a lei não o fez. Apelação não conhecida por estar deserta, e remessa improvida.

(AC 432285 - Terceira Turma - Desembargador Federal Vladimir Carvalho - *DJ* 15.10.2008, pg. 301)

Neste mesmo sentido é o precedente jurisprudencial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região a seguir reproduzido:

MANDADO DE SEGURANÇA. INSCRIÇÃO PARA EXAME DA OAB. ART. 2º DO PROVIMENTO 109/05. ILEGALIDADE. TRANSITORIEDADE DO DOMICÍLIO E RESIDÊNCIA.

1. A exigência contida no art. 2º do Provimento 109/05 (“O exame de ordem é prestado pelo bacharel em Direito, formado em instituição reconhecida pelo MEC, na Seção do Estado onde concluiu seu curso de graduação em Direito ou na de seu domicílio eleitoral”) revela-se ilegal porquanto a Lei 8.906/94 nada dispõe acerca de domicílio eleitoral e tampouco estabelece a respeito da transferência daquele logo após a mudança de residência e domicílio.

2. Impróprio exigir, em razão do princípio da reserva legal e do formalismo exacerbado, que o candidato preste o Exame de Ordem na “Seção do Estado onde concluiu seu curso de graduação em Direito ou na de seu domicílio eleitoral”, quando resta comprovada a transitoriedade da sua

residência e/ou domicílio em Estado diverso daquele onde pretende fixar residência e exercer a advocacia.

(APELREEX 200872000050720 - Terceira Turma - Relator Roger Raupp Rios - *DJ* 17.12.2008)

À luz do exposto, CONHEÇO do apelo para lhe DAR PARCIAL PROVIMENTO. Como consequência, condeno a recorrida ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO CEARÁ a acolher a inscrição de todos os candidatos ao Exame de Ordem que comprovarem o domicílio profissional ou civil no Estado do Ceará (art. 16, LACP), bem como a se abster de exigir a comprovação do domicílio eleitoral na forma prevista no art. 2º do Provimento nº 109/2005 do Conselho Federal, sob pena de multa fixada em dez vezes sobre o valor cobrado para a inscrição de cada bacharel (art. 11, LACP) em prol do fundo previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/85.

A cargo da sucumbente, ainda, o pagamento de honorários advocatícios², os quais fixo, por apreciação equitativa (art. 20, § 4º, CPC), em dez por cento sobre o valor atribuído à causa.

É o voto.

² PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA JULGADA PROCEDENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. 1. É cabível a condenação da parte vencida em honorários advocatícios, quando a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público for julgada procedente. Precedentes do STJ. 2. Recurso especial provido. (REsp 957369 - Segunda Turma - Ministra Eliana Calmon - *DJ* 6.8.2009)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 472.037-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE - UFS
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL. CONCURSO PÚBLICO. RESERVA DE VAGAS. CANDIDATOS COM NECES- SIDADES FÍSICAS OU MENTAIS ESPECIAIS. OBEDIÊNCIA À NORMA CONSTITUCIONAL E LEGAL. OBEDIÊNCIA AO LIMITE MÍNIMO. INDEPENDENTEMENTE DO NÚMERO DE VAGAS PARA O CARGO. PAGAMENTO DE TAXA OBRIGATÓRIA. POSSIBILIDADE DE ISENÇÃO. RENDA ANUAL INSERIDA NA FAIXA LIMITE DO IMPOSTO DE RENDA. CRITÉRIO OBJETIVO EQUÂNIME E JUSTO. ART. 37, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 11 DA LEI 8.112/90. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO E REEXAME NÃO PROVIDOS.

- Cinge-se a matéria recursal à insurgência e reexame necessário de sentença judicial singular que julgou totalmente procedente o pedido deduzido na ação civil pública pelo Ministério Público Federal contra a UFS, acolhendo-se a pretensão inicial, que visava obter tutela judicial que assegurasse a inscrição de candidatos, portadores de deficiência, para todos os cargos oferecidos pela UFS, no concurso para provimento de vagas no quadro de servidores permanente daquela instituição, conforme o Edital nº 13/2008, retificando-se itens (3.2 e 3.3) do referido ato convocatório, bem como seja assegurado o direito à isenção da taxa de inscrição para os candidatos economicamente carentes.

- Resta evidente a imprescindibilidade de se reservar número de vagas em concurso público para candidatos com necessidades especiais, haja vista se tratar de proteção ofertada aos inabilitados física ou mentalmente, que já se deparam com a dificuldade de inserção no mercado de trabalho, havendo previsão do legislador constitucional neste sentido (art. 37, inciso VIII, da CF, art. 37, §§ 1º e 2º, do Decreto nº 3.298/99, que regulamentou a Lei nº 7.853/89 e art. 5º, § 2º, da Lei nº 8.112/90).

- Não há que se falar em aplicação do percentual mínimo apenas para os cargos que tenham um mínimo determinado de número de vagas, já que restringir uma vaga às pessoas que não contam com a integralidade de suas condições de saúde apenas com base no número de vagas previstas, de acordo com a necessidade do serviço exposta no edital, seria trazer à baila situação que poderia ser mascarada na edição do ato convocatório.

- Evidentemente que poderia se caracterizar a situação em que mesmo sendo apresentadas uma ou duas vagas no edital para ocupar determinado cargo, o que desautorizaria a reserva de ao menos uma para os candidatos com necessidades especiais, posteriormente poderiam surgir outras vagas que viriam a ser preenchidas com burla à garantia prevista na Carta Magna.

- Outra solução não se apresenta senão a de que em caso de haver cargos que possuam menos de cinco vagas, mesmo assim deve se obedecer ao percentual mínimo previsto na legislação infraconstitucional, sob pena do ato administrativo padecer de flagrante inconstitucionalidade.

- Se a gratuidade será atendida no fornecimento da função institucional da entidade pública educacional, não parece ou se demonstra inviável que seja relativizada a exigência do pagamento de inscrição aos servidores interessados em in-

gressar no serviço público. O pagamento de inscrição para os candidatos hipossuficientes enquadra-se dentre as garantias sociais, a cargo do poder estatal, está o acesso ao serviço público, insculpido no art. 37, inciso I, da Constituição Federal. A própria Lei nº 8.112/90, em seu art. 11, estabelece a taxa de inscrição, relativizando sua cobrança diante de eventuais hipóteses de isenção, que podem ser previstas no edital.

- Não há que se falar em necessária manutenção da cobrança indiscriminada do valor para inscrição diante da necessidade de custeio do processo seletivo, em virtude de indevida submissão ao orçamento público do ente público, já que não se pleiteou ou se está discutindo a isenção total da inscrição, mas apenas a isenção desta última para aqueles que comprovadamente, mediante critério fixado pelo julgador, não possam arcar com o custo de participar de certame seletivo para ingressar exatamente em uma instituição pública de ensino.

- Demonstra-se justo e equânime o critério que leva em conta a isenção do responsável ou do candidato no imposto de renda, já que passa a aplicar parâmetro já utilizado pela Administração para estabelecer faixas de tributação e isenção para os contribuintes em relação ao pagamento do imposto de renda.

- Sendo concedida a benesse da isenção para a inscrição em concurso público a todos aqueles que se enquadrem em determinado limite de renda que já ser encontra incólume à cobrança tributária do Estado, denota-se o atendimento ao acesso serviço público, atendendo o interesse de parte da sociedade que não possua condições de atender às exigências econômicas inacessíveis para a realidade que caracteriza a vida de cidadão.

- Apelação e remessa obrigatória não providas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 8 de setembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS-
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Cuida-se de remessa oficial e apelação em ação civil pública interposta pela UFS - UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE em face de sentença prolatada pelo MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária de Sergipe, que julgou procedente o pedido deduzido pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

A ação popular em destaque fora julgada totalmente procedente, acolhendo-se a pretensão inicial, que visava obter tutela judicial que assegurasse a inscrição de candidatos, portadores de deficiência, para todos os cargos oferecidos pela UFS, no concurso para provimento de vagas no quadro de servidores permanente daquela instituição, conforme o edital nº 13/2008, retificando-se itens (3.2 e 3.3) do referido ato convocatório, bem como seja assegurado o direito à isenção da taxa de inscrição para os candidatos economicamente carentes.

Em suas razões recursais, a Recorrente sustenta, em síntese: a) inexistir qualquer inconstitucionalidade nos itens 3.2 e 3.3 do Edital nº 13/2008, já que o dispositivo constitucional (art. 37, inciso VIII) e as leis infraconstitucionais que regulamentaram a matéria (art. 37, §§ 1º e 2º do Decreto nº 3.298/99, que regulamentou a Lei nº 7.853/89 e art. 5º, § 2º, da Lei nº 8.112/90) apenas reservou os limites mínimos (5% - cinco por cento) e máximos (20% - vinte por cento) que deveriam ser reservados para os portadores de defi-

ciência física; b) havendo a oferta em alguns cargos apenas para duas vagas, não há como se reservar uma das vagas disponíveis, já que representaria metade do total existente, devendo haver interpretação restritiva; c) não ter havido restrição durante o período de inscrição para os portadores de necessidades especiais para qualquer cargo, independentemente do número de vagas.

Foram apresentadas contrarrazões recursais.

O Ministério Público Federal ofertou parecer opinando pelo não provimento da apelação.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Cinge-se a matéria recursal à insurgência e reexame necessário de sentença judicial singular que julgou totalmente procedente o pedido deduzido na ação civil pública pelo Ministério Público Federal contra a UFS, acolhendo-se a pretensão inicial, que visava obter tutela judicial que assegurasse a inscrição de candidatos, portadores de deficiência, para todos os cargos oferecidos pela UFS, no concurso para provimento de vagas no quadro de servidores permanente daquela instituição, conforme o edital nº 13/2008, retificando-se itens (3.2 e 3.3) do referido ato convocatório, bem como seja assegurado o direito à isenção da taxa de inscrição para os candidatos economicamente carentes.

Resta evidente a imprescindibilidade de se reservar número de vagas em concurso público para candidatos com necessidades especiais, haja vista se tratar de proteção ofertada aos inabilitados física ou mentalmente, que já se deparam com a dificuldade de inserção no mercado de trabalho, havendo previsão do legislador constitucional neste sentido.

A Carta Magna, em seu art. 37, inciso VIII, assim dispõe:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

A norma constitucional possui eficácia limitada já que dependia de regulamentação ulterior por parte do legislador infraconstitucional, tendo sido a matéria tratada pelos seguintes diplomas:

Lei nº 8.112/90, que dispõe:

Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público:

I - a nacionalidade brasileira;

II - o gozo dos direitos políticos;

III - a quitação com as obrigações militares e eleitorais;

IV - o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo;

V - a idade mínima de dezoito anos;

VI - aptidão física e mental.

§ 1º As atribuições do cargo podem justificar a exigência de outros requisitos estabelecidos em lei.

§ 2º Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

A Lei nº 7.853/89:

Art. 1º Ficam estabelecidas normas gerais que assegurem o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências, e sua efetiva integração social, nos termos desta Lei.

§ 1º Na aplicação e interpretação desta Lei, serão considerados os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito.

§ 2º As normas desta Lei visam garantir às pessoas portadoras de deficiência as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento e das demais disposições constitucionais e legais que lhes concernem, afastadas as dis-

criminações e os preconceitos de qualquer espécie, e entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade.

Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

A regulamentação da Lei nº 7.835/89, que cuidou da integração social às pessoas limitadas física ou mentalmente, deu-se no Decreto nº 3.298/99, que dispôs:

Art. 2º Cabe aos órgãos e às entidades do Poder Público assegurar à pessoa portadora de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à previdência social, à assistência social, ao transporte, à edificação pública, à habitação, à cultura, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

(...)

Art. 5º A Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, em consonância com o Programa Nacional de Direitos Humanos, obedecerá aos seguintes princípios;

I - desenvolvimento de ação conjunta do Estado e da sociedade civil, de modo a assegurar a plena integração da pessoa portadora de deficiência no contexto sócio-econômico e cultural;

II - estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e operacionais que assegurem às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciam o seu bem-estar pessoal, social e econômico; e

III - respeito às pessoas portadoras de deficiência, que devem receber igualdade de oportunidades na sociedade por reconhecimento dos direitos que lhes são assegurados, sem privilégios ou paternalismos.

No caso dos autos, defende-se a reserva do percentual de vagas apenas para os cargos que tenham ofertadas mais de cinco vagas, em face do que poderia se aplicar de maneira matematicamente possível o dito percentual, reservando-se das cinco, uma para se destinar a deficiente físico habilitado na seleção.

De logo se demonstra a inadequação da sistemática adotada no edital impugnado, haja vista a criação de uma condição inexistente na lei regente da matéria, a fim de que se justifique a ressalva em sua aplicação.

Não há que se falar em aplicação do percentual mínimo apenas para os cargos que tenham um mínimo determinado de número de vagas, já que restringir uma vaga às pessoas que não contam com a integralidade de suas condições de saúde apenas com base no número de vagas previstas, de acordo com a necessidade do serviço exposta no edital, seria trazer à baila situação que poderia ser mascarada na edição do ato convocatório.

Afinal, cabe tão-somente à Administração firmar o número de vagas a ser ofertada no edital de convocação para o serviço público, sem que tenha a sociedade qualquer acompanhamento do trabalho do administrador público, nesta parte.

Assim, evidentemente que poderia se caracterizar a situação em que mesmo sendo apresentadas uma ou duas vagas no edital para ocupar determinado cargo, o que desautorizaria a reserva de ao menos uma para os candidatos com necessidades especiais, posteriormente poderiam surgir outras vagas que viriam a ser preenchidas com burla à garantia prevista na Carta Magna.

Outra solução não se apresenta senão a de que em caso de haver cargos que possuam menos de cinco vagas, mesmo assim deve se obedecer ao percentual mínimo previsto na legislação infraconstitucional, sob pena do ato administrativo padecer de flagrante inconstitucionalidade.

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ANALISTA JUDICIÁRIO. ESPECIALIDADE ODONTOLOGIA. CANDIDATO DEFICIENTE. PRETERIÇÃO. OCORRÊNCIA. INOBSERVÂNCIA DO ART. 37, § 2º, DO DECRETO Nº 3.298/99. RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. ALTERNÂNCIA ENTRE UM CANDIDATO DEFICIENTE E

OUTRO NÃO, ATÉ QUE SE ATINJA O LIMITE DE VAGAS PARA OS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA ESTABELECIDO NO EDITAL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

I. A Constituição Federal, em seu art. 37, inciso VIII, assegura aos portadores de deficiência física a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos. A Administração regula a situação através da Lei nº 8.112/90 e do Decreto nº 3.298/99, estabelecendo que serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso, bem como que o número de vagas correspondente à reserva destinada à pessoa portadora de deficiência deve estar inserta no Edital, respectivamente.

II. Estatui o brocardo jurídico: “o edital é a lei do concurso”. Desta forma, estabelece-se um vínculo entre a Administração e os candidatos, igualmente ao descrito na Lei de Licitações Públicas, já que o escopo principal do certame é propiciar a toda coletividade igualdade de condições no ingresso ao serviço público. Pactuam-se, assim, normas preexistentes entre os dois sujeitos da relação editalícia. De um lado, a Administração. De outro, os candidatos. Com isso, é defeso a qualquer candidato vindicar direito alusivo à quebra das condutas lineares, universais e imparciais adotadas no certame.

III. O candidato portador de deficiência física concorre em condições de igualdade com os demais não portadores, na medida das suas desigualdades. Caso contrário, a garantia de reserva de vagas nos concursos para provimento de cargos públicos aos candidatos deficientes não teria razão de ser.

IV. No caso dos autos, o impetrante, primeiro colocado entre os deficientes físicos, deve ocupar uma das vagas ofertadas ao cargo de Analista Judiciário especialidade Odontologia, para que seja efetivada a vontade insculpida no art. 37, § 2º, do Decreto nº 3.298/99. Entenda-se que não se pode considerar que as primeiras vagas se destinam a candidatos não deficientes e apenas as eventuais ou últimas a candidatos deficientes. Ao contrário, o que deve ser feito é a nomeação alternada de um e outro, até que seja alcançado o percentual limítrofe de vagas oferecidas pelo Edital a esses últimos.

V. O tratamento relativamente diferenciado, ou por outro lado, a “preferência” que se dá aos deficientes físicos foi o

modo que encontrou o legislador constituinte de minorar o déficit de que são acometidos. A convocação da candidata deficiente para participar do Curso de Formação, ao invés do impetrante, consiste na obediência às normas que regem a situação.

VI. Recurso conhecido e provido.

(STJ - RO-MS 18.669/RJ - 5ª T. - Rel. Min. Gilson Dipp - DJU 29.11.2004 - p. 354).

Considerando que o edital contenha cargos que não possuam o número de vagas mínimo, não se consubstanciando matematicamente a aplicação do percentual de 5% (cinco por cento), há de se atentar a referida porcentagem de maneira que se respeite a nomeação de servidores públicos para cada um dos cargos, respeitando-se o limite mínimo previsto nas legislações supramencionadas.

Assim, deve ser mantida a decisão recorrida que estabeleceu a reserva aos candidatos portadores de deficiência à nomeação de forma alternada, obedecendo-se sempre ao percentual mínimo de 5% (cinco por cento), ou seja, mesmo que não se tenha um total de candidatos nomeados, em relação ao qual não se resulte um número inteiro com a aplicação do percentual mínimo, após a necessária nomeação do primeiro candidato da lista especial, que será o segundo para os cargos com 1 (uma) a 4 (quatro) vagas – já que os com 5 (cinco) já possuem expressa previsão no edital – caberá sempre a observância por parte da Administração para que seja atendida a referida porcentagem legal para cada um dos cargos.

No que tange ao pagamento de inscrição para os candidatos hipossuficientes, vale ressaltar que dentre as garantias sociais, a cargo do poder estatal, está o acesso ao serviço público, insculpido no art. 37, inciso I, da Constituição Federal.

Vale transcrever parte do texto constitucional, *in verbis*:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis

aos brasileiros que preenchem os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei.

A garantia prevista na Carta Magna encontra guarida nos direitos sociais, através dos quais o Estado se incumbem em atender ao interesse dos cidadãos, atentando para as peculiaridades que justificam a intervenção do poder estatal em determinadas áreas da sociedade.

Não se pode admitir que a premissa constitucional seja inócua a ato administrativo que imponha a candidatos interessados em participar de processo seletivo, muito embora não tenham condições financeiras de atender às imposições necessárias a formular a devida inscrição.

Ora, se a gratuidade será atendida no fornecimento da função institucional da entidade pública educacional, não parece ou se demonstra inviável que seja relativizada a exigência do pagamento de inscrição aos candidatos interessados em ingressar na referida universidade pública, na condição de servidores públicos.

Tal requisito deverá se adequar à realidade social daqueles que se interessam em ingressar no serviço público, sendo descabida qualquer digressão a respeito de que valor a maioria dos interessados poderia dispor, uma vez que não cabe ao Judiciário hipotetizar em cima de meras suposições vagas.

Não há que se falar em necessária manutenção da cobrança indiscriminada do valor para inscrição diante da necessidade de custeio do processo seletivo, em virtude de indevida submissão ao orçamento público do ente público, já que não se pleiteou ou se está discutindo a isenção total da inscrição, mas apenas a isenção desta última para aqueles que comprovadamente não possam arcar com o custo de participar de certame seletivo para ingressar exatamente em uma instituição pública de ensino.

Demonstrou-se acertada a decisão recorrida que considerou, ao acolher a pretensão deduzida na ação civil pública, um critério objetivo para enquadrar os hipossuficientes financeiros dentro de medida judicial eficaz.

Merece acolhida a tese que fundamentou a decisão recorrida, uma vez que não se está isentando absolutamente os candidatos

ao pagamento de taxa de inscrição, mas apenas excepcionando sua cobrança àqueles que comprovadamente comprovem não poder arcar com o referido ônus.

Deve-se atentar, contudo, para um critério objetivo que limite a aplicação da isenção, de forma a poder enquadrar os candidatos dentro de determinado requisito de acessibilidade à gratuidade de inscrição.

Demonstra-se justo e equânime o critério que leva em conta a isenção do candidato no imposto de renda, já que passa a aplicar parâmetro já utilizado pela Administração para estabelecer faixas de tributação e isenção para os contribuintes em relação ao pagamento do imposto de renda, nos termos da Lei nº 11.482/2007.

A sentença de primeira instância foi bastante oportuna, não apenas em conceder a almejada isenção, mas ao fixar critério objetivo justo e equânime em favor dos interessados na concessão da tutela judicial. Mais que isso, encontra-se em consonância com o melhor entendimento jurisprudencial aplicável em casos análogos.

A própria Lei nº 8.112/90, em seu art. 11, estabelece a taxa de inscrição, relativizando sua cobrança diante de eventuais hipóteses de isenção, que podem ser previstas no edital.

Vale transcrever precedente desta Corte resolvendo matéria similar:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PARA PROVIMENTO DE CARGOS PÚBLICOS. HIPOSUFICIÊNCIA COMPROVADA. TAXA DE INSCRIÇÃO. ISENÇÃO. POSSIBILIDADE.

1- A Lei nº 8.112/90 (com a redação dada pela Lei nº 9.527, de 10/12/97), em seu art. 11, estabelece o pagamento da taxa de inscrição como condição para que o candidato possa submeter-se a concurso para provimento de cargo público, ressaltando hipóteses de isenção previstas no edital.

2- Apesar da legalidade da exação da taxa de inscrição em concurso público, apresenta-se descabida a Cláusula V, item 9.1, do Edital nº 01/2007, da Câmara dos Deputados, que veda textualmente a concessão de isenção aos candidatos, porquanto afronta ao princípio constitucional

do amplo acesso aos cargos, empregos e funções públicas, previsto no art. 37, I, da Constituição Federal em vigor, bem assim ao art. 11, da Lei nº 8.112/90, que prevê, expressamente, casos de isenção.

3 - Restando comprovada a condição de hipossuficiência do candidato, deve ser assegurada a isenção da taxa de inscrição do concurso público, em observância às Garantias Constitucionais.

4 - Comprovação da condição de hipossuficiente do Autor, mediante declaração de pobreza na forma da Lei nº 7.115/83, e do fato de não exercer atividade laborativa.

5 - Apelação e remessa oficial improvidas.

(TRF-5ª R. - AC 2007.81.00.002426-2 - (438117/CE) - 1ª T. - Rel. Des. Fed. Rogério Fialho Moreira - DJe 28.08.2009 - p. 203).

Ante o exposto, conheço mas nego provimento ao recurso de apelação e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.473-AL

Relator DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO
Apelante: VALMIR DA SILVA MELO
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. ANTÔNIO CARLOS FREITAS M. DE GOUVEIA E OUTRO (APTE.)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. ART. 1º, II, DO DECRETO-LEI Nº 201/1967 CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. RECURSOS FEDERAIS REPASSADOS AO MUNICÍPIO ATRAVÉS DE CONVÊNIO COM O FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO-FNDE. REFORMA DE ESCOLAS E COMPRA DE EQUIPAMENTOS. NÃO APLICAÇÃO DOS RECURSOS. UTILIZAÇÃO EM BENEFÍCIO DE EMPRESAS IRREGULARES CONSTATADA PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO - MEC E

CONFIRMADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO-TCU. AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVADAS. DIMINUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CORRETA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS.

- As provas que compõem os autos dão conta da materialidade do delito, com efeito, verificou-se que o apelante, à época dos fatos, prefeito do município de Carneiros, firmou o Convênio nº 4880/96 (fls. 106/112 do apenso 1), que originou a liberação de recursos financeiros no valor de R\$ 93.764,00 (noventa e três mil setecentos e sessenta e quatro reais), não sendo demonstrada a efetiva execução, diante das divergências na conciliação bancária e do constatado no local, observadas na prestação de contas ao Ministério da Educação e Cultura - MEC.

- Diante da inércia do apelante, à época dos fatos, prefeito do município, em prestar contas da aplicação dos recursos relativos ao aludido convênio com FNDE, representantes da Delegacia do Ministério da Educação em Alagoas - DEMEC/AL realizaram vistoria nos locais, para constatar que até pouco depois da data do recebimento do dinheiro, 13/01/1997, nenhum objeto do convênio tinha sido realizado. (Fl. 117, Vol. 1 do Apenso).

- A autoria também é manifesta, no fato do prefeito, ordenador de despesas, à época dos fatos, ter o controle da máquina administrativa, tendo assinado o convênio, devendo ter zelado pela execução de seu objeto, o que não ocorreu.

- A alegação de baixa escolaridade do apelante, muito menos a questão de ter deixado a prefeitura sem fazer fortuna, não o exime da responsabilidade pelos fatos, objetivamente, constatados.

- Insubsistente, também, a transferência de responsabilidade para o contador do município ou

para a comissão de licitação, o mister de zelar pela correta aplicação dos dinheiros públicos é função indeclinável do prefeito municipal, chefe do poder executivo, o ordenador de despesas. Para tanto, sob sua direção e controle, nomeia agentes de sua confiança em cargos em comissão para auxiliá-lo na tarefa, sendo responsável em última instância pelos atos praticados por estas pessoas. Não se pode esquecer que a despeito do staff que compõe a estrutura da administração, com os diversos níveis hierárquicos, transitando no cotidiano estatal, relações de subordinação e coordenação, em casos tais, o Poder Executivo se manifesta monocraticamente.

- Diante de tudo que foi observado na persecução penal, a série de contrastes nos depoimentos em comparação com os elementos probatórios levam, de forma inequívoca, ao convencimento de que o prefeito, ora apelante, livre e conscientemente, foi o responsável pela malversação das verbas do aludido convênio, não levando a termo a execução do convênio firmado com o FNDE.

- Deve ser mantida a tipificação da conduta no inciso II: “II - utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos;”. Muito embora não se tenha configurado o proveito próprio do apelante dos recursos não aplicados, suas ações à frente do município propiciaram que um processo de licitação viciado beneficiasse empresas irregulares em detrimento das demandas educacionais da população.

- No que concerne à dosimetria da pena, entendo que agiu bem o douto magistrado na consideração das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, principalmente na ênfase em relação à culpabilidade e as consequências do crime, como fase inicial do cálculo da reprimenda.

A pertinente observação metajurídica sobre as condições de miserabilidade daquelas plagas, demonstrada na indicação de dados estatísticos do Índice de Desenvolvimento Humano - IDH, mormente quanto ao persistente analfabetismo, motor principal da avença não cumprida, comparando a situação socioeconômica do município com o país e com o mundo, reforça o desvalor da ação do apelante.
- Apelação criminal improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo tombado sob o número em epígrafe, em que são partes as acima identificadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sessão realizada nesta data, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas que integram o presente, por unanimidade, negar provimento à apelação criminal, nos termos do voto do Relator.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

I Exposição da Causa

1.1 Sentença

Trata-se de apelação criminal interposta por Valmir da Silva Melo contra sentença do MM. Juiz Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas, que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, reconhecendo a prática da conduta prevista no art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/67, condenando-o à pena final de seis anos de reclusão em regime inicial semiaberto, inabilitação por cinco anos para o exercício de cargo ou função pública e ao pagamento das despesas do processo.

Informam os autos, que o apelante, à época dos fatos, prefeito do Município de Carneiros/AL, celebrou o Convênio nº 4.880/96 com o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, em 27/06/1996, para a ampliação e reforma de escolas e a compra de equipamentos escolares.

Os recursos foram repassados e sacados através de cheques no valor total de R\$ 93.764,00 (noventa e três mil setecentos sessenta e quatro reais), valores que foram integralmente liberados em 03/09/1996, na gestão do apelante (1993/1996), conforme extratos bancários de fls. 76/77.

Os valores, supostamente, não foram aplicados, segundo a Tomada de Contas Especial, Processo nº 23.010.000150/95-49 (fls. 123/241 - Vol. 1 do Apenso), levantada em virtude das irregularidades na aplicação dos recursos financeiros. Foi constatado que não houve conciliação entre o extrato bancário e a relação de pagamentos efetuados e o objeto do convênio não foi executado pela Prefeitura Municipal de Carneiros, além da participação de empresas irregulares nos procedimentos de licitação.

1.2 Razões do(s) Recorrente(s)

a) Que o apelante tem baixa escolaridade, que deixou o mandato de prefeito “pobre” demonstrando que não se utilizou do cargo para fazer fortuna, tendo confessado na Polícia Federal que utilizou parte do dinheiro para o pagamento dos funcionários da prefeitura;

b) Que se alguém cometeu o crime só pode ter sido o contador, Sr. Cícero Amorim, e se houve fraude na contratação das empresas vencedoras, errou a comissão de licitação, não significando que estas não tenham prestado o serviço, tendo ocorrido uma invasão de pessoas “sem-teto” que ocasionou a deterioração das escolas e o desaparecimento dos equipamentos obtidos com o convênio;

c) Não ficou devidamente provada a responsabilidade penal do apelante que, pelo simples fato de ser o prefeito, à época dos fatos, não pode ser responsabilizado por tudo que ocorreu dentro da administração;

d) A desclassificação do crime para a tipificação do inciso III do

art. 1º do Decreto-Lei 201/67, considerando que houve o desvio para o pagamento de funcionários diante da crise que o estado atravessava à época;

e) Alternativamente, a fixação da pena no mínimo legal, diante da análise da culpabilidade do apelante e das consequências do crime, considerando que a jurisprudência deste Tribunal, em crimes tais, a privação da liberdade nunca é aplicada acima de três anos.

1.3 Razões do(s) Recorrido(s)

a) O Ministério Público Federal apresentou contra-razões (fls. 374/383) pugnando pela manutenção da sentença condenatória, alegando que o apelante instado a apresentar a prestação de contas a respeito da execução do aludido convênio permaneceu inerte, estando sobejamente comprovada a participação dolosa do apelante, não havendo possibilidade de descaracterizar a consumação do crime;

b) Que o fato de ter deixado o mandato “pobre” não comprova a inexistência do crime nem o desqualifica para o delito previsto no art. 1º, III, do Decreto-Lei 201/67;

c) Que não prospera a tese de que o contador é o responsável pelo crime, pois o domínio do fato é do prefeito que escolhe os membros da comissão de licitação, determina o pagamento, assina o convênio, ficando demonstrado, neste caso, o nexo de causalidade entre a conduta daquele e a frustração das metas conveniadas;

d) Que não deve ser modificado o cálculo da aplicação da pena, pois, ao malversar verbas públicas, em proveito próprio ou alheio, o apelante frustrou as expectativas de seus eleitores, não atendendo as necessidades e interesses públicos.

1.4 Manifestação do Procurador Regional da República

Ofertou promoção (fls. 390/392) pelo parcial provimento da apelação criminal para reduzir a pena para quatro anos e seis meses, assim ementada:

EMENTA. PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. RECURSOS DO FNDE. PREFEITO MUNICIPAL. CRIME

DE RESPONSABILIDADE. APROPRIAÇÃO, EM BENEFÍCIO DE TERCEIRO, DE VERBAS ORIUNDAS DE CONVÊNIO COM O FNDE. CONDUTA TIPIFICADA NO ART. 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67, E NÃO NO SEU INCISO II, *MUTATIO LIBELLI*. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PENA. EXECERBAÇÃO. PARCIAL PROVIMENTO DO APELO.

- As provas testemunhais, documental e pericial, demonstram que o ora apelante, como gestor municipal, apropriou-se indevidamente, em proveito de terceiro, de recursos financeiros oriundos de convênio com o FNDE, tendo efetuado pagamento indevido a empresas, sem a correspondente prestação dos serviços e fornecimento de bens;

- Em face das circunstâncias do art. 58 do C. Penal, deve a pena ser reduzida para quatro anos e seis meses de reclusão;

- Parcial provimento do recurso que se sugere.

Ao eminente Revisor.

VOTO

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

II Fundamentação

1.1 Mérito

As provas que compõem os autos dão conta da materialidade do delito, com efeito, verificou-se que o apelante, à época dos fatos, prefeito do município de Carneiros, firmou o Convênio nº 4.880/96 (fls. 106/112 do apenso 1), que originou a liberação de recursos financeiros no valor de R\$ 93.764,00 (noventa e três mil setecentos e sessenta e quatro reais), não sendo demonstrada a efetiva execução, diante das divergências na conciliação bancária e do constatado no local, observadas na prestação de contras ao Ministério da Educação e Cultura - MEC.

O convencimento da existência dos fatos criminosos que embasaram a condenação está cronologicamente denotado.

Diante da inércia do apelante, à época dos fatos, prefeito do município em prestar contas da aplicação dos recursos relativos ao aludido convênio com FNDE, representantes da Delegacia do

Ministério da Educação em Alagoas - DEMEC/AL realizaram vistoria nos locais, para constatar que até pouco depois da data do recebimento do dinheiro, 13/01/1997, nenhum objeto do convênio tinha sido realizado. (Fl. 117, Vol. 1 do Apenso).

As irregularidades na execução orçamentária são verificadas pela Secretaria de Controle Interno do Ministério da Educação e Cultura - MEC sendo gerado o relatório e o certificado nºs. 035891 (fls. 224/230, Vol. 1 do Apenso).

Essa apuração culmina com a intervenção do TCU, com a tomada de contas especial, julgada no acórdão nº 274/2001, em 12/05/2001 (fls. 243/254, Vol. 2 do Apenso), que decidiu pela ausência de conciliação entre os pagamentos e a movimentação bancária, bem como, pela inexecução do convênio.

No mesmo conjunto de provas produzidas há a demonstração de que as duas empresas vencedoras da licitação para execução do convênio Construtora Brunet Ltda., para execução das obras nas escolas, e Bramesc - Brasil Mercosul Ltda., para o fornecimento de equipamentos, receberam os recursos, sem, entretanto, realizarem as obrigações assumidas, decorrentes do convênio, fls. 95/117.

Tal entendimento é reforçado pelos laudos do inquérito policial, que concluiu pela irregularidade das empresas licitantes, entre outras, situação cadastral inativa e ausência de endereço certo (fls. 114/115), gerando dúvidas sobre a própria existência dessas firmas que, em razão disso, não poderiam ter vencido uma licitação.

A autoria também é manifesta, no fato do prefeito, ordenador de despesas, à época dos fatos, ter o controle da máquina administrativa, tendo subscrito o convênio, devendo ter zelado pela execução de seu objeto, o que não ocorreu, como revelam os depoimentos:

Na Polícia Federal (fls. 31/33):

QUE o declarante foi Prefeito Municipal da Cidade de Carneiros/AL, no período compreendido entre 1993 a 1996;

QUE regularmente intimado a prestar esclarecimentos acerca dos fatos ora em apuração, sobretudo aqueles re-

lacionados às irregularidades pertinentes à aplicação de verbas federais na execução do Convênio nº 4.880/96, celebrado entre a Prefeitura daquela cidade e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, declarou que tem conhecimento dos fatos e se lembra muito bem que no período que se aproximou do fim do seu mandato recebeu, enquanto prefeito, uma verba do FNDE para reforma e ampliação de escolas e aquisição de equipamentos; QUE o declarante se lembra muito bem de que a verba recebida para a ampliação das escolas que a Prefeitura Municipal prestou regularmente contas ao FNDE, justificando o uso dos recursos; QUE perguntado ao declarante qual o motivo que o levou a não prestar contas ao FNDE, pelo mesmo motivo foi dito que ficou impossibilitado de recolher documentos para a devida prova e por isso mesmo ficou inerte à situação do Tribunal de Contas da União; QUE apesar da citação do Tribunal de Contas da União o declarante não devolveu a quantia mencionada no Acórdão nº 274/2001 para os cofres públicos, ... salientado, inclusive, que procurou auxílio à sua família para efetivamente promover o ressarcimento aos cofres público, entretanto, diante da dificuldade financeira que todos passavam não foi possível efetuá-lo; QUE diante da fragilidade para a arrecadação de provas para justificar a utilização dos recursos do Governo Federal, o declarante se viu obrigado a devolver o dinheiro aos cofres públicos, buscando dessa forma auxílio a sua família; QUE mesmo recorrendo a familiares, não obteve sucesso em arrecadar aquele montante para ser devolvido ao Governo Federal; QUE perguntado ao declarante se a reforma e ampliação de escolas e aquisição de equipamentos, fora aberto Processo Licitatório, respondeu que não se recorda se houve licitação para aqueles objetivos, e por isso mesmo não tem condições de indicar o nome da empresa ganhadora do processo, valor do orçamento e como foi pago; QUE o declarante se lembra muito bem que dentre as reformas realizadas, uma fora efetivamente concretizada na ESCOLA DORACÍLIA MARIA DAS VIRGENS, localizada no Sítio Lajinha, mais precisamente no quintal da residência do senhor EUCLIDES BARBOSA; QUE nessa escola foi realizada uma ampla reforma e a construção de uma sala de aula; QUE outra reforma foi realizada na única escola existente no

SÍTIO CAVAS DO SALGADINHO, instalada na Rodovia que liga Carneiros a Senador Rui Palmeira/AL, mais precisamente nas proximidades da residência do falecido VANILHO VIEIRA; **QUE** certamente a verba repassada através do Convênio nº 4880/96 foi utilizada para a reforma das duas escolas acima citadas; **QUE** o declarante não se lembra se houve aquisição de equipamentos, que acredita ele, que o dinheiro fora utilizado tão somente para reforma e ampliação das escolas; **QUE** todas as reformas e ampliações foram efetivamente concluídas; **QUE** neste momento o declarante se lembra de que a segunda escola reformada e ora referida é o GRUPO ESCOLAR RUI BARBOSA; **QUE** o declarante não se lembra do valor pago pela Prefeitura de Carneiros/AL pela reforma e ampliação das escolas. **QUE** o declarante não sabe dizer o nome da empresa que efetuou o trabalho. **QUE** o declarante acredita que nem a então Secretária da Educação MARIA LÚCIA VILELA sabia o nome da empresa encarregada pela ampliação e reforma das escolas. **QUE** MARIA LÚCIA é casada com o atual vice-Prefeito e reside na cidade de Carneiros/AL; **QUE** perguntado novamente ao declarante, se todo o dinheiro repassado pelo FNDE à Prefeitura Municipal de Carneiros/AL, fora utilizado na reforma e ampliação de escolas, respondeu que não se lembra se houve aquisição de equipamentos; **QUE** o declarante se lembra que nas proximidades do fim de seu mandato ocorreu uma visita no município de técnicos do Ministério da Educação na cidade objetivando a verificação *in loco* do estado da realização das obras, não sabendo o declarante dizer o que de fato ficou apurado pelos profissionais; **QUE** o declarante se lembra muito bem do recebimento de diversas correspondências cobrando uma posição da prefeitura diante da não apresentação de contas relativas ao convênio, objeto deste apuratório; **QUE** o declarante tem conhecimento da abertura de um processo de tomada de contas especial em virtude da não apresentação de contas referente ao Convênio nº 4.880/96 celebrado entre a Prefeitura de Carneiros/AL e o FNDE; **QUE** o declarante não conhece a construtora BRUNET LTDA., empresa sediada na Cidade de Arapiraca/AL, nem tampouco seus integrantes. **QUE**, da mesma forma, o declarante não conhece a empresa BRAMECS BRASIL MERCOSUL LTDA., sediada em Ca-

ruaru/PE, nem tampouco seus responsáveis; **QUE** o declarante, apesar de oficiado pelo Tribunal de Contas da União, não apresentou defesa escrita, justificando a utilização dos recursos encaminhados pelo FNDE. **(Sem os grifos no original)**

Fl. 124:

QUE o interrogado ratifica integralmente suas declarações prestadas nesta Polícia Federal no dia 27.03.2002, cujo termo encontra-se acostado às fls. 31/33; **QUE** o interrogado gostaria de acrescentar que toda a parte fiscal e contábil da prefeitura ficava sob a responsabilidade do ex-contador, atualmente falecido, CÍCERO AMORIM; **QUE** o interrogado é consciente de que os recursos federais enviados ao município de Carneiros/AL, para a utilização do referido convênio não foram totalmente utilizados, na reforma e ampliação das escolas como deveria ser, conhecendo, inclusive, que utilizou parte dos recursos para pagamento de salários dos funcionários da prefeitura; **QUE** finalizando acrescenta ainda que não ficou com nenhum centavo dos recursos, e tanto que é verdade, que atualmente mora de aluguel; ... **(sem os grifos no original)**

Na fase judicial, fls. 236/237:

QUE foi prefeito do Município de Carneiros na gestão de 1993/1996; QUE assumiu o mandato aos 22 anos de idade; QUE se recorda de ter firmado o Convênio 4880/96 com o FNDE, que tinha como objetivo a ampliação e a reforma de escolas e aquisição de equipamentos escolares; QUE foram repassados ao Município aproximadamente R\$ 93/96.000,00; QUE foi surpreendido com a notícia de que a prestação de contas referentes ao convênio não havia sido apresentada; QUE a elaboração de contas cabia ao contador Cícero Amorim, que prestava serviços à Prefeitura; QUE inclusive, quando assumiu o mandato, referido contador já trabalhava no Município há 10 ou 12 anos; QUE o grupo escolar Geraldo Agra e que a escola Siloé Tavares eram na época as 02 maiores escolas do Município; QUE as mencionadas escolas foram ampliadas por força do convênio 4.880/96; QUE o convênio tinha prazo de vigência de 270 dias; QUE, quando da vistoria realizada pelo técnicos do MEC, em 24.12.1996, ainda faltavam mais de 90 dias para o término do prazo do convênio; QUE o

grupo escolar Geraldo Agra realmente foi invadido por pessoas que não tinham onde morar; QUE acredita que essa invasão foi a causa da paralisação das obras na referida escola; QUE o grupo escolar Geraldo Agra e a escola Silóé Tavares forma ampliadas, tendo o interrogando presenciado o trabalho de pedreiros nos respectivos prédios; QUE como no ano 1996 iriam se realizar eleições, deixou por conta do contador o cumprimento do convênio já que estava empenhado na eleição; QUE o contador lhe orientou que metade do pagamento da obra deveria ser realizado antecipadamente e a outra metade seria feito à medida que o serviço fosse sendo prestado; QUE durante sua gestão o Município de Carneiros celebrou 05 a 06 convênios com o governo federal; QUE, salvo o convênio mencionado na denúncia, não houve qualquer problema, tendo as prestações de contas sido aprovadas; QUE depois do término do seu mandato somente se candidatou uma vez, em 2000, ao cargo de Prefeito Municipal; QUE atualmente é ocupante de cargo em comissão na Secretaria de Articulação Regional do Sertão do Governo do Estado; QUE não fosse esse cargo estaria passando necessidade; QUE foi sucedido na Prefeitura por seu primo Genivaldo Novais Agra, candidato apoiado pela situação. QUE manteve um bom relacionamento com a administração chefiada por seu primo; QUE reconhece como a sua assinatura constante na fl. 147 (numeração da Polícia Federal) do apenso 01; QUE embora não mais fosse prefeito, assinou a prestação de contas nesta condição por orientação do seu contador; QUE na oportunidade indagou ao seu contador se não haveria problemas em assinar o documento pois não mais exercia o cargo de prefeito, tendo ouvido resposta negativa ao fundamento de que como o convênio fora celebrado em sua gestão deveria ser por ele assinada a prestação de contas; QUE acredita que o Município tenha entrado com contrapartida no convênio, a qual girava em torno de 10% do valor repassado pelo governo federal; QUE, considerando que o valor do convênio era de 93/96.000,00 acredita que a contrapartida não tenha passado de R\$ 10.000,00; QUE não se recorda qual foi a empresa vencedora da licitação, pois naquele momento estava envolvido com a campanha envolvida no ano de 1996 e as providências relativas à licitação eram tomadas pela Comissão de Licitação e

pelo próprio contador; QUE não conhece as empresas “BRASMECS - BRASIL M. SUL LTDA” nem a “CONSTRUTORA BRUNET”; QUE não sabe informar se as referidas empresas eram sediadas no Município de Carneiros, mas que acredita que não, por ser o Município Carneiros pequeno, o que facilitaria seu conhecimento, caso fosse lá sediada; QUE não conhece Paulo Batista Brunet; QUE não conhece a EMPREITEIRA SANTOS – EVERÂNIA MARIA DE JESUS VIEIRA SANTOS ME, sediada na Praça Cônego Bulhões, Carneiros; QUE não conhece a EMPREITEIRA SANTA FERNANDA, que se situa em São José da Tapera; QUE conhece as testemunhas arrolada pelo MPF, nada tendo contra elas; QUE nunca foi preso nem processado; QUE não tem conhecimento da existência de outros processos criminais semelhantes ao presente; QUE acrescenta em sua defesa a declaração de inocência e que quando deixou o mandato sequer possuía casa para morar ou carro para se locomover; QUE, se não fosse o auxílio financeiro dado por seu sogro, tão logo após o término de sua gestão, não teria dinheiro para prover sua manutenção; QUE atualmente subsiste unicamente da remuneração do cargo em comissão que ocupa; DADA A PALAVRA À ACUSAÇÃO, ÀS PERGUNTAS FORMULADAS E DEFERIDAS RESPONDEU: QUE acredita que o dinheiro sacado em 03.09.1996 da conta aberta para repasse dos recursos oriundos do convênio foi aplicado nas obras previstas no convênio; QUE não acompanhou diretamente o cumprimento do convênio, com o já destacado, tendo o feito através de seu contador e do mestre de obras Cícero Miguel; QUE os cheques eram assinados por si e por seu contador; QUE acredita que as obras foram concluídas até o término do convênio; QUE acredita que a Polícia Federal tenha concluído pela não realização das obras devido ao tempo transcorrido entre este fato e a realização da perícia; QUE os equipamentos previstos no convênio foram adquiridos mediante licitação; QUE essas informações sempre lhe eram repassadas pelo contador Cícero Ferreira Amorim, responsável pelas questões relativas ao convênio; QUE o contador tem escritório em frente ao supermercado Ouro Branco no Município de Santana do Ipanema/AL; DADA A PALAVRA À DEFESA, NENHUMA PERGUNTA FOI FORMULADA. Encerrado o interrogatório. (Sem os grifos no original)

Verifica-se na linha de defesa proposta pelo apelante, cujas excusas são: negativa de autoria, desconhecimento dos fatos, atribuição da responsabilidade da gestão financeira ao contador e mestre de obras Cícero Miguel, que os serviços foram executados, porém, as benfeitorias não foram constatadas posteriormente devido à invasão dos prédios reformados por pessoas sem moradia, que parte das verbas foram desviadas para o pagamento da folha de pagamento dos servidores municipais, estão em total desarmonia entre si.

Não se sustentam, também, por não se coadunarem com o apurado pela auditoria, tanto do Ministério da Educação quanto da contas julgadas pelo Tribunal de Contas da União.

Tais teses são insustentáveis diante da discrepância com as afirmações das testemunhas do processo. Nestes depoimentos, ora se vê a não aplicação dos recursos ou o desconhecimento sobre a existência do referido convênio, como no caso do depoimento de Mara Lúcia Vilela Ferreira Agra, fls. 307/308:

QUE trabalha na Prefeitura de Carneiros desde 1992; QUE durante toda a gestão do réu foi Secretária Municipal de Educação; QUE também, foi Secretária de Educação entre 1993 e 1996, no primeiro mandato do réu; QUE no início do mandato do réu foram realizadas reformas em todas as escolas do Município; QUE durante o último ano de mandato do réu foram ampliadas três escolas municipais, cada uma com a construção de mais uma sala de aula; QUE as escolas ampliadas foram Doralícia Maria das Virgens, localizada no sítio Malhador, Escola Municipal Rui Barbosa, no sítio Cavas do Salgadinho, e Siloé Tavares, situada na Rua Adão Vieira; QUE não tem qualquer conhecimento do Convênio nº 4.880/96, firmado entre o Município de Carneiros e o FNDE; QUE se recorda quando funcionários do DEMEC em Maceió foram ao Município de Carneiros procurando informações sobre um convênio, mas como não tinha nenhum conhecimento a esse respeito recomendou que procurassem o Secretário de Finanças ou o Contador, que na época era Cícero Amorim; QUE não se recorda se o Grupo Escolar Geraldo Agra sofreu reforma em 1996; QUE em 1996, o Grupo Escolar Geraldo Agra foi invadido por pessoas que não tinham onde

morar; QUE o Grupo foi desocupado na gestão seguinte, tendo sido feita uma reforma na escola e aquisição de novos materiais para que ela pudesse voltar a funcionar. **(Sem os grifos no original)**

Geraldo Novais Agra, Fl. 309:

QUE foi Prefeito do Município de Carneiros de 1997 a 2000 e de 2001 a 2004; QUE foi sucessor do réu no Executivo Municipal; QUE quando assumiu a Prefeitura o Grupo Escolar Geraldo Agra ainda estava ocupado por pessoas que não tinham onde morar; QUE o estado físico do prédio era razoável, não estando muito danificado; QUE os equipamentos necessários ao funcionamento da escola não mais existiam, até mesmo em razão do decurso do tempo; QUE após a desocupação do prédio foi realizada uma reforma; QUE não sabe se a rede escolar municipal foi reformada durante o ano de 1996, tendo em vista que não morava em Carneiros na época; QUE chegou à cidade para ser candidato a Prefeito; QUE se mudou para Carneiros na metade do ano de 1996; QUE entre junho e julho de 96 até o mês de dezembro do mesmo ano, não viu nenhuma escola sendo reformada; QUE percorreu todo o município durante a campanha; QUE sua campanha foi realizada através de visitas às residências dos eleitores, oportunidade em que passava pelas escolas municipais; QUE não tem nenhum conhecimento especificamente em relação ao Convênio nº 4880/96, firmado entre o Município de Carneiros e o FNDE. DADA A PALAVRA À ACUSAÇÃO, ÀS PERGUNTAS FORMULADAS E DEFERIDAS RESPONDEU: QUE confirma depoimento prestado à Polícia Federal, em que encontrou as escolas municipais em péssima situação; QUE confirmam o depoimento de fls. 50 prestado na PF, no que se refere à ausência de materiais necessários ao funcionamento da escola, tanto que quando assumiu a chefia do Executivo Municipal teve que comprar inclusive carteiras escolares; QUE os ocupantes do Grupo Escolar Geraldo Agra foram transferidos para casas construídas durante a gestão do réu. **(Sem os grifos no original)**

Passo à análise das razões do recurso.

A alegação de baixa escolaridade do apelante, muito menos a questão de ter deixado a prefeitura sem fazer fortuna não o exime da responsabilidade pelos fatos, objetivamente, constatados.

Também a vã tentativa de alegar que os recursos foram desviados para o pagamento de funcionários em virtude da crise, à época, poderia quando muito, implicar na desclassificação do fato para o crime tipificado no inciso III, do mesmo artigo, acarretando a diminuição da pena, não se sustenta à míngua da devida comprovação.

Insubsistente, também, a transferência de responsabilidade para o contador do município ou para a comissão de licitação, o mister de zelar pelo correta aplicação dos dinheiros públicos é função indeclinável do prefeito municipal, chefe do Poder Executivo, o ordenador de despesas.

Para tanto, sob sua direção e controle, nomeia agentes de sua confiança em cargos em comissão para auxiliá-lo na tarefa, sendo responsável em última instância pelos atos praticados por estas pessoas. Não se pode esquecer que a despeito do *staff* que compõe a estrutura da administração, com os diversos níveis hierárquicos, transitando no cotidiano estatal, relações de subordinação e coordenação, em casos tais, o Poder Executivo se manifesta monocraticamente.

No caso, diante de tudo que foi observado na persecução penal, a série de contrastes nos depoimentos em comparação com os elementos probatórios levam, de forma inequívoca, ao convencimento de que o prefeito, ora apelante, livre e conscientemente, foi o responsável pela malversação das verbas do aludido convênio, não levando a termo a execução do convênio firmado com o FNDE.

Quanto à arguição trazida na promoção de fls. 390/392, sobre a desclassificação para o delito do inciso I do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67, sob a ótica da aplicação da pena, em nada modifica a manutenção como determinado na sentença, que condenou as iras do inciso II, tendo em vista que as penas de cada um dos comandos são iguais.

Entretanto, diante das pertinentes razões de decidir, entendo por manter a tipificação da conduta no inciso II: “II - utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos;”. Muito embora não se tenha configurado o proveito próprio do apelante dos recursos não aplicados, suas ações à fren-

te do município propiciaram que um processo de licitação viciado beneficiasse empresas irregulares em detrimento das demandas educacionais da população.

No que concerne à dosimetria da pena, entendo que agiu bem o douto magistrado na consideração das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, principalmente na ênfase em relação à culpabilidade e as consequências do crime, como fase inicial do cálculo da reprimenda.

A pertinente observação metajurídica sobre as condições de miserabilidade daquelas plagas, demonstrada na indicação de dados estatísticos do Índice de Desenvolvimento Humano - IDH, mormente quanto ao persistente analfabetismo, motor principal da avença não cumprida, comparando a situação socioeconômica do município com o país e com o mundo, reforça o desvalor da ação do apelante.

A cupidez do apelante que teve os olhos fechados para penúria daquela gente sofrida, seus eleitores, sendo insensível às demandas educacionais mínimas, direitos garantidos pela Constituição Federal, justifica a quantificação da pena aplicada.

III - Disposição

Nego provimento à apelação criminal mantendo a sentença em todos os seus termos.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.667-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAXIMILIANO CAVALCANTI (CONVOCADO)

Apelantes: JOÃO DIVINO GOMES, JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA, ERINALDO JOSÉ DO REGO, WELLINGTON RIBEIRO DE OLIVEIRA E JULIANA GOMES DA SILVA

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Advs./Procs.: DR. FERNANDO JOSÉ ALVES DE SOUZA E OUTROS (1º APTE.), CARLOS JOSÉ DA COSTA CAMPELLO (2º APTE.), SANDRA CAVALCANTI CUNHA OLIVEIRA (3º APTE.), HELIO CONSTANTINO DA SILVA (4º APTE.)

Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (5º APTE.)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. DEVOLUTIVIDADE PLENA. CRIMES PREVISTOS NO ART. 298 (FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR), ART. 297, CAPUT (FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO), ART. 299, CAPUT (FALSIDADE IDEOLÓGICA), ART. 307, CAPUT (FALSA IDENTIDADE), E ART. 304, CAPUT (USO DE DOCUMENTO FALSO), DO CÓDIGO PENAL. ATUAÇÃO VOLTADA À OBTENÇÃO DE VISTO COM FINS DE IMIGRAÇÃO ILEGAL PARA OS EUA. CISÃO DO PROCESSO. INCABIMENTO. ART. 80 DO CPP. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. DEFESA DEFICIENTE. PEÇA NÃO ESSENCIAL. FALTA DE PROVA DO PREJUÍZO. SÚMULA Nº 523, STF. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DOS RÉUS. MUTATIO LIBELLI. SENTENÇA ADSTRITA AOS FATOS ELENCADOS NA DENÚNCIA. HIPÓTESE DE EMENDATIO LIBELLI. ART. 383, CPP. ALEGAÇÃO DE CRIME IMPOSSÍVEL. NÃO RECONHECIMENTO. DOSIMETRIA. EXACERBAÇÃO DA PENA BASE. INOCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. REDUÇÃO DA PENA

AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMU-LA 231 DO STJ. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. DELAÇÃO PREMIADA. LEI Nº 9.807/99. INVIABILIDADE.

- Já não mais se justifica a cisão do feito, por ocasião do julgamento da apelação, na forma do artigo 80 do CPP, quando formado e remetido para o Juízo competente o processo de execução provisória do único réu que se encontra preso.

- Dando conta os autos da escorreita intimação dos réus para a apresentação da defesa preliminar, bem assim demonstrando estarem as partes devidamente assistidas por advogados em todo o iter processual, sem registros de qualquer espécie em relação à má atuação dos patronos dos recorrentes, impõe-se reconhecer que a alegação preliminar de nulidade por ausência de defesa efetiva esbarra no óbice do art. 565 do Código de Processo Penal, segundo o qual nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha ocorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse. Arguição, ademais, que em momento algum desce às minúcias a fim de esclarecer quem seriam as relevantes testemunhas ou quais os fatos que poderiam ser por elas esclarecidos, não apontando as imprescindíveis provas que deveriam ser produzidas por ocasião da instrução do feito, ou mesmo que teses de defesa poderiam ser levadas em consideração, e não foram, em razão do não oferecimento de defesa preliminar.

- Ainda que se apresentasse plausível a alegação de não efetividade ou deficiência das defesas dos recorrentes, seria imperiosa a demonstração – não realizada nos autos – de prejuízo concreto para se valerem eles da nulidade invocada, nos termos da Súmula nº 523 do Supremo

Tribunal Federal, de teor: No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

- Preliminar de nulidade por ausência de intimação dos réus em afronta ao art. 384 do CPC que também se rejeita, pois a necessidade de intimação dos denunciados só decorreria do surgimento, na fase instrutória, de circunstâncias ou elementos da infração penal não contidos na acusação, que, acrescidos aos fatos descritos na denúncia, conduzissem a uma nova definição jurídica desse, por assim dizer, novo fato.

- Caso em que não emergiram elementos fáticos novos na fase instrutória, nada se acrescentando ao já descrito pela denúncia, de amplo conhecimento dos denunciados, razão pela qual não se tem por demonstrado o alegado prejuízo para a defesa.

- Não se exibem impossíveis os crimes – em face da impropriedade dos meios empregados – quando alguns dos delitos chegam a se exaurir, sendo a fraude desvendada apenas em face da diligência dos funcionários do Consulado Norte-Americano responsáveis pela investigação que precede a concessão de visto.

- O recurso de apelação devolve à plena cognição do Tribunal a matéria tratada nos autos, podendo dar ensejo à modificação do julgado em favor do réu, inclusive, por fundamentos não suscitados em suas razões.

- Os crimes de falsa identidade cometidos na Polícia Federal e, posteriormente, no Consulado Americano em Recife, são elementos do crime etapas necessárias ao cometimento do crime de uso de documento público falso, impondo-se a aplicação do princípio da consunção ao caso, pois se exigia o comparecimento pessoal dos requerentes, em ambas as ocasiões, para a ob-

tenção do passaporte e do visto. Não podendo agir por procuração, era imperiosa a presença dos réus para fazer uso dos falsos documentos. Por outro lado, o próprio preceito sancionador do tipo penal do crime de falsa identidade não deixa margem ao julgador ao ressaltar, de forma categórica, a consunção quando o fato constituir elemento de crime mais grave.

- O crime de falsidade ideológica – perpetrado ao se preencher o requerimento de visto – é consumido pelo de uso de documento falso, quando este é utilizado exclusivamente para requerer a expedição de passaporte. A fé pública, bem jurídico protegido pelo tipo penal sancionador da conduta de uso de documento público falso, sofre lesão com a exibição do passaporte junto ao Consulado, apresentando-se o preenchimento do pedido de visto como mera etapa subsequente e irrelevante do crime de uso (post factum impunível), ainda mais porque, conquanto o passaporte exiba potencialidade lesiva após o uso junto ao Consulado, o mesmo não se pode dizer do requerimento, que, em si, é documento de finalidade única, consumindo-se com o uso a que se destina, qual seja, a expedição do visto.

- Nos termos da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

- O crime de uso de falsa declaração particular, empregado com a finalidade de suprir a necessidade de comparecimento da genitora da fictícia menor ao DPF, não se apresenta como etapa necessária ao cometimento do delito de falsidade ideológica, consistente em inserir na ficha de requerimento de passaporte informações inverídicas, pois a participação do réu poderia ter se resumido à falsidade ideológica, caso em que caberia ao idealizador do crime providenciar a

participação de outro agente, a se passar pela mãe da infante.

- O delito de falsa identidade, desde que não se apresente como elemento ou etapa necessária aos demais crimes de maior gravidade, mas como conduta autônoma, pode ser tomado em concurso da espécie material com os crimes de uso de documento particular falso e falsidade ideológica.

- O preenchimento de dois campos do mesmo requerimento de passaporte não configura a prática de dois crimes de falsidade ideológica, mostrando-se desarrazoado o aumento da pena respectiva atribuído a pretexto da incidência do art. 71 do Código Penal (continuação delitiva).

- Não se aplicam os benefícios da delação premiada quando a prisão do réu que os requer, idealizador dos crimes, é viabilizada pelos depoimentos dos seus coautores, presos em flagrante, que já haviam esclarecido o mecanismo da fraude, estes apenas confirmados pelo posterior depoimento do postulante.

- O autor da falsificação do documento, após entregá-lo a terceiro, não é partícipe no crime de uso e de falsidade ideológica perpetrados por este último, se não concorreu diretamente na execução desses delitos.

- Apelação de Erinaldo José do Rego improvida. Provimento parcial aos recursos dos demais réus.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso de Erinaldo José do Rego e dar parcial provimento ao recurso de Wellington Ribeiro de Oliveira e, por maioria, dar parcial provimento aos recursos dos demais réus, nos termos do relatório,

voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 1º de outubro de 2009 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MAXIMILIANO CAVALCANTI -
Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MAXIMILIANO CAVALCANTI (Convocado):

Apelam JOÃO DIVINO GOMES, JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA, ERINALDO JOSÉ DO REGO, WELLINGTON RIBEIRO DE OLIVEIRA e JULIANA GOMES DA SILVA da sentença condenatória proferida pelo Juízo da 4ª Vara Federal de Pernambuco, da lavra do Juiz Federal Gustavo Pontes Mazzocchi.

Os apelantes foram denunciados pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL como incursos nas práticas descritas nos tipos dos artigos 288, 297, 298, 299 e 304 do Código Penal.

Segundo a peça delatatória (fls. 288 e seguintes), *“No decorrer das investigações ficou comprovado que o caso flagranteado foi um dentre vários nos quais João Divino Gomes era encarregado de, fraudulentamente, obter vistos para outras pessoas ingressarem no território americano. Também foi constatado o envolvimento em tal aparato de uma servidora de Cartório (Irinalda) e de mais dois Sargentos da Aeronáutica (José Carlos e Wellington)”*.

Na versão acolhida pelo MPF, JOÃO DIVINO GOMES, IRINALDA BARBOSA, JOSÉ CARLOS e WELLINGTON RIBEIRO DE OLIVEIRA se associaram, sob a orientação do primeiro, para a prática de vários crimes voltados à obtenção de vistos de ingresso nos Estados Unidos da América.

Os interessados na emigração procuravam JOÃO DIVINO GOMES, que já gozava de algum prestígio pelos êxitos obtidos em tal desiderato, e, mediante pagamento, adquiriam todos os documentos, em parte ou integralmente falsificados, e a orientação de como proceder para conseguirem o visto.

Na divisão das tarefas, caberia a IRINALDA providenciar os formulários de certidões de nascimento, os selos de autenticação e os carimbos empregados na confecção dos documentos falsos, missão facilitada pela sua condição de operadora de uma máquina de fotocópia do Cartório de Porta Larga. WELLINGTON e JOSÉ CARLOS, a seu turno, se passariam por parentes dos interessados ou aliciariam outras pessoas para esse mister.

Posto em prática a empreitada criminosa, foram presos em flagrante, no Consulado Norte Americano, JULIANA GOMES DA SILVA, que teria se proposto a pagar a quantia de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) pelo documento a fim de obter o visto, e ERINALDO JOSÉ DO REGO, este por se fazer passar por pai dela através de documentos falsos confeccionados por JOÃO DIVINO GOMES.

Com a prisão em flagrante e de posse dos depoimentos de ERINALDO e JULIANA, requereu a autoridade policial a prisão preventiva de JOÃO DIVINO GOMES, o que foi acolhido às fls. 66/69. Em seus depoimentos, JOÃO DIVINO, ERINALDO e JULIANA confessaram parcialmente a veracidade da versão já delineada. Em complementação, o primeiro deles apontou a sua participação em concurso com JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA E WELLINGTON RIBEIRO DE OLIVEIRA, estes dois sargentos da Aeronáutica, em mais dois outros episódios semelhantes.

No caso envolvendo WELLINGTON, JOÃO DIVINO narrou que o aliciou para promover o ingresso nos Estados Unidos da América de duas pessoas de nome Marilene e Viviane mediante a adulteração dos passaportes da esposa e da filha de WELLINGTON, respectivamente Vilma Maria e Pâmela Rebeca. Chamado a depor na fase inquisitorial, WELLINGTON confirmou parcialmente as afirmações, mas negou qualquer intento criminoso de sua parte, expondo versão em que teria sido ludibriado por JOÃO DIVINO GOMES ao tentar emitir os passaportes de sua filha e esposa, sem o consentimento ou conhecimento delas, para lhes fazer uma “surpresa”.

Noutro episódio confessado, JOÃO CARLOS DE OLIVEIRA se passou por marido de Márcia Maria Santos, que teria acrescentado de forma espúria o sobrenome “de Oliveira”, a fim de obter o

passaporte e visto para ingresso nos Estados Unidos da América. Em depoimento nos autos do inquérito respectivo, JOÃO CARLOS confessou os fatos narrados por JOÃO DIVINO, infirmando-os, porém, em juízo.

IRINALDA, por seu turno, além de não ter sido mencionada por JOÃO DIVINO, negou a autenticidade da versão acolhida pelo Ministério Público.

A sentença absolveu IRINALDA BARBOSA GONÇALVES por falta de elementos que atestassem a sua participação no esquema descrito pela denúncia. Também foram os réus JOÃO DIVINO GOMES, JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA, ERINALDO JOSÉ DO REGO, WELLINGTON RIBEIRO DE OLIVEIRA E JULIANA GOMES DA SILVA absolvidos pelo delito de formação de quadrilha, considerando a participação episódica dos dois últimos, pelo que restou a associação criminosa restrita a três denunciados, não se perfazendo, pois, o tipo do art. 288 do Código Penal.

Restaram condenados, entretanto, JOÃO DIVINO GOMES, pelos crimes de falsificação de documento particular (art. 298 do CP), falsificação de documento público (art. 297, *caput*, do CP), falsidade ideológica em documento público (art. 299, *caput*, do CP), falsa identidade (art. 307, *caput*, do CP) e uso de documento público falso (art. 304 c/c art. 297, *caput*, do CP); JULIANA GOMES DA SILVA, por uso de documento público falso (art. 304, c/c art. 297, *caput*, do CP), falsidade ideológica em documento público (art. 299, *caput*, do CP) e falsa identidade (art. 307, *caput*, do CP); ERINALDO JOSÉ DO REGO, por haver cometido os crimes de falsa identidade (art. 307, *caput*, do CP), falsidade ideológica em documento público (art. 299, *caput*, do CP), uso de documento particular falso (art. 304, c/c art. 298 do CP); JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA, por haver perpetrado o delito de falsa identidade (art. 307, *caput*, do CP), falsidade ideológica em documento público (art. 299, *caput*, do CP); e WELLINGTON RIBEIRO DE OLIVEIRA, pelo cometimento dos crimes de falsidade ideológica em documento público (art. 299, *caput*, do CP) e uso de documento particular falso (art. 304, c/c art. 298 do CP).

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL não apelou da decisão (v. certidão de fl. 662).

ERINALDO JOSÉ DO REGO apresentou as razões recursais já em primeiro grau de jurisdição, sustentando, preliminarmente, a nulidade absoluta da sentença em face de, sem sua prévia intimação, haver o magistrado procedido a uma nova capitulação dos fatos narrados na denúncia, condenando-o pelos crimes descritos no art. 307 e 304 c/c 298 do Código Penal, quando a denúncia não os mencionava. Defende a possibilidade de, ao se aplicar a punição, reduzir-se a pena base para aquém do mínimo legal em face das circunstâncias atenuantes, sob pena de ferir-se direito subjetivo do apelado. Roga, ademais, pela redução da multa imposta e pelo afastamento dos crimes previstos no art. 304 c/c 298, *caput*, do Código Penal.

Às fls. 665/671, o MPF apresentou contrarrazões ao mencionado recurso, convicto da inexistência de qualquer nulidade em relação à inobservância da capitulação dos crimes descritos na denúncia. Ao tempo em que defendeu a manutenção da sentença em relação ERINALDO JOSÉ DO REGO, esclareceu o *Parquet* que a mudança aludida se conforma à figura da *emendatio libelli*, pois os fatos narrados pela peça acusatória não foram alterados, mas apenas a descrição jurídica deles, já que o magistrado entendeu configurados, além do tipo previsto no art. 299 do CP, invocado na denúncia, os crimes tipificados no art. 304 e 307 do mesmo diploma legal. Quanto à redução da pena para aquém do mínimo legal, em face da incidência das circunstâncias atenuantes, invocou a limitação prevista na Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça. No que se refere à redução da multa, defendeu a manutenção da pena, cuja cobrança segue o rito das execuções fiscais. Esclareceu, por fim, que, uma vez demonstrado cabalmente o estado de pobreza, e enquanto este durar, a cobrança do pagamento das custas processuais pode ser suspensa.

JOÃO DIVINO GOMES também apresentou suas razões recursais (fls. 691/730), nas quais argúi, em preliminar, a nulidade absoluta da fase instrutória do feito, em face da deficiência de sua defesa até então patrocinada por outro causídico, arrimando-se no teor da Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal. Nessa linha, alega não haver arrolado testemunhas de suma importância para o perfeito esclarecimento dos fatos, nem requerido a obtenção de provas que serviriam em seu socorro, tornando-se evidente que

as confissões excessivas nas fases inquisitorial e judicial são mais uma evidência desse fato. Aduz, outrossim, nulidade absoluta por ter, sob sua óptica, procedido o Juiz a uma nova definição jurídica dos fatos, o que culminou com a aplicação de pena mais severa em relação à prevista inicialmente pelo próprio *Parquet* Federal, sem a observância dos preceitos do art. 384 do Código de Processo Penal. Quanto à aplicação das penas, defende a impossibilidade de aplicação conjunta das penas dos crimes dos artigos 297, 298 e 299 do Código Penal, máxime com a incidência do art. 71 do mesmo estatuto legal, configurando-se aí a figura defesa do *bis in idem*. Afirma, também, jamais haver feito uso de documento falso, restando tal assertiva corroborada pelas provas dos autos, não se havendo confundir os núcleos fornecer ou repassar com fazer uso deles, razão pela qual entende descabida a condenação às penas do art. 304 do Código Penal.

Destaca, ainda, a sua colaboração como crucial para o deslinde dos fatos investigados, pelo que pugna pela aplicação das benesses da delação premiada, na modalidade prevista pelo artigo 13 ou 14 da Lei nº 9.807/99, inclusive por manifestação expressa desta Corte para fins de prequestionamento. Em acréscimo, entende desrespeitado o critério trifásico para aplicação das penas, descrito pelos artigos 59 e 68 do Código Penal Brasileiro, pois a fixação da pena base próxima ao máximo legal não estaria justificada. Ao final, requer a “partição do feito na forma do artigo 80 do CPP, para que se lhe imprima maior celeridade”, uma vez que “apenas o apelante está preso”.

As razões de impugnação da sentença formuladas por JULIANA GOMES DA SILVA encontram-se insertas às fls. 737/741, trazendo, preliminarmente, a alegação de nulidade do processo em virtude da deficiência da defesa, porquanto o advogado então responsável pela defesa dos seus interesses não formulou perguntas, por ocasião do seu interrogatório. Prossegue, em desenvolvimento da tese, apontando para os motivos determinantes da conduta da recorrente, quais sejam, a dificuldade financeira em que se encontrava sua família e o volume de dívidas acumuladas por ela, que a obrigavam a morar com a mãe.

Nessa linha, destaca a má atuação do patrono de então por

não propor outras indagações, tais como, por exemplo, se a renda auferida por sua família era suficiente para a própria manutenção, além de outros fatores que a teriam levado à delinquência. Registra a não apresentação de defesa prévia como mais uma causa de ingente prejuízo para a sua defesa, a redundar em desrespeito às garantias constitucionais do devido processo legal, conforme preceito inserto na Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal.

Pugna pela absolvição em relação aos crimes de falsidade ideológica, pois a recorrente teria afirmado desconhecer os documentos de autorização de passaporte, certidão de nascimento e demais documentos referidos na denúncia, bem assim quanto ao formulário de requisição de visto, em relação aos quais não há prova técnica a afirmar sua participação. Sustenta, ainda, a impossibilidade da prática do crime de uso de documento falso em razão dos meios empregados serem definitivamente impróprios para se alcançar o fim almejado, considerando que da simples observação da sua foto se inferiria não possuir ela, à época, os dezesseis anos declarados no documento, bem assim a inteira dessemelhança física com ERINALDO JOSÉ DO REGO, que se passava por seu pai.

Sustenta, ainda, a inexigibilidade de conduta diversa, pois a recorrente fora seduzida pelo sonho americano e buscava apenas ingressar em solo estrangeiro para socorrer seus entes queridos em face das dificuldades financeiras que enfrentavam, situação agravada pelo forte desemprego na região em que morava, mormente por sua faixa etária e pela pouca experiência profissional. Dessa forma, não enxergava outra solução para a grave situação de que participavam ela e sua família, não se podendo exigir dela outra atuação senão a empreendida.

Defende, ainda, a subsunção do delito de falsidade ideológica pelo de uso de documento falso.

Nas contrarrazões de fls. 751/759, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL se contrapõe às apelações de JOÃO DIVINO GOMES e JULIANA GOMES DA SILVA.

Quanto ao primeiro, registra a inexistência de nulidades e transcreve trechos da própria apelação a subsidiar a afirmação de que

nem mesmo os patronos do recorrente conseguem defender com efetividade essa tese. Destaca o inteiro teor da Súmula nº 523 do STF, segundo a qual a nulidade relativa pertinente à deficiência da defesa não dispensa a demonstração de efetivo prejuízo, fato não ocorrido em relação a JOÃO DIVINO GOMES.

No pertinente à alegação de nulidade em face da nova valoração jurídica dada aos fatos descritos na denúncia, transcreve trecho das contrarrazões formuladas em relação ERINALDO JOSÉ DO REGO em que se defende a ocorrência da *emendatio libelli*. Contrapõe-se ao argumento de configuração de *bis in idem* em face de não enxergar a dupla aplicação de um mesmo tipo ou de mais de um tipo penal a um mesmo fato, mas, ao revés, admite, no mesmo sentido da sentença, conjuntos isolados de crimes continuados. Aduz, ademais, que o perdão judicial não decorre, necessariamente, da confissão, como pretende o recorrente, e reconhece suficientemente fundamentada a decisão recorrida no tocante à fixação da pena base e demais etapas de sua aplicação.

Também no tocante à apelação de JULIANA GOMES DA SILVA, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL reitera os fundamentos aduzidos em relação às preliminares levantadas por JOÃO DIVINO GOMES. Quanto aos demais fundamentos da apontada apelação, o titular da ação penal os contradita reproduzindo trecho pertinente da sentença que os examinou exaustivamente, para pugnar pela improcedência dos apelos.

JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA apresenta seus fundamentos recursais às fls. 769 a 771 dos autos, rogando pela declaração de nulidade do processo ante a atribuição de nova definição jurídica aos fatos a ele imputados, sem que fosse dada oportunidade ao recorrente de se defender da nova capitulação, redundado esta na aplicação de pena mais severa ao recorrente.

WELLINGTON RIBEIRO DE OLIVEIRA, assistido pela Defensoria Pública da União, defende a atipicidade de sua conduta, já que os documentos originais de sua esposa e filha teriam sido entregues a JOÃO DIVINO GOMES, que os teria, ele apenas, utilizado para fins ilegais, preenchendo formulários nos quais teria inserido declarações falsas, inclusive forjando autorização da esposa do acusado (fl. 213). Nessa linha, a conduta do acusado seria

apenas a de entregar os documentos da esposa e filha a JOÃO DIVINO GOMES, fato não descrito como crime em qualquer dos tipos penais imputados ao recorrente.

Quanto ao delito de uso de documento falso, previsto no art. 304 do Código Penal, sustenta WELLINGTON RIBEIRO DE OLIVEIRA comprovado que fora JOÃO DIVINO quem confeccionou a autorização e a subscrição de *Vilma Maria Cabral Ribeiro*, esposa do recorrente, com o intuito de obter visto para que uma cliente sua (de JOÃO DIVINO) ingressasse nos Estados Unidos com o passaporte da menor Pâmela Ribeiro, não subsistindo suporte material ou fático para a condenação do apelante por tal crime. Caso rejeitadas as alegações aduzidas em sua defesa, requereu a observância ao princípio da consunção, para que o crime-fim (falsidade ideológica) absolva o crime-meio, o de uso de documento falso.

Tece comentários pormenorizados acerca das definições jurídico-penais envolvidas no processo de aplicação da pena, defendendo a redução, em face das circunstâncias atenuantes, da pena base para aquém do mínimo legal. Pugna, outrossim, pelo afastamento da circunstância agravante do art. 61, II, *b*, do Código Penal, pois não haveria elementos a justificar a afirmação feita na sentença de que os crimes foram perpetrados para assegurar a execução de outros.

Objeta-se o Órgão do MPF às apelações de JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA e WELLINGTON RIBEIRO DE OLIVEIRA através da manifestação de fls. 796/812v.

Quanto ao apelo de JOSÉ CARLOS, o *Parquet* não enxerga prejuízo algum à defesa, pois a nova definição jurídica considerou estritamente os fatos descritos na inicial acusatória, amplamente discutidos na fase instrutória do feito. Destaca, outrossim, que JOSÉ CARLOS confessou na fase inquisitorial, com riqueza de detalhes, todos os fatos delituosos levados em consideração na sentença condenatória. Tais fatos, por outro lado, guardam estrita sintonia com os depoimentos de JOÃO DIVINO GOMES e com as provas dos autos, o que desmerece o depoimento prestado judicialmente, no qual alegou desconhecer o antes confessado, bem assim as pessoas envolvidas no episódio.

Quanto ao apelante WELLINGTON RIBEIRO DE OLIVEIRA, vislumbra o titular da ação penal sua participação consciente nos crimes de falsidade ideológica e uso de documento falso perpetrados em comunhão com JOÃO DIVINO GOMES. Aquiesce, entretanto, com a tese da defesa em relação à aplicação do princípio da consunção, de forma que o delito de uso de documento falso seja absolvido, como crime meio, pelo delito de falsidade ideológica em documento particular. Nesse passo, afirma: *“De fato, a inserção de dados falsos no requerimento de passaporte era meio necessário para a obtenção do documento público almejado pelo sentenciado e não tinha aquele requerimento potencialidade lesiva outra que não a obtenção do passaporte falso”*.

Em parecer de fls. 815/821, o representante do Ministério Público Federal com atuação neste juízo tece breves comentários em consonância com as contrarrazões apresentadas pelo órgão oficiante na primeira instância, notadamente quanto à parcial procedência do apelo de WELLINGTON RIBEIRO DE OLIVEIRA.

Em 4 de setembro de 2009 foi recebido telegrama do Superior Tribunal de Justiça comunicando a concessão parcial de ordem de *habeas corpus*, pela Quinta Turma daquela e. Corte, em que se determinou a adoção das providências necessárias a assegurar o julgamento das apelações relativas a este feito no prazo de 30 (trinta) dias.

Relatei.

Remetam-se os autos à revisão, nos termos regimentais.

VOTO (PRELIMINAR)

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MAXIMILIANO CAVALCANTI (Relator Convocado):

I - DA NULIDADE POR AUSÊNCIA DE DEFESA EFETIVA.

Os apelantes JOÃO DIVINO GOMES e JULIANA GOMES DA SILVA sustentam, em preliminar, a nulidade do feito, desde a instrução, em razão da alegada deficiência de suas defesas, aqui atribuídas como não efetivas.

Apona JOÃO DIVINO GOMES para o excesso de suas auto-

incriminações na fase instrutória, bem assim para o fato de o patrono de então não haver formulado defesa prévia nem requerido a produção de provas aptas a socorrer o recorrente, sequer postulando a ouvida de testemunhas.

Conquanto verdadeiros os fatos apontados, pois JOÃO DIVINO GOMES confessou com pormenores a sua participação e dos demais réus nos crimes a eles imputados pela sentença, deixando de apresentar defesa prévia ou requerer provas ou mesmo a audição de testemunhas, tais fatos nem de longe levam às conclusões pretendidas, ou seja, não significam ausência de defesa efetiva.

A confissão formulada na fase inquisitorial e depois confirmada em juízo foi inteiramente espontânea. O recorrente jamais se retratou, nem mesmo agora, quando patrocinado pelo causídico que levanta a preliminar. Não faria sentido, portanto, arrolar testemunhas, senão para corroborar a veracidade dos fatos por ele narrados, o que era inteiramente desnecessário, já que o magistrado de primeiro grau mostrou-se convencido das alegações, pois acordes com todo o conjunto probatório produzido.

Pelas mesmas razões era impertinente o requerimento, não formulado, de produção de provas, tampouco seria relevante a apresentação de defesa preliminar.

Certamente por isso, todas essas alegações foram formuladas na defesa do réu de forma um tanto genérica, porquanto em momento algum a peça desce a minúcias a fim de esclarecer quem seriam as relevantes testemunhas a serem ouvidas ou quais seriam os fatos que poderiam ser esclarecidos por elas. Não se apontam as relevantes provas que deveriam ser produzidas por ocasião da instrução do feito, ou mesmo que teses em prol do acusado poderiam ter sido levadas em consideração se a defesa preliminar houvesse sido oferecida.

Não é diferente o caso de JULIANA GOMES DA SILVA.

Ela apresenta em sua defesa, a título de alicerce da alegação de nulidade em exame, o fato de o seu advogado, então defensor de seus interesses, não haver formulado perguntas na oportunidade de seu interrogatório com a finalidade de demonstrar a condi-

ção econômica precária em que vivia com sua família, motivo determinante de sua conduta.

Destaca, no mesmo passo, a ausência de defesa preliminar em seu favor, tudo a redundar em ingente prejuízo à sua efetiva defesa, ferindo a garantia constitucional do devido processo legal.

Ora, também a recorrente JULIANA, presa em flagrante, confessou os fatos pelos quais fora condenada e, posteriormente, em juízo, os confirmou.

De mais a mais, a alegação de inexigibilidade de conduta diversa, alicerçada nas condições econômicas precárias em que vivia com sua família, foi examinada com profundidade na sentença e rechaçada por não se exibir plausível juridicamente e não por falta de provas da alegada situação financeira.

De outro lado, os autos dão conta da escorreita intimação dos réus para a apresentação da defesa preliminar, bem assim demonstram estarem eles, sem exceção, devidamente assistidos por advogados em todo o *iter* processual, não havendo registros, nos autos, de qualquer espécie, em relação à má atuação dos patronos dos denunciados.

Como se não bastasse, encontra-se pacificado no seio doutrinário e jurisprudencial que, ao contrário das alegações finais, a defesa preliminar não constitui peça essencial no processo penal. Com efeito, se nesta é que as testemunhas são arroladas e que a produção de provas é pleiteada, não se há de falar em violação do devido processo legal.

Impõe-se, também por esse motivo, como óbice à pretensão de nulidade em exame, a prescrição do art. 565 do Código de Processo Penal, segundo a qual *“nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse”*.

E ainda que tomássemos por plausível a alegação de não efetividade ou deficiência das defesas dos recorrentes, seria imperiosa a demonstração de prejuízo concreto para se valerem eles da nulidade invocada, nos termos da Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal, de teor:

Súmula nº 532 - No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o Réu.

Tal efetivo prejuízo, com efeito, não restou demonstrado em momento algum, sendo apenas alegado, repita-se, de forma genérica.

Rejeito, por essas razões, a preliminar aludida.

II - DA NULIDADE, POR OFENSA AO CONTRADITÓRIO, EM FACE DA ADOÇÃO DE NOVA DEFINIÇÃO JURÍDICA DOS FATOS NARRADOS NA INICIAL, EM AFRONTA AO ART. 384 DO CPP.

Os réus JOÃO DIVINO GOMES, JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA e ERINALDO JOSÉ DO REGO advogam a nulidade do processo em face da não observância do comando do art. 384 do Código de Processo Penal.

Segundo afirmam, o magistrado de primeiro grau, ao sentenciar, teria dado nova definição legal aos fatos narrados na peça acusatória, sem antes intimar os Réus para se manifestarem sobre tal inovação.

Também essa preliminar se apresenta impróspera.

Pretende-se, em verdade, afirmar a ocorrência de *mutatio libelli*, presente nos casos em que são levadas em conta elementos ou circunstâncias da infração penal não mencionadas na acusação, muito embora constantes dos autos.

Não é o caso.

Com efeito, os fatos narrados na peça acusatória e suficientemente demonstrados, quer pelas provas materiais quer pelos depoimentos dos réus e das testemunhas, não sofreram acréscimos no curso da ação penal. É dizer, os depoimentos em juízo e as provas colhidas nesta fase processual apenas confirmaram os fatos narrados no exórdio da ação.

Por ocasião da sentença, o magistrado, como não poderia deixar de ser, tão somente cuidou de corrigir a capitulação dada aos fatos pela denúncia, traduzindo-se aí justamente a corrente figura da *emendatio libelli*, prevista no respectivo Código de Ritos pelo art. 383, de teor:

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

A necessidade de intimação dos réus só decorreria do surgimento, na fase instrutória, de circunstâncias ou elementos da infração penal não contidos na acusação, que, acrescidos aos fatos descritos na denúncia, conduzissem a uma nova definição jurídica desse, por assim dizer, novo fato.

Mas, repita-se, não emergiram elementos novos, nada se acresceu ao já descrito pela denúncia, cujo teor é de amplo conhecimento dos réus, razão pela qual não se há falar em possíveis prejuízos para a defesa e, portanto, em necessidade de intimação dos acusados, tampouco em nulidade do processo.

Em prol desse raciocínio, invoco os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. ART. 226 DO CPP. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ART. 384 DO CPP. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. ART. 155, § 2º, DO CP. PRIVILÉGIO. FURTO QUALIFICADO. IMPOSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO.

As razões recursais implicam, necessariamente, reexame da matéria fática debatida nos autos, o que é vedado pelo Enunciado da Súmula 7 desta Corte. Dissídio jurisprudencial. Art. 384 do Código de Processo Penal. Ausência do cotejo analítico. Inocorrência da alegada violação. **“Não há falar em nulidade da decisão condenatória por infringência ao contraditório, em face da ocorrência da *emendatio libelli* (art. 383, do CPP) e não *mutatio libelli* (art. 384, do CPP), pois a nova classificação concretizou-se na simples correção da capitulação legal, em face dos fatos suficientemente narrados na peça acusatória, sendo desnecessária a abertura de prazo para manifestação da defesa”**. “É inaplicável, ao furto qualificado, a minorante prevista no art. 2º do art. 155 do Código Penal.” Recurso parcialmente conhecido, mas desprovido.

(STJ - REsp nº 401426, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, publicado no *DJ* de 07/04/2003, p. 00312)

PROCESSUAL PENAL. CORREÇÃO DA CAPITULAÇÃO FEITA NA DENÚNCIA. SIMPLES *EMENDATIO LIBELI* E NÃO *MUTATIO LIBELI*. NÃO ABERTURA DE PRAZO PARA A DEFESA. SENTENÇA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

1. Não há falar em nulidade da decisão condenatória por infringência ao contraditório, em face da ocorrência de *emendatio libeli* (art. 383 do CPP) e não *mutatio libeli* (art. 384 do CPP), pois a nova classificação concretizou-se na simples correção da capitulação legal, em face dos fatos suficientemente narrados na peça acusatória, sendo desnecessária a abertura de prazo para manifestação da defesa.

2. Recurso improvido.

(STJ - RHC nº 11054, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ de 04/06/2001, p. 00253)

PENAL E PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. ART. 621, I, CP. ART. 20 DA LEI Nº 7.492/86. CORREÇÃO DA CAPITULAÇÃO FEITA NA DENÚNCIA. SIMPLES *EMENDATIO LIBELI* E NÃO *MUTATIO LIBELI*. NÃO ABERTURA DE PRAZO PARA A DEFESA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA EM CONFORMIDADE COM AS PROVAS COLHIDAS NOS AUTOS. REVISÃO IMPROCEDENTE.

1. Réu condenado pela prática do delito inculcado no art. 20 da Lei nº 7.492/86 com base nas provas hauridas do conjunto probatório dos autos.

2. A *emendatio libelli* é a possibilidade do julgador dar aos fatos descritos na denúncia definição jurídica diversa e tem como fundamento jurídico dois brocardos consagrados em nosso ordenamento jurídico – o *jura novit curia* e o *narra mihi factum dabo tibi jus*, em consonância com o princípio da correlação entre a sentença e a denúncia.

3. Não cabe abertura de prazo à defesa, vez que o réu não se defende da capitulação contida na denúncia, mas dos fatos que lhe são imputados pelo MP. Inteligência do art. 383, do CPP.

4. Inexistindo julgamento contrário a texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, nos termos contidos no art. 621, I, do CPP, não há que ser julgada procedente a ação revisional ajuizada pelo réu condenado.

5. Revisão criminal improcedente.

(TRF 5ª Região - RVCR 43 - Tribunal Pleno - Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, *DJ* 8.3.2007, pg. 593)
[Os destaques não estão no original]

Rejeito, portanto, a preliminar de nulidade do processo por ofensa ao contraditório.

Assim voto.

VOTO (MÉRITO)

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MAXIMILIANO CAVALCANTI (Relator Convocado):

III - DO MÉRITO.

Superadas as preliminares, passemos ao exame das demais alegações trazidas pelas apelações dos réus, cujo exame se confunde com o próprio deslinde do mérito da demanda.

Para fins de sistematização, passo a dissecar o caso dos autos a partir de cada um dos três episódios em que se deram os crimes pelos quais foram condenados os apelantes.

Num primeiro momento, foram flagrados JULIANA GOMES DA SILVA e ERINALDO JOSÉ DO REGO no Consulado Norte Americano. Ela se passando por “Ariane Santiago Rego” e ele por seu genitor, ambos em busca de visto de não imigrante para ingresso dos Estados Unidos. A partir do depoimento deles, chegou-se a JOÃO DIVINO GOMES, elemento de ligação entre as três ocorrências de que tratam estes autos.

JOÃO DIVINO, ao depor, narrou à satisfação a própria participação no caso do flagrante e nas duas outras ocorrências.

No que convencionaremos chamar, apenas para fins didáticos, de segundo episódio, JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA se fez passar por marido de Márcia Maria Santos – que por sua vez teria acrescentado ao próprio nome o sobrenome “de Oliveira” –, valendo-se dos serviços de falsificação prestados por JOÃO DIVINO GOMES, a fim de tornar verossímil o inexistente vínculo matrimonial entre ambos e alcançar a concessão do visto junto ao mesmo Consulado.

No terceiro acontecimento, é ainda JOÃO DIVINO GOMES quem descreve a participação de WELLINGTON RIBEIRO DE OLIVEIRA na obtenção de dois passaportes, com a utilização dos documentos verdadeiros da esposa e da filha deste último, de nomes *Vilma Maria Cabral Ribeiro e Pâmela Rebeca Ribeiro de Oliveira*.

Esses documentos foram utilizados por “*Marilene*” e “*Viviane*” – de quem se conhece apenas os prenomes, não figurando com réis no presente feito –, juntamente com as suas fotografias, na ocasião em que se passaram pelas nominadas parentes de WELLINGTON, junto ao Departamento de Polícia Federal, induzindo a emissão de passaportes ideologicamente falsos, também com a finalidade de alcançarem vistos de não imigrantes para ingresso nos Estados Unidos da América.

Desses três episódios se extraem as condenações ora em reexame.

Utilizo-me das tabelas em anexo – tabelas I, II e III – a fim de facilitar a visualização das participações já mencionadas, dos crimes impostos, bem assim os fatos levados em consideração pela sentença para fins de aplicação da lei penal.

Passemos a examinar os casos de forma individualizada, a começar pela ré JULIANA GOMES DA SILVA.

III.1 - JULIANA GOMES DA SILVA

Preso em flagrante no Consulado norte americano, conforme auto de fls. 15/26, a ré confessou passar-se por “*Ariane Santiago do Rego*”, sob a orientação de JOÃO DIVINO GOMES, utilizando-se de certidão falsa de nascimento para a obtenção de passaporte junto à Polícia Federal. Posteriormente, de posse do passaporte, já no Consulado, fora preso em flagrante, juntamente com ERINALDO JOSÉ DO REGO que seria o seu suposto pai.

Interrogada em Juízo, fl. 287/291, a ré confirmou a veracidade dos fatos descritos na denúncia. Esclareceu que, através de seu tio, de nome Itamar, residente no Estado da Flórida/EUA, foi indicado o nome de JOÃO DIVINO GOMES como a pessoa capaz de providenciar os documentos necessários ao embarque para os EUA. Narrou detalhes desse processo, revelando que fora trazida

de Governador Valadares/MG, onde residia, pelo próprio JOÃO DIVINO, de carro, sendo conduzida à Polícia Federal para retirar o passaporte, retornando depois para casa.

Em setembro de 2006, foi contatada por JOÃO DIVINO e informada da necessidade de comparecer novamente a Recife, para a entrevista no Consulado, a fim de obter a autorização de entrada. Reuniram-se, então, com ERINALDO para receber os documentos e instruções de JOÃO DIVINO a respeito do que deveriam dizer e como se comportar no Consulado.

Por esses fatos, cuja veracidade restou demonstrada à saciedade nos autos, a ré foi condenada pelos crimes do art. 304 c/c 297 do CP (uso de documento falso) a 2 anos e 4 meses de reclusão e 15 dias multa, esta fixada em 1/2 salário mínimo. Em face da continuação delitiva (art. 71, *caput*, do CP), a pena sofreu aumento de 1/6, passando a 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão.

A essa pena somaram-se a do crime do art. 307, *caput*, do CP (falsa identidade), fixada em 3 meses e 15 dias de detenção e a do delito previsto no art. 299, *caput*, do mesmo diploma legal (falsidade ideológica), arbitrada em 1 ano e 2 meses de reclusão, totalizando uma reprimenda de 4 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão e 15 dias multa.

Insta registrar que houve, ao meu sentir, a participação da recorrente nos delitos de falsificação de documento público e particular, dado ter confessado que pagou a JOÃO DIVINO para obter os documentos capazes de lhe conduzir aos Estados Unidos da América. Entretanto, conforme se pode constatar da Tabela I, a ré não foi condenada por esses fatos e uma vez inexistente recurso de apelação por parte do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL é o caso de nos atermos apenas às ações descritas na Tabela I, pelas quais foi a recorrente condenada.

Atento às limitações impostas por tais circunstâncias, constato que JULIANA fez, efetivamente, uso da falsa certidão de nascimento junto à Polícia Federal, para obter o passaporte, ocasião em que consignou, no respectivo formulário de requerimento, informações sabidamente falsas. Ademais, apresentou-se junto ao Consulado dos EUA munida de passaporte em nome da pessoa

fictícia por quem se fez passar, aponto, também, no formulário para obtenção de visto, informações inverídicas.

De sua atuação se pode verificar, portanto, o cometimento de três crimes:

a) o de uso de documentos públicos falsos, quais sejam, a certidão de nascimento em nome de “*Ariane Santiago Rego*”, apresentada à Polícia Federal, e o passaporte expedido em nome da mencionada pessoa ficta, exibido junto ao Consulado;

b) o crime de falsa identidade, perpetrado ao se fazer passar por “*Ariane*” junto à Polícia Federal e ao Consulado;

c) e o de falsidade ideológica, consistente no preenchimento dos dados necessários à obtenção tanto do passaporte quanto do visto, ambos em nome de Ariane.

Feitas essas observações, passemos a examinar, um a um, os fundamentos de seu apelo.

A ré pugna por sua absolvição em relação aos crimes de falsidade ideológica, pois afirma desconhecer ambos os formulários em que restaram consignadas informações inverídicas.

A alegação é inteiramente despropositada.

A ré fora presa em flagrante no Consulado Americano logo após apresentar o formulário de solicitação de visto com os dados falsos, restando inquestionável sua participação no delito, muito embora, como ela própria afirmou, em simetria ao depoimento de JOÃO DIVINO GOMES, tenha sido ele, JOÃO, quem a orientou quanto às respostas a serem preenchidas.

Também não prospera a alegação de crime impossível em relação ao delito de uso de documento falso, por impropriedade dos meios empregados. É que tanto foram viáveis os meios aplicados no intento criminoso, que um dos delitos de uso, o da falsa certidão de nascimento, se exauriu, ocasião em que a ré obteve o almejado passaporte em nome de “*Ariane*” junto à Polícia Federal, sendo seu crime descoberto apenas quando tentava obter o visto.

Por outro lado, o fato de a fraude ter sido desvendada não denota que os meios empregados foram impróprios para os fins

criminosos almejados. Muito ao contrário. A fraude somente logrou ser desvendada graças à elogiável diligência dos funcionários do Consulado Americano responsáveis pela investigação que precede a concessão do visto. Quanto ao ponto, o Investigador de Segurança Rubem Fernandes Prado Neto narrou às fls. 17/18 todo o processo de apuração do ilícito, desde quando conversou por telefone com a pessoa declarada mãe de “*Ariane*”, passando pela conferência da autenticidade da declaração de aluna do Colégio Atual, exibida por JULIANA em nome de “*Ariane*”, ocasião em que constatou o descompasso entre a numeração do CNPJ aposto no falso carimbo do documento e o real CNPJ da instituição.

Por assim dizer, não se há falar, nesse passo, em crime impossível.

Tampouco lhe socorre a alegação de inexigibilidade de conduta diversa, em face da precariedade de sua situação econômica e da própria família. Observe-se que o delito perpetrado pela recorrente nem de longe se apresenta como o único meio disponível para remediar a sua precariedade financeira. As despesas com viagem, hospedagem, alimentação e o pagamento dos delitos preparatórios a cargo de JOÃO DIVINO GOMES demonstram que a ré, malgrado não dispusesse de todos os recursos necessários para fazer face àquelas despesas, tinha meios de consegui-los com pessoas próximas e que estavam interessadas em auxiliá-la. Tanto que logrou obtê-los, embora para empregar em empreitada criminosa. Ademais, conquanto buscasse realizar um sonho que supostamente redundaria em melhora da sua situação financeira, a apelante em questão não exibia condição de vida abaixo ou mesmo muito próxima à linha da pobreza. Por fim, ainda assim, tal fato não poderia justificar os crimes por ela perpetrados.

Como ressaltado com propriedade na sentença, crise sócio-econômica alguma justificaria a opção pela delinquência. Em contraposição à assertiva da ré, cito o valoroso exemplo da grande maioria da população deste País, sempre disposta a enfrentar a escassez com dignidade, trabalho honesto e criatividade.

Por essas razões, afastado a alegação de inexigibilidade de conduta diversa.

Pugna também JULIANA pela aplicação do princípio da consunção em relação aos delitos a ela imputados, ao entendimento de que o crime de uso de documento falso absorveria o de falsidade ideológica, uma vez que a utilização do documento tinha por exclusiva finalidade a obtenção de visto, esta condicionada ao preenchimento do respectivo formulário de solicitação.

Parece correta a tese.

Enxergo evidente liame entre os delitos praticados por JULIANA a justificar, inclusive, a conexão entre eles, pois o uso de documento falso junto à Polícia Federal era imprescindível para a obtenção de passaporte em nome da pessoa fictícia de “*Ariane*” e a apresentação desse passaporte ao Consulado norte-americano, bem assim o preenchimento do formulário respectivo, eram exigidos para a obtenção do visto.

Nesse passo, os dois crimes de uso de documento público falso – apresentação de certidão falsa de nascimento junto à Polícia Federal e apresentação de passaporte ideologicamente falso ao Consulado – são consuntivos, inclusive porque a eles é cominada pena mais grave, seja em relação ao de falsa identidade, praticado num e noutro caso, seja em relação ao de falsidade ideológica, cometido junto ao Consulado norte americano, senão vejamos.

Os crimes de falsa identidade, consistentes em apresentar-se a ré JULIANA como sendo “*Ariane*” junto à Polícia Federal e, posteriormente, frente ao Consulado, são etapas necessárias ao cometimento do crime de uso, pois se exigia o comparecimento pessoal da requerente, em ambas as ocasiões, para a obtenção do passaporte e do visto. É dizer, não podendo agir por procuração, era imperiosa a presença de JULIANA, fazendo-se passar por “*Ariane*” para fazer uso dos falsos documentos.

Por outro lado, o próprio preceito sancionador do tipo penal do crime de falsa identidade não deixa margem ao julgador ao ressaltar, de forma categórica, a consunção quando o fato constituir elemento de crime mais grave.

Falsa identidade

Art. 307 - Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade

para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, **se o fato não constitui elemento de crime mais grave.**

Quanto ao ponto, Damásio Evangelista de Jesus¹, ao tratar de subsidiariedade expressa do art. 307, defende:

O preceito sancionador do art. 307 ressalva a possibilidade de o delito configurar elemento de crime de maior gravidade. Assim, a falsa identidade fica absorvida quando aparece integrando o estelionato, a figura fundamental da falsidade ideológica, da posse sexual mediante fraude, do atentado ao pudor mediante fraude, da bigamia, da fraude processual etc. Nesses casos, o sujeito não responde por dois delitos. Somente pelo mais grave em que se subsume a falsa identidade.

É de se entender, portanto, consuntos os crimes de falsa identidade, praticados por JULIANA, pelos de uso de documento falso.

Quanto ao crime de falsidade ideológica, registre-se que a ré usou o passaporte falso exclusivamente para requerer a expedição de visto, dado que esta era a sua intenção primordial – obter meios de ingressar nos Estados Unidos da América, o que somente se dá mediante a apresentação de visto. A fé pública, bem jurídico protegido pelo tipo penal sancionador da conduta de uso de documento público falso, sofrera lesão com a exibição do passaporte junto ao Consulado, apresentando-se o preenchimento do pedido de visto como mera etapa subsequente impunível do crime de uso.

Neste sentido são os seguintes os precedentes dos Tribunais Regionais Federais da 1ª e 4ª Regiões, respectivamente:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. CONSUNÇÃO. OCORRÊNCIA.

1. O uso de documento falso (art. 304 c/c art. 297 - CP) é crime instantâneo, que independe do proveito almejado pelo agente, cabendo a condenação se comprovada a sua ma-

¹ *Direito Penal* - 4º Volume - Parte Especial, 8ª edição, Saraiva, São Paulo: 1997.

terialidade e autoria pelo acusado.

2. A consunção consiste na absorção do crime menos grave pelo mais grave, uma vez demonstrado que a conduta do agente se destinou a um fim específico, sendo a falsidade ideológica constante do requerimento de passaporte apenas crime-meio para a obtenção da expedição ilegal dos referidos passaportes, que revela a prática do crime de uso de documento falso quando da feitura do requerimento.

3. Inaplicável a concessão de suspensão do processo, prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/1995, pelo crime de falsificação de documento público, tendo em vista que a pena mínima prevista para o crime é superior 01 (um) ano de reclusão.

4. Parcial provimento da apelação.

(ACR 200238000108206 - Terceira Turma - Juiz Federal Saulo Casali Bahia (convocado) - DJ 29.6.2007, pg. 21)

PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. FRAUDE DE LEI SOBRE ESTRANGEIROS. PASSAPORTE E CÉDULAS DE IDENTIDADE E HABILITAÇÃO FALSAS. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE.

1. Aplica-se o princípio da consunção naqueles casos em que os crimes de uso de documento falso e falsidade ideológica se constituem unicamente em crime-meio para a prática do delito de fraude de lei sobre estrangeiro.

2. Entretanto, se o crime-fim é apenado mais levemente do que os crimes-meios, aplica-se o princípio do *major absorbet minorem*.

3. Caracteriza um pós-fato impunível o preenchimento de “Cartão de Entrada/Saída” antecedida pela apresentação de passaporte e outros documentos de identidade contrafeitos às autoridades fronteiriças.

4. Na medida em que a pena alternativa de realização de serviços à comunidade já representa um benefício legal ao condenado não se mostra adequada a sua substituição por outra de caráter pecuniário ante a alegação de eventuais dificuldades para sua execução em virtude de o apenado possuir domicílio no exterior, salvo hipótese em que reste verificada a real impossibilidade de cumprimento da reprimenda.

5. Diante da excepcionalidade, residência em San Loren-

zo, PY, a prestação de serviços à comunidade pode ser realizada no domicílio do réu, conforme for ajustado pelo juízo da execução.

(ACR 200270020032741 - Oitava Turma - Relator Luiz Fernando Wowk Penteado - DJ 12.7.2006, pg. 1034)

Considerando que JULIANA GOMES DA SILVA praticou o crime de uso de documento falso em duas oportunidades (perante a Polícia Federal e perante a autoridade consular americana), nos termos do julgado acima descrito, tem-se, *mutatis mutandi* que a “consunção consiste na absorção do crime menos grave pelo mais grave, uma vez demonstrado que a conduta do agente se destinou a um fim específico, sendo a falsidade ideológica constante do requerimento de [visto] apenas crime-meio para a obtenção da expedição ilegal [do referido visto], que revela a prática do crime de documento falso quando da feitura do requerimento”.

Por outro lado, conquanto o passaporte exiba potencialidade lesiva após o uso junto ao Consulado, o mesmo não se pode dizer do requerimento, que, em si, é documento de finalidade única, consumindo-se com o uso a que se destina, qual seja, a expedição do visto.

Por essas razões, entendo deva prosperar, em parte, o recurso de JULIANA GOMES DA SILVA para considerar a consunção dos crimes de falsa identidade e falsidade ideológica pelos crimes de uso de documento falso.

III.2 - ERINALDO JOSÉ DO REGO

O réu defende a possibilidade de redução da pena base para aquém do mínimo legal, em face das circunstâncias atenuantes, sob pena de violação ao princípio da individualização da pena e, portanto, direito subjetivo seu.

A matéria, já sumulada, não comporta maiores digressões.

Nos termos do enunciado da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Pugna, ainda, pela redução da pena de multa imposta e pela absolvição em relação ao crime de uso de documento falso junto à Polícia.

Não procedem os pleitos do recorrente.

Com efeito, foi-lhe imposta a pena de uso de documento particular falso, por haver apresentado declaração material e ideologicamente falsa, consignando autorização de sua esposa para requerer o passaporte em nome da filha fictícia de ambos, “Ariane dos Santos Rego”, pessoa por quem se fazia passar JULIANA.

De fato, a conduta se subsume ao tipo descrito no art. 304, *caput*, do CP, de teor:

Uso de documento falso

Art. 304 - Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302:

Pena - a cominada à falsificação ou à alteração.

Convém destacar – a fim de elidir qualquer aparente incoerência em relação à aplicação do princípio da consunção no caso de JULIANA – a independência entre os delitos de uso de documento falso e o de falsidade ideológica praticados pelo réu ERINALDO, a saber.

Ele fez uso da falsa declaração particular (fl. 83) com a finalidade de suprir a necessidade de comparecimento da mãe de “Ariane” ao DPF, cometendo a falsidade ideológica ao inserir, na ficha de requerimento de passaporte, informações inverídicas com a intenção de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, para induzir o ente público federal a produzir documento ideologicamente falso, afirmando-se pai de pessoa fictícia.

Note-se que sua participação no embuste poderia ter se resumido à falsidade ideológica, desde que se negasse ERINALDO a fazer uso do documento particular falso, protegendo a pessoa e o nome de sua esposa, Luisa de Fátima de Lira Santiago, caso em que caberia ao idealizador do crime providenciar a participação de outro agente, a se passar por mãe de “Ariane”.

Mas não. ERINALDO prestou-se a usar o documento privado sabidamente falso e confeccionado graças aos dados de sua mulher, pelo mesmo fornecidos, no que importou a ampliação de sua participação no *iter criminis* e na ofensa de bem jurídico diverso daquele protegido pelo crime de falsidade ideológica.

ERINALDO perpetrou, ainda, em uma terceira conduta, o cri-

me previsto no tipo de falsa identidade, do art. 307, *caput*, do CP, pois se apresentou como pai de “*Ariane Santiago Rego*” sem o ser, junto ao Consulado Norte Americano. Note-se que este delito, o de falsa identidade, foi cometido em data e local diferentes dos outros dois, ofendendo sujeito passivo também distinto.

Neste ponto, vale destacar que a definição da palavra “identidade”, contida no preceptivo penal aludido, não se resume ao nome ou aos documentos de identificação pessoal de alguém, porquanto a identidade de uma pessoa é “*constituída de todos os elementos que podem individualizar (identificar) uma pessoa: estado civil, filiação, idade, nacionalidade etc. e condição social (profissão ou qualidade pessoal)*”².

E nesse caso, por se tratar de conduta autônoma, pois não fora ele condenado pelo crime de falsidade ideológica cometido no Consulado – perpetrado ao inserir informações inverídicas no formulário de visto de “*Ariane*” –, não se há de falar em consunção do crime de falsa identidade, razão pela qual exibem-se tais crimes em concurso da espécie material, como definido pela sentença recorrida.

Em face das razões expostas, entendo impróspero o recurso de Erinaldo José do Rego.

III. 3 - JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA

JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA cinge-se, em suas razões recursais, ao pedido de nulidade do processo por se haver dado nova definição jurídica aos fatos a ele imputados, sem que lhe fosse facultada oportunidade de se defender da nova capitulação, redundando esta na aplicação de pena mais severa.

Tal asserção já fora examinada em sede preliminar, restando afastada.

Não obstante, penso que o recurso de apelação devolve à plena cognição do Tribunal a matéria tratada nos autos, podendo dar ensejo à modificação do julgado em favor do réu, inclusive, por

² In Damásio de Jesus, p. 849, 7ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 1997.

fundamentos não suscitados em suas razões. Não fosse assim, mostrar-se-ia contraditório o sistema ao prever a possibilidade de concessão, de ofício, de ordem de *habeas corpus*.

Nesse sentido, vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO, LAVAGEM DE DINHEIRO E SONEGAÇÃO FISCAL. NULIDADES. DENÚNCIA ANÔNIMA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO. PRESCINDIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO A COMPROVAR A MATERIALIDADE DO DELITO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NAS DECISÕES PROFERIDAS NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. NÃO-OCORRÊNCIA. APELAÇÃO. AMPLA DEVOLUTIVIDADE. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 12, *CAPUT*, E § 2º, II, DA LEI 6.368/76 EM UM MESMO CONTEXTO FÁTICO. OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. SUPERVENIÊNCIA DO INCISO I DO ART. 40 DA LEI 11.343/06. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA PARA A MAJORAÇÃO ACIMA DA FRAÇÃO MÍNIMA APLICÁVEL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)

6. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que “contra decisões proferidas em recurso de devolução integral da causa – a exemplo do que sucede na apelação –, o cabimento do *habeas corpus* para a instância superposta independe de que o seu fundamento tenha sido expressamente suscitado ou repellido” (HC 71.818/BA, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ de 23/4/07), em razão da ampla devolutividade do recurso de apelação.

(...)

(HC 91727 - Quinta Turma - Ministro Arnaldo Esteves Lima - DJE 19.12.2008)

Diversa não é a linha de entendimento desta Corte:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (ART. 168-A, *CAPUT*, DO CP). APELO DESACOMPANHADO DAS

RAZÕES. INTELIGÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 601, *CAPUT*, DO CPP. DEVOLUÇÃO DE TODA MATÉRIA DE MÉRITO À INSTÂNCIA REVISORA. PATENTES DIFICULDADES FINANCEIRAS SOFRIDAS PELA EMPRESA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO. FATO ATÍPICO.

- “**Nos termos do art. 601 do CPP, a não apresentação de razões de apelação, por advogado constituído, não impede o conhecimento do recurso, ficando toda a matéria devolvida ao conhecimento do Tribunal (STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC - 44727/RJ, QUINTA TURMA, Decisão: 20/10/2005, DJDATA: 21/11/2005 PÁGINA: 268, Relator JOSÉ ARNALDO DA FONSECA).**

(...)

Apelação provida, para absolver a recorrente, com fulcro no disposto no art. 386, III, do CPP.

(ACR nº 5487 - Primeira Turma - Desembargador Federal Jose Maria Lucena - *DJ* 30.1.2008, pg. 644)

PENAL. PROCESSO PENAL. EMISSÃO DE CHEQUE SEM FUNDOS PARA PAGAMENTO DE DÉBITOS DO FGTS. ESTELIONATO. DELITO CONSUMADO.

1. A falta ou a apresentação intempestiva das razões do recurso não inibe o conhecimento da apelação, haja vista a posição, majoritária em doutrina e jurisprudência, de que a irresignação, em hipótese tal, devolve o conhecimento de toda a matéria ao juízo *ad quem*;

(...)

5. Apelação improvida.

(ACR nº 3679 - Segunda Turma - Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, *DJ* 30.11.2004, pg. 580).

[Destacou-se].

Amparado por esses fundamentos, passo a examinar a possibilidade de consunção entre os crimes pelos quais fora apenado o recorrente.

JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA foi condenado pelo delito de falsa identidade, consumado com a sua apresentação junto ao Consulado como sendo marido de *Márcia Maria Santos de Oliveira*, bem assim pelo tipo previsto no art. 299, *caput*, do CP, perpe-

trado ao apor informações inverídicas acerca de seu matrimônio com a pessoa de *Márcia*, bem assim da intenção de ambos viajarem a turismo aos EUA, tudo com a intenção de obter visto para a imigração ilegal de *Márcia* àquele país.

Bem descritas as condutas, parece-me claro que o crime de falsa identidade constituiu meio necessário para a execução do crime de falsidade ideológica, na medida em que era imprescindível a sua presença no Consulado para o preenchimento da requisição de visto, posto que não poderia agir por procuração nesse caso. Aliás, essa é a razão de JOÃO DIVINO o haver cooptado.

Nessa linha, impõe-se a adoção das mesmas razões perfilhadas por ocasião do exame da apelação de JULIANA GOMES DA SILVA, a teor do clássico brocardo latino *ubi eadem ratio idem jus*.

Com efeito, como já afirmado, o próprio preceito sancionador do tipo penal do crime de falsa identidade não deixa margem ao julgador ao ressalvar, de forma categórica, a consunção quando o fato constituir elemento de crime mais grave.

Logo, julgo prosperar, em parte, a apelação de JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA, para se reconhecer a consunção do crime de falsa identidade pelo crime de falsidade ideológica, rejeitando o argumento da nulidade da sentença por não vislumbrar hipótese de *mutatio libelli*.

III.4 - WELLINGTON RIBEIRO DE OLIVEIRA

WELLINGTON RIBEIRO DE OLIVEIRA defende a atipicidade de sua conduta, ao argumento de que apenas entregara os documentos de sua esposa e filha a JOÃO DIVINO GOMES. Este, sim, os teria utilizado para fins ilegais, preenchendo formulários, inserindo declarações falsas, forjando, inclusive, a autorização da esposa do acusado.

Tal conduta, a de fornecer os documentos da esposa e filha a JOÃO DIVINO GOMES, não se subsumiria a quaisquer dos tipos penais que lhe foram imputados.

Tenho, porém, que essas alegações não correspondem às provas dos autos, nem se apresentam coerentes, segundo o senso comum.

Às fls. 273 e 274, demoram-se os dois requerimentos para passaporte em nome de *Vilma Maria Cabral Ribeiro e Pamela Rebeca Ribeiro de Oliveira*, nos quais constam fotografias de outras pessoas, quais sejam, “Marilene” e “Viviane”. No primeiro documento, por se tratar de uma solicitação em nome de menor, essa não poderia ser formalizada sem que ao menos um dos pais estivesse presente no Departamento da Polícia Federal munido de autorização expressa do genitor ausente.

Ora, se, nos termos da versão de WELLINGTON, nem sua filha nem sua esposa sabiam das requisições de passaportes, é indubitável a sua participação efetiva na empreitada criminosa, esta consistente na entrega pessoal da declaração falsa em nome de sua consorte, para atender tal exigência, além da subscrição dos campos 33 e 34, respectivamente, autorizando o requerimento em nome da menor e declarando verdadeiros os dados consignados no formulário, subscrito em 1. 6.2004. E mais: a foto de “Viviane”, datada de 31.5.2004, já constava do requerimento preenchido e assinado por WELLINGTON, pelo que não se há como sustentar a versão de que os documentos foram entregues a JOÃO DIVINO sem que WELLINGTON nada soubesse sobre o destino deles.

Por outro lado, o passaporte em nome de Vilma Maria Cabral Ribeiro, esposa de WELLINGTON, fora requerido por “Marilene” em 24.2.2003, ou seja, mais de um ano antes. Sendo assim, não se mostra razoável que WELLINGTON haja esperado, sem resposta, pelo passaporte da esposa, cujos documentos haviam sido entregues a JOÃO DIVINO GOMES, havia mais de um ano, sem exigir satisfações a respeito, e, depois, através do mesmo JOÃO DIVINO, tenha inocentemente tentado fazer uma nova surpresa para sua filha, máxime quando resta documentado seu agir criminoso, totalmente distinto do que afirmara em sua defesa, neste segundo episódio.

Também não prospera a alegação de inocência em relação ao crime de uso de documento particular falso – este como sendo a declaração, material e ideologicamente falsa, de sua esposa, exigida para a requisição de passaporte em nome da filha de ambos –, cuja confecção fora confessada por JOÃO DIVINO GOMES em depoimento judicial à fl. 296. Note-se, quanto a esse aspecto, o

teor do apontado documento, de fl. 213, em que *Vilma Maria Cabral Ribeiro* autoriza “WELLINGTON RIBEIRO DE OLIVEIRA” a requerer o passaporte em nome da infante “*Pamela Rebeca Ribeiro de Oliveira*”.

Fica claro, da leitura do documento, portanto, que era ele, WELLINGTON, quem estava autorizado pelo falso documento a requerer o passaporte em nome da filha. Ou seja, somente ele poderia fazer uso – e os autos demonstram que efetivamente fez – da falsa autorização.

A defesa pede, ademais, seja observada a consunção do crime de uso de documento falso pelo delito de falsidade ideológica.

Este pedido apresenta a mesma tese formulada por ERINALDO, em sua apelação, não merecendo melhor sorte.

É que a conduta de WELLINGTON, de requerer o passaporte em nome da filha, é autônoma em relação ao uso do documento particular falso, este entregue por ele para suprir a necessidade de participação de sua esposa. É dizer, são duas condutas distintas. Uma complexa, a de outorgar sua autorização, atestar a veracidade das informações – na qualidade de genitor da postulante –, e, ao mesmo tempo, receber o passaporte de “*Viviane*”, e outra a de usar o pérfido documento particular, com o fim de suprimir a necessidade de participação de outro agente criminoso, a se passar pela mãe de “*Viviane*”.

Note-se que sua participação poderia se resumir àquele primeiro ato complexo, desde que se negasse WELLINGTON a fazer uso do documento particular falso, protegendo a pessoa e o nome de sua esposa, caso em que caberia ao idealizador do crime providenciar a participação de outro agente, a se passar por mãe de “*Viviane*”.

Mas WELLINGTON prestou-se a usar o documento privado falso, ampliando sua participação no *iter criminis* e ofendendo bem jurídico diverso daquele protegido pelo crime de falsidade ideológica.

Por essas razões, parece-me não prosperar o intento de consunção trazido em seu apelo.

Quanto à redução da pena base para aquém do mínimo legal, em face da incidência das circunstâncias atenuantes, trata-se de matéria já enfrentada por ocasião do exame da apelação de ERINALDO JOSÉ DO REGO, impondo-se o reconhecimento da incidência, no mesmo passo, da Súmula nº 231, do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual *“a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”*.

No que se refere ao pleito de desconsideração da circunstância agravante do art. 61, II, *b*, do CP, no cálculo da pena cominada ao recorrente, o mesmo igualmente não há de ser acolhido, na medida em que o denunciado em alusão sabia que o crime praticado serviria para assegurar a execução de outros crimes, já que os passaportes ideologicamente falsos, objetivos diretos de sua participação, serviriam para a obtenção criminosa de vistos e, consequentemente, para o ingresso ilegal de imigrantes nos Estados Unidos da América.

Por outro lado, sem descuidar da gravidade dos fatos em exame, não posso deixar de verificar excesso em sua condenação, em face do acréscimo de 1/6 à pena imposta pelo crime de falsidade ideológica, este relativo à continuidade delitiva (art. 71 do CP).

A sentença, à fl. 605, dispõe a esse respeito:

(...)

Wellington Ribeiro de Oliveira responderá duas vezes por falsidade ideológica (art. 299, *caput*, do Código Penal), e isso por ter subscrito o campo “autorização e declaração” nos requerimentos para passaporte de fls. 273/274, onde fez constar informações falsas, alterando a verdade sobre fatos juridicamente relevantes (...).

Vê-se, entretanto, que é no documento de fl. 273, o requerimento de passaporte em nome de Pamela Rebeca Ribeiro de Oliveira, e apenas nele, que WELLINGTON apõe sua assinatura nos campos “autorização” (33) e “declaração” (34), não havendo qualquer menção à sua pessoa, ou mesmo algum campo que pudesse preencher ou assinar, em relação ao documento de fl. 274, o requerimento de passaporte em nome de sua esposa.

Assim, não vejo como o preenchimento dos dois campos do mesmo requerimento de passaporte pudesse configurar a prática

de dois crimes de falsidade ideológica, daí por que reputo desarrazoado o aumento da pena respectiva em 1/6, atribuído a pretexto da incidência do art. 71 do Código Penal.

Em face do exposto, há de prosperar, em parte, o recurso de WELLINGTON RIBEIRO DE OLIVEIRA, apenas para se afastar a condenação pela prática de um dos crimes de falsidade ideológica previstos na sentença e, como consequência, para se excluir o acréscimo de 1/6 em face de não haver duplicidade de crimes desta espécie.

III.5 - JOÃO DIVINO GOMES

Deixei para examinar por último a participação de JOÃO DIVINO GOMES, pois ela se estende aos três episódios desvendados nestes autos, sendo ele a figura determinante em todos os casos, exibindo-se como o próprio elo entre eles.

JOÃO DIVINO conhecia todo o procedimento necessário à obtenção de passaporte e do visto de ingresso nos Estados Unidos da América, além de saber, com precisão, as falhas desse sistema. Dessa maneira, utilizava-se de seus conhecimentos para orientar as pessoas interessadas na emigração irregular, prestando auxílio mediante pagamento.

Era JOÃO DIVINO quem lidava com toda a documentação, inclusive falsificando o que fosse necessário para o sucesso da pretensão artilosa. Era ele, ainda, quem arregimentava as pessoas que se passariam por parente ou cônjuge dos seus “clientes”, criando personagens com históricos de vida compatíveis com o perfil de turistas desinteressados em fixar residência na América do Norte e que, por essa razão, não sofreriam restrições para a obtenção do visto de ingresso.

Tanto era assim que JOÃO DIVINO gozava de certa fama em face dos seus êxitos anteriores, daí por que indicado ao tio de JULIANA GOMES DA SILVA, residente nos EUA, por pessoa de nome “*Márcia*”, a qual já havia se utilizado com êxito de seus préstimos.

Em sua apelação, JOÃO DIVINO pugnou, em face de sua colaboração para desvendar os crimes tratados nestes autos, pelas benesses da delação premiada de que trata a Lei nº 9.807/99.

Examino a pretensão.

A delação premiada é um instituto bastante polêmico e ainda incipiente no Direito brasileiro, embora venha sendo utilizado com sucesso nos sistemas jurídicos americano e europeus para desbaratar as grandes organizações criminosas.

Sabe-se que o fenômeno crescente do crime organizado, em suas mais diversas configurações, chega a construir enormes redes de colaboração – através da corrupção, envolvendo não raro instituições públicas fundamentais – com o fim de facilitar suas atuações e proteger as organizações criminosas, tornando extremamente difícil a atividade estatal de combate ao delito.

É nesse contexto que surge o instituto da delação premiada, carregado de toda a polêmica que o cerca, e apesar dela, como um recurso, embora eticamente discutível, capaz de levar os membros destas redes organizadas a se delatarem, a fim de obterem vantagens em relação às suas penas.

Não é bem o caso de JOÃO DIVINO GOMES.

Em primeiro lugar, o próprio crime de quadrilha fora desclassificado pela sentença, em face do reduzido número de participantes habituais no delito em comunhão de esforços. Depois, foi a prisão em flagrante de JULIANA e ERINALDO, e daí os seus depoimentos, que levaram à compreensão dos fatos, à prisão de JOÃO DIVINO GOMES e à conclusão de que este agia habitualmente como agente de candidatos à imigração ilegal para os EUA.

A prisão de JOÃO DIVINO GOMES representou, portanto, o fim da atuação criminosa dos demais colaboradores e seu depoimento apenas confirmou o que já se sabia através dos pronunciamentos de JULIANA e ERINALDO, cingindo-se ele, JOÃO DIVINO, a acrescentar apenas os fatos relativos aos episódios que o levaram a ser indicado como agenciador ao tio de JULIANA, de nome Itamar, pela pessoa de nome “*Márcia*”.

Não há, portanto, como possa o recorrente se beneficiar do instituto da delação premiada.

Prosseguindo, afirma injustificadas as adoções das penas bases, próximas, segundo entende, aos máximos legais.

O argumento, porém, não corresponde aos fatos estampados nos autos. Ao revés, todos os crimes tiveram suas penas-base justificadamente fixadas muito próximas ao mínimo legalmente previsto, senão vejamos:

- a) pelo crime de falsificação de documento particular, cuja pena cominada varia de 1 a 5 anos, a pena-base foi fixada em 1 ano e 5 meses (fl. 607);
- b) em relação ao delito de falsificação de documento público, cuja pena cominada varia entre 2 e 6 anos, atribuiu-se pena-base de 2 anos e 5 meses (fl. 608);
- c) quanto ao crime de falsidade ideológica, em documento público, cuja pena cominada orbita entre 1 e 5 anos, arbitrou-se a pena-base em 1 ano e 4 meses (fl. 609);
- d) referindo-se ao tipo de falsa identidade, com pena variável ao intervalo de 3 meses a 1 ano, impôs-se pena-base de 4 meses (fl. 610);
- e) no que diz respeito ao crime de documento público falso, cuja pena cominada se fixa entre 2 e 6 anos, teve o postulante sua pena-base imposta em 2 anos e 5 meses (fl. 612).

Como se percebe, em nenhum momento as penas-base foram fixadas próximas ao máximo legal, como equivocadamente denunciou o recurso de apelação.

Requer, ainda JOÃO DIVINO GOMES, a *“partição do feito na forma do artigo 80 do CPP, para que se lhe imprima maior celeridade”, uma vez que “apenas o apelante está preso”*.

Tal pleito já não mais se justifica, dado que a sentença deixou consignada ordem de formação e remessa do processo de execução provisória do réu (fl. 625), não havendo, a esta altura, qualquer benefício na cisão dos autos, pois a execução provisória já corre em separado.

Em relação à aplicação das penas, sustenta o réu a impossibilidade de cumulação de penas dos crimes de falsidade de documento público, de documento particular e de falsidade ideológica (artigos 297, 298 e 299 do Código Penal), sobretudo com a incidência do art. 71 do mesmo estatuto legal, apresentando-se aí a

figura defesa do *bis in idem*. Pede-se, em suma, que não sejam cumulados os crimes de falsidade documental com os de falsidade ideológica.

Assiste razão a JOÃO DIVINO GOMES, quanto a esta súplica, muito embora por fundamentos jurídicos diversos dos sustentados em suas razões recursais.

Com efeito, a participação de JOÃO DIVINO, pelo que descrevem os autos, restringiu-se à falsificação de documentos privados e de um documento público, fatos por ele confessados e materialmente demonstrados nos autos, a saber. No episódio do flagrante (Tabela I), ele falsificou a certidão de nascimento em nome de “*Ariane*”, a fim de justificar a expedição em nome desta pessoa fictícia o passaporte com o qual JULIANA pretendia deixar o País. Sendo a fantasiosa figura de “*Ariane*” menor de idade, coube a JOÃO DIVINO falsificar, também, a autorização em que Luisa de Fátima de Lyra Santiago, figura real e esposa do corréu ERINALDO JOSÉ DO REGO, outorgou poderes a este último para requerer a expedição de passaporte em nome de “*Ariane*”.

Trata-se do documento de fl. 206, o qual, depois de submetido a perícia, resultou no laudo grafoscópico de fls. 219/222, a corroborar as afirmações de JOÃO DIVINO GOMES no depoimento judicial de fls. 292/297, ou seja, de que partira do seu punho (de JOÃO DIVINO) a suposta assinatura de *Luiza de Fátima de Lira Santiago*.

A partir daí, incumbiu-se JOÃO DIVINO apenas de orientar JULIANA e ERINALDO no proceder junto à Polícia Federal, quando da solicitação dos passaportes, e ao Consulado Americano no Recife, para a obtenção dos vistos de ingresso. É dizer, cabia a JOÃO DIVINO tão somente esperar o sucesso da empreitada, do lado de fora do Departamento de Polícia e do Consulado, como se infere deste trecho do depoimento prestado por JULIANA, logo em seguida à prisão (fl. 10):

(...) QUE a interrogada e ERINALDO estavam no Consulado na data de hoje e demorava bastante o atendimento quando, por volta das 15:30 horas, foram orientados por um Segurança a saírem e fazerem um lanche e retornar cerca de trinta minutos depois; QUE saindo do Consula-

do, para o lanche, encontraram JOÃO e ERINALDO comentou com o mesmo que acreditava que tinha dado algo errado e JOÃO disse que nunca tinha tido problema e que eles deveriam voltar; QUE enquanto ERINALDO falava ao telefone, JOÃO falou apenas para a interrogada que se algo desse errado ela deveria omitir seu nome e inventar uma história de que tinha conhecido ERINALDO em uma festa em Governador Valadares; (...)

Nesse passo, *data maxima venia*, parece-me que a conduta de JOÃO DIVINO GOMES não se subsume aos tipos dos artigos 299, *caput*, 304, *caput*, ou 307, *caput*, todos do Código Penal, cujas condutas são assim descritas:

Falsidade ideológica

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

(...)

Uso de documento falso

Art. 304 - Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302:

Pena - a cominada à falsificação ou à alteração.

(...)

Falsa identidade

Art. 307 - Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

Ora, consoante apurado nos autos, partiram de JULIANA e ERINALDO, no caso do flagrante (Tabela I) – tanto na oportunidade em que se dirigiram à Polícia Federal quanto junto ao Consulado –,

as respostas às indagações dos formulários. Foram eles que inseriram declarações falsas e subscreveram os questionários, fazendo uso dos documentos falsos, se apresentando e atribuindo, um ao outro, falsa identidade.

O mesmo se deu na oportunidade em que JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA e JOÃO DIVINO GOMES concorreram para que Márcia Maria Santos de Oliveira obtivesse o visto de embarque para os EUA (Tabela II), eis que foram eles, JOSÉ CARLOS e Márcia, quem praticaram as condutas descritas nos tipos penais acima citados, preenchendo os formulários e os subscrevendo, apresentando-se, falsamente, como cônjuges, e utilizando-se, ao que tudo indica, de documentos falsos.

No entanto, no que toca a tais documentos falsos, relacionados aos delitos conjugados na Tabela II, como asseverou o magistrado de primeiro grau, não há corpo de delito, razão pela qual JOÃO DIVINO não restou condenado pelo crime de falsificação neste episódio específico.

Não foi diferente a sua sorte quando de seu envolvimento na obtenção de vistos para “*Marilene*” e “*Viviane*”, com a participação de WELLINGTON (Tabela III). As atuações, ainda nesse caso, sucederam-se da mesma forma que nos anteriores, cabendo a JOÃO DIVINO GOMES exclusivamente falsificar a autorização materna para a obtenção do passaporte e visto em nome de Rebeca e, de acordo com sua experiência, orientar a todos em relação às respostas que cada um deveria fornecer.

Nestes termos, penso ser juridicamente inadequada a condenação de JOÃO DIVINO GOMES por participação nos delitos de uso de documento falso, de falsa identidade e de falsidade ideológica. Acatar esta tese, acabaria por impor ao autor do falso a possibilidade de infinitas condenações, todas fora de seu controle, caso os seus “clientes” passem a utilizar os documentos por ele contrafeitos com os mais diversos objetivos. A potencialidade do delito de falso contribuir para a prática de outros crimes já se encontra acomodada no tipo, não sendo plausível apenas, por participação, o autor da contrafação a cada vez que o documento for utilizado pelo seu detentor para se fazer passar por outrem.

Como se não bastasse, se JOÃO DIVINO GOMES tivesse falsificado e utilizado o documento, responderia, ante o princípio da consunção, somente pelo falso. É o que verbera a doutrina de Damásio E. de Jesus:

Se na mesma pessoa reúnem-se as figuras de falsário e usuário, ela responde por um só delito: o de falsidade, que absorve o de uso (CP, art. 304). O uso, nesse caso, funciona como *post factum* impunível, aplicando-se o princípio da consunção na denominada progressão criminosa (...).³

Crime comum, o uso de documento falso pode ser cometido por qualquer pessoa, desde que não seja o autor da falsificação. Nesse caso, o conflito aparente de normas se resolve pelo princípio da consunção, sendo o uso um *post factum* impunível.⁴

Daí por que o mesmo doutrinador entende que o elemento subjetivo do tipo do delito é “o *dolo*, que corresponde à vontade livre e consciente de falsificar documento público ou alterar documento público verdadeiro, **abrangendo o conhecimento da potencialidade lesiva da conduta**. O tipo não exige, além do dolo, nenhum outro elemento subjetivo”. [Os grifos não estão no original].

Não diverge dessa conclusão a jurisprudência da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. USO DE PASSAPORTE IDEOLOGICAMENTE FALSIFICADO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. CRIME DE USO ABSORVIDO PELO DE FALSIFICAÇÃO.

1. É de se reconhecer a ocorrência de consunção, quando o uso do documento falso constitui exaurimento do crime de falsidade ideológica.

2. O uso de documento falso pelo próprio autor da falsificação configura um só crime, qual seja, o de falsificação, devendo a competência ser definida pelo lugar onde este delito se consumou. Precedentes do STF.

³ Pág. 48.

⁴ Pág. 79.

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, suscitante.
(CC 31571 - Ministro Hamilton Carvalhido - DJ 18.2.2002, pg. 233)

Em outras palavras, se o réu JOÃO DIVINO GOMES tivesse falsificado os documentos para usá-los a fim de se passar por outrem somente responderia pelo falso, com mais razão deve ser condenado apenas por este se o uso, a falsa identidade e a falsidade ideológica foram perpetradas por terceiros absolutamente fora de seu controle. Aplicação do brocardo jurídico *Cui licet quod est plus, licet utique quod est minus* (quem pode o mais, pode o menos).

Por essas razões, sou pelo parcial provimento da apelação de JOÃO DIVINO GOMES, para afastar as condenações a ele impostas pela prática dos crimes de falsidade ideológica (art. 299, *caput*, do CP), uso de documento falso (art. 304, *caput*, do CP), seja em relação aos documentos particulares (c/c art. 298, *caput*, do CP), seja em relação aos documentos públicos (c/c art. 297, *caput*, do CP), bem assim de falsa identidade (art. 307, *caput*, do CP).

IV. CONCLUSÕES:

À luz do exposto e de tudo o mais que dos autos consta:

a) Dou **parcial provimento** ao recurso de JULIANA GOMES DA SILVA para considerar a consunção dos crimes de falsa identidade e falsidade ideológica pelos crimes de uso de documento falso, reduzindo a pena imposta para **2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão e 15 dias multa** (pela prática do crime de uso de documento falso, acrescido de 1/6 dada a reiteração), mantida a fixação do dia multa em 1/2 (meio) salário mínimo vigente ao tempo do fato, corrigido pela variação média do IGPM, até o efetivo pagamento;

b) **Nego provimento** ao recurso de ERINALDO JOSÉ DO REGO, restando mantida a pena imposta pela sentença, de **2 anos 7 meses e 15 dias de reclusão e 15 dias multa**, este fixado em 1 (um) salário mínimo vigente ao tempo do fato, corrigido pela variação média do IGPM, até o efetivo pagamento;

c) **Dou parcial provimento** à apelação de JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA, para reconhecer a consunção do crime de falsa identidade pelo crime de falsidade ideológica, reduzindo a pena imposta para **2 anos e 4 meses de reclusão**;

d) **Dou parcial provimento** ao recurso de WELLINGTON RIBEIRO DE OLIVEIRA, apenas para absolvê-lo em relação a um dos crimes de falsidade ideológica previstos na sentença, excluindo-se o acréscimo de 1/6 em face de não verificar a duplicidade de crimes desta espécie, pelo que reduzo a pena imposta para **3 anos e 1 mês de reclusão e 15 dias multa**, mantida a fixação do dia multa em 1 (um) salário mínimo vigente ao tempo do fato, corrigido pela variação média do IGPM, até o efetivo pagamento;

e) **Dou parcial provimento** à apelação de JOÃO DIVINO GOMES, para absolvê-lo dos crimes de falsidade ideológica (art. 299, *caput*, do CP), uso de documento falso (art. 304, *caput*, do CP), tanto em relação aos documentos particulares (c/c art. 298, *caput*, do CP) quanto em relação aos documentos públicos (c/c art. 297, *caput*, do CP), e de falsa identidade (art. 307, *caput*, do CP). Como consequência, reduzo a pena ao mesmo imposta para **4 anos e 7 meses de reclusão e 45 dias multa**, mantida a fixação do dia multa em 1 (um) salário mínimo vigente ao tempo do fato, corrigido pela variação média do IGPM, até o efetivo pagamento.

Em face das condenações acima, exhibe a pena imposta à ré JULIANA GOMES DA SILVA os elementos objetivos, e, ela própria, os subjetivos, de que trata o art. 44 do Código Penal, impondo-se a substituição da privativa de liberdade por duas restritivas de direito, nos mesmos moldes das impostas na sentença a ERINALDO JOSÉ DO REGO, JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA e WELLINGTON RIBEIRO DE OLIVEIRA.

No que toca a JOÃO DIVINO GOMES, o mesmo deverá cumprir a sua pena no regime fechado, nos moldes do art. 33, § 2º, *b* e § 3º, c/c art. 59, do Código Penal, e para os demais, estabeleço o regime aberto, na forma prevista pelo art. 33, § 2º, *c* e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal, por entender que as circunstâncias judiciais reconhecidas na sentença lhe são desfavoráveis.

Comunique-se, imediatamente, esta decisão ao juízo em que tramitam os autos da execução penal provisória de JOÃO DIVINO

GOMES, a fim de que adote as providências cabíveis, **notadamente no que se refere à apreciação de seu suposto direito à progressão de regime.**

Oficie-se ao Superior Tribunal de Justiça a fim de levar ao conhecimento do Exmo. Senhor Ministro Relator do HC 88120-PE o julgamento da presente apelação.

Assim voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.723-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Apelantes: JOSÉ MARCOS DE ARAÚJO E EDIMILSON ALVES DE LUNA
Advs./Procs.: DRS. CARLOS JOSÉ DA COSTA CAMPELLO (1º APTE.) E JOÃO VIEIRA NETO E OUTRO (2º APTE.)

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTE (COCAÍNA). ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. RESISTÊNCIA QUALIFICADA EM DESFAVOR DE AGENTES PÚBLICOS FEDERAIS (POLICIAIS) NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. ARTIGOS 12, CAPUT, C/C 14 DA LEI Nº 6.368/76 C/C 329, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. PRELIMINARES: NULIDADE DO PROCESSO EM FACE DO PROCEDIMENTO PROCESSUAL ADOTADO (RITO COMUM) PREVISTO PARA OS CRIMES DE RECLUSÃO EM DETRIMENTO DO PROCEDIMENTO ESPECIAL PREVISTO NA NOVA LEI DE TÓXICOS (LEI Nº 11.343/2006). MATÉRIA JÁ APRECIADA POR ESTA CORTE NO HC Nº 3087-PE QUE ENTENDEU SER MAIS BENÉFICO PARA O RÉU O PROCEDIMENTO COMUM EM FACE DE DENÚNCIA QUE NARRA A PRÁTICA DE CRIMES CONEXOS PARA OS QUAIS SÃO PREVISTOS PROCEDIMENTOS DI-

VERSOS. GARANTIA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA EM FACE DA AUSÊNCIA DE RÉU, PRESO NESTA CAPITAL, À AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA REALIZADA EM ILHÉUS/BA. PROVIDÊNCIA DO ATO. INTIMAÇÃO DAS PARTES DA EXPEDIÇÃO DA CARTA PRECATÓRIA. ENUNCIADO DA SÚMULA Nº 273 DO STJ. PRESCINDIBILIDADE DE REQUISIÇÃO DE RÉU PRESO PARA OUVIDA DE TESTEMUNHA EM COMARCA DEPRECADA. PRECEDENTES DO STF (HC Nº 75030/SP). PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO: CONEXÃO DE CRIMES ESTADUAL E FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ARTIGO 109, IV, DA CF/88 C/C SÚMULA Nº 122 DO STJ. CRIMES DE TRÁFICO DE COCAÍNA (PERPETRADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/76) E DE RESISTÊNCIA QUALIFICADA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS INTEIRAMENTE DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTOS SUFICIENTES PARA A FIXAÇÃO NO MÁXIMO COMINADO. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO ASSOCIATIVO, MERA CONVERGÊNCIA OCASIONAL DE VONTADES. ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS SATISFATÓRIAS PARA CONDENAÇÃO. REFORMA PARCIAL DO DECRETO SINGULAR. PRELIMINARES:

1 - A arguição de nulidade processual em face do rito procedimental adotado foi devidamente analisada e afastada, na oportunidade do julgamento, em 31 de janeiro de 2008, pela E. 1ª Turma desta Corte, do HC nº 3087/PE, onde se decidiu “inexistir nulidade ante à ausência de regra que determine o correto rito procedimental em caso de denúncias que narrem a prática de crimes conexos, para os quais são previstos procedimentos diversos. Ademais, a opção atendeu

ao rito que mais prestigiou às garantias processuais fundamentais do réu”.

2 - Frise-se que, não bastasse o fato de não haver sido explicitado pela defesa o efetivo prejuízo decorrente da nulidade por ela suscitada, tem-se que tais questões já foram enfrentadas pelo Juiz a quo (decisão fls. 13/15 e sentença fls. 347/348), bem como decididas, na oportunidade do julgamento do Habeas Corpus nº 3087/PE. É de se levar em conta, ainda, que a impetração do HC, nesta Corte, somente ocorreu após o decreto condenatório, o que leva a se inferir que o rito de procedimento adotado pelo Magistrado não foi de todo recusado pela Defesa, somente vindo a irresignação quando sobreveio a condenação.

3 - Ademais, os fatos narrados na denúncia ocorreram em 28/08/2006, quando ainda vigia a Lei nº 6.368/76, que só foi revogada após 45 dias da publicação (23/08/2006) da nova lei de tóxicos (Lei nº 11.343/2006), hipótese que configura a ultratividade de lei mais benéfica.

4 - No que se refere ao argumento de ocorrência de cerceamento de defesa, não há nulidade a ser sanada, pois a ausência do acusado, recolhido em Recife/PE, à audiência de ouvida da testemunha realizada em Ilhéus/Bahia, não trouxe prejuízo concreto às partes, mormente quando a Defesa teve ciência da expedição da Carta Precatória para tal ato processual.

5 - Ademais, “intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência” (Enunciado da Súmula nº 273 do STJ).

6 - Preliminares rejeitadas.

MÉRITO:

7 - A competência da Justiça Federal para o julgamento do feito, exsurge da conexão existente entre o crime de resistência qualificada perpetrado, pelos acusados, em desfavor de agentes

públicos federais (policiais) no exercício das suas funções, e o crime de tráfico de cocaína, que seria, acaso inexistisse a conexão, de competência da Justiça Estadual, em face da não transnacionalidade da droga.

8 - Agentes que, com mera convergência ocasional de vontades, são interceptados no interior de veículo que transportava substância entorpecente (cocaína), e, ao serem interpelados por agentes de polícia federal, diante da voz de prisão em flagrante, desferem tiros contra tais policiais, arremessando o automóvel contra um deles, antes de empreenderem fuga, perfazem, em concurso material, os crimes de tráfico de entorpecente e de resistência qualificada, previstos nos artigos 12 da Lei nº 6.368/76, cuja capitulação dada pelo Parquet na denúncia prevalece em face de figurar hipótese de ultratividade de lei mais benéfica (conforme explicitado no item 3-supra) c/c artigo 329, § 1º, do Código Penal, cujas autorias e materialidade delituosas restaram comprovadas na instrução criminal, diante das provas coligidas.

9 - Acolhe-se, em parte, o Parecer Ministerial, para excluir da condenação o crime de associação para o tráfico, previsto no artigo 14 da Lei nº 6.368/76.

10 - O artigo 14 da Lei 6.368/76 trata da figura autônoma da associação que não resulta unicamente de reconhecimento da coparticipação criminosa. A associação exige um animus associativo, que não se encontra na convergência ocasional de vontades para a prática de um ilícito, o que enseja mera coparticipação.

11 - À míngua de elementos probatórios concretos da configuração do crime previsto no artigo 14 da Lei 6.368/76, impõem-se as absolvições dos acusados, em relação a tal delito, nos termos do artigo 386, II, do Código de Processo Penal.

12 - Sendo valoradas negativamente todas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, correta a sentença que fixou a pena-base, para ambos os réus, no patamar máximo cominado (15 anos para o crime de tráfico e 3 anos para o crime de resistência qualificada).

13 - Mantida a sentença nos seus demais, inclusive, no que se refere à pena de multa, a impossibilidade de os réus recorrerem em liberdade e no que tange aos efeitos da condenação.

14 - Apelações parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, rejeitar as preliminares de nulidade do processo, arguidas pela defesa do réu EDIMILSON ALVES DE LUNA e, no mérito, dar parcial provimento às apelações dos réus JOSÉ MARCOS DE ARAÚJO e EDMILSON ALVES DE LUNA para absolvê-los, nos termos do artigo 386, II, do Código de Processo Penal, da imputação do crime de associação para o tráfico (artigo 14 da Lei nº 6.368/76), excluindo-se da condenação as penas impostas em relação a tal crime, mantendo a sentença condenatória em todos os seus termos em relação aos crimes de tráfico de entorpecente e de resistência qualificada, 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, 24 de setembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de Apelações Criminais interpostas pelos acusados JOSÉ MARCOS DE ARAÚJO (fls. 481/485) e EDIMILSON ALVES

DE LUNA (fls. 490/515) contra sentença (fls. 345/368) da lavra do Exmo. Sr. Juiz Federal, Dr. CÉSAR ARTHUR CAVALCANTI DE CARVALHO, da 13ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, que, julgando parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na denúncia, **condenou** os acusados JOSÉ MARCOS DE ARAÚJO E EDIMILSON ALVES DE LUNA pelos **crimes previstos no artigo 12, caput, da Lei nº 6.368/76** (tráfico de entorpecentes – 4.593 kg de cocaína) à **pena final, para cada acusado, de 15 (quinze) anos de reclusão, em regime fechado** (pena-base = máximo legal = 15 anos) e 360 dias-multa; pelo **crime previsto no art. 14 da Lei nº 6.368/76 (associação para fins de tráfico) à pena final, para cada acusado, de 10 (anos) anos de reclusão, em regime fechado** (pena-base = máximo legal = 10 anos) e 360 dias-multa, e pelo **crime previsto no artigo 329, § 1º, do Código Penal (resistência qualificada) à pena final, para cada acusado, de 03 (três) anos de reclusão** (pena-base = máximo legal = 3 anos).

Ao final, considerando a existência do concurso material estabelecido entre os delitos de tráfico, de associação para fins de tráfico e de resistência qualificada, nos termos do artigo 69 do Código Penal, as penas privativas de liberdade e de multa foram somadas e computadas para cada um dos réus em **28 (vinte e oito) anos de reclusão, em regime fechado, e 720 (setecentos e vinte) dias-multa**.

E, **absolve-os** da imputação do crime previsto no artigo 132 do Código Penal (exposição à vida ou à saúde de outrem), nos termos do artigo 386, III, do Código de Processo Penal, por entender que referido crime não se mostrou como delito autônomo, mas como consequência – simples decorrência da prática do crime de resistência qualificada, sendo por este absorvida.

O Ministério Público Federal ofertou denúncia contra JOSÉ MARCOS DE ARAÚJO e EDIMILSON ALVES DE LUNA pela prática dos crimes previstos nos artigos 12, *caput*, e art. 14 da Lei nº 6.368/76 c/c artigos 329, § 1º, e 132 do Código Penal.

Narra a denúncia que, no dia 28 de agosto de 2006, uma equipe policial se deslocou com objetivo de interceptar veículo que estaria transportando cocaína no sentido IBURA-PAULISTA, posicio-

nando viatura nas imediações da lombada eletrônica de Milagres, no bairro do Ibura, em Recife/PE. Assim, por volta das 18 horas, a equipe policial identificou duas pessoas que já haviam sido presas por tráfico de drogas, que eram os denunciados e que ocupavam um veículo “Marea”, da FIAT, placa KFG 9725, transportando cocaína. Na oportunidade, quando os denunciados reduziram a velocidade, a equipe policial trancou o veículo guiado pelos acusados, que surpreenderam os policiais federais com tiros. Apesar da perseguição inicial, os traficantes conseguiram evadir-se do local, inviabilizando a prisão em flagrante.

O primeiro apelante, o acusado JOSÉ MARCOS DE ARAÚJO (fls. 481/485) pugna pela absolvição ante a ausência de prova de ter concorrido para a infração penal, alegando para tanto que as provas colhidas contra o acusado teriam sido obtidas mediante tortura por parte da Polícia Federal.

O segundo apelante, o acusado EDIMILSON ALVES DE LUNA (fls. 490/515), **preliminarmente**, argúi: 1) nulidade de todos os atos processuais, em face de não se ter observado o rito procedimental previsto na atual lei de Tóxicos – Lei nº 11.343/2006, alegando para tanto que houve prejuízo para sua defesa; 2) nulidade em face de o magistrado não ter intimado o acusado para audiência de ouvida da testemunha a ser inquirida na cidade de Ilhéus/BA, alegando para tanto que houve cerceamento de sua defesa; 3) nulidade da sentença condenatória em face de: I) ter deixado de apreciar uma das teses de nulidade arguida nas alegações finais, qual seja, a de cerceamento de defesa por ausência de intimação do defensor para participar do ato de ouvida da testemunha na cidade de Ilhéus/BA; II) não ter fundamentado a fixação da pena-base no seu limite máximo previsto na lei; III) ter deixado de apreciar a incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da nova lei de tóxicos (Lei nº 11.343/2006).

No mérito, pugna pela absolvição, com arrimo no anterior artigo 386, VI, do Código de Processo Penal (atual inciso VII), em razão da manifesta inexistência de provas em seu desfavor.

Contrarrazões apresentadas pela acusação (fls. 518/529 e 540/542), que, em relação ao réu Edmilson, pugna pela rejeição de todas as preliminares arguidas e, no mérito, pela manutenção do

decreto singular, e, no tocante ao acusado José Marcos, que seja confirmada a sentença, em face de serem infundadas as alegações de tortura por parte da Polícia Federal, em virtude da existência de provas satisfatórias de autoria delituosa.

No Parecer Ministerial (fls. 555/575), o Exmo. Sr. Procurador Regional da República, Dr. Fábio George Cruz da Nóbrega, corroborou os termos das contrarrazões ofertadas pela acusação, em relação às **preliminares arguidas** pela defesa do acusado Edmilson, e opinou que as mesmas não fossem acolhidas. **No mérito**, entretanto, discordando do entendimento esposado nas contrarrazões, opinou pelo provimento parcial das apelações para: 1) absolver os acusados da prática do crime de associação para o tráfico (art. 14 da Lei nº 6.368/76); 2) em consequência da absolvição pelo crime de associação para o tráfico, reduzir da pena final o *quantum* de 10 anos (condenação imposta pelo referido delito), com a redução proporcional da pena de multa.

É o que havia de relevante para relatar.

Encaminhem-se os autos ao eminente Sr. Desembargador Federal Revisor, nos termos regimentais.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

Os acusados JOSÉ MARCOS DE ARAÚJO e EDIMILSON ALVES DE LUNA foram condenados pelo Juízo Federal da 13ª Vara/PE pela prática dos crimes previstos no artigo 12, *caput*, da Lei nº 6.368/76 (tráfico de entorpecentes – 4.593 kg de cocaína) à pena final, para cada acusado, de 15 (quinze) anos de reclusão, em regime fechado (pena-base = máximo legal = 15 anos) e 360 dias-multa; pelo crime previsto no art. 14 da Lei nº 6.368/76 (associação para fins de tráfico) à pena final, para cada acusado, de 10 (anos) anos de reclusão, em regime fechado (pena-base = máximo legal = 10 anos) e 360 dias-multa, e pelo crime previsto no artigo 329, § 1º, do Código Penal (resistência qualificada) à pena final, para cada acusado, de 03 (três) anos de reclusão (pena-base = máximo legal = 3 anos).

Ao final, considerando a existência do concurso material esta-

belecido entre os delitos de tráfico, de associação para fins de tráfico e de resistência qualificada, nos termos do artigo 69 do Código Penal, as penas privativas de liberdade e de multa foram somadas e computadas para cada um dos réus em 28 (vinte e oito) anos de reclusão, em regime fechado, e 720 (setecentos e vinte) dias-multa.

E, absolveu-os da imputação do crime previsto no artigo 132 do Código Penal (exposição à vida ou à saúde de outrem), nos termos do artigo 386, III, do Código de Processo Penal, por entender que referido crime não se mostrou como delito autônomo, mas como consequência – simples decorrência da prática do crime de resistência qualificada, sendo por este absorvida.

Não houve recurso de apelação por parte da acusação.

Narra a denúncia que, no dia 28 de agosto de 2006, uma equipe policial se deslocou com objetivo de interceptar veículo que estaria transportando cocaína no sentido IBURA-PAULISTA, posicionando viatura nas imediações da lombada eletrônica de Milagres, no bairro do Ibura, em Recife/PE. Assim, por volta das 18 horas, a equipe policial identificou duas pessoas que já haviam sido presas por tráfico de drogas, que eram os denunciados e que ocupavam um veículo “Marea”, da FIAT, placa KFG 9725, transportando cocaína. Na oportunidade, quando os denunciados reduziram a velocidade, a equipe policial trancou o veículo guiado pelos acusados, que surpreenderam os policiais federais com tiros. Apesar da perseguição inicial, os traficantes conseguiram evadir-se do local, inviabilizando a prisão em flagrante.

O acusado JOSÉ MARCOS DE ARAÚJO (fls. 481/485) pugna pela absolvição ante a ausência de prova de ter concorrido para a infração penal, alegando para tanto que as provas colhidas contra o acusado teriam sido obtidas mediante tortura por parte da Polícia Federal.

O acusado EDIMILSON ALVES DE LUNA (fls. 490/515), preliminarmente, argúi: 1) nulidade de todos os atos processuais, em face de não se ter observado o rito procedimental previsto na atual lei de Tóxicos – Lei nº 11.343/2006, alegando para tanto que houve prejuízo para sua defesa; 2) nulidade em face de o magistrado não ter intimado o acusado para audiência de ouvida da testemu-

nha a ser inquirida na cidade de Ilhéus/BA, alegando para tanto que houve cerceamento de sua defesa; 3) nulidade da sentença condenatória em face de: I) ter deixado de apreciar uma das teses de nulidade arguida nas alegações finais, qual seja, a de cerceamento de defesa por ausência de intimação do defensor para participar do ato de ouvida da testemunha na cidade de Ilhéus/BA; II) não ter fundamentado a fixação da pena-base no seu limite máximo previsto na lei; III) ter deixado de apreciar a incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da nova lei de tóxicos (Lei nº 11.343/2006).

No mérito, pugna pela absolvição, com arrimo no anterior artigo 386, VI, do Código de Processo Penal (atual inciso VII), em razão da manifesta inexistência de provas em seu desfavor.

O Exmo. Sr. Procurador Regional da República, Dr. Fábio George Cruz da Nóbrega, no seu Parecer Ministerial (fls. 555/575), corroborou os termos das contrarrazões ofertadas pela acusação, em relação às preliminares arguidas pela defesa do acusado Edmilson, e opinou que as mesmas não fossem acolhidas.

No mérito, entretanto, discordando do entendimento esposado nas contrarrazões, opinou pelo provimento parcial das apelações para: 1) absolver os acusados da prática do crime de associação para o tráfico (art. 14 da Lei nº 6.368/76); 2) em consequência da absolvição pelo crime de associação para o tráfico, reduzir da pena final o *quantum* de 10 anos (condenação imposta pelo referido delito), com a redução proporcional da pena de multa.

Passo à análise.

1 - PRELIMINARES

(arguidas pelo acusado Edmilson Alves de Lima)

1.1) nulidade do processo por ocorrência de prejuízo à Defesa, em face da não observância do Rito procedimental previsto na atual Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/06)

Da narrativa da denúncia, os réus foram denunciados por crimes conexos, cuja competência para o processo e para o julgamento está afeta à Justiça Federal (enunciado da Súmula nº 122 do STJ).

Ocorre que, dos crimes narrados na denúncia, quais sejam, transporte ilícito de substância entorpecente e associação para o tráfico (previstos nos artigos 12 e 14 da Lei nº 6.368/76), bem como os crimes de resistência e exposição à vida ou à saúde de outrem, previstos nos artigos 329 e 132 do Código Penal, possuem ritos processuais diferenciados.

Ora, é pacífico que o direito penal milita em favor do réu, mormente no que se refere aos meios processuais legítimos que possibilitem a mais ampla defesa aos acusados em uma ação penal.

Nesse sentido foi a decisão do Magistrado singular, quando adotou o rito comum, previsto para os crimes punidos com reclusão, em face da ocorrência dos diversos ritos processuais dos crimes reunidos, a despeito de a nova lei de tóxicos (Lei nº 11.343/06) ter revogado a anterior lei nº 6.368/76.

Confira-se, nesse sentido, excertos da decisão de fls. 13/15, da ação penal (volume 1-2):

(...) Em preliminar, tenho que a conexão existente entre os crimes narrados na peça acusatória afeta o processo e o julgamento de todos eles à Justiça Federal, nos termos do art. 109, IV, da Constituição Federal, uma vez que as infrações previstas nos artigos 132 e 329, § 1º, ambos do Código Penal, foram praticadas com agentes públicos federais, no exercício de suas funções.

Aliás, a Súmula nº 122, do Superior Tribunal de Justiça, consagra esse entendimento, ao expressar que: “compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, a, do Código de Processo Penal”.

Ainda, em preliminar, observo que cada crime citado na denúncia possui rito diferenciado, fazendo-se necessário tecer breves considerações quanto ao assunto.

O art. 28 da Lei nº 6.368/76, previa, nestes casos, que o processo deveria seguir o procedimento previsto para a infração mais grave, o que gerava certo dissenso na doutrina e nos tribunais (...).

De qualquer modo, é de se notar que a Lei nº 11.343/2006 revogou a Lei nº 6.368/76, sendo o caso de se aplicar o rito comum, previsto para os crimes punidos com reclusão.

Nesse sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira leciona que “o procedimento a ser adotado, quando diversos os ritos dos crimes reunidos, deveria ser aquele previsto para os crimes punidos com reclusão, ou seja, o procedimento comum, da competência dos juízes singulares (arts. 394 a 405 e arts. 498 a 502 do CPP)” (Curso de Processo Penal, Del Rey, 4ª edição, 2005, pág.603), justamente para possibilitar a mais ampla defesa aos acusados. (...).

Intimadas as partes da decisão de fls. 14/15, nada requereram. Acusação (fl. 20) e defesa, não tendo se manifestado, na oportunidade dos interrogatórios dos réus (fls. 22/23 e 24/25) e das defesas prévias dos acusados (fl. 54).

Frise-se que a defesa do acusado na petição de fls. 241/246 nada requereu no que tange ao rito processual adotado pelo Magistrado sentenciante, suscitando, naquela oportunidade, apenas nulidade processual no que se refere às intimações para ouvida da testemunha arrolada em Ilhéus/BA.

A despeito de o acusado nada ter requerido nos autos no que tange ao procedimento processual adotado, somente após a prolação da sentença condenatória, impetrou *habeas corpus* (fls.416/434), nesta Corte, que buscava a anulação do processo ao argumento de suposta inobservância do devido processo legal.

Referido HC foi distribuído sob o nº 3.087/PE e julgado em 31/01/2008, pela egrégia 1ª Turma, que à unanimidade de votos denegou a ordem, através de Acórdão assim ementado:

EMENTA. PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E RESISTÊNCIA QUALIFICADA. PEDIDO DE NULIDADE PROCESSUAL, POR NÃO OBSERVÂNCIA DO RITO ESPECIAL PREVISTO NA LEI Nº 11.343/2006. NÃO REALIZAÇÃO DA FASE DE DEFESA PRELIMINAR PREVISTA NO ART. 55 DE REFERIDO DIPLOMA LEGAL. AUSÊNCIA DE REGRA QUE DETERMINE O CORRETO RITO PROCEDIMENTAL EM CASO EM DENÚNCIAS QUE NARREM A PRÁTICA DE CRIMES CONEXOS, PARA OS QUAIS SÃO PREVISTOS PROCEDIMENTOS DIVERSOS. OPÇÃO PELO RITO QUE MAIS DÊ PRESTÍGIO ÀS GARANTIAS PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS DO RÉU. CONSTATAÇÃO DA INEXISTÊN-

CIA DA NULIDADE APONTADA, HAJA VISTA A TOTAL AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO RÉU EM DECORRÊNCIA DA INOBSERVÂNCIA DA MENCIONADA FASE DE DEFESA PRELIMINAR. MANUTENÇÃO DO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA DO RÉU (AMEAÇA À ORDEM PÚBLICA), DECORRENTE DE SUA PERICULOSIDADE EXTREMA. ORDEM DENEGADA.

1. Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de paciente preso, condenado, juntamente com dois outros réus, pelo Juízo da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, à pena de 28 (vinte oito) anos de reclusão e 720 (setecentos e vinte) dias multa, em virtude do cometimento das condutas criminosas tipificadas nos arts. 12, *caput*, e 14, da Lei nº 6.368/76 (tráfico de drogas e associação para o tráfico), e art. 329, §1º, do Código Penal (resistência qualificada). **Esta actio objetiva: 1) a anulação de todo o processo criminal que originou a referida condenação (pelo que os Impe-trantes coligiram a estes autos cópias das principais peças às fls. 121-188), uma vez que este teria se desenvolvido irregularmente, haja vista ter o Juízo de origem adotado, em razão da diferença de ritos previstos para os delitos narrados na denúncia, o rito comum inculcado para os crimes punidos com reclusão, em detrimento do rito especial disciplinado a partir do art. 48 da Lei nº 11.343/2006, fato este, segundo defendeu, gerador de grave prejuízo ao direito de defesa do paciente, em virtude da não realização do contraditório preliminar previsto no art. 55 dessa lei;** 2) a obtenção de alvará de soltura do paciente, preso preventivamente desde 08 de setembro de 2006, seja com base no argumento de excesso de prazo, uma vez que a vindicada anulação processual implicaria, consequentemente, a repetição de toda a marcha processual, seja com arrimo na ausência dos requisitos legalmente exigidos para o excepcional encarceramento cautelar.

2. Em relação aos distintos ritos procedimentais em confronto (o da Lei nº 11.343/2006 e o previsto no CPP para os crimes punidos com reclusão), o que maiores benefícios proporciona aos direitos fundamentais, corolários de um processo penal de índole efetivamente garantista já restou fixado pela autoridade coatora, com a afirmação de ser o rito comum, pre-

visto no CPP, o mais adequado a prestigiar as garantias constitucionais processuais do ora paciente, muito embora tenha feito referência, unicamente, à da ampla defesa.

3. O prazo previsto para a consecução da instrução criminal (no caso de a presente vir a ser anulada, como pretendem os Impetrantes, e uma nova instrução ter lugar) vem sendo mitigado pela jurisprudência dominante, em se tratando de processo cuja complexidade é notória, ante a pluralidade de crimes e réus, de que se trata o caso concreto. Nesses termos, consoante o princípio da razoabilidade, resta devidamente justificada a necessária dilação do prazo para conclusão da fase instrutória, não restando evidenciada negligência das partes ou do magistrado. O caso aqui, ante a demonstrada ausência de qualquer prejuízo ao direito de defesa do réu, em razão da não realização da fase preliminar do art. 55 da Lei nº 11.343/2006, é de clara incidência da regra prevista no art. 563 do CPP, segundo a qual “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

4. Manutenção do fundamento da prisão preventiva do réu (ameaça à Ordem Pública), decorrente de sua periculosidade extrema.

5. Ordem denegada.

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, denegar a ordem de *habeas corpus*, na forma do relatório, voto e das notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 31 de janeiro de 2008 (data do julgamento).

Desembargador Federal UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE
-Relator

(Grifos acrescidos)

Contra essa decisão da egrégia 1ª Turma, foi impetrado o HC nº 102.012-PE perante o STJ, que indeferiu o pedido liminar conforme se verifica da decisão de fls. 446/449.

É de se registrar, inicialmente, que não bastasse o fato de não haver sido explicitado pela defesa o efetivo prejuízo decorrente da

nulidade por ela suscitada, tem-se que tais questões já foram devidamente apreciadas pelo Juiz *a quo* (decisão fls.13/15 e sentença fls. 347/348), como nos autos do *Habeas Corpus* nº 3.087/PE, já julgado por esta Corte e, liminarmente, não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça (decisão fls. 446/449).

Frise-se que a impetração do HC, nesta corte, somente ocorreu após o decreto condenatório, o que leva a se inferir que o rito adotado pelo Magistrado não foi de todo recusado pela Defesa, somente vindo a irresignação quando sobreveio a condenação.

Nesse sentido, merece registro trecho das contrarrazões da acusação (fl. 523): “(...) Como se vê, o juízo *a quo*, em decisão fundamentada, considerando mais favorável ao então acusado a adoção do rito comum, por comportar maior possibilidade de defesa, adotou-o em benefício deste. Note-se que, à época da prolação da referida decisão, o apelante não se insurgiu contra ela; aceitou-a. Só ingressou com *habeas corpus*, questionando a adoção do procedimento comum (fls. 416/434), após a prolação da sentença condenatória, o que indica que, enquanto nutria a esperança de absolvição, o rito adotado mostrava-se mais conveniente para ele (...)”.

É de se destacar, ainda, mesmo entendendo ser matéria a ser enfrentada na oportunidade das questões meritórias deduzidas, a questão esbarra no problema da sucessão de leis penais (a lei nova em face da lei antiga e da lei excepcional em face da lei temporária). O próprio artigo 3º do Código Penal representa exceção à regra da retroatividade benéfica da lei nova, pois confere ultratividade à lei excepcional e à lei temporária, isto é, a lei excepcional e a lei temporária estendem seus efeitos para além do prazo de sua vigência.

Frise-se que os fatos narrados na denúncia ocorreram em 28/08/2006, quando ainda vigia a Lei nº 6.368/76, que só foi revogada após 45 dias da publicação (23/08/2006) da nova lei de tóxicos (Lei nº 11.343/2006), hipótese em que a adoção do rito processual escolhido pelo Magistrado singular configurou a aplicação do princípio da ultratividade de lei mais benéfica, que nada mais é do que a possibilidade de uma norma, não mais vigente, continuar a vincular os fatos anteriores a sua saída do sistema jurídico.

Nunca é tarde demais lembrar que, no que tange às nulidades no processo penal, a regra básica encontra-se encartada no já citado artigo 563, segundo o qual **“nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa**, aplicação do princípio *pas de nullité sans grief*. Também, como consequência, o artigo 566 do CPP, que dispõe que “não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”. Se os atos processuais têm como fim a realização da justiça, e este é conseguido apesar da irregularidade daqueles, não há razão pra renová-lo. Com esse fundamento, determina também o artigo 571, II que são consideradas sanadas nulidades previstas no art. 564, III, *d, e*, segunda parte, *g, h*, e IV, se praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim.

Com tais considerações, e diante do fato de ser questão já discutida e afastada pela egrégia 1ª Turma, quando do julgamento do HC nº 3.087/PE, realizado em 31/01/2008, **REJEITO A PRELIMINAR.**

1.2) nulidade do processo por ausência de intimação do acusado para audiência de ouvida da testemunha a ser inquirida na cidade de Ilhéus/BA.

1.3) nulidade da sentença condenatória em face de não ter sido apreciada a tese de nulidade, trazidas nas alegações finais, referente a cerceamento de defesa por ausência de intimação do defensor para participar do ato de ouvida da testemunha na cidade de Ilhéus/BA.

Referidas nulidades, trazidas, inclusive, nas alegações finais, foram devidamente enfrentadas na sentença recorrida (fls. 347 - item II-I), *in verbis*: “(...) Antes de adentrar ao mérito, destaco a existência de preliminares trazidas pela defesa de ambos os denunciados, conforme se infere das linhas inaugurais das alegações finais respectivas. Nesse esteio, a defesa de EDIMILSON destacou conquanto nulidades a macularem o feito a falta de requisição do preso para participar de ato processual e a ausência de intimação do defensor constituído para participar de audiência. Em relação a estas duas aventadas nulidades, as devidas ponderações já foram tecidas pelo juízo mediante decisão de fls. 250/

251, o qual, após merecida análise e fundamentação, cuidou de afastá-las. Nesse ato, portanto, para não incorrer em redundância, trago à baila, a título apenas alusivo, os fundamentos já destacados às fls. 250/251, com base nos quais, mais uma vez, pontifico pela ausência de nulidade a macular o feito, no sentido trazido pela defesa de EDIMILSON (...).”

Como registrou o Magistrado sentenciante, tais arguições de nulidades foram refutadas, através da decisão de fls. 250/251, ainda na fase de diligências, bem como na sentença recorrida.

Merece registro, valendo a transcrição dos excertos da decisão de fls. 250/251, que ratifico pelos seus próprios fundamentos fático-jurídicos:

(...) O reconhecimento de uma nulidade exige a demonstração de efetivo prejuízo pela parte.

Na hipótese dos autos, apesar de alegado, não foi demonstrado prejuízo concreto em face da ausência do acusado, preso nesta Capital, à audiência realizada em Ilhéus/BA, para inquirição de uma das testemunhas de acusação.

Por outro lado, cientificada a defesa da expedição da carta precatória, o que, de fato, ocorreu neste processo (fls. 105 e 143), cumpre ao advogado diligenciar e acompanhar a realização de todos os atos processuais no juízo deprecado, destacando-se que, nos termos do art. 265, p.u., do CPP, “a falta de comparecimento do defensor, ainda que motivada, não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo o juiz nomear substituo, ainda que provisoriamente ou para só efeito do ato”, providência que foi observada, como se vê do termo de fls. 222/224.

Esse entendimento foi consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula nº 273, consignando que “intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data de audiência no juízo deprecado”.

A matéria levantada pela defesa já foi, inclusive, conhecida e refutada pelo Supremo Tribunal Federal, como podemos verificar do julgado abaixo transcrito:

Habeas Corpus. – A jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de que é prescindível a requisição do réu preso para acompanhar inquirição de testemunha em juízo deprecado, bastando que o defensor, como no

caso o foi, tenha sido intimado da expedição da carta precatória, bem como de que não há necessidade de intimação do advogado do réu da data da inquirição de testemunha em outra comarca, se foi ele intimado da expedição da precatória. [...] *Habeas Corpus* indeferido. (STF - HC 75030/SP - Rel. Min. MOREIRA ALVES - DJ 07-11-1997 (...)).

A atual Constituição brasileira, ao contrário de todos os textos que a precederam, consagrou, explicitamente, o devido processo legal, adotando a fórmula anglo-saxã, em tradução literal.

Por sua vez, Frederico Marques, salienta que “o processo só atende à sua finalidade quando se externa em procedimento adequado à lide que nele contém, de forma a garantir amplamente os interesses das partes em conflito. E no processo penal esse procedimento tem de plasmar-se segundo o *modus operandi* que assegure “aos acusados a ampla defesa, com recursos a ela inerentes. Isto significa a consagração do devido processo legal como norma fundamental de procedimento e garantia suprema do *ius libertatis*”. Assim, o devido processo, está consubstanciado numa série de garantias das partes e do próprio processo, que, por sua vez, tem índole eminentemente assecuratória.

Diante destas breves considerações, não merece prosperar a arguição preliminar de que houve nulidade do processo por ausência de intimação do acusado para audiência de ouvida da testemunha a ser inquirida na cidade de Ilhéus/BA, bem como de ter havido nulidade em face de não ter sido apreciada alegada tese de nulidade, trazidas nas alegações finais, referente a cerceamento de defesa por ausência de intimação do defensor para participar do ato de ouvida da testemunha na cidade de Ilhéus/BA.

1.4) nulidade da sentença por não ter sido fundamentada a fixação da pena-base no seu limite máximo previsto na lei e por ter deixado de apreciar a incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da nova lei de tóxicos (Lei nº 11.343/06)

Entendo que tais pedidos estão afetos ao próprio mérito do recurso (dosimetria da pena), que será analisada em momento posterior.

Logo, postergo a análise de tais pedidos no item referente à dosimetria da pena.

2 - MÉRITO

2.1) Apelações dos Réus José Marcos de Araújo e Edimilson Alves de Lima

As razões de apelação de ambos os acusados cingem-se na reforma do decreto condenatório com o fim de serem absolvidos em face de ausência de prova de ter o réu concorrido para a infração penal – atual artigo 386, IV, do CPP (alegação do réu José Marcos) e de manifesta ausência de provas – atual artigo 386, VII, do CPP (alegação do réu Edimilson Alves).

Alegam que a condenação dos réus pelos crimes de tráficos de drogas e de resistência foi concluída pelo Magistrado singular de forma aleatória, sem que houvesse uma ligação robusta diante das provas coligidas.

Passo à análise em conjunto.

Logo de início, cabe o registro de que os autos desta ação penal foram processados e julgados perante à Justiça Federal em face da sua incontestada competência (CF, art. 109, IV), em virtude de o crime de resistência qualificada ter sido perpetrada em desfavor de agentes públicos federais (Policiais Federais), crime este conexo ao crime de tráfico de cocaína, que de forma isolada, acaso não existisse a conexão com o crime de competência federal, seria julgado pela E. Justiça Estadual, já que não se verificou o caráter da transnacionalidade da droga.

Quanto ao rito adotado pelo magistrado sentenciante, como destacado na parte do voto que enfrentou as preliminares, a questão esbarrou no problema da sucessão de leis penais (a lei nova em face da lei antiga e da lei excepcional em face da lei temporária). O próprio artigo 3º do Código Penal representa exceção à regra da retroatividade benéfica da lei nova, pois confere ultratividade à lei excepcional e à lei temporária, isto é, a lei excepcional e a lei temporária estendem seus efeitos para além do prazo de sua vigência.

Frise-se que os fatos narrados na denúncia ocorreram em 28/08/2006, quando ainda vigia a Lei nº 6.368/76, que só foi revogada

após 45 dias da publicação (23/08/2006) da nova lei de tóxicos (Lei nº 11.343/2006), hipótese em que a adoção do rito processual escolhido pelo Magistrado singular configurou a aplicação do princípio da ultratividade de lei mais benéfica, que nada mais é do que a possibilidade de uma norma, não mais vigente, continuar a vincular os fatos anteriores a sua saída do sistema.

A Lei nº 6.368/76, de 21.10.1976, dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica. Sendo medida de prevenção e repressão, trata o artigo 1º da supramencionada lei, *verbis*:

Artigo 1º da Lei 6.368/76:

É dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar na prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Os réus, ora apelantes, foram condenados pela prática do crime descrito no artigo 12 e 14 da supramencionada lei, bem como do artigo 329, § 1º, do Código Penal, que dispõem, respectivamente:

Artigo 12 - Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, tem em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos e pagamento de 50(cinquenta) a 360(trezentos e sessenta) dias-multa.

Artigo 14 - Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 e 13 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Artigo 329 do Código Penal - Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio:

Pena - detenção, de 2 (dois) meses a 2 (dois) anos.
§ 1º. Se o ato, em razão da resistência, não se executa:
Pena - reclusão, de 1(um) a 3 (três) anos.

Inicialmente, impõe trazer à colação excertos da sentença recorrida (fls. 349/356), no que se refere, mais precisamente, à conclusão da autoria e materialidade delituosas em relação aos crimes de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e de resistência.

CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTE

(excertos da sentença recorrida)

Em primeiro plano, relembro que os crimes imputados aos denunciados são os previstos pelo art. 12, *caput*, e art. 14, ambos da Lei nº 6.368/76, art. 329, § 1º, e art. 132, ambos do CPB, os quais descrevem, respectivamente, os delitos de tráfico de entorpecentes, associação para fins de tráfico, resistência qualificada e perigo para a vida ou saúde de outrem.

Em relação à capitulação acima aduzida, máxime no que toca aos crimes relacionados a entorpecentes (tráfico e associação para fins de tráfico), esclareço que os delitos em demanda foram consumados em 28/08/2006, ou seja, quando a Lei 6.368 ainda estava em vigor. Logo, por ser esta mais favorável do que a Lei nº 11.343/06, ora em vigência, é de aplicar-se a Lei nº 6.368/76, figurando-se hipótese de ultratividade da lei mais benéfica.

Por estes motivos, é de prevalecer a capitulação espousada pelo *parquet*, qual seja, a que abraça as condutas sob os tipos referidos no art. 12, *caput*, e art. 14, ambos da Lei nº 6.368/76.

Feito tais esclarecimentos iniciais, passo ao exame da materialidade e autoria delitivas em relação a cada um dos delitos.(...)

No caso dos autos, todas as provas produzidas apontam para a certeza de que os denunciados, de forma consciente e voluntária, transportaram e trouxeram consigo 4,593 kg de substância entorpecente conhecida como cocaína e mais: o fizeram de forma associada para fins de tráfico, nos exatos moldes traçados pelos artigos acima reproduzidos.

Como prova do acima alegado, é de ver-se o **Laud**

minar de Constatação de fls. 03/04 do IPL e o Laudo de Exame em Substância Entorpecente de fls. 63/65 do IPL, os quais foram conclusivos ao elucidarem a quantidade e qualidade entorpecente da substância apreendida pela Polícia Federal na ocasião em que os denunciados foram abordados, nos exatos termos já reproduzidos no relatório do presente ato.

O Auto de Apresentação e Apreensão de fls. 05/07 do IPL, por sua vez, também foi eficaz no sentido de esclarecer que a aludida substância foi encontrada no veículo Fiat Marea, de placa KFG 9725, que estava sendo conduzido pelos denunciados, quando os mesmos foram interceptados pela viatura do DPF. (Destaquei)

Como se não bastassem as provas já elencadas, os depoimentos das testemunhas de acusação também foram categóricos no sentido de apontarem não apenas o transporte da droga por parte dos denunciados, mas também a associação destes, de forma organizada, permanente e preexistente, com o fim de realizar o aludido tráfico, conforme se infere dos termos de fls. 35/37, fls. 105/108 e fls. 222/224.

Vejamos, por exemplo, o que elucidou a primeira testemunha de acusação, ouvida às fls. 35/37 destes autos:

(...) que realmente integrou equipe, no total de 3 policiais, que efetuou a 1ª prisão do acusado EDMILSON ALVES DE LUNA, em Cachoeirinha/PE, quando foram apreendidos 8 quilos de cocaína, razão pela qual foi o mesmo condenado; que também participou da ocorrência mencionada na denúncia; que, por fim, também participou da prisão do acusado em referência, igualmente por tráfico, quando foram apreendidos por volta de 5 quilos de cocaína; (...) que é agente da polícia federal, atualmente na Delegacia de Repressão a Entorpecentes da SR/PE; que se recorda dos fatos narrados na denúncia; que ratifica o depoimento prestado à fl. 25 do IPL; que reconhece os acusados aqui presentes nesta sala de audiência como aqueles que estavam no veículo MAREA mencionado na denúncia; que o JOSÉ MARCOS, também conhecido como “CACÁ” e o EDMILSON é conhecido como “BIU”; que o vínculo existente com os acusados iniciou por convivência em um presídio, não sabendo o depoente o nome do presídio nem a época em que tal ocorreu; que pelo que lembra, a viatura

da polícia não foi atingida por arma de fogo; que o MAREA foi “jogado” contra o APF ALESSANDRO MORADILLO; que “MINEIRO” é um apelido também utilizado pelo JOSÉ MARCOS ou “CACÁ”; que a droga apreendida provavelmente é oriunda de Cárceres/MT; que o acusado EDMILSON chegou a Recife, mediante transporte aéreo, no dia do fato mencionado na denúncia, quando foi apanhado pelo “CACÁ” no aeroporto; que a equipe policial já tinha conhecimento do veículo utilizado pelo JOSÉ MARCOS ou “CACÁ”; que acrescenta que também participou da equipe policial que efetuou a prisão do JOSÉ MARCOS ou “CACÁ” há aproximadamente 3 anos, também por tráfico; que quando o JOSÉ MARCOS ou “CACÁ” foi preso em virtude da preventiva, este admitiu que havia encaminhado um veículo por meio de uma transportadora com destino a Recife, em que também havia substância entorpecente; que pelo último fato, o DPF/PE comunicou ao DPF/BA que interceptou o veículo e efetuou a apreensão da droga; (...que JOSÉ MARCOS ou “CACÁ” foi preso pela primeira vez na cidade de Ribeirão no posto da Polícia Rodoviária Federal; que participaram desta prisão os APF’s FÁBIO RUI E ELAINE; que não se recorda da data exata, salvo engano num final de semana; que o JOSÉ MARCOS ou “CACÁ” vinha fazendo o papel de “batedor”, ou seja, aquele que faz uma varredura do caminho para a droga transportada que vem atrás; que nessa 1ª prisão, foi parado o veículo do JOSÉ MARCOS ou “CACÁ” e outro que conduzia a droga; que foi encontrada droga no veículo em que JOSÉ MARCOS ou “CACÁ” não estava; (...) que no dia do fato mencionado na denúncia, a equipe policial se dirigiu ao aeroporto por volta de 14h com o objetivo de prender o EDMILSON; que pela perda do horário do voo, a equipe ficou rondando o bairro do Ibura, o que ocorreu por volta das 16h; que quando o veículo MAREA foi trancado, o depoente gritou “polícia federal”; que, em seguida, o JOSÉ MARCOS ou “CACÁ” deu uma ré brusca, chegando inclusive a abalroar um 3º veículo; que neste instante o EDMILSON saiu do veículo e correu; que, ainda com a porta aberta do MAREA, o JOSÉ MARCOS ou “CACÁ” deu nova ré quando pôde o depoente visualizar o seu rosto, uma vez que ficou em pé do lado do passageiro do MAREA, que estava com a porta aberta; que a distância do veículo mencionado na denúncia para os policiais, assim que se chocou com o 3º

veículo, era de aproximadamente 15 metros; que os policiais que correram atrás dos acusados não conseguiram detê-los, por terem sido mais rápidos; (...) que não se conseguiu nenhuma testemunha do fato, apesar de ter sido diligenciado, em razão de temores das pessoas abordadas; que não se conseguiu identificar o 3º veículo envolvido no acidente; que, após a fuga dos acusados, estiveram no local policiais militares da área, não lembrando o depoente de algum deles; que os policiais militares não foram chamados para servirem como testemunha por terem chegado após o fato. (...)

(Depoimento de ALESSANDRO JORGE DE ARAÚJO DE ALBUQUERQUE, fls. 35/37)

E os demais depoimentos colhidos só vieram a reforçar, de forma harmoniosa, coerente e precisa, o já acima elucidado, conforme se infere dos termos de fls. 105/108 e fls. 222/224. (...)

CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO

(excertos da sentença recorrida)

(...) Especificamente em relação ao crime previsto pelo art. 14 da Lei n.º 6.368, cabe aqui um parêntese para algumas elucidações.

Com a devida vênia, aquele que interpreta a expressão “reiteradamente ou não” no sentido de que bastaria haver co-autoria em um único delito para configurar o tipo penal em comento incide em equívoco.

É que, como bem ensina a doutrina, em análise ao verbonúcleo do tipo, verifica-se que:

(...) associar-se, significa unir-se de maneira estável com a finalidade de praticar crimes diversos. A característica da associação é a permanência e a estabilidade do vínculo, ainda que não venha a se concretizar qualquer crime planejado.

Portanto, o simples concurso de agentes, por si só, não autoriza a conclusão da existência de verdadeira associação, no sentido típico do termo. Deste modo, ciente destas ponderações, não foi, nem é, com base apenas no referido concurso que ora se entende configurado o aludido delito.

É que, no caso em apreço, diante das provas carreadas, foi possível vislumbrar não apenas a co-autoria estabeleci-

da entre os dois denunciados para a prática de um ilícito, mas também a permanência, organização e estabilidade deste vínculo, requisitos que viabilizariam concluir pela existência de associação nos exatos termos elencados pelo art. 14 da Lei nº 6.368/76 e pelo 35 da Lei nº 11.343/2006.

É o que se verifica das declarações das testemunhas, todas uníssonas no sentido da estabilidade, organização e permanência do vínculo estabelecido entre dois denunciados em empreitadas de mesmo viés da presente, eventos aptos a configurarem a “associação” nos termos legais já referidos.

Assim, certo que o que existiu não foi a mera convergência ocasional de vontades estabelecida entre os dois agentes, que configura tão somente a co-autoria delitiva, mas também a “associação” prevista pelo art. 14 da Lei nº 6.368/76 e no art. 35 da Lei nº 11.343/2006.

Com estas considerações, entendo como certa a materialidade delitiva em relação aos delitos previstos pelo art. 12, *caput*, e art. 14, ambos da Lei nº 6.368/76, já que das provas somadas nos autos não param dúvida quanto a todos os elementos constitutivos de ambos os tipos. (...)

CRIME DE RESISTÊNCIA QUALIFICADA

(excertos da sentença recorrida)

E o mesmo se pode dizer em relação ao delito tipificado pelo art. 329, § 1º, do CPB, que assim preceitua:

Art. 329. Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem esteja prestando auxílio:

(...)

§ 1º Se o ato, em razão da resistência, não se executa:
Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

É que, conforme se infere dos autos, máxime dos depoimentos das testemunhas de acusação, os denunciados, de forma consciente e voluntária, opuseram-se, mediante o uso de violência, à execução de ato legal, qual seja, a prisão em flagrante determinada pelos policiais federais responsáveis pela diligência, objeto do relatório.

E mais: conforme se infere do trecho já reproduzido e das demais declarações tomadas, a prisão em flagrante deixou de ser efetuada justamente pela oposição violenta dos

denunciados, que não mediram esforços ao empreenderem fuga, desferindo, inclusive, tiros contra a equipe e afrontando os policiais com o próprio veículo utilizado, que chegou a ser jogado contra um deles.

Nesse exato sentido, foram proferidas as declarações das testemunhas, conforme se depreende das fls. 35/37, fls. 105/108 e fls. 222/224.

Vejamos, por exemplo, como pontificou a testemunha JOSÉ RONALDO SENHORINO DE SANTANA:

(...) que é agente da polícia federal, atualmente lotado na SR/DPF/PE; que se recorda dos fatos narrados na denúncia; que participou da equipe policial que realizou abordagem do veículo em que se encontravam os acusados; que reconhece os acusados presentes nesta sala de audiência como aqueles que estavam no veículo MAREA abordado pela equipe policial; que os acusados já haviam sido presos pela polícia federal em PE por tráfico de drogas; que o JOSÉ MARCOS tem como apelido “cacá” e EDMILSON ALVES DE LUNA tem apelido de “biu”; que conhecia o EDMILSON apenas por fotos e o histórico dele; que conhecia o JOSÉ MARCOS por ter realizado prisão anterior do mesmo, também por tráfico de drogas; que a equipe policial já tinha conhecimento que EDMILSON chegaria ao Recife por transporte aéreo e o JOSÉ MARCOS iria apanhá-lo no aeroporto; que a equipe policial chegou atrasada, perdendo o encontro dos dois; que não se lembra a hora exata que a equipe policial chegou ao aeroporto, mas sabe dizer que foi no início da tarde; que por saber que o JOSÉ MARCOS morava no Iburá, a equipe policial se dirigiu para BR 101, próximo ao local conhecido como MILAGRES, com a finalidade de interceptar o veículo em que os acusados estavam; que a equipe policial já sabia que o JOSÉ MARCOS utilizava um veículo MAREA; que no início da noite no mesmo dia em que se dirigiram ao aeroporto, o veículo em que os acusados estavam foi visto, estando em baixa velocidade pela existência da lombada eletrônica; que foi iniciada a perseguição, até a altura do bairro da Macaxeira, onde a equipe policial aproveitou a redução da velocidade pelo veículo perseguido, em razão de uma lombada física, para trancá-lo; que foi anunciado aos acusados que se tratava de uma abordagem policial, quando fizeram menção de “jogar” o MAREA por cima da equipe policial; que em seguida o MAREA deu ré, chegando a

atingir em um 3º veículo; que neste momento o EDMILSON abriu a porta do passageiro e saiu correndo; que o depoente, no mesmo instante, saiu em perseguição ao EDMILSON; que não sabe precisar qual dos acusados estava armado, mas o depoente ouviu tiros, no momento em que a equipe policial estava descendo da viatura; que o terreno dificultou a perseguição ao EDMILSON, chegando o depoente a cair no chão e se machucar; que na perseguição, várias pessoas que estavam em uma rua próxima a BR 101 também correram; que foi abordado pela polícia militar quando ainda perseguia o EDMILSON; que estes dois últimos fatos atrapalharam a perseguição; que retornou ao local da abordagem inicial; que no veículo foi encontrado substância semelhante ao crack, que é derivado da pasta base da cocaína; que no veículo foram encontrados documentos do JOSÉ MARCOS; que a droga provavelmente deve ter sido trazida pelo EDMILSON de Rondônia e preparada pelo JOSÉ MARCOS; que o depoente viu chegando ao DPF material apreendido na casa de JOSÉ MARCOS, entre eles panelas com resíduos de material que cheira a crack; que quando o EDMILSON correu, o fez de frente para o depoente, há uns três metros de distância, quando pulou o barranco que existia nas margens da BR; que deu para reconhecer o JOSÉ MARCOS quando estava de pé, ao descer da viatura, quando esse acusado, que dirigia o MAREA, ficou próximo, no momento da abordagem policial; que ratifica o depoimento prestado às fls. 27 do IPL. (...) que quando iniciou a perseguição ao EDMILSON, o JOSÉ MARCOS ainda estava sentado no banco do motorista do MAREA; (...); que ouviu mais tiros serem disparados; que não sabe precisar qual dos dois acusados deu início aos disparos de arma de fogo; que foram os acusados que iniciaram os disparos; que quando retornou da perseguição ao EDMILSON, o APF ALESSANDRO JORGE comentou com o depoente que o veículo chegou a bater nele com a porta e que teria ficado segurando a porta e muito próximo ao JOSÉ MARCOS, fatos que ocorreram na sua ausência, quando ainda estava em perseguição ao EDMILSON; (...) que pode afirmar que foram disparados tiros contra a equipe policial pelo barulho característico no momento da abordagem inicial; que o reconhecimento dos acusados pelo depoente foi espontâneo, tão logo feita a abordagem policial; que na prisão anterior do JOSÉ MAR-

COS, o depoente esteve com o mesmo, quando estava fazendo a guarda do detido, no período da noite ocasião em que conversou informalmente com ele; que a conversa teve por objetivo colher subsídios para futuras investigações; que as informações que o JOSÉ MARCOS deu não teve utilidade; que a substância apreendida no veículo é aquela cujas fotos se encontram às fls. 03 do IPL. (...) que os policiais estava à paisana, mas no momento da abordagem houve a identificação. (...)

(Depoimento de JOSÉ RONALDO SENHORINHO DE SANTANA, fls. 106/108)

Conforme se verifica, portanto, dos trechos reproduzidos, máxime dos negritados, incontestemente se fazem todos os elementos caracterizadores do crime de resistência qualificada, nos exatos moldes traçados pelo art. 329, § 1º, do CPB, quais sejam, a existência de resistência, consciente e voluntária, por parte dos denunciados, em relação a ato legal que teria sido praticado pelos policiais, consistente na prisão em flagrante dos mesmos, não fosse a violência exercida e subsequente fuga empreendida.

Assim sendo, certa também a materialidade delitiva em relação ao delito de resistência qualificada (art. 329, § 1º, do CPB).

E o mesmo se pode dizer em relação à autoria delitiva dos delitos de tráfico de entorpecentes (art. 12, *caput*, da Lei nº 6.368/76), associação para fins de tráfico (art. 14 da Lei nº 6.368/76) e resistência qualificada (art. 329, § 1º, do CPB), seja com base nas provas já carreadas, máxime os depoimentos das testemunhas de acusação – que, como já dito, foram precisos ao indicarem categoricamente os denunciados como os autores dos delitos –, seja com base ainda no evento de que existiam documentos de JOSÉ MARCOS, dentre eles a CNH, no veículo interceptado, conforme se infere do Auto de Apresentação e Apreensão de fls. 05/07 do IPL.

Portanto, não restam dúvidas de que os denunciados, de forma consciente e voluntária, foram os responsáveis pelo cometimento dos ilícitos descritos no art. 12, *caput*, e art. 14 da Lei nº 6.368/76, e art. 329, § 1º, do CPB, todos em concurso material (art. 69 do CPB).

Nesse diapasão, é de ver-se que, apesar de os denunciados negarem as acusações que lhes foram feitas, tudo nos autos aponta para a veracidade das mesmas.

Ademais, despidas de qualquer plausibilidade as teses esposadas pelos denunciados, tanto perante a autoridade policial (fls. 51/52 e 53/54 do IPL), quanto judicial (fls. 22/23 e 24/24), seja porque contraditórias, seja porque desnudas de qualquer verossimilhança, seja porque incondizentes com todas as provas abarcadas nos autos.

Basta verificar, por exemplo, que EDIMILSON, quando ouvido perante a autoridade policial, precisamente às fls. 51/52 do IPL, aduziu que havia tão somente pego uma carona com JOSÉ MARCOS, desconhecendo totalmente que este transportava consigo substância entorpecente. Mais adiante, entretanto, em sede judicial, às fls. 22/23, de forma totalmente contrária, negou todas as declarações anteriormente prestadas, sob o argumento de que teria sido compelido, mediante agressões físicas engendradas por policiais federais, a prestar aquele primeiro depoimento.

Já JOSÉ MARCOS, na primeira oportunidade em que fora ouvido, às fls. 53/54, alegou que teria emprestado seu carro a EDIMILSON, sem saber, entretanto, para que fim este o teria usado. À frente, em sede judicial, às fls. 24/25, em patente contradição ao que anteriormente havia afirmado, aduziu o mesmo denunciado que teria emprestado seu carro a um conhecido de nome LEANDRO DOS SANTOS ANDRADE.

Ora, desta mera descrição de confrontos e contradições entre as alegações tomadas perante a autoridade policial e a autoridade judicial, é de ver-se com clareza a intenção ostentada por ambos os denunciados de esquivarem-se das imputações que lhes foram feitas, ora forjando versões, ora desdizendo-as, tudo com o nítido fim de encobrir a verdade dos fatos, tão bem esclarecida pelas demais provas dos autos.

Assim, além de contraditórias, as versões ofertadas pelos denunciados se mostram inverossímeis e totalmente incondizente com o demais apurado.

Em verdade, é bom que se diga: as alegações de desconhecimento quanto ao transporte de substância entorpecente, de emprego de tortura para obter declarações, dentre outras do mesmo viés das esposadas pelos denunciados, são apresentadas constantemente, tanto perante a polícia, quanto perante o juízo, como meras teses articuladas por quase a totalidade das defesas, sem ostentar, entretanto, qualquer respaldo de verossimilhança, tampou-

co de razoabilidade. Logo, desmerecem maiores delongas para serem afastadas de pronto, pois, quase sempre, já nascem corrompidas (...).

De uma leitura dos autos e da própria sentença recorrida, bem como os depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação, esclarecem que os acusados, apelantes, estavam no interior do veículo FIAT/MAREA, placa KFG 9725, conduzido por um dos acusados (conforme auto de apreensão fls. 05/07 do IPL), juntamente com a quantidade de 4,593 kg de cocaína, atestado pelo Laudo Pericial de fls. 63/65 do IPL.

Não resta dúvida quanto à comprovação da materialidade do delito de tráfico de drogas, cuja autoria, verifíco, igualmente, configurada, pela própria situação que fora flagrada pelos policiais quando da (tentativa de prisão) dos denunciados, que deixou de ser efetuada justamente pela oposição violenta dos denunciados que, como bem registrado na sentença recorrida, “não mediram esforços ao empreenderem fuga, desferindo, inclusive, tiros contra a equipe e afrontando os policiais com o próprio veículo utilizado, que chegou a ser jogado contra um deles”, o que fez ser comprovada a autoria e materialidade delitivas do crime de resistência qualificada, prevista no artigo 329, § 1º, do Código Penal.

Nesse sentido, vale a transcrição de trecho do Parecer Ministerial (fl. 570). Confira-se: “(...) No tocante à efetiva presença dos réus no interior do referido veículo, no momento da comentada abordagem, temos, por primeiro, o depoimento prestado pelo réu Edmilson Alves de Luna, no qual este afirma, perante a autoridade policial, que, de fato, teria estado no interior do veículo, mas com singela finalidade de pegar uma “carona” (...) Vejam senhores julgadores, que o transcrito depoimento policial é bastante inequívoco ao confirmar a efetiva ocorrência da abordagem policial que deu origem a toda a investigação em referência. E o fato de o conteúdo do mesmo haver sido completamente negado no interrogatório judicial do Sr. Edmilson de Luna (fls. 22-23 deste autos) em nada afasta a sua força probatória, uma vez que inexistente nestes autos qualquer mínimo indício de que aquele relato policial teria sido prestado sob alguma espécie de coação física ou moral. Quanto aos interrogatórios policial e judicial do Réu José Marcos, nos quais este defende não haver estado no interior do FIAT MAREA no

momento da abordagem policial, tenho que tais relatos não estão a merecer credibilidade, uma vez que manifestamente contraditórios. Basta mencionar, por exemplo, o fato desse réu, em seu interrogatório policial (fls. 51-52 do IPL), haver informado o empréstimo do referido veículo ao Sr. Edmilson de Luna, sem saber, no entanto, para que fim seria o carro utilizado, e, posteriormente, em seu interrogatório judicial, haver afirmado, mesmo negando ter sido vítima de qualquer coação física ou moral, que emprestara o veículo, na verdade, a uma pessoa de nome Leandro dos Santos Andrade. Este quadro probatório, portanto, não apenas está a comprovar que os referidos réus, de fato, transportavam a elevada quantidade de 4Kg de cocaína, no interior do veículo acima referido, como, também, reagiram de modo violento à abordagem realizada pela Polícia Federal”.

Feitas tais considerações, confirmo a sentença na parte que concluiu pela presença da autoria e materialidade delitivas dos crimes de tráfico de cocaína e de resistência qualificada e desacolho a tese da defesa do acusado EDIMILSON de que se impõe a sua absolvição, em relação a tais crimes, ante à manifesta inexistência de provas em seu desfavor, e do acusado JOSÉ MARCOS de que, em relação a tais crimes, não houve prova de ter concorrido para a infração penal e de que tais provas coligidas nos autos teriam sido obtidas mediante tortura por parte da Polícia Federal, quando o acervo probatório demonstra, ao revés, que foram colhidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Por outro lado, não há como prevalecer o entendimento posto pelo Magistrado sentenciante no que toca ao crime previsto no art. 14 da Lei nº 6.368/76 (associação para o tráfico). O julgado recorrido, *verbis*:

(...) Especificamente em relação ao crime previsto pelo art. 14 da Lei nº 6.368, cabe aqui um parêntese para algumas elucidações.

Com a devida vênia, aquele que interpreta a expressão “reiteradamente ou não” no sentido de que bastaria haver coautoria em um único delito para configurar o tipo penal em comento incide em equívoco.

É que, como bem ensina a doutrina, em análise ao verbo-núcleo do tipo, verifica-se que:

(...) associar-se, significa unir-se de maneira estável com a finalidade de praticar crimes diversos. A característica da associação é a permanência e a estabilidade do vínculo, ainda que não venha a se concretizar qualquer crime planejado.

Portanto, o simples concurso de agentes, por si só, não autoriza a conclusão da existência de verdadeira associação, no sentido típico do termo. Deste modo, ciente destas ponderações, não foi, nem é, com base apenas no referido concurso que ora se entende configurado o aludido delito.

É que, no caso em apreço, diante das provas carreadas, foi possível vislumbrar não apenas a co-autoria estabelecida entre os dois denunciados para a prática de um ilícito, mas também a permanência, organização e estabilidade deste vínculo, requisitos que viabilizariam concluir pela existência de associação nos exatos termos elencados pelo art. 14 da Lei nº 6.368/76 e pelo 35 da Lei nº 11.343/2006.

É o que se verifica das declarações das testemunhas, todas uníssonas no sentido da estabilidade, organização e permanência do vínculo estabelecido entre dois denunciados em empreitadas de mesmo viés da presente, eventos aptos a configurarem a “associação” nos termos legais já referidos. Assim, certo que o que existiu não foi a mera convergência ocasional de vontades estabelecida entre os dois agentes, que configura tão somente a co-autoria delitiva, mas também a “associação” prevista pelo art. 14 da Lei nº 6.368/76 e no art. 35 da Lei nº 11.343/2006 (...).

É certo que, para esse delito, há de ser comprovada a existência de um *animus* associativo dos ora denunciados, ou seja, um ajuste prévio no sentido da formação de um vínculo associativo de fato, em que a vontade de se associar fosse separada da vontade necessária à prática do crime visado.

Cabe ter presente, bem por isso, na perspectiva do caso ora em exame, o entendimento posto por Damásio E. de Jesus, *in* Lei Antitóxicos Anotada, Editora Saraiva, 5ª edição, 1999, no sentido de esclarecer que “tratando-se de crime de tráfico de drogas cometido em atividade de quadrilha ou bando, de aplicar-se a Lei nº 9034, de 3 de maio de 1995 (Lei do Crime Organizado). Esta Lei

não incide sobre o delito de associação do art.14, e sim sobre o crime praticado pela quadrilha”.

Acrescenta, mais, referido autor: “Para que alguém responda pelo crime do art. 14 há necessidade dos seguintes elementos; 1º) duas ou mais pessoas; 2º) acordo dos parceiros; 3º) vínculo associativo; e 4º) finalidade de traficar tóxicos. Como ensina Alberto Silva Franco, “três são os requisitos básicos: um vínculo associativo permanente para fins criminosos, uma predisposição comum para a prática de uma série indeterminada de delitos e uma contínua vinculação entre os associados para a concretização de um programa delinqüencial. São dispensados: 1º) estatutos ou regras da associação; 2º) hierarquia entre os associados; 3º) estratégia de programas ou planos”.

Com efeito, o artigo 14 da Lei 6.368/76 trata da figura autônoma da associação que não resulta unicamente de reconhecimento da coparticipação criminosa, a associação exige um *animus* associativo, que não se encontra na convergência ocasional de vontades para a prática de um ilícito, o que enseja mera coparticipação.

Nelson Hungria, *in* Comentários ao Código Penal, volume IX, doutrina que “associar-se quer dizer reunir-se, aliar-se ou congregar-se, estável ou permanentemente, para a consecução de um fim comum, isto é, para a perpetração de uma indeterminada série, cuja nota de estabilidade ou permanência é essencial”. Ainda adverte Nelson Hungria que “não basta como na co-participação criminosa um ocasional e transitório concerto de vontades para determinado crime: é preciso que o acordo verse sobre uma duradoura atuação em comum, no sentido da prática de crimes não precisamente individuados ou apenas ajustados quanto à espécie, que tanto pode ser uma única (ex.: roubos) ou plúrima (ex.: roubos, extorsões e homicídios)”.

E é nesse acordo de vontades, na nota de estabilidade, permanência, que divirjo do Exmo. Sr. Juiz sentenciante, no sentido de se concluir, como afirmado na sentença recorrida, que: “É o que se verifica das declarações das testemunhas, todas uníssonas no sentido da estabilidade, organização e permanência do vínculo estabelecido entre dois denunciados em empreitadas de mes-

mo viés da presente, eventos aptos a configurarem a “associação” nos termos legais já referidos. Assim, certo que o que existiu não foi a mera convergência ocasional de vontades estabelecidas entre os dois agentes, que configura tão somente a co-autoria delitiva, mas também a “associação” prevista pelo art. 14 da Lei nº 6.368/76 e no art. 35 da Lei nº 11.343/2006 (...).”

O que consta dos autos, e dos depoimentos das testemunhas, como transcritos acima, através da própria transcrição da sentença, é que os réus se conheceram por convivência em um presídio e que já haviam sido presos pelo agente de polícia federal, que participou da diligência empreendida pela Polícia Federal com o objetivo de interceptar um carro que estaria transportando cocaína no sentido Ibura-Paulista, não havendo prova robusta, concreta e efetiva de existência de uma organização permanente e estável entre os acusados para a prática de crimes.

Mesmo que não tenha havido prova de uma estratégia de planos, não vislumbro, como nos leciona a doutrina, os requisitos básicos da associação – a) um vínculo associativo permanente para fins criminosos, b) uma predisposição comum para a prática de uma série indeterminada de delitos e c) uma contínua vinculação entre os associados para a concretização de um programa delinquencial.

De uma leitura da denúncia (fls. 03/11 – volume 1-2), a despeito de o *Parquet* ter tipificado as condutas dos réus, também, no crime do artigo 14 da Lei 6.368/76 – associação para o tráfico, não houve, nesse mister, a descrição com fidelidade e clareza da conduta efetivamente praticada, resumindo a tipificação da seguinte forma: **“ao transportarem, de forma associada, com unidade de desígnios, substância entorpecente, em autorização legal ou regulamentar, praticaram os denunciados os crimes previsto nos artigos 12, *caput*, e 14 da Lei nº 6.368/76”**.

Ora dizer que os réus transportaram, de forma associada, com unidade de desígnios, não é o mesmo de dizer que havia um vínculo associativo permanente, uma contínua vinculação entre os associados.

Impõem-se tais observações, pois o acusado se defende dos fatos contra ele imputados na inicial e não da simples classifica-

ção jurídica formulada pelo Ministério Público. Em outras palavras, a sentença a ser proferida deverá cingir-se à apreciação da imputação contida na denúncia, sob pena de ferir o contraditório e a ampla defesa, não se olvidando que o juiz pode dar nova definição jurídica aos fatos, vez que o réu se defende dos fatos e não da imputação atribuída.

A descrição fática contida na peça acusatória, acrescida do cotejo probatório, não permite a adequação típica estabelecida no art. 14 da Lei nº 6.368/76, pois nem implicitamente demonstra o *animus* associativo (o modo e o momento em que ele teria se estabelecido) para o tráfico ilícito de entorpecentes dos condenados, este sim, sem embargo de dúvida, restou comprovado nos autos.

Confira-se nesse sentido, decisão proferida pelo STF (extraída da consulta *in* DAMASIO DE JESUS, Lei Antitóxicos Anotada, Editora Saraiva, 1999, 5ª edição, pág.76):

Nos termos do art. 41 do CPP, deve a denúncia descrever, “dentre outras circunstâncias, o vínculo associativo, o modo, o momento em que teria ele se estabelecido e, bem assim, quais as pessoas nele envolvidas”.

(STF, INQ 705, Plenário, Voto do Min. Ilmar Galvão apreciando crime genérico de quadrilha, RT 700:416)

É verdade que, consta na peça acusatória, três coincidências entre os sentenciados, o fato de já terem sido presos pelo APF Alessandro Albuquerque, que gerenciava a diligência da Polícia Federal, no sentido interceptar um carro que estaria transportando cocaína no sentido Ibura-Paulista, o fato de estarem no mesmo carro, onde foi encontrado os 4 Kg de cocaína e a forma de transportar a droga (no interior do carro que eles se encontravam), que, no entanto, não são suficientes, per si, para demonstrar a associação delituosa.

Os demais elementos probatórios, como o depoimento das testemunhas, dos próprios acusados, como acima transcritos da própria sentença recorrida, não se demonstram, ao meu sentir, elementos decisivos para a incriminação.

Nesse ponto de divergência, vale o registro do Parecer Ministerial (fl. 572), da lavra do Exmo. Sr. Procurador Regional da República, Dr. Fábio George Cruz da Nóbrega, que, inclusive, opinou

pela absolvição dos acusados pela prática do crime de associação para o tráfico, à luz do artigo 386, II, do Código de Processo Penal. Confira-se:

(...) Com o devido respeito ao magistrado originário, bem como ao douto colega subscritor das contrarrazões recursais, não consegui vislumbrar, nem após uma cuidadosa leitura de todos estes autos, inclusive do IPL em anexo, qualquer indício de que os réus José Marcos Araújo e Edmilson Alves de Luna comporiam algum tipo de associação voltada à prática do crime de tráfico de drogas. Nada, mas absolutamente nada, existe a corroborar essa conclusão.

Em que trecho dos depoimentos testemunhais, por exemplo, estaria a convicta afirmação da existência de vínculo estável e duradouro dos referidos réus, para a prática do delito em questão? Em lugar algum, a meu ver. O que existem são esparsas afirmações como:

(...) que o vínculo existente com os acusados iniciou por convivência em um presídio, não sabendo o depoente o nome do presídio nem a época em que tal ocorreu (...)
(trecho do depoimento da testemunha de acusação ALESSANDRO JORGE DE RAÚJO DE ALBUQUERQUE)

(...) que os acusados já haviam sido presos pela policial federal em PE por tráfico de drogas (...)
que a equipe policial já tinha conhecimento que EDMILSON chegaria ao Recife por transporte aéreo e o JOSÉ MARCOS iria apanhá-lo no aeroporto (...)
(trecho do depoimento da testemunha de acusação JOSÉ RONALDO SENHORINHO DE SANTANA).

Poderiam constituir essas singelas afirmações provas de uma atuação coordenada, com diferentes níveis de relacionamento, subordinação e distribuição de tarefas e lucros, consoante defendeu o Ministério Público, nas Alegações Finais de fls. 304-312? Entendo, definitivamente, que não.
E quanto ao depósito de R\$ 1.000,00 (mil reais) efetivado pelo réu José Marcos de Araújo na conta bancária da Sra. Ivanete Aparecida da Silva Lima, suposta esposa do réu Edmilson de Luna?

Ora, esse fato, ainda que efetivamente comprovado fosse (e não o foi, tendo em vista a ausência, nestes autos, de

qualquer prova de ser a referida senhora esposa do Sr. Edmilson de Luna), de forma alguma serviria para uma conclusão minimamente segura da comentada associação para o tráfico, uma vez que foi trazido aos autos de maneira deveras isolada. Em depoimento algum, por exemplo, ele foi objeto de arguição.(...). Grifos acrescidos

Em verdade, continuo, não tivesse ocorrido a tipificação, na denúncia, do crime de associação e houvesse a sentença condenado os acusados em face de tal crime, estaríamos diante de típico *mutatio libelli*, instituto que poderia acarretar pena mais grave e exigiria o envio dos autos ao Ministério Público para aditar a denúncia, na qualidade de *dominus litis* (parágrafo único do art. 384 do CPP).

Procedimento não adotado pelo magistrado de primeiro grau, em face da denúncia ter tipificado a conduta dos acusados pelo crime de associação, o que, em tese, não eivou de vício, nesse ponto, a sentença objurgada.

Tivesse ocorrido tal mácula, esta já reconhecida pela doutrina e jurisprudência dos Tribunais Superiores *verbis*:

STJ: “Processo Penal. *Mutatio Libelli*. É nula a sentença que condena o acusado por crime não descrito na denúncia, sem oferecer-lhe oportunidade para manifestar-se, na forma do art. 384 do Código de Processo Penal” (RSTJ 99/387).

Importa acrescentar, contudo, que é de todo inegável que a sentença recorrida, na parte condenatória em relação aos crimes de tráfico e de resistência, aflorou em perfeita sintonia com o conjunto das provas produzidas nos autos, todas colhidas em consonância com o contraditório e a ampla defesa. Demonstradas de forma incontestes a autoria e a materialidade dos crimes de tráfico de cocaína e de resistência qualificada, que ora confirmo a sentença recorrida, divergindo, pelas razões elencadas acima, do entendimento posto pelo Magistrado sentenciante no que toca ao crime previsto no art. 14 da Lei nº 6.368/76, que a teor do artigo 386, II, do Código de Processo Penal, em face de não haver prova da existência do crime de associação, impõem-se as absolvições dos acusados.

Irreparável a sentença recorrida na conclusão da presença da materialidade e autoria dos delitos de tráfico e de resistência, impondo-se sua reforma no que se refere ao crime de associação, diante das considerações tecidas e, acolhendo, inclusive o Douto Parecer Ministerial, excluo da condenação o delito de associação para tráfico ilícito de entorpecentes (art. 14 da Lei nº 6.368/76).

2.2) EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTIGO 14 DA LEI Nº 6.368/76) E CONSEQUENTE NECESSIDADE DE AJUSTE NA DOSIMETRIA DA PENA.

Conforme registrado no item anterior, confirmada a sentença na parte que condenou os acusados pelos crimes de tráfico e de resistência e acolhido o Parecer Ministerial, excluindo-se da condenação o delito de associação para tráfico ilícito de entorpecentes (art. 14 da Lei nº 6.368/76), desenha-se uma nova dosimetria da pena, e nesse mister passo à sua análise, inclusive, com os requerimentos aduzidos pela defesa do acusado Edimilson Alves de Lima, que, arguiu nulidade da sentença por não ter sido fundamentada a fixação da pena-base no seu limite máximo previsto na lei e por ter deixado de apreciar a incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da nova lei de tóxicos (Lei nº 11.343/06).

3) DOSIMETRIA DA PENA

A defesa do acusado Edimilson Alves de Lima, preliminarmente, arguiu nulidade da sentença por não ter sido fundamentada a fixação da pena-base no seu limite máximo previsto na lei e por ter deixado de apreciar a incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da nova lei de tóxicos (Lei nº 11.343/06)

Posterguei à análise de tais pedidos para esta fase do Voto, por entender que estavam afetos ao próprio mérito do recurso (dosimetria da pena), cuja análise chega ao seu momento e passo à análise.

Inicialmente, excluída, portanto, da condenação o delito de associação para tráfico ilícito de entorpecentes (art. 14 da Lei nº 6.368/76), impõe-se, só por isso, uma nova dosimetria da pena.

No que se refere, especificamente, à quantificação da pena, assim consignou a sentença, em relação aos crime de tráfico de cocaína e de resistência qualificada.

(...) crime de tráfico de entorpecentes (art. 12, caput, da Lei n.º 6.368/76)

Circunstâncias judiciais

(a) Culpabilidade

(...) No caso em tela, o grau de reprovação da conduta dos réus é elevado, tendo em vista a significativa quantidade da substância ilícita entorpecente que transportavam, que ultrapassou 4 kg.

(b) Antecedentes, conduta social e personalidade

Ambos os réus com **notícia de antecedentes criminais, conforme se infere das fls. 112/117**. Neste momento, entretanto, ressalto que deixo de considerar, em relação a JOSÉ MARCOS, a certidão de fls. 315, a qual considerearei adiante, no esteio das agravantes, conquanto reincidência.

Quanto à **conduta social e a personalidade dos agentes**, dos autos e das provas carreadas se infere a **sagacidade, artilosidade, periculosidade e agressividade** dos mesmos, que, ao que tudo indica, levam uma vida desregrada e voltada a práticas delituosas de gravidade incontestes, conforme já aduzido.

(c) Motivos, circunstâncias e consequências do crime

A **motivação do delito**, em que pese não ter sido declinada pelos réus, que, inclusive, negaram participação na empreitada, **certamente foi a financeira**. Em outras palavras, agiram compelidos pelo lucro fácil e ilícito, proporcionado pelo tráfico.

Quanto às circunstâncias observadas ao redor da prática delitiva em tela, é de ver-se que a consumação do delito de tráfico fugiu ao padrão observado corriqueiramente, tendo os réus extrapolado, em termos de condutas e de aparato, o necessário à prática do tráfico. Como prova, basta verificar o cenário de agressividade e violência descrito no relatório e devidamente comprovado nos autos.

Quanto às consequências, é desnecessário narrá-las, já que são notoriamente conhecidas, sendo certo que o tráfico de substâncias entorpecentes é um grande mal que assola a sociedade, levando inúmeras pessoas à degeneração moral e até à morte.

(d) Comportamento da vítima

Pela própria qualidade da vítima, a sociedade em geral, não há que se aludir a qualquer circunstância a ela atribuível que pudesse ter concorrido para a prática do crime em apreço.

Cálculo da pena privativa de liberdade

(a) Pena-base

O art. 12, *caput*, da Lei nº 6.368/76, estabelece para o delito de tráfico de entorpecentes a pena de 03 (três) a 15 (quinze) anos de reclusão.

Desse modo, considerando os fundamentos expostos nos itens precedentes, máxime o fato de que todas as circunstâncias judiciais lhes foram desfavoráveis, **fixo a pena-base privativa de liberdade em seu máximo legal, ou seja, em 15 (quinze) anos de reclusão para cada um dos réus.**

b) Circunstâncias atenuantes ou agravantes

Não vislumbro nenhuma circunstância atenuante.

Como agravante, vislumbro em relação a JOSÉ MARCOS a reincidência, nos termos do art. 61, I, c/c art. 63, ambos do CPB, com subsídio na certidão de fl. 315, a qual, entretanto, deixo de considerar no presente cálculo, diante do impeditivo de, nesta segunda fase, a pena ser acrescida além do máximo ou reduzida aquém do mínimo abstrato.

(c) causas de aumento e de diminuição da pena

Não vislumbro qualquer causa de aumento, tampouco de diminuição de pena.

Cálculo da pena de multa

(a) Quantidade de dias-multa

Ao delito de tráfico de entorpecentes é cominada pena de multa de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Tendo em vista as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, acima apreciadas, imponho aos réus a obrigação de pagar 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

(b) Valor do dia-multa

Considerando as condições econômicas declaradas pelos próprios réus na ocasião de seus interrogatórios judiciais (fls. 22/23 e fls. 24/25), determino o valor do dia-multa como sendo de 01 (um) salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Fixação definitiva da pena privativa de liberdade e da pena de multa

Em definitivo, fixo como pena privativa de liberdade para ambos os réus a de 15 (quinze) anos de reclusão e como pena de multa a de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, no valor de 01 (um) salário mínimo vigente na época dos fatos, corrigidos monetariamente até a data do efetivo pagamento, a serem pagos individualmente por cada denunciado. (...)

crime de resistência qualificada (art. 329, § 1º, do CPB)

[excertos da sentença recorrida – dosimetria da pena]

(a) Culpabilidade

No caso em tela, o grau de reprovação da conduta dos réus é elevado, tendo em vista a intensidade da violência empreendida para a resistência, que contou com disparos de arma de fogo contra a equipe policial e mesmo o arremesso do veículo utilizado pelos denunciados contra um dos agentes responsáveis pela voz de prisão.

b) Antecedentes, conduta social e personalidade

Ambos os réus com notícia de antecedentes criminais, conforme se infere das fls. 112/117. Neste momento, entretanto, ressalto que deixo de considerar, em relação a JOSÉ MARCOS, a certidão de fl. 315, a qual considerarei adiante, no esteio das agravantes, conquanto reincidência. Quanto à conduta social e a personalidade dos agentes, como já aduzido, dos autos e das provas carreadas se infere a sagacidade, artilosidade, periculosidade e agressividade dos mesmos, que, ao que tudo indica, levam uma vida desregrada e voltada a práticas delituosas de gravidade incontestes.

(c) Motivos, circunstâncias e consequências do crime

A motivação do delito de resistência, em que pese não ter sido declinada pelos réus, que, inclusive, negaram participação na empreitada, certamente foi a vontade de esquivarem-se da prisão em flagrante, que apenas não ocorreu em virtude da oposição dos agentes e da subsequente fuga.

Quanto às circunstâncias observadas ao derredor da prática delitiva em tela, é de ver-se que a aludida resistência fugiu ao padrão observado corriqueiramente, tendo os réus extrapolado, em termos de condutas e de aparato, o necessário à oposição à voz de prisão dos policiais. Como

prova, basta verificar o grau de violência empreendido, o manuseio e uso de armas, bem como o cenário de agressividade, perseguição e guerrilha já descrito no relatório e devidamente comprovado nos autos.

Quanto às consequências da resistência, além da não realização do ato de prisão em flagrante – que deixo de aqui considerar por estar abarcada no § 1º do art. 329 do CPB –, listo a exposição dos agentes e mesmo dos transeuntes a veemente perigo de vida e de saúde, o que, indubitavelmente, se observou quando os denunciados, de forma desordenada, desferiram tiros e dirigiram de forma absolutamente ofensiva o automóvel na perseguição e quando empreenderam fuga.

(d) Comportamento da vítima

Não há como atribuir ao comportamento dos policiais federais, que apenas cumpriam seus deveres dentro dos ditames e limites legais, a provocação do delito.

Cálculo da pena privativa de liberdade

(a) Pena-base

O art. 329, § 1º, do CPB, estabelece para o delito de resistência qualificada a pena de 01 (um) a 03 (três) anos de reclusão.

Desse modo, considerando os fundamentos expostos nos itens precedentes, máxime o fato de que todas as circunstâncias judiciais lhes foram desfavoráveis, **fixo a pena-base privativa de liberdade em seu máximo legal, ou seja, em 03 (três) anos de reclusão para cada um dos réus.**

(b) Circunstâncias atenuantes ou agravantes

Não vislumbro nenhuma circunstância atenuante.

Como agravante, vislumbro em relação a JOSÉ MARCOS a reincidência, nos termos do art. 61, I, c/c art. 63, ambos do CPB, com subsídio na certidão de fl. 315, a qual, entretanto, deixo de considerar no presente cálculo, diante do impeditivo de, nesta segunda fase, a pena ser acrescida além do máximo ou reduzida aquém do mínimo abstrato.

(c) causas de aumento e de diminuição da pena

Não vislumbro qualquer causa de aumento, tampouco de diminuição de pena.

Fixação definitiva da pena privativa de liberdade

Em definitivo, fixo como pena privativa de liberdade para ambos os réus a de 03 (três) anos de reclusão (...).

Passo à análise:

De uma leitura da sentença recorrida, conforme registro acima, o Exmo. Sr. Juiz Sentenciante, em relação ao crime de tráfico de cocaína, fixou a pena-base no máximo legal, em 15 anos de reclusão, entendendo como desfavoráveis aos acusados todas as oito circunstâncias judiciais (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias e conseqüências e comportamento da vítima).

É verdade que, quando algumas circunstâncias judiciais forem valoradas negativamente ou desfavoravelmente ao réu, a pena-base, refletindo grau máximo de censura, deverá ser quantificada um pouco acima do limite mínimo cominado, o que, hodiernamente, se denomina, termo médio.

Na fase da dosimetria da pena, em relação às circunstâncias judiciais, cabe ao juiz avaliar o grau de censura que incide sobre o agente e sobre o fato cometido, daí que se classifica a culpabilidade entre intensa, média ou reduzida.

Na hipótese, ora em exame, o grau de reprovação da conduta dos acusados é elevado, tendo em vista a quantidade (4,593 Kg) e qualidade da droga (substância entorpecente – cocaína – de uso proscrito no Brasil), que estava sendo transportada, e o seu modo (ocultada no interior do automóvel que os acusados conduziam), bem como o comportamento dos acusados na oportunidade do flagrante (agindo de forma violenta contra os policiais, disparando tiros e arremessando o automóvel contra a equipe da Polícia Federal).

Há nos autos (fls. 112/117) notícias de antecedentes criminais que militam em desfavor de ambos os réus, inclusive, de reincidência, com subsídio na certidão de fl. 315, em relação ao acusado JOSÉ MARCOS, que não foi considerada como agravante em face da impossibilidade de majorar-se a pena-base além do limite máximo cominado.

A conduta social e personalidade dos acusados ao que tudo indica são de pessoas agressivas, astutos e voltada para a prática de crimes, não obstante o desvio criminoso em que incorreu.

Os motivos deste tipo de crime geralmente são os financeiros, as suas consequências são as mais gravosas à sociedade, levando as pessoas ao declínio moral, físico e social.

A pena-base deve mostrar-se necessária e justa em face de os fatos citados e sua evidente repercussão nas circunstâncias judiciais, que revelam maior culpabilidade e nocividade da conduta dos acusados, bem como maior reprovabilidade e censurabilidade na reprimenda.

Frise-se, por fim, que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a quantidade de droga, em nada estranha às circunstâncias judiciais, tem função peremptória na individualização da reprimenda ao tráfico de entorpecente. Confira-se:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE DE DROGA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. IRRAZOABILIDADE. INOCORRÊNCIA. ASSOCIAÇÃO EVENTUAL. CAUSA DE AUMENTO DE PENA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONTRANGIMENTO ILEGAL.

1. A quantidade de droga tem função decisiva na individualização da resposta penal ao tráfico de entorpecente, não havendo falar em individualização judicial desprovida de razoabilidade, de modo a permitir que se afirme constrangimento ilegal. [...]

3. Ordem parcialmente concedida.

(STJ - HC 40651/SP, Sexta Turma; Ministro HAMILTON CARVALHIDO, DJ 1º.08.2005)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTO IDÔNEO. FIXAÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO NO MÁXIMO LEGAL. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE INDICAM NECESSIDADE DE EXASPERAÇÃO. SENTENÇA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA EM INTEGRALMENTE FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não há ilegalidade a ser sanada quanto à pena fixada pelo magistrado sentenciante, que a exasperou com fundamento nas expressivas quantidade e variedade de entorpecentes, aliadas às graves consequências do crime no caso específico, o que de fato encontra amparo no art. 59 do Código Penal. Isso porque, atendendo à finalidade da Lei 6.368/76, que visa coibir o tráfico ilícito de entorpecentes, esses fundamentos apresentam-se válidos para individualizar a pena, dado o maior grau de censurabilidade da conduta. Precedentes desta Corte e do STF. (...) (STJ, HC nº 58094/SP, Quinta Turma, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ. 09/10/2006)

Finalmente, não merece prosperar o argumento da defesa do Réu Edmilson, de incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, pois os delitos definidos no *caput* do preceito, “as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

Como existem nos autos, em relação ao referido acusado EDIMILSON, comprovação dos fatos impeditivos (maus antecedentes, condenação anterior e dedicação a atividades criminosas) a ensejar a aplicação da referida minorante, entendo que a pena não deve ser reduzida.

3.2) EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO DAS PENAS COMINADAS PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO

Conforme se verificou acima, no item referente à análise do Mérito, entendi pela exclusão da condenação do crime de associação para o tráfico em face da absolvição dos réus, pelo que **retiro da dosimetria a contagem referente aos 10 anos de reclusão e os 360 dias-multa**, conforme registrado na sentença recorrida.

3.3) REDUÇÃO DA PENA-BASE EM RELAÇÃO AOS CRIMES DE RESISTÊNCIA QUALIFICADA

Conforme consignado, o Exmo. Sr. Juiz Sentenciante, em relação ao crime de resistência qualificada, previsto no artigo 329, §

1º, do Código Penal (pena: 01 ano a 03 anos de reclusão), **fixou a pena-base em 03 anos de reclusão** (limite máximo), para ambos os acusados pena definitiva cominada, em face da inexistência de circunstância agravante e atenuante, bem como de causa de aumento e diminuição. Em relação ao acusado JOSÉ MARCOS deixou de agravar a pena em face da reincidência, em face da impossibilidade de majorá-la acima do limite máximo.

Pelas mesmas razões elencadas quanto ao crime de tráfico, todas as circunstâncias judiciais pesaram contra os réus, de modo a justificar a fixação da pena no montante cominado.

CONCURSO MATERIAL E CONCURSO DE INFRAÇÕES

Da soma das penalidades em virtude da ocorrência de concurso material (CP, art. 69), pelos motivos já expostos na sentença e tendo em conta as regras trazidas pelo referido artigo, tem-se que as penas privativas de liberdade definitivas aplicadas a cada uma dos crimes – **TRÁFICO DE COCAÍNA** (JOSÉ MARCOS – 15 anos de reclusão e EDMILSON ALVES DE LUNA – 15 anos de reclusão) e **RESISTÊNCIA QUALIFICADA** (JOSÉ MARCOS – 03 anos de reclusão e EDMILSON ALVES DE LUNA 03 anos de reclusão) – devem ser somadas.

Desta forma, **a pena privativa de liberdade total a ser cumprida pelo réu JOSÉ MARCOS DE ARAÚJO é a de 18 (dezoito) anos de reclusão e pelo réu EDIMILSON ALVES DE LUNA é a de 18 (dezoito) anos de reclusão, em regime fechado conforme consignado na sentença.**

3.4) REDUÇÃO DA PENA DE MULTA

Oportuno o registro de que deve ser guardada uma proporcionalidade entre a pena de multa com as penas privativas de liberdade impostas, que restaram fixadas no patamar do termo médio, tem-se por presente a lição de Ricardo Augusto Schmitt: “O que nunca irá mudar é a necessidade da pena-base privativa de liberdade ser dosada em exata simetria com a pena de multa, caso tenha previsão cumulativa no tipo (vide capítulo VII)” (*in* Sentença Penal Condenatória, 2ª Edição. Salvador, Editora *JusPodivm*, 2007. p. 84).

Nesse sentido, em face de não ter havido redução das penas corporais, não há como desenhar-se uma nova dosimetria para a pena de multa, porém, tão-somente, em relação ao crime de tráfico de cocaína, vez que o crime de resistência qualificada não prevê a cominação de pena pecuniária.

No que se refere à aplicação da pena de multa, em relação ao crime de tráfico de cocaína, colhem-se os seguintes excertos da sentença recorrida:

(...) crime de tráfico de entorpecentes (art. 12, caput, da Lei nº 6.368/76)

(...) Cálculo da pena de multa

(a) Quantidade de dias-multa

Ao delito de tráfico de entorpecentes é cominada pena de multa de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Tendo em vista as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, acima apreciadas, imponho aos réus a obrigação de pagar 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

(b) Valor do dia-multa

Considerando as condições econômicas declaradas pelos próprios réus na ocasião de seus interrogatórios judiciais (fls. 22/23 e fls. 24/25), determino o valor do dia-multa como sendo de 01 (um) salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Fixação definitiva da pena privativa de liberdade e da pena de multa

Em definitivo, fixo como pena privativa de liberdade para ambos os réus a de 15 (quinze) anos de reclusão e como pena de multa a de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, no valor de 01 (um) salário mínimo vigente na época dos fatos, corrigidos monetariamente até a data do efetivo pagamento, a serem pagos individualmente por cada denunciado.(...)

No caso concreto, a pena pecuniária foi aplicada no máximo, para ambos os acusados, em 360 (trezentos e sessenta) dias-multa num limite de 50 a 360 dias-multa (art. 12 da Lei nº 6.368/76), guardando, nesse mister, a proporção com a pena privativa de liberdade concretamente imposta.

3.5) SOMATÓRIO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E DE MULTA

Em face do concurso material estabelecido entre os crimes de tráfico de cocaína (artigo 12 da Lei nº 6.368/76) e de resistência qualificada (CP, art. 329, § 1º), nos termos do artigo 69 do Código Penal, e excluída da condenação o crime de associação para o tráfico, é de proceder-se à soma das penas de reclusão, da seguinte maneira:

O acusado JOSÉ MARCOS DE ARAÚJO cumprirá a pena total de **18 (dezoito) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 360 (trezentos e sessenta dias)**, mantida a sentença no que se refere ao valor do dia-multa.

O acusado EDIMILSON ALVES DE LUNA cumprirá a pena total de **18 (dezoito) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 360 (trezentos e sessenta dias)**, mantida a sentença no que se refere ao valor do dia-multa.

CONCLUSÃO

Ex positis, **rejeito as preliminares** de nulidade do processo, argüidas pela defesa do réu EDIMILSON ALVES DE LUNA, e, no mérito, **dou parcial provimento** às apelações dos réus JOSÉ MARCOS DE ARAÚJO e EDMILSON ALVES DE LUNA para ABSOLVÊ-LOS, nos termos do artigo 386, II, do Código de Processo Penal, da imputação do crime de associação para o tráfico (artigo 14 da Lei nº 6.368/76), excluindo-se da condenação as penas impostas em relação a tal crime, mantendo a sentença condenatória em todos os seus termos em relação aos crimes de tráfico de entorpecente e de resistência qualificada.

Dê-se ciência do voto ao Exmo. Sr. Juiz Federal da Execução Penal Provisória (13ª Vara Federal/PE).

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.802-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelante: JURANDIR MANOEL FREIRE
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Repte.: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ATENTADO CONTRA SERVIÇO DE UTILIDADE PÚBLICA (ART. 265, CAPUT, DO CP). DESTRUIÇÃO DOS ISOLADORES DE TORRE TRANSMISSORA DE ENERGIA ELÉTRICA PERTENCENTE À CHESF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. NOVA DEFINIÇÃO JURÍDICA DADA AO FATO DELITUOSO NA SENTENÇA. EMENDATIO LIBELLI. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. REGIME JURÍDICO ESPECIAL DO ESTATUTO DO ÍNDIO. INDÍGENA INTEGRADO À SOCIEDADE. NÃO APLICAÇÃO DA TUTELA DIFERENCIADA. MATERIALIDADE E AUTORIA SUFICIENTEMENTE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO QUE SE CONFIRMA.

- A hipótese dos autos (CP, Art. 365, caput – atentado contra o funcionamento de serviço público) é da competência da justiça federal mercê da incidência, ao caso, da norma contida na CF, Art. 109, IV (crime praticado em detrimento de serviços da União), não obstante a torre de transmissão atingida ser de propriedade da CHESF (sociedade de economia mista), uma vez que o delito foi perpetrado em detrimento de um serviço (in casu, de energia elétrica) cuja prestação cabe à União, a teor do que prevê a CF, em seu Art. 21, XII, b, que deve prestá-lo direta ou indiretamente (qual formulado na presente situação);
- Não se há falar em cerceamento de defesa quando a hipótese é clássica de emendatio libelli,

dado que a denúncia descreve o cometimento de uma ação (capitulada como sendo a do Art. 163, III, do CP, de dano qualificado) que desafia a incidência de outra norma penal incriminadora (repita-se: Art. 365, caput, do CP), em perfeita consonância, portanto, com o previsto no Art. 383 do CPP (ainda em sua redação original).

- O colendo STJ vem entendendo que a previsão do regime tutelar especial para cumprimento de pena, trazido na Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio) destina-se, tão somente, aos índios ainda em fase de aculturação, silvícolas, índios isolados, ou em fase de integração, e não àqueles que já se encontram plenamente integrados à sociedade e às leis nacionais, caso que é o do apelante;
- Restaram suficientemente comprovadas, nos autos, a materialidade e a autoria delitivas, notadamente pela perícia e pelos depoimentos de testemunhas em Juízo, razão pela qual é de se manter a condenação em relação ao réu JURANDIR MANOEL FREIRE, como o responsável pela destruição de isoladores de uma torre de transmissão de energia elétrica pertencente a CHESF, durante uma manifestação de índios da etnia Pankararu, comandados pelo próprio réu; a pena final, anote-se, restou estipulada em 02 anos de reclusão e em 20 dias-multa, cada um deles fixado em 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

- O requerimento para que o réu cumpra as (substitutas) penas restritivas de direitos na Comunidade Indígena Pankararu (in casu, prestação de serviços), é de ser feito no Juízo da Execução, visto que o julgador sentenciante – acertadamente – deixou a cargo daquele as demais características dos tais serviços que serão prestados.
- Apelação criminal improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 24 de setembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Trata-se de apelação criminal interposta por JURANDIR MA-NOEL FREIRE contra sentença da lavra do MM. Juiz Federal da 23ª Vara em Pernambuco, que restou por condenar o referido acusado às penas de 02 (dois) anos de reclusão e 20 (vinte) dias multa, no patamar mínimo, pela prática do delito ínsito no Art. 265, *caput*, do CP (atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública), absolvendo os demais denunciados (quatro) por ausência de provas suficientes para a condenação destes (Art. 386, VI, do CPP, com redação original).

Em suas razões recursais, pugna o apelante, preliminarmente, pela aplicação do disposto no art. 56, parágrafo único, da Lei nº 6.001/73 e art. 10 da Convenção de nº 169 da OIT (promulgada pelo Decreto nº 5.051/2004); aduz a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito, uma vez que, segundo afirma, o bem jurídico tutelado pertence à CHESF, sociedade de economia mista; alega cerceamento de defesa em face de nova definição jurídica dada ao fato na sentença. No mérito, alega a inexistência de provas suficientes a embasar sua condenação.

Nesta instância, remetidos os autos à Procuradoria Regional da República, opinou o ilustre *Parquet* pelo improvimento do apelo do réu e conseqüente manutenção do *decisum a quo*.

É, em apertada síntese, o relatório.

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):

Narra a inicial acusatória que, no dia 26.07.2001, os índios da etnia Pankararu, comandados por JURANDIR MANOEL FREIRE, ora apelante, organizaram uma manifestação que resultou na destruição de isoladores de uma torre de transmissão de energia elétrica (LT 04F3) pertencente à CHESF - COMPANHIA HIDROELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO, localizada na Reserva Indígena Pankararu (município de Tacaratu/PE), causando um prejuízo de R\$ 153.656,00 (cento e cinquenta e três mil, seiscentos e cinquenta e seis reais), referentes à reparação dos danos e aos custos da indisponibilidade da aludida linha de transmissão.

O grupo indígena pretendia pressionar a CHESF a pagar uma indenização pelo uso da faixa de servidão de três linhas de transmissão (LT 04F1, 04F2 e 04F3) que cortam a mencionada reserva.

Cinco índios foram denunciados por suposta prática do crime de dano qualificado (art. 163, III, do CP), sendo quatro deles absolvidos e o Sr. JURANDIR MANOEL FREIRE condenado como incurso nas sanções do art. 265, *caput*, do CP, que dispõe, *in verbis*:

Art. 265 - Atentar contra a segurança ou o funcionamento de serviço de água, luz, força ou calor, ou qualquer outro de utilidade pública:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

Ao sentenciar, o julgador monocrático aplicou ao acusado JURANDIR MANOEL FREIRE as penas de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto (substituída por duas penas restritivas de direito), mais 20 (vinte) dias-multa, ao valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo.

Em seu recurso, o réu alegou, preliminarmente:

a) a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito, aduzindo que bem jurídico tutelado pertence a CHESF, sociedade de economia mista;

b) cerceamento de defesa em face de nova definição jurídica dada ao fato delituoso por ocasião da sentença;

c) que não foram aplicados o art. 56, § único, da Lei nº 6.001/73 e o art. 10 da Convenção de nº 169 da OIT (promulgada pelo Decreto nº 5.051/2004), em razão da condição indígena do apelante.

E, quanto ao mérito, assevera a inexistência de provas suficientes a embasar sua condenação, requerendo, por isso, sua absolvição ou, alternativamente, que as penas restritivas de direito sejam cumpridas através de prestações de serviço em favor da Comunidade Indígena Pankararu em unidades de saúde e educação lá existentes.

ANÁLISE DAS ALEGAÇÕES PRELIMINARES

Em primeiro lugar, não é caso se considerar a Justiça Federal incompetente para processar e julgar o presente feito. Não obstante a torre de transmissão atingida ser de propriedade da CHESF, o delito em questão não atingiu, simplesmente, um bem da referida sociedade de economia mista, mas foi perpetrado em detrimento de um serviço (*in casu*, de energia elétrica) cuja prestação cabe à União, a teor do que prevê o art. 21, XII, da CF:

Art. 21 - Compete à União:

(...)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

(...)

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos.

Daí ser da Justiça Federal a competência para processo e julgamento do presente feito, conforme o disposto na CF, art. 109, IV:

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

(...)

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, ex-

cluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral.

Em segundo lugar, também não merece guarida a tese de que houve cerceamento de defesa em face da sentença ter dado nova definição jurídica ao fato delituoso.

Ao decidir, o Juízo *a quo* modificou a tipificação por entender que a conduta do acusado amoldar-se-ia àquela trazida no art. 265, *caput*, do CP, embora a denúncia tivesse capitulado o delito como sendo o do art. 163, III, do CP (dano qualificado).

A hipótese é clássica de *emendatio libelli*, dado que a denúncia descreve o cometimento de uma ação que desafia a incidência de outra norma penal incriminadora. Agiu o julgador monocrático, portanto, em perfeita consonância com o previsto no art. 383 do CPP:

Art. 383. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave (redação original e vigente à época da sentença).

Não se há falar, portanto, em cerceamento de defesa. Mesmo em se tratando de pena mais grave (a pena prevista para o crime de dano qualificado é de 06 meses a 03 anos de detenção e multa), não era o caso de reabrir a instrução probatória, uma vez que não houve qualquer alteração do fato a respeito do qual o acusado, efetivamente, exerceu o seu direito de defesa.

Por fim, ainda em sede de preliminar, também não é cabível, aqui, a aplicação do regime especial de cumprimento de pena, conforme disposto no art. 56, § único, da Lei nº 6.001/73 e no art. 10 da Convenção de nº 169 da OIT (promulgada pelo Decreto nº 5.051/2004), que ora transcrevo:

Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.
Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado. (Lei nº 6.001/73)

Artigo 10 -

1. Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais.
2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento. (Convenção de nº 169 da OIT)

Conforme salientado pelo Ministério Público Federal em sede de contra-razões, o colendo STJ vem entendendo que a previsão do regime tutelar especial para cumprimento de pena, trazido na Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio) destina-se, tão somente, aos índios ainda em fase de aculturação; aplicável, portanto, aos silvícolas ou índios isolados, ou ainda, em fase de integração, e não àqueles que já se encontram plenamente integrados à sociedade e às leis nacionais, caso que é o do apelante, como se deduz dos autos.

ANÁLISE DAS ALEGAÇÕES DE MÉRITO

Também quanto ao mérito, adianto, não merece reparos a sentença objurgada.

Não pode prevalecer a tese de insuficiência de provas para a condenação do acusado JURANDIR MANOEL FREIRE (também conhecido como ZÉ ÍNDIO), ora apelante.

Ao contrário do que sustenta a defesa, restaram suficientemente comprovadas tanto a materialidade do delito (diga-se uma vez mais, destruição dos isoladores de uma torre de transmissão de energia elétrica pertencente a CHESF, provocando prejuízos e indisponibilidade da respectiva linha de transmissão e consequente interrupção do fornecimento do serviço), como a autoria do ilícito aqui perseguido, notadamente através das fotografias anexadas ao inquérito (fls. 09/16) e os testemunhos prestados judicialmente.

Dos depoimentos, destaco o prestado pela testemunha Marcos Van Der Veen Cotrim – Delegado da Polícia Federal que, à época, compareceu ao local da aludida manifestação (fls. 353/355):

que na ocasião foi designado pelo Superintendente para comparecer ao local e adotar as medidas que podia no momento dispor, a fim de evitar o desligamento da linha de

transmissão, tendo em vista que a notícia da ocorrência foi encaminhada a través da CHESF; ... que ao chegar no local constatou uma grande mobilização dos índios, inclusive haviam interditado as vias de acesso à linha de transmissão; ... que na oportunidade procurou entrevistar a liderança que patrocinava aquele evento, quando então o senhor Zé Índio apresentou como o comandante daqueles atos, “daquela violência”; ... que no primeiro momento eles estavam apenas destruindo os isoladores e impedindo que os funcionários realizassem os reparos, mas que se a CHESF não agilizasse para aquela semana o pagamento das indenizações, ele iria determinar à comunidade que derrubassem algumas das torres da linha de transmissão que passam pela reserva; que nesse momento pediu reforço, percebendo a gravidade; que tinham que evitar ali o pior; que se derrubassem a torre quem tivesse no arco de trinta metros poderia morrer; que com o transcorrer do dia com as negociações e diante da interferência das lideranças mais antigas, ele foi aceitando negociar em outros termos e ao final de um dia inteiro de conversa ele autorizou que os funcionários fizessem a manutenção, reparando os isoladores que haviam sido danificados; ... que por parte deles somente Zé Índio estava envolvido na negociação; que o senhor Zé Índio é o mentor; que parece que ele tem nível superior completo; que ao chegar naquela comunidade ele tratou de politizar, se articular; que após provocar essa mobilização da etnia, a velha liderança foi atropelada e se proclamou o grande líder.

E não há como prevalecer a versão de que “fora ateado fogo próximo a rede de transmissão e provavelmente os isoladores foram quebrados por crianças atirando pedras”, versão esta dada apenas (na fase investigativa como em Juízo) pelo ora apelante e aqueles que, inicialmente, também foram apontados como responsáveis pelo delito em questão.

Quanto ao pedido alternativo, para que as penas restritivas de direito sejam cumpridas em unidades de saúde e educação existentes Pankararu, observo que não há determinação em sentido diverso no *decisum* monocrático.

É que o Juiz sentenciante concedeu a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, determinan-

do a modalidade, qual seja, a de prestação de serviços à comunidade, mas deixou as demais delimitações para a fase de execução, e nesta fase é que deve ser feito tal requerimento.

Por todo o exposto, nego provimento à apelação criminal, mantendo incólume a sentença vergastada.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.988-RN

Relator: JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI
Apelantes: SIDINEY ROMUALDO, FABIO BATISTA DE OLIVEIRA, CLAUDIVANIA FERREIRA OKEOMA, RONEIRO SAMPAIO DE LIMA, GILMAR MENDES DOS SANTOS E ROBSON BARBOSA DA SILVA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DR. CLAYTON WESLEY DE FREITAS BEZERRA E OUTROS (1º APTE.), LUIZ RICARDO RODRIGUEZ IMPARATO (2º APTE.), REGINALDO ROBERTO MEDEIROS DE SOUZA E OUTROS (3º APTE.), ALVARO AUGUSTO ROCHA DE CARVALHO (4º APTE.), RENATO DA COSTA (5º APTE.) E ROBSON SILVA FERREIRA (6º APTE.)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRELIMINAR. DUPLICIDADE DE APELAÇÕES INTERPOSTAS POR UM MESMO RÉU. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. NULIDADE DA SENTENÇA POR FALTA DE EXAME DE TESES DEFENSIVAS. INOCORRÊNCIA.

- Não se conhece da segunda apelação interposta por um dos réus, pela ocorrência de preclusão consumativa.

- “Para cumprir a determinação constitucional de fundamentação das decisões judiciais, é desnecessário que o Magistrado transcreva ou responda a toda sorte de alegações suscitadas no transcorrer do processo penal, bastando que

examine as circunstâncias fáticas e jurídicas relevantes, podendo, na fundamentação, apresentar tese contrastante com aquela defendida pelas partes, valer-se da doutrina e da jurisprudência, além, por óbvio, das provas produzidas, desde que fique claro, pela sua exposição, as razões que embasaram o seu convencimento”. (STJ, HC n° 89.324/PE). Preliminar rejeitada.

MÉRITO. EXTORSÃO QUALIFICADA MEDIANTE SEQUESTRO (ART. 159, § 1º, DO CÓDIGO PENAL). RETRATAÇÃO EM JUÍZO DE DECLARAÇÕES DA FASE POLICIAL. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. CO-AUTORIA E MATERIALIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. EMENDATIO LIBELLI. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 9º DA LEI Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990. PRINCÍPIO NON BIS IN IDEM.

- Consta dos autos informação da polícia judiciária de que os réus têm ligação com a organização criminosa conhecida como Primeiro Comando da Capital (PCC).

- Há nos autos provas (testemunhais e periciais) bastantes da co-autoria e da materialidade dos delitos, colhidas no inquérito policial e durante a instrução criminal, que são suficientes para formar juízo de certeza para a condenação, de que os recorrentes participaram da extorsão qualificada mediante sequestro de familiares de empregados da Caixa Econômica Federal (CEF). O delito foi qualificado pela duração da privação da liberdade das vítimas (mais de 24 horas) e por ele sido praticado por quadrilha ou bando contra pessoas maiores de 60 anos.

- A retratação em juízo das declarações prestadas na fase policial não impede o juiz de formar seu livre convencimento ante prova harmônica com os outros elementos probatórios (antigos arts. 157, 197 e 200 do Código de Processo Penal).

- A extorsão mediante sequestro é delito formal e perfaz-se independentemente do pagamento do resgate. Esse é o teor da Súmula no 96 do STJ: “o crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida.” “O delito está finalizado, não se cuidando de mera tentativa” (Guilherme de Souza Nucci).

- Deve-se excluir da condenação o acréscimo da pena por crime continuado (art. 71, caput, do CP), uma vez que a denúncia não descreveu a prática de extorsão qualificada mediante sequestro em continuidade delitiva.

- A aplicação da causa de aumento do art. 9º da Lei nº 8.072, de 1990, não caracterizou dupla valoração de circunstância, já que foi motivada em razão de o delito ter sido perpetrado, também, contra vítima menor de 14 anos. Precedente do STJ: HC nº 18.535/DF.

POSSE E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E DE ARTEFATO EXPLOSIVO (ART. 16, CAPUT, PARÁGRAFO ÚNICO, III, DA LEI Nº 10.826, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2003).

- Conforme o art. 16, III, IV e V, do Decreto nº 3.665, de 20 de novembro de 2000, que deu nova redação ao Regulamento para Fiscalização de Produtos Controlados (conhecido como R-105), com exceção de uma pistola Taurus .380, as numerosas armas e munições apreendidas na casa alugada pelos réus são de uso restrito.

- Os réus devem ser absolvidos do crime de posse ilegal de artefato explosivo, por não haver prova da existência do fato (CPP, art. 386, II). O exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando tenham estes desaparecido, ex vi do art. 167 do Código de Processo Penal (STJ, HC nº 91.276/RS).

USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 304 C/C ART. 297 AMBOS DO CP). APRESENTAÇÃO ESPONTÂNEA. IRRELEVÂNCIA.

- A autoria do delito restou demonstrada pela prisão em flagrante dos réus e pela confissão espontânea, além dos demais elementos dos autos. A materialidade foi provada pelo laudo de perícia papiloscópica (exame de confronto de impressões digitais em documento), o qual concluiu que as impressões digitais apostas nas carteiras de identidade em nome de terceiros pertenciam a cinco réus.

- Conforme entendimento firmado pelo STJ, é irrelevante para a configuração do delito de uso de documento falso o fato de o agente tê-lo apresentado por exigência da autoridade policial (HC nº 47.922/PR).

- A dosimetria das sanções dos delitos obedeceu ao princípio constitucional da individualização das penas, previsto no art. 5º, XLVI, da CF.

- Apelações parcialmente providas, para, mantida a condenação pelo delito de extorsão qualificada mediante sequestro, excluir a fração de aumento pela continuidade delitiva, e para absolver os réus do delito tipificado no art. 16, parágrafo único, III, da Lei nº 10.826, de 2003.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, dar parcial provimento às apelações para mantida a condenação pelo delito de extorsão qualificada mediante sequestro, excluir a fração de aumento pela continuidade delitiva, e, por unanimidade, dar parcial provimento às apelações, para absolver os réus do delito tipificado no art. 16, parágrafo único, III, da Lei nº 10.826, de 2003, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 18 de junho de 2009 (data do julgamento).

JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - Relator

RELATÓRIO

O JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI:

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF) ofereceu denúncia contra SIDINEY ROMUALDO, GILMAR MENDES DOS SANTOS, FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA, CLAUDIVANIA FERREIRA OKEOMA, RONEIRO SAMPAIO DE LIMA, ROBSON BARBOSA DA SILVA, JOSAFÁ ARAÚJO DE ALMEIDA E GEOVANI ARAÚJO DE ALMEIDA, pela prática da conduta descrita no art. 159, § 1º, do Código Penal (CP), combinado com os artigos 1º, IV, e 9º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, em concurso material (CP, art. 69) com o delito previsto no art. 16, *caput*, e parágrafo único, III, da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (fls. 4/16).

SIDINEY ROMUALDO, GILMAR MENDES DOS SANTOS, FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA, CLAUDIVANIA FERREIRA OKEOMA e RONEIRO SAMPAIO DE LIMA foram denunciados, também, em concurso material (CP, art. 69), pela prática da conduta descrita no art. 304 do CP (com remissão às penas do art. 297, *caput*, do CP).

O MPF narrou que, em 27 de julho de 2005, “nos municípios de Natal e Macaíba, no Rio Grande do Norte, os denunciados, associados de forma estável em quadrilha ou bando (*societas sceleris*), perpetraram o seqüestro de empregados da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL e de diversos familiares destes, além de outras pessoas, com o fim de obter indevida vantagem econômica, como condição ou prelo do resgate, utilizando-se para tanto de várias armas de grosso calibre, munições e acessórios, incluindo-se explosivos”.

Segundo a denúncia, os denunciados foram presos em Recife (PE), para onde fugiram após o fracasso da empreitada criminosa. Na prisão em flagrante, SIDINEY ROMUALDO, GILMAR MENDES DOS SANTOS, FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA, CLAUDIVANIA FERREIRA OKEOMA e RONEIRO SAMPAIO DE LIMA portavam documentos falsificados.

Em 6 de setembro de 2005, o Juiz recebeu a denúncia (fls. 17/8).

A defesa prévia de SIDINEY ROMUALDO, GILMAR MENDES DOS SANTOS, FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA, RONEIRO SAM-

PAIO DE LIMA e ROBSON BARBOSA DA SILVA encontra-se nas fls. 66. A defesa prévia de JOSAFÁ ARAÚJO DE ALMEIDA E GEOVANI ARAÚJO DE ALMEIDA encontra-se nas fls. 105/6. Por seu turno, CLAUDIVANIA FERREIRA OKEOMA pediu revogação da prisão preventiva (fls. 112/4), a qual foi denegada, nos termos do parecer do MPF (fls. 187/90 e 261/2).

As testemunhas arroladas pela acusação foram ouvidas nas fls. 194/205 e as arroladas pela defesa, nas fls. 308/9, 344/5 e 392.

Nas fls. 206/9, encontra-se o auto de reconhecimento de pessoas; nas fls. 215/24, encontra-se o laudo de perícia papiloscópica nº 19 (exame de confronto de impressões digitais em documento) do Setor Técnico-científico da Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal no Rio Grande do Norte (Setec-SR/DPF/RN); nas fls. 225/31, encontra-se o laudo de exame em veículo nº 241 do Setec-SR/DPF/RN; e nas fls. 231/41, 242/52 e 434/8, encontram-se os laudos de exame em armas de fogo (eficiência) nºs 301 e 306 e 19, do Setec-SR/DPF/RN.

Na decisão de fls. 268/70, o Juiz determinou a transferência de SIDINEY ROMUALDO, GILMAR MENDES DOS SANTOS, FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA, RONEIRO SAMPAIO DE LIMA e ROBSON BARBOSA DA SILVA para o Estado de São Paulo, onde possuem residência e familiares, atendendo a pedido do Diretor Executivo do Presídio Professor Aníbal Bruno (fl. 263) e parecer favorável do MPF (fl. 266).

Há nos autos informação da impetração dos *Habeas Corpus* nºs 2.295-RN (fls. 170/84 e 185/6), 2.433-RN (fls. 349/58), 2.789-RN (fls. 631/41) e 3.178-RN (fls. 851/3 e 870/89).

Na fase do antigo art. 499 do Código de Processo Penal (CPP), o MPF requereu a expedição de certidão narrativa dos processos citados nas fls. 75, 77/81 e 86 (fl. 394), que se encontram nas fls. 408, 410/20, 425/6, 431/2, 440/1, 444/8, 457/68 e 472/3. Os réus nada requereram.

Na decisão de fls. 427/30, o Juiz indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva de FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA.

Em alegações finais (fls. 483/95), o MPF pugnou pela absolvição de JOSAFÁ ARAÚJO DE ALMEIDA e GEOVANI ARAÚJO DE

ALMEIDA, e requereu a condenação dos demais réus, ratificando os termos da denúncia.

Na mesma oportunidade (fls. 527/37), FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA pugnou para ser absolvido: (a) por ausência de prova da autoria delitiva, já que as vítimas não teriam reconhecido os denunciados e não haveria prova da posse de arma de uso restrito; e, (b) porque a exibição do documento falso se deu por solicitação dos policiais e não espontaneamente pelo réu, o que descaracterizaria o delito de uso de documento falso. Em caso de condenação, o réu requereu a desclassificação para o delito de extorsão simples, pois as vítimas foram libertadas independentemente do pagamento do resgate e não se teria provado a idade delas, e, ainda, a aplicação da atenuante de confissão espontânea. SIDNEY ROMUALDO, GILMAR MENDES DOS SANTOS e ROBSON BARBOSA DA SILVA requereram absolvição, porquanto não se teria provado a autoria dos delitos de extorsão mediante sequestro qualificada nem de porte de arma de uso restrito (fls. 548/51). Por seu turno, CLAUDIVANIA FERREIRA OKEOMA suscitou preliminares de nulidade do processo por cerceamento de defesa e violação do princípio constitucional da presunção de inocência. No mérito, pugnou por absolvição, porque se retratou das declarações prestadas na fase policial e não teria sido reconhecida pelas vítimas (fls. 554/6). JOSAFÁ ARAÚJO DE ALMEIDA e GEOVANI ARAÚJO DE ALMEIDA pleitearam absolvição, nos termos das razões finais do MPF (fls. 565/6). RONEIRO SAMPAIO DE LIMA apelou para ser absolvido, por ausência de prova da autoria delitiva (fls. 572/5).

A sentença absolveu JOSAFÁ ARAÚJO DE ALMEIDA e GEOVANI ARAÚJO DE ALMEIDA, com arrimo no art. 386, IV, do CPP, e condenou os demais réus, mantendo a prisão preventiva.

(a) SIDINEY ROMUALDO foi condenado por extorsão mediante sequestro qualificada pela duração superior a 24 horas, com vítima maior de sessenta anos e em quadrilha (art. 159, § 1º, do CP) a doze anos e dez meses de reclusão. Pela circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), que preponderou sobre a atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), agravou a pena em um ano e dois meses, alcançando quatorze

anos de reclusão. Pela continuidade delitiva (CP, art. 71), a pena foi aumentada em 4/5, perfazendo 25 (vinte e cinco) anos de reclusão. Em razão da causa de aumento do art. 9º da Lei nº 8.072, de 1990, a pena foi aumentada em metade, totalizando 37 (trinta e sete) anos e seis meses de reclusão, a qual foi reduzida ao patamar de trinta anos, em obediência à parte final do dispositivo legal. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, cada um no valor de um trigésimo do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pela posse e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826, de 2003), SIDINEY ROMUALDO foi condenado a três anos e seis meses de reclusão. Pela circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), que preponderou sobre a atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), agravou a pena em quatro meses, alcançando a pena definitiva de três anos e dez meses de reclusão. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de setenta dias-multa, cada um no valor de um trigésimo do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pela posse de artefato explosivo, sem autorização e em desacordo com determinação legal (art. 16, parágrafo único, III, da Lei nº 10.826, de 2003), SIDINEY ROMUALDO foi condenado a três anos e quatro meses de reclusão. Pela circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), que preponderou sobre a atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), agravou a pena em três meses, alcançando a pena definitiva de três anos, dez meses e vinte dias de reclusão. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de sessenta dias-multa, cada um no valor de um trigésimo do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pelo uso de documento falso (art. 304 do CP), SIDINEY ROMUALDO foi condenado a dois anos e seis meses de reclusão. Pela circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), que preponderou sobre a atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), agravou a pena em três meses, alcançando a pena definitiva de dois anos e nove meses de reclusão. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de cinquenta dias-multa, cada um no valor de um trigésimo do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pelo concurso material de crimes (CP, art. 69), SIDINEY ROMUALDO foi condenado a quarenta anos, cinco meses e vinte dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado (art. 33, § 2º, a, do CP).

(b) GILMAR MENDES DOS SANTOS foi condenado por extorsão mediante sequestro qualificada pela duração superior a 24 horas, com vítima maior de sessenta anos e em quadrilha (art. 159, § 1º, do CP) a doze anos e dez meses de reclusão. Pela circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), que preponderou sobre a atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, d, do CP), agravou a pena em um ano e dois meses, alcançando quatorze anos de reclusão. Pela continuidade delitiva (CP, art. 71), a pena foi aumentada em 4/5, perfazendo 25 (vinte e cinco) anos de reclusão. Em razão da causa de aumento do art. 9º da Lei nº 8.072, de 1990, a pena foi aumentada em metade, totalizando 37 (trinta e sete) anos e seis meses de reclusão, a qual foi reduzida ao patamar de trinta anos, em obediência à parte final do dispositivo legal. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, cada um no valor de um trigésimo do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pela posse e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826, de 2003), GILMAR MENDES DOS SANTOS foi condenado a três anos e seis meses de reclusão. Pela circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), que preponderou sobre a atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, d, do CP), agravou a pena em quatro meses, alcançando a pena definitiva de três anos e dez meses de reclusão. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de setenta dias-multa, cada um no valor de um trigésimo do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pela posse de artefato explosivo, sem autorização e em desacordo com determinação legal (art. 16, parágrafo único, III, da Lei nº 10.826, de 2003), GILMAR MENDES DOS SANTOS foi condenado a três anos e quatro meses de reclusão. Pela circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), que preponderou sobre a atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, d, do CP), agravou a pena em três meses, alcançando a pena definitiva de três anos, dez meses e vinte dias de reclusão. O réu foi condena-

do, ainda, ao pagamento de sessenta dias-multa, cada um no valor de um trigésimo do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pelo uso de documento falso (art. 304 do CP), GILMAR MENDES DOS SANTOS foi condenado a dois anos e seis meses de reclusão. Pela circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), que preponderou sobre a atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), agravou a pena em três meses, alcançando a pena definitiva de dois anos e nove meses de reclusão. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de cinquenta dias-multa, cada um no valor de um trigésimo do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pelo concurso material de crimes (CP, art. 69), GILMAR MENDES DOS SANTOS foi condenado a quarenta anos, cinco meses e vinte dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado (art. 33, § 2º, *a*, do CP).

(c) FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA foi condenado por extorsão mediante sequestro qualificada pela duração superior a 24 horas, com vítima maior de sessenta anos e em quadrilha (art. 159, § 1º, do CP) a doze anos e seis meses de reclusão. Pela atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), atenuou a pena em seis meses, alcançando doze anos de reclusão. Pela continuidade delitiva (CP, art. 71), a pena foi aumentada em 3/4, perfazendo 21 (vinte e um) anos de reclusão. Em razão da causa de aumento do art. 9º da Lei nº 8.072, de 1990, a pena foi aumentada em metade, totalizando 31 (trinta e um) anos e seis meses de reclusão, a qual foi reduzida ao patamar de trinta anos, em obediência à parte final do dispositivo legal. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de 240 (duzentos e quarenta) dias-multa, cada um no valor de um trigésimo do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pela posse e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826, de 2003), FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA foi condenado a três anos e seis meses de reclusão. Pela atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), atenuou a pena em seis meses, alcançando a pena definitiva de três anos de reclusão. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de setenta dias-multa, cada um no valor de um trigésimo do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pela posse de artefato explosivo, sem autorização e em desacordo com determinação legal (art. 16, parágrafo único, III, da Lei nº 10.826, de 2003), FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA foi condenado a três anos e seis meses de reclusão. Pela atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), atenuou a pena em seis meses, alcançando a pena definitiva de três anos de reclusão. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de sessenta dias-multa, cada um no valor de um trigésimo do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pelo uso de documento falso (art. 304 do CP), FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA foi condenado a dois anos e três meses de reclusão. Pela atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), atenuou a pena em seis meses, alcançando a pena definitiva de dois anos de reclusão. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de dez dias-multa, cada um no valor de um trigésimo do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pelo concurso material de crimes (CP, art. 69), FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA foi condenado a trinta e oito anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado (art. 33, § 2º, *a*, do CP).

(d) CLAUDIVANIA FERREIRA OKEOMA foi condenada por extorsão mediante sequestro qualificada pela duração superior a 24 horas, com vítima maior de sessenta anos e em quadrilha (art. 159, § 1º, do CP) a doze anos e seis meses de reclusão. Pela atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), atenuou a pena em seis meses, alcançando doze anos de reclusão. Pela continuidade delitiva (CP, art. 71), a pena foi aumentada em 3/4, perfazendo 21 (vinte e um) anos de reclusão. Em razão da causa de aumento do art. 9º da Lei nº 8.072, de 1990, a pena foi aumentada em metade, totalizando 31 (trinta e um) anos e seis meses de reclusão, a qual foi reduzida ao patamar de trinta anos, em obediência à parte final do dispositivo legal. A ré foi condenada, ainda, ao pagamento de 240 (duzentos e quarenta) dias-multa, cada um no valor de um trigésimo do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pela posse e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826, de 2003), CLAUDIVANIA FERREIRA

OKEOMA foi condenada a três anos e quatro meses de reclusão Pela atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), atenuou a pena em quatro meses, alcançando a pena definitiva de três anos de reclusão. A ré foi condenada, ainda, ao pagamento de setenta dias-multa, cada um no valor de um trigésimo do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pela posse de artefato explosivo, sem autorização e em desacordo com determinação legal (art. 16, parágrafo único, III, da Lei nº 10.826, de 2003), CLAUDIVANIA FERREIRA OKEOMA foi condenada a três anos e dois meses de reclusão. Pela atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), atenuou a pena em dois meses, alcançando a pena definitiva de três anos de reclusão. A ré foi condenada, ainda, ao pagamento de sessenta dias-multa, cada um no valor de um trigésimo do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pelo uso de documento falso (art. 304 do CP), CLAUDIVANIA FERREIRA OKEOMA foi condenada a dois anos de reclusão. Apesar de a ré ter confessado espontaneamente o delito (art. 65, III, *d*, do CP), deixou de atenuar a pena, porque ela já tinha sido fixada no patamar mínimo, em atenção à Súmula nº 231 do STJ. A ré foi condenada, ainda, ao pagamento de dez dias-multa, cada um no valor de um trigésimo do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pelo concurso material de crimes (CP, art. 69), CLAUDIVANIA FERREIRA OKEOMA foi condenada a trinta e oito anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado (art. 33, § 2º, *a*, do CP).

(e) RONEIRO SAMPAIO DE LIMA foi condenado por extorsão mediante sequestro qualificada pela duração superior a 24 horas, com vítima maior de sessenta anos e em quadrilha (art. 159, § 1º, do CP) a doze anos e dez meses de reclusão. Pela circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), que preponderou sobre a atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), agravou a pena em um ano e dois meses, alcançando quatorze anos de reclusão. Pela continuidade delitiva (CP, art. 71), a pena foi aumentada em 4/5, perfazendo 25 (vinte e cinco) anos de reclusão. Em razão da causa de aumento do art. 9º da Lei nº 8.072, de

1990, a pena foi aumentada em metade, totalizando 37 (trinta e sete) anos e seis meses de reclusão, a qual foi reduzida ao patamar de trinta anos, em obediência à parte final do dispositivo legal. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, cada um no valor de um trigésimo do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pela posse e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826, de 2003), RONEIRO SAMPAIO DE LIMA foi condenado a três anos e seis meses de reclusão. Pela circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), que preponderou sobre a atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), agravou a pena em quatro meses, alcançando a pena definitiva de três anos e dez meses de reclusão. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de setenta dias-multa, cada um no valor de um trigésimo do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pela posse de artefato explosivo, sem autorização e em desacordo com determinação legal (art. 16, parágrafo único, III, da Lei nº 10.826, de 2003), RONEIRO SAMPAIO DE LIMA foi condenado a três anos e quatro meses de reclusão. Pela circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), que preponderou sobre a atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), agravou a pena em três meses, alcançando a pena definitiva de três anos e dez meses e vinte dias de reclusão. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de sessenta dias-multa, cada um no valor de um trigésimo do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pelo uso de documento falso (art. 304 do CP), RONEIRO SAMPAIO DE LIMA foi condenado a dois anos e seis meses de reclusão. Pela circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), que preponderou sobre a atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), agravou a pena em três meses, alcançando a pena definitiva de dois anos e nove meses de reclusão. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de cinquenta dias-multa, cada um no valor de um trigésimo do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pelo concurso material de crimes (CP, art. 69), RONEIRO SAMPAIO DE LIMA foi condenado a quarenta anos, cinco meses e vinte dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado (art. 33, § 2º, *a*, do CP).

(f) ROBSON BARBOSA DA SILVA foi condenado por extorsão mediante sequestro qualificada pela duração superior a 24 horas, com vítima maior de sessenta anos e em quadrilha (art. 159, § 1º, do CP) a doze anos e dez meses de reclusão. Pela circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), que preponderou sobre a atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), agravou a pena em um ano e dois meses, alcançando quatorze anos de reclusão. Pela continuidade delitiva (CP, art. 71), a pena foi aumentada em 4/5, perfazendo 25 (vinte e cinco) anos de reclusão. Em razão da causa de aumento do art. 9º da Lei nº 8.072, de 1990, a pena foi aumentada em metade, totalizando 37 (trinta e sete) anos e seis meses de reclusão, a qual foi reduzida ao patamar de trinta anos, em obediência à parte final do dispositivo legal. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, cada um no valor de um trigésimo do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pela posse e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826, de 2003), ROBSON BARBOSA DA SILVA foi condenado a três anos e seis meses de reclusão. Pela circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), que preponderou sobre a atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), agravou a pena em quatro meses, alcançando a pena definitiva de três anos e dez meses de reclusão. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de setenta dias-multa, cada um no valor de um trigésimo do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pela posse de artefato explosivo, sem autorização e em desacordo com determinação legal (art. 16, parágrafo único, III, da Lei nº 10.826, de 2003), ROBSON BARBOSA DA SILVA foi condenado a três anos e quatro meses de reclusão. Pela circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), que preponderou sobre a atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), agravou a pena em três meses, alcançando a pena definitiva de três anos e dez meses e vinte dias de reclusão. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de sessenta dias-multa, cada um no valor de um trigésimo do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pelo concurso material de crimes (CP, art. 69), ROBSON BARBOSA DA SILVA foi condenado a 37 (trinta e sete) anos, oito

meses e 20 dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado (art. 33, § 2º, a, do CP).

RONEIRO SAMPAIO DE LIMA apelou (fls. 683/90), pugnando por absolvição, em suma, porque: (a) a sentença teria se baseado exclusivamente nas provas colhidas no inquérito policial, divorciando-se da instrução criminal; (b) a dosimetria da pena teria sido realizada com base no crime consumado e não na forma tentada; e, (c) inexistiria prova da co-autoria no delito, já que não teria sido reconhecido pelas vítimas do sequestro .

CLAUDIVANIA FERREIRA OKEOMA (fls. 668/70, 691/3 e 712/7) e GILMAR MENDES DOS SANTOS (fls. 719/24) apelaram, reeditando os argumentos das razões finais. No caso de condenação, requereram o abrandamento das penas privativas de liberdade ao patamar mínimo.

SIDNEY ROMUALDO apelou, requerendo absolvição pela aplicação do princípio *in dubio pro reo*, já que as vítimas não o reconheceram e a exibição do documento falso se deu por solicitação dos policiais e não espontaneamente pelo recorrente, o que descaracterizaria o delito de uso de documento falso (fls. 784/94). No caso de manutenção da condenação, pleiteou exclusão das qualificadoras previstas no § 1º do art. 159 do CP, porque não provadas.

Os embargos de declaração opostos por ROBSON BARBOSA DA SILVA e GILMAR MENDES DOS SANTOS (fls. 742/4, 745/52) foram rejeitados pela sentença de fls. 799/800.

Nas fls. 802/15 e 817/30, o advogado Renato da Costa interpôs outra apelação em nome de GILMAR MENDES DOS SANTOS.

ROBSON BARBOSA DA SILVA, também, apelou (fls. 831/45), pugnando por absolvição, em síntese, porque: (a) a sentença teria se baseado exclusivamente nas provas colhidas no inquérito policial, divorciando-se da instrução criminal; e, (b) não haveria prova da autoria delitiva, já que as vítimas não teriam reconhecido os denunciados e não haveria prova da posse de arma de uso restrito. Em caso de condenação, o apelante pleiteou a desclassificação para o delito de extorsão simples, porquanto não se teria prova das qualificadoras previstas no § 1º do art. 159 do CP. Ao final,

requereu a revisão da dosimetria da pena, porquanto: (a) a causa de aumento do art. 9º, § 2º, da Lei nº 8.072, de 1990, foi aplicada em 1/2, sem qualquer fundamentação, o que violou o art. 93, IX, da Constituição Federal (CF); (b) a sentença inovou ao reconhecer a existência de continuidade delitiva não mencionada na denúncia; e (c) a redução das penas em homenagem aos princípios da individualização e da proporcionalidade das penas.

FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA apelou e suscitou preliminar de nulidade processual, por ausência do exame das teses defendidas nas alegações finais (fls. 854/69 e 891/906). Quanto ao mérito, o apelante requereu a reforma da sentença, em síntese, porque: (a) a sentença teria se baseado exclusivamente nas provas colhidas no inquérito policial, divorciando-se da instrução criminal; (b) não haveria prova da autoria delitiva, já que as vítimas não teriam reconhecido os denunciados e não haveria prova da posse de arma de uso restrito; (c) a desclassificação para o delito de extorsão simples, porquanto não se teria prova das qualificadoras previstas no § 1º do art. 159 do CP; (d) porque a exibição do documento falso se deu por solicitação dos policiais e não espontaneamente pelo réu, o que descaracterizaria o delito de uso de documento falso; e (e) o reconhecimento da atenuante de confissão espontânea, em relação ao delito de uso de documento falso.

As contra-razões pugnam pela manutenção do julgado (fls. 907/19, 920/31, 932/46, 947/66, 967/79, 980/99).

Em parecer (fls. 1.002/1.027), a Procuradoria Regional da República da 5ª Região opinou pelo improvimento dos recursos.

É o relatório. Ao eminente revisor.

VOTO

O JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI (Relator):

Conheço dos recursos, porque estão presentes seus pressupostos de admissibilidade.

- I -

Não conheço da segunda apelação interposta por GILMAR MENDES DOS SANTOS (fls. 802/15 e 817/30), pela ocorrência de preclusão consumativa.

A preclusão consumativa “acarreta a perda da faculdade processual se ela já foi exercida: uma vez levado a efeito o direito de recorrer, consumou-se a oportunidade de fazê-lo, de sorte a impedir que o recorrente torne a impugnar o provimento jurisdicional já impugnado.”¹

- II -

FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA suscitou preliminar de nulidade da sentença, por ausência do exame das teses defendidas nas alegações finais.

Rejeito a preliminar. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), para cumprir a determinação constitucional de fundamentação das decisões judiciais, é desnecessário que o magistrado transcreva ou responda a toda sorte de alegações suscitadas no transcorrer do processo penal, bastando que examine as circunstâncias fáticas e jurídicas relevantes, podendo, na fundamentação, apresentar tese contrastante com aquela defendida pelas partes, valer-se da doutrina e da jurisprudência, além, por óbvio, das provas produzidas, desde que fique claro, pela sua exposição, as razões que embasaram o seu convencimento (HC nº 89.324/PE, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, julgado em 7 fev. 2008, *DJe* 3 mar. 2008).

- III -

Há nos autos provas suficientes da autoria e da materialidade dos delitos de extorsão mediante sequestro (CP, art. 159, § 1º, c/c os arts. 1º, IV, e 9º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990), de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003) e de uso de documento falso (CP, art. 304 c/c o art. 297), consistentes nas declarações dos réus no momento da prisão em flagrante e em juízo. Vejam-se alguns dos depoimentos que conferem consistência à condenação:

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 6ª ed., rev., atual. e ampliada. São Paulo: RT, 2009. p. 33.

(a) SIDINEY ROMUALDO (fls. 26/7 do IPL e 47):

[...] QUE confessa o Atuado que realmente são verdadeiras as imputações contra sua pessoa; QUE confessa o Interrogado que foi procurado pelo comparsa conhecido por MARCELO CAFANHAQUE, este de cor moreno, cabelo liso, com cerca de 180cm., sabendo apenas que é de São Paulo/SP., o qual solicitou emprestado ao Atuado (02) METRALHADORAS, (01) PISTOLA GLOB e (02) PISTOLAS 380, para realizar um assalto no Rio Grande do Norte/RN., contra funcionários da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL daquele Estado, tendo o Atuado realmente emprestado tais armamentos para o mesmo; [...] QUE iria ganhar uma boa comissão pela realização do roubo, caso desse certo; QUE na noite de ontem encontrava-se o Atuado juntamente com **FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA, RONEIRO SAMPAIO DE LIMA. GILMAR MENDES DOS SANTOS, ROBSON BARBOSA DA SILVA e CLAUDIVANIA FERREIRA OKEOMA**, [...], mais precisamente na Av. Boa Viagem, nesta Cidade, na Orla Marítima, ocasião em que foram todos abordados por Policiais desta Especializada, tendo de início o Atuado se identificado por **SIDINEY DA SILVA FERREIRA, RG. nº 39.295.021-2, expedida em 15/02/05, sendo a mesma “falsa”**, tendo pago por tal carteira a quantia de R\$ 300,00, tendo colocado sua fotografia na mesma e assinou; QUE comprou a mesma no bairro do Brás, a uma pessoa conhecida apenas por “pequeno”; QUE passou a se identificar com a citada Carteira; [...] QUE na continuação das Diligências, foi localizado no Sítio São Sebastião em Curado II, Jaboatão dos Guararapes/PE., (01) PISTOLA DE MARCA TAURUS, calibre 380mm, sendo esta arma pertencente ao Interrogado, a qual foi adquirida em São Paulo/SP., há cerca de oito meses, isso à pessoa que não sabe precisar seu nome nem endereço, pagando na mesma a quantia de R\$ 900,00, sem documento; QUE o Atuado não tem Porte de Arma, nem registro da mesma; QUE comprou tal Pistola com a finalidade de realizar assaltos; [...]

[...] que dos acusados conhece Gilmar Mendes dos Santos e Roneiro Sampaio de Lima; [...] que é proprietário de uma chácara no Curado II em Jaboatão dos Guararapes/PE; [...] que tinha uma pistola 380 no armário na chácara; que não tem porte de arma nem a arma era registrada; que

a arma foi apreendida pela polícia; [...] que comprou no Braz o documento falso de Sidiney da Silva Ferreira; que comprou os documentos falsos depois do assalto do Banco do Brasil em Afogados da Ingazeira; que Gilmar comprou os documentos falsos no mesmo lugar.

(b) GILMAR MENDES DOS SANTOS (fls. 30 do IPL e 49):

[...] QUE confessa o Autuado que realmente são verdadeiras as imputações contra sua pessoa; [...] QUE segundo Autuado na semana próxima passada veio do Estado de São Paulo/SP., para esta Capital, depois foi ao Rio Grande do Norte/RN., onde ficou numa pousada em Ponta Negra, com o indivíduo conhecido por PAULINHO, tendo este no dia de ontem, mandou o Autuado trazer para esta Capital o veículo de marca Fiat, modelo Siena, para entregar o citado veículo ao indivíduo aqui Autuado de nome SIDINEY ROMUALDO; QUE saiu de Natal no aludido veículo juntamente com ROBSON BARBOSA DA SILVA, FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA e CALUDIVÂNIA FERREIRA OKEOMA, indo diretamente para Boa Viagem, nesta Cidade, no aludido veículo, onde se encontram com o SIDINEY ROMUALDO e RONEIRO SAMPAIO DE LIMA, este diz o Autuado que não o conhecia, os quais estavam em um Monza bege; QUE foram todos abordados por Policiais desta Especializada e convidados à comparecer nesta Delegacia, onde foi encontrado em poder do Autuado (01) Cédula de identidade de número 39.295.076-5 SSP/SP., (falsa), juntamente com uma (01) Carteira de Habilitação, em nome de GILMAR DA SILVA FERREIRA, a qual segundo o Autuado comprou nesta Capital pelo preço de R\$ 800,00, através de um amigo do indivíduo aqui identificado por CARLOS PETRONIO FRAZÃO, vulgo “PETE”, tendo colocado sua fotografia na mesma, pois já veio assinado; QUE estava o Autuado se identificando com a citada Carteira; [...].

[...] que dos acusados conhece Sidiney, Fábio, Claudivânia e Robson; [...] que o Fiat siena era de Sidiney; [...] que comprou o documento com o nome de Gilmar da Silva Ferreira no Braz em São Paulo; que comprou a carteira de identidade e de motorista, pois não tem habilitação; [...].

(c) FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA (fls. 32 do IPL e 50/1):

[...] QUE confessa o Atuado que realmente são verdadeiras as imputações contra sua pessoa; QUE confessa o Atuado que foi convidado para participar do assalto contra funcionários da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL em Rio Grande do Norte/RN., isso através de um PAULO, sendo que o Atuado veio de São Paulo/SP., juntamente com o ROBSON BARBOSA DA SILVA; [...] QUE diz o Atuado que sua participação em tal crime foi apenas de FICAR LIGANDO para FAMILIARES DAS PESSOAS que se encontravam no CATIVEIRO, PORÉM, o crime deu “errado” sendo assim, o Atuado veio para esta Capital juntamente com GILMAR, ROBSON e CLAUDIVANIA isso no veículo Fiat Siena de cor azul, pois o GILMAR iria entregar o citado veículo ao indivíduo aqui identificado por SIDINEY ROMUALDO, pessoa essa que o Atuado não o conhecia, porém, estando todos em Boa Viagem, após encontrar o SIDINEY e RONEIRO SAMPAIO DE LIMA, este também não o conhece, ocasião em que foram todos abordados por Policiais desta Especializada, sendo encontrado em poder do Atuado (01) Cédula de Identidade de número 33.836.764-0 expedida em 23/10/01, em nome ALEXSANDRO GOMES DE LIMA, juntamente com uma Carteira de Habilitação, ambas (falsas), estando com a fotografia do Atuado estampado na frente dos documentos, [...]; QUE afirma o Atuado que estava se apresentando com tais documentos, haja vista ser ex-presidiário; [...].

[...] que dos acusados conhece Gilmar, Claudivania e Robson; que Claudivania é namorada do depoente; [...] que veio junto com Gilmar, Claudivania e Robson; [...] que Gilmar ia pegar um carro com Sidiney para passear; [...] que comprou a carteira de identidade e de habilitação em nome de Alexandro Gomes de Lima no centro de São Paulo; que comprou os documentos porque a carteira de habilitação foi suspensa devido às várias multas; [...].

(d) CLAUDIVÂNIA FERREIRA OKEOMA (fls. 34 do IPL e 52/3):

[...] QUE confessa a Atuada que realmente são verdadeiras as imputações contra sua pessoa; [...] QUE a Atuada recebeu um CONVITE para ficar tomando conta de pessoas em uma CASA no Estado do Rio Grande do Norte/RN., pois tinha total conhecimento de que eles iriam “meter um parada”, não sabendo qual que era, onde aceitou o

convite e chegou em Natal na semana próxima passada, ficou no bairro de Candelária, não sabendo a Rua onde ficou com ALEXSANDRO e ROBSON; QUE antes mesmo de chegar refém naquele imóvel, a interrogada veio para esta Capital, juntamente com o FÁBIO, ROBSON e GILMAR, em um veículo Siena, no meio do percurso a Autuada ficou sabendo que na verdade tal gang iria SEQUESTRAR funcionários da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL do Rio Grande do Norte/RN., a Autuada iria ficar tomando das pessoas ou seja, dos REFÊNS; QUE por motivo de ter “sujado” veio embora para esta Capital no citado Ciena, onde foram ao bairro de Boa Viagem, nesta Cidade, ocasião em que se encontraram com o SIDINEY e RONEIRO, estes diz a Autuada que não os conheciam, ocasião em que foram todos abordados por Policiais desta Especializada e convidados a comparecer nesta, onde foi encontrado em poder da Autuada uma cédula de identidade de número 6.861.493/SSP/PE., expedida em 22/03/99, em nome de GEANE PEREIRA DO NASCIMENTO, a qual segundo a Autuada comprou a mesma em São Paulo/SP., [...], com a finalidade de se apresentar nesta Capital com a citada Carteira, tendo a tal menina colocado a fotografia da Autuada e a Autuada só fez assinar a aludida Carteira; [...] QUE afirma a Autuada ter total conhecimento do envolvimento de seus conhecidos de São Paulo/SP., ALEXSANDRO, nome certo FÁBIO, GILMAR e ROBSON, como sendo os mesmos envolvidos em crime de Roubo; [...].

[...] que dos acusados conhece apenas Fabio Batista de Oliveira e Robson Barbosa da Silva; que na data do fato estava em Natal; que foi se encontrar com Fabio Batista; que fez a documentação falsa para ninguém desconfiar pois tanto a depoente quanto Fabio Batista são casados; [...] que após alguns dias na casa alugada no Bairro da Candelária em Natal, viu várias armas em um armário; que perguntou à Fábio para que eram essas armas; [...] que no dia seguinte veio para Recife num carro com Fábio, Robson e Gilmar; que na casa em Natal estavam a depoente, Fábio, Robson, Gilmar e mais três pessoas, sendo uma mulher e dois homens de nomes Paulo, Pelezinho e Luciene; [...] que no armário estavam armas de grosso calibre [...] que a depoente comprou a identidade falsificada no centro de São Paulo; [...] que foi de livre e espontâ-

nea vontade que levou os policiais onde tinham ficado as armas e as outras três pessoas; que, quando chegaram, as pessoas tinham ido embora e as armas estavam enterradas; [...] que no carro que veio de Natal para Recife estavam a depoente, Gilmar, Fábio e Robson; [...] que chegou na casa juntamente com Fábio e Robson; que quando chegou na casa já estavam as outras três pessoas; [...].

(e) RONEIRO SAMPAIO DE LIMA (fls. 36 do IPL e 55):

[...] QUE confessa o Atuado que realmente são verdadeiras as imputações contra sua pessoa; [...] QUE confessa o Atuado que na terça-feira próxima passada, a convite do comparsa PAULO, veio de Estado de São Paulo/SP., sozinho para participar do crime de SEQUESTRO contra funcionários da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, no Rio Grande do Norte/RN., ficando em uma Pousada da Praia de Ponta Negra/RN., onde tinha como principal função no SEQUESTRO de RECEBER O DINHEIRO DO RESGATE; QUE além do PAULO tinha também PELEZINHO e CARECA; QUE ficou sabendo que os comparsas aqui Atuados de nome FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA, GILMAR MENDES DOS SANTOS e CLAUDIVANIA FERREIRA OKEOMA também iriam participar do mesmo crime [...] QUE segundo o Atuado na hora de RECEBER O RESGATE o PAULO ligou para o Atuado mandado o mesmo ir embora, pois havia “sujado”; QUE sendo assim, o Atuado veio sozinho ao Recife de ônibus, chegando por volta das 16:30 horas, tendo o comparsa aqui Atuado de nome SIDINEY ROMUALDO ido apanhar o mesmo na Rodoviário e o levou para o Sítio dele; QUE na noite de ontem tinha ido à Boa Viagem, nesta cidade, juntamente com o SIDINEY, onde encontrou-se com o FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA, GILMAR MENDES DOS SANTOS, CLAUDIVANIA FERREIRA OKEOMA e ROBSON BARBOSA DA SILVA, ocasião em que foram todos abordados por Policiais desta Delegacia e convidado a comparecer nesta Delegacia, sendo encontrado em poder do Atuado (01) Cédula de Identidade de número 29.291.375-8, expedida em 27/11/02, SSP/SP, juntamente com uma Carteira de Habilitação, as quais comprou no Centro de São Paulo/SP., na Praça da Sé, [...].

[...] que dos acusados só conhece o Sidiney; [...] que es-

tava com carteira de identidade e de habilitação de Marcelo Macedo dos Santos; que estava com os documentos porque precisava da carteira de habilitação; que não tinha carteira de habilitação no seu próprio nome; que comprou os documentos na praça da Sé em São Paulo-SP; [...].

(f) ROBSON BARBOSA DA SILVA (fl. 38 do IPL):

[...] QUE confessa o Atuado que realmente são verdadeiras as imputações contra sua pessoa; [...] QUE foi o Atuado convidado por um tal de PAULO ou PAULINHO de São Paulo, para participar de um crime de SEQUESTRO contra funcionários da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL no Rio Grande do Norte/RN., chegando em Natal/RN., na semana próxima passada, juntamente com o comparsa FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA, ficando em uma Pousada na Praia de Ponta Negra/RN., depois encontrou com o PAULO, quando o Atuado ficou sabendo que a sua função era de FICAR TELEFONAR para os funcionários da Agência; QUE em Natal/RN., encontrou-se com GILMAR MENDES DOS SANOS, FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA e CLAUDIVANIA FERREIRA OKEOMA, e RONEIRO SWAMPIO DE LIMA; QUE o crime aconteceu no dia de ontem, porém, por volta das 13:00 horas, o Atuado ficou sabendo através do PAULO que o crime planejado havia “sujado” e que era para o Atuado fugir daquele Estado, o que foi feito, tendo fugido para esta Capital juntamente com GILMAR MENDES DOS SANTOS, FÁBIO BATISTA e CLUDIVANIA FERREIRA, isso em um veículo Siena azul, onde ao chegar nesta Capital, mais precisamente em Boa Viagem, encontrou-se com o indivíduo SIDINEY ROMUALDO e RONEIRO SAMPAIO DE LIMA, sendo todos localizados por Policiais desta Especializada e convidado a comparecer nesta, onde ficou sabendo o Atuado que seus comparsas estavam utilizando documentos “falsos” [...].

As declarações prestadas pelos réus na fase inquisitorial, e antes de orientação de seus advogados, evidenciam coerência inquestionável e são ricas em detalhes concernentes à pessoa que os arregimentou para a empreitada criminosa, às tarefas atribuídas a cada um deles, à localização de seu esconderijo e à fuga empreendida por eles no momento da prisão (vide transcrições acima).

Ressai das declarações, que um indivíduo conhecido como “Paulo” (ou “Paulinho”) convidou os réus para praticar extorsão mediante sequestro contra empregados da Caixa Econômica Federal (CEF) e especificou qual seria a tarefa deles. CLAUDIVÂNIA FERREIRA OKEOMA afirmou que, na casa alugada no bairro da Candelária, em Natal (RN), “estavam a depoente, Fabio, Robson, Gilmar e mais três pessoas, sendo uma mulher e dois homens de nomes Paulo, Pelezinho e Luciene”. RONEIRO SAMPAIO DE LIMA disse que, “além do PAULO tinha também PELEZINHO e CARECA”. Aliás, conforme essas declarações, foi “Paulo” quem avisou a ROBSON BARBOSA DA SILVA e a RONEIRO SAMPAIO DE LIMA que tinha “sujado” e que eles precisavam fugir.

Consta dos autos, ainda, informação da polícia judiciária de que os réus têm ligação com a organização criminosa conhecida como Primeiro Comando da Capital - PCC (fl. 263).

Exsurge da prova testemunhal, também, que o armamento utilizado pelo grupo foi fornecido por SIDINEY ROMUALDO. CLAUDIVÂNIA FERREIRA OKEOMA afirmou que encontrou armas em um dos armários da casa que os recorrentes alugaram na Rua Professor Moura Rabello, 1.940, bairro da Candelária, por intermédio de Luciene Alves de Souza (fls. 110/2 do IPL).² No cumprimento de mandado de busca e apreensão nessa casa, foram encontradas as seguintes armas e munições, enterradas no quintal (fls. 49/50 do IPL):

- (a) 1 metralhadora Browning, calibre .30-60;
- (b) 1 fuzil de assalto KBI Inc., AS 85M;
- (c) 1 fuzil Colt 223, do mesmo calibre;
- (d) 1 submetralhadora URU, Mekanica, 9mm;
- (e) 1 submetralhadora sem identificação;
- (f) 1 pistola Glock G 17, calibre 9mm;
- (g) 1 pistola Luger M80, calibre 9mm;

² Citada por CLAUDIVÂNIA FERREIRA OKEOMA (fls. 110/2 do IPL).

- (h) 1 pistola Taurus PT 99 AFS, calibre 9mm;
- (i) 1 pistola Taurus PT 58, calibre .380mm;
- (j) 6 carregadores para pistola Glock;
- (k) 3 carregadores para submetralhadoras;
- (l) 6 carregadores para fuzil;
- (m) 222 cartuchos CBC calibre .30-60;
- (n) 45 cartuchos de calibres diversos para fuzil;
- (o) 132 cartuchos de calibres diversos para pistola;
- (p) 2 simulacros de artefato explosivo.

Por meio de busca e apreensão realizada no sítio de propriedade de SIDINEY ROMUALDO, em Jaboatão dos Guararapes (PE), encontrou-se, ainda, uma pistola Taurus .380 e munição (fl. 243 do IPL).

De acordo com os laudos de exame em armas de fogo (para eficiência) nºs 301 e 306, de 2005, do Setec-SR/DPF/RN (fls. 231/41 e 242/52), as armas apreendidas estão aptas a efetuar disparos e não se encontram registradas no Sistema Nacional de Armas (Sinarm).

Em consonância com o Decreto nº 3.665, de 20 de novembro de 2000, que deu nova redação ao Regulamento para Fiscalização de Produtos Controlados (conhecido como R-105), com exceção das duas pistolas Taurus .380, as armas e munições apreendidas são de uso restrito. Confirma-se o teor do art. 16 do diploma normativo (sem destaque no original):

Art. 16. São de uso restrito:

[...]

III - **armas de fogo curtas**, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia superior a trezentas libras-pé ou quatrocentos e sete Joules **e suas munições**, como por exemplo, os calibres .357 Magnum, 9 Luger, .38 Super Auto, .40 S&W, .44 SPL, .44 Magnum, .45 Colt e .45 Auto;

IV - **armas de fogo longas raiadas**, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia superior a mil libras-pé ou mil trezentos e cinqüenta e cinco Joules **e suas munições**, como por exemplo, .22-250, .223 Remington,

.243 Winchester, .270 Winchester, 7 Mauser, .30-06, .308 Winchester, 7,62 x 39, .357 Magnum, .375 Winchester e .44 Magnum;

V - armas de fogo automáticas de qualquer calibre;
[...]

Todavia, os laudos periciais não fazem referência aos simulacros de artefato explosivo apreendidos pela polícia judiciária. Aliás, somente no auto de apreensão é que há menção a esse material. Por se tratar de infração que deixa vestígio, o exame de corpo de delito é indispensável. Não há nos autos, também, prova testemunhal supletiva, que, a teor do art. 167 do CP, comprove a existência dos simulacros de artefato explosivo (STJ, HC nº 91.276/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. em 21 fev. 2008, *DJ-e* 31 mar. 2008).

Desse modo, dou parcial provimento às apelações, para absolver os réus do delito tipificado no art. 16, parágrafo único, III, da Lei nº 10.826, de 2003, por não haver prova da existência do fato (CPP, art. 386, II).

Conforme SIDINEY ROMUALDO, o automóvel Fiat, Siena, de cor azul, no qual GILMAR MENDES DOS SANTOS, ROBSON BARBOSA DA SILVA, FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA e CLAUDIVÂNIA FERREIRA OKEOMA fugiram de Natal para o Recife, foi utilizado no assalto à agência do Banco do Brasil no Município de Afogados da Ingazeira (PE), em julho de 2005 (fls. 27/8 do IPL):

[...] QUE com o dinheiro roubado da PRESERVE, afirma o Autuado que comprou o veículo SIENA, no Feirão Joana Bezerra, dando R\$ 6.000,00 e parcelando o restante, bem como, comprou o Veículo Fiat Stilo, placas DQT-6666, de cor preto, ambos ora apreendidos no presente feito correlato, bem como comprou o SÍTIO SÃO SEBASTIÃO, em Curado, Jaboatão dos Guararapes/PE; [...] QUE confessa o Autuado que também participou do crime de Roubo ocorrido contra o BANCO DO BRASIL S/A., Agência Afogados de Ingazeira/PE., no dia 05/07/2005, por volta das 08:45 horas; [...] QUE nesse roubo utilizaram (01) Siena Azul, exatamente o ora apreendido [...].

Restou claro que os réus se conheciam. SIDINEY ROMUALDO apanhou RONEIRO SAMPAIO DE LIMA na rodoviária do Reci-

fe e o levou para seu sítio, em Jabotão dos Guararapes. Após a fuga, os recorrentes foram presos quando estavam reunidos na praia de Boa Viagem, nesta capital. Nesse momento, SIDINEY ROMUALDO, GILMAR MENDES DOS SANTOS, FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA, CLAUDIVANIA FERREIRA OKEOMA e RONEIRO SAMPAIO DE LIMA portavam documentos falsificados.

Apesar disso, em juízo, os apelantes retrataram-se de suas declarações prévias. Entretanto, há nos autos outros elementos probatórios, harmônicos com essas afirmações, que permitiram ao juiz sentenciante formar seu livre convencimento, amparado pelos antigos arts. 157, 197 e 200 do Código de Processo Penal (CPP):

Art. 157. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.

Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

Art. 200. A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto.

Esse conjunto de elementos é também o que me leva a votar pela manutenção da condenação deles.

Entre muitos outros tribunais, o egrégio Supremo Tribunal Federal (STF) e esta própria Corte já se manifestaram na mesma direção, como se pode ver dos precedentes a seguir:

HABEAS CORPUS. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL RETRATADA EM JUÍZO. Se a confissão se harmoniza com as demais provas colhidas em juízo (reconhecimento pela vítima, prisão em flagrante, antecedentes do réu), delas sendo divorciada a retratação, não há como se admitir a argüida insuficiência de prova para a condenação. HC indeferido.

(**STF, HC nº 54.855-SP**, 2ª T. Rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 3 dez. 1976. *DJ* 11 mar. 1977).

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. DELITO DE ROUBO (ART. 157, § 2º, I E II, DO CP). SEN-

TENÇA ABSOLUTÓRIA. REFORMA. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL DOS ACUSADOS. ATENUANTE GENÉRICA (ART. 65, III, D, DO CP). INDÍCIOS SUFICIENTES DA PARTICIPAÇÃO DOS MESMOS NO CRIME EM TELA. APELAÇÃO MINISTERIAL CONHECIDA E PROVIDA.

1. A alegação em Juízo de que as confissões extrajudiciais devem ser consideradas inválidas, por terem sido obtidas mediante tortura, deve ser provada por parte daquele que a fizer. Inexistindo tal prova nos autos, a validade das confissões prestadas em Inquérito Policial não pode ser questionada.

2. A confissão extrajudicial, embora retratada em Juízo, tem valor probatório, sempre que confirmada por outros elementos de prova, valendo, pois, não pelo lugar onde é prestada, mas pelo seu próprio teor. Em contrapartida, deve a mesma funcionar como atenuante genérica quando da dosimetria da pena, prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.

3. No caso dos autos, a confissão dos réus, a delação recíproca e o reconhecimento fotográfico de um deles, aliados a todo um conjunto indiciário, são provas suficientes a embasar a sua condenação pela conduta tipificada no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

4. Apelação criminal ministerial conhecida e provida. Sentença reformada.

(TRF/5ª Região, ACr nº 2.703/PE, 1ª T., Rel. Desembargador Federal **Ubaldo Ataíde Cavalcante**, j. 28 abr. 2005).

A autoria dos delitos restou provada, também, pelo laudo da perícia papiloscópica, segundo o qual impressões digitais encontradas na casa alugada pelos réus pertenciam a GILMAR MENDES DOS SANTOS, ROBSON BARBOSA DA SILVA, FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA e CLAUDIVÂNIA FERREIRA OKEOMA (exame de confronto de impressões papilares nº 18, de 2005, do Setec/SR/DPF/RN, fls. 250/73).

As testemunhas arroladas pela acusação, João Maria Bezerra de França, Maria Célia Bezerra de França e Maria das Graças Cavalcante Cassemiro, reconheceram ROBSON BARBOSA DA SILVA e FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA como sendo os indivíduos das fotografias 4 e 11 (fls. 118/20, 224/6 e 229/30 do IPL e fls. 196/7, 198 e 199/200).

O fato de as vítimas ouvidas no inquérito policial e na instrução criminal não terem reconhecido todos réus não os inocenta, uma vez que, como com razão alertou o Ministério Público, o aspecto físico de alguns deles modificou-se da época do fato até a audiência de reconhecimento.

Os apelantes sustentam que não poderiam ter sido condenados por extorsão qualificada mediante sequestro (CP, art. 159, § 1º), porque este não teria durado mais de 24 horas nem se teria provado a idade das vítimas. Argumentam, também, que a condenação pelo delito consumado é indevida, uma vez que não houve o pagamento do resgate.

Diz o art. 159, § 1º, do CP:

Art. 159. Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:

[...]

§ 1º Se o sequestro dura mais de 24 (vinte e quatro) horas, se o seqüestrado é menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos, ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha.

Mais uma vez não concordo com os recorrentes. A extorsão mediante sequestro será qualificada em três situações: (a) se o sequestro durar mais de 24 horas; (b) se houver privação da liberdade de pessoa menor de 18 anos ou maior de 60 anos; ou, ainda, (c) se o sequestro for praticado por bando ou quadrilha. Bastará, portanto, a presença de uma dessas três situações para qualificá-lo. A existência de mais de uma circunstância influenciará, caso prevista em lei, as outras etapas de cálculo da pena (*v.g.*, circunstância judicial, agravante ou causa de aumento), pois a qualificação do delito já terá ocorrido pela presença de uma só dessas circunstâncias.

Para a sentença, a extorsão mediante sequestro foi qualificada pela duração da privação da liberdade das vítimas (mais de 24 horas), por ele ter sido praticado por quadrilha ou bando contra pessoas maiores de 60 anos.

Conforme as declarações das testemunhas da acusação, o sequestro teve início, aproximadamente, às 19h00 do dia 27 de

julho de 2005, e os seqüestradores abandonaram o cativo depois das 17h00 do dia 28 de julho. Entretanto, as vítimas somente deixaram o cativo na manhã de 29 de julho, com receio que os algozes estivessem à espreita e porque o local era “esquisito”, ou seja, ermo, inseguro. Ademais, a extorsão mediante sequestro foi praticada contra pessoas maiores de 60 anos: Francisco Tomé Sobrinho, de 87 anos (fls. 128 e 151 do IPL), e Geralda Bezerra de França, de 80 anos (fl. 236 do IPL).

Ao contrário do que indicam os apelantes, a aplicação da causa de aumento do art. 9º da Lei nº 8.072, de 1990, não caracterizou *bis in idem*, já que foi motivada em razão de o delito ter sido perpetrado, também, contra Leandro, filho de Ivan de Oliveira Batista (fl. 217 do IPL), que é menor de 14 anos.

Para o STJ, situação como essa não caracteriza dupla valoração de circunstância:

HABEAS CORPUS. EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO. ART. 159, § 1º, DO CP. APLICAÇÃO DA AGRAVANTE DO ART. 9º, DA LEI 8.072/90. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CONSIDERAÇÃO DA DURAÇÃO DO SEQÜESTRO PARA APLICAÇÃO DO § 1º DO ART. 159 E DA IDADE DA VÍTIMA PARA APLICAÇÃO DO ART. 9º, DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS.

Aplica-se o § 1º do art. 159 do Código Penal ao delito de extorsão mediante seqüestro, quando o mesmo dura mais de 24 horas (*in casu*, sete dias), e a agravante do art. 9º, da Lei nº 8072/90, tendo em vista a idade da vítima à época dos fatos (doze anos), não havendo qualquer consideração dupla do mesmo fato a ensejar a exclusão da referida agravante.

Ocorreria *bis in idem*, em tese, somente se o Magistrado aplicasse o § 1º do art. 159 do CP, em razão de a vítima ser menor de 18 anos e, ainda assim, considerasse a agravante do art. 9º da supracitada Lei, pois, desse modo, daria dupla valoração à idade da vítima.

Ordem denegada.

(HC nº 18.535/DF, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., j. em 18 dez. 2001, DJ 4 mar. 2002, p. 282).

Por outro lado, a extorsão mediante sequestro é delito formal e perfaz-se independentemente do pagamento do resgate. Segundo Guilherme de Souza Nucci, embora o agente não consiga a vantagem almejada, o delito estará consumado quando a liberdade da vítima for cerceada: “o delito está finalizado, não se cuidando de mera tentativa.”³

Esse é o teor da Súmula nº 96 do Superior Tribunal de Justiça (STJ): “o crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida.”

Por esse motivo, também, não há que se acolher a tese de desclassificação da conduta para o delito de sequestro e cárcere privado (CP, art. 148), pela suposta desistência voluntária.

Os recorrentes pleitearam, ainda, a desclassificação da conduta para o delito de roubo qualificado pela restrição da liberdade da vítima (CP, art. 157, § 2º, V). Esse dispositivo tipifica o chamado “sequestro relâmpago” e a vítima deve ser a do roubo.⁴

No caso dos autos, os familiares dos empregados da CEF foram sequestrados com o fim de se obter vantagem (patrimonial), como condição ou preço do resgate.

SIDINEY ROMUALDO, GILMAR MENDES DOS SANTOS, FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA, CLAUDIVÂNIA FERREIRA OKEOMA e RONEIRO SAMPAIO DE LIMA argumentam também que a exibição do documento falso se deu por solicitação dos policiais e não espontaneamente, o que descaracterizaria o delito de uso de documento falso.

Conforme entendimento firmado pelo STJ, é irrelevante para a configuração do delito de uso de documento falso, o fato de o agente tê-lo apresentado por exigência da autoridade policial:

³ NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 8ª ed., rev., atual. e ampliada. São Paulo: RT, 2008. nota 50, p. 739.

⁴ PRADO, Luis Regis. Direito Penal: parte especial - arts. 121 a 196. 2ª ed., reform., atual. e ampliada. São Paulo: RT, 2008. v. 2, nota 3, p. 83.

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. SENTENÇA CONDENATÓRIA. [...] CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO. APRESENTAÇÃO POR EXIGÊNCIA DE AUTORIDADE POLICIAL. IRRELEVÂNCIA. [...]

3. Para a caracterização do crime de uso de documento falso, é irrelevante que o agente o use por espontânea vontade ou por exigência de autoridade policial. [...]

5. No caso, o delito de uso de documento falso restou consumado com a apresentação do documento ao policial, não restando caracterizada a hipótese de crime impossível. [...]

(HC nº 47.922/PR, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., j. 25 out. 2007, DJ 10 dez. 2007, p. 401).

Prova da materialidade do delito de uso de documento falso é o laudo de perícia papiloscópica (exame de confronto de impressões digitais em documento) nº 19, de 2005, do Setec/SR/DPF/RN (fls. 215/24), o qual concluiu que as impressões digitais apostas nas carteiras de identidade em nome de Marcelo Macedo dos Santos, Sidiney da Silva Ferreira, Gilmar da Silva Ferreira, Alessandro Gomes de Lima e Geane Pereira do Nascimento pertencem, respectivamente, a RONEIRO SAMPAIO DE LIMA, SIDINEY ROMUALDO, GILMAR MENDES DOS SANTOS, FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA e CLAUDIVANIA FERREIRA OKEOMA.

Considero prejudicado o requerimento de FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA para aplicação da atenuante de confissão espontânea em relação ao delito de uso de documento falso, porque já reconhecida pela sentença.

Os recorrentes argumentam que a denúncia não fez expressa referência à aplicação do art. 71, *caput*, do CP, que cuida do acréscimo de pena nos casos de crime continuado. Apesar disso, a sentença reconheceu, por *emendatio libelli* (antigo art. 383 do CPP), que a prática da continuidade delitiva tinha sido descrita na petição inicial deste processo. Nesse tocante a sentença merece reforma.

O sequestro é delito autônomo, tipificado no art. 148 do CP. Todavia, quando a privação da liberdade de uma pessoa é realizada com finalidade específica de obtenção de vantagem patrimonial caracteriza modalidade de extorsão.

As várias vítimas foram sequestradas com o único fim de extorquir a CEF. Houve, portanto, um único delito de extorsão qualificada mediante sequestro .

Desse modo, dou parcial provimento às apelações, para, mantida a condenação pelo delito de extorsão mediante sequestro (CP, art. 159, § 1º), excluir do cálculo da pena, a fração da continuidade delitiva (art. 71 do CP).

Por derradeiro, os apelantes requereram o abrandamento das penas. Todavia, constatei que a sentença corretamente fixou a pena-base acima do patamar mínimo dos delitos de extorsão mediante sequestro (CP, art. 159, § 1º), posse e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826, de 2003) e de uso de documento falso (CP, art. 304, *c/c* art. 297) pela ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e em obediência dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização das penas.

Diz a sentença (fls. 605/28):

A) Quanto ao acusado SIDINEY ROMUALDO:

Primeiro crime: Extorsão mediante seqüestro qualificada pela duração superior a 24 horas, com vítima maior de sessenta anos e cometido por quadrilha (art. 159, § 1º, na forma do art. 71, parágrafo primeiro, ambos do Código Penal, na forma do art. 9º, da Lei nº 8072/90):

CONSIDERANDO a culpabilidade normal à espécie; que os **motivos** para o cometimento do crime foram econômicos, determinados pela obtenção de lucro fácil, inerente ao tipo; que inexistem dados precisos para se aquilatar sobre a **conduta** social do mesmo; que não existe nos autos elementos para valorar a **personalidade** do agente; que as **circunstâncias** em que ocorreu o crime demonstram uma maior ousadia do réu, tendo em vista o número elevado de **vítimas** privadas da liberdade; que a conduta do acusado não produziu conseqüências extrapenais; que as vítimas em nada contribuíram para o cometimento do ilícito, **FIXO A PENA BASE** em [...]

Segundo crime: Posse e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03):

CONSIDERANDO a culpabilidade normal à espécie; que os **motivos** para o cometimento do crime foram determi-

nados pela necessidade de um forte aparelhamento logístico; que inexistem dados precisos para se aquilatar sobre a **conduta** social do mesmo; que não existe nos autos elementos para valorar a **personalidade** do agente; que as **circunstâncias** que envolveram a prática do delito patenteiam, existente no inculpatado, grau maior de delinqüência; e que as **conseqüências** do delito foram graves, pois o grupo armado formado causou maior temor nas vítimas; que as **vítimas** em nada contribuíram para o cometimento do ilícito, **FIXO A PENA BASE** [...]

Quarto crime: Uso de documento falso (art. 304 do Código Penal):

CONSIDERANDO a culpabilidade normal à espécie; que os **motivos** para o cometimento do crime foram determinados pelo intuito de ocultar-se, na medida em que já respondia por outros crimes, inclusive com execução de pena em curso; que inexistem dados precisos para se aquilatar sobre a **conduta** social do mesmo; que não existe nos autos elementos para valorar a **personalidade** do agente; que as **circunstâncias** que envolveram a prática do delito patenteiam, existente no inculpatado, grau maior de delinqüência; que a conduta do acusado não produziu **conseqüências** extrapenais; que as vítimas em nada contribuíram para o cometimento do ilícito, **FIXO A PENA BASE** [...]

B) Quanto ao acusado GILMAR MENDES DOS SANTOS:

Primeiro crime: Extorsão mediante seqüestro qualificada pela duração superior a 24 horas, com vítima maior de sessenta anos e cometido por quadrilha (art. 159, § 1º, na forma do art. 71, parágrafo único, ambos do Código Penal, na forma do art. 9º, da Lei nº 8072/90):

CONSIDERANDO a culpabilidade normal à espécie; que os **motivos** para o cometimento do crime foram econômicos, determinados pela obtenção de lucro fácil, inerente ao tipo; que inexistem dados precisos para se aquilatar sobre a **conduta** social do mesmo; que não existe nos autos elementos para valorar a **personalidade** do agente; que as **circunstâncias** em que ocorreu o crime demonstram uma maior ousadia do réu, tendo em vista o número elevado de vítimas privadas da liberdade; que a conduta do acusado não produziu **conseqüências** extrapenais; que

as vítimas em nada contribuíram para o cometimento do ilícito, **FIXO A PENA BASE**[...]

Segundo crime: Posse e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03):

CONSIDERANDO a culpabilidade normal à espécie; que os **motivos** para o cometimento do crime foram determinados pela necessidade de um forte aparelhamento logístico; que inexistem dados precisos para se aquilatar sobre a **conduta** social do mesmo; que não existe nos autos elementos para valorar a **personalidade** do agente; que as **circunstâncias** que envolveram a prática do delito patenteiam, existente no inculpatado, grau maior de delinqüência; e que as **conseqüências** do delito foram graves, pois o grupo armado formado causou maior temor nas vítimas; que as vítimas em nada contribuíram para o cometimento do ilícito, **FIXO A PENA BASE** [...]

Quarto crime: Uso de documento falso (art. 304 do Código Penal):

CONSIDERANDO a culpabilidade normal à espécie; que os **motivos** para o cometimento do crime foram determinados pelo intuito de ocultar-se, na medida em que já respondia por outros crimes, inclusive com execução de pena em curso; que inexistem dados precisos para se aquilatar sobre a conduta social do mesmo; que não existe nos autos elementos para valorar a **personalidade** do agente; que as **circunstâncias** que envolveram a prática do delito patenteiam, existente no inculpatado, grau maior de delinqüência; que a conduta do acusado não produziu **conseqüências** extrapenais; que as vítimas em nada contribuíram para o cometimento do ilícito, **FIXO A PENA BASE** [...]

C) Quanto ao acusado FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA:

Primeiro crime: Extorsão mediante seqüestro qualificada pela duração superior a 24 horas, com vítima maior de sessenta anos e cometido por quadrilha (art. 159, § 1º, na forma do art. 71, parágrafo único, do Código Penal, na forma do art. 9º da Lei nº 8072/90):

CONSIDERANDO a culpabilidade normal à espécie; que é primário e possui bons antecedentes; que os **motivos** para o cometimento do crime foram econômicos, determinados pela obtenção de lucro fácil, inerente ao tipo; que inexistem dados precisos para se aquilatar sobre a **con-**

duta social do mesmo; que não existe nos autos elementos para valorar a **personalidade** do agente; que as **circunstâncias** em que ocorreu o crime demonstram uma maior ousadia do réu, tendo em vista o número elevado de vítimas privadas da liberdade; que a conduta do acusado não produziu **conseqüências** extrapenais; que as vítimas em nada contribuíram para o cometimento do ilícito, **FIXO A PENA BASE [...]**

Segundo crime: Posse e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03):

CONSIDERANDO a culpabilidade normal à espécie; que é primário e possui bons antecedentes; que os **motivos** para o cometimento do crime foram determinados pela necessidade de um forte aparelhamento logístico; que inexistem dados precisos para se aquilatar sobre a **conduta** social do mesmo; que não existe nos autos elementos para valorar a **personalidade** do agente; que as **circunstâncias** que envolveram a prática do delito patenteiam, existente no inculpatado, grau maior de delinqüência; e que as **conseqüências** do delito foram graves, pois o grupo armado formado causou maior temor nas vítimas; que as vítimas em nada contribuíram para o cometimento do ilícito, **FIXO A PENA BASE [...]**

Quarto crime: Uso de documento falso (art. 304 do Código Penal):

CONSIDERANDO a culpabilidade normal à espécie; que é primário e possui bons antecedentes; que os **motivos** para o cometimento do crime foram determinados pelo intuito de ocultar-se, inerente ao tipo; que inexistem dados precisos para se aquilatar sobre a **conduta** social do mesmo; que não existem nos autos elementos para valorar a **personalidade** do agente; que as **circunstâncias** que envolveram a prática do delito patenteiam, existente no inculpatado, grau maior de delinqüência; que a conduta do acusado não produziu **conseqüências** extrapenais; que as vítimas em nada contribuíram para o cometimento do ilícito, **FIXO A PENA BASE [...]**

D) Quanto à acusada CLAUDIVÂNIA FERREIRA OKEOMA:

Primeiro crime: Extorsão mediante seqüestro qualificada pela duração superior a 24 horas, com vítima maior de sessenta anos e cometido por quadrilha (art. 159, § 1º, na

forma do art. 71, parágrafo único, do Código Penal, na forma do art. 9º da Lei nº 8072/90):

CONSIDERANDO a culpabilidade normal à espécie; que é primária e possui bons antecedentes; que os **motivos** para o cometimento do crime foram econômicos, determinados pela obtenção de lucro fácil, inerente ao tipo; que inexistem dados precisos para se aquilatar sobre a conduta social da mesma; que não existem nos autos elementos para valorar a **personalidade** do agente; que as **circunstâncias** em que ocorreu o crime demonstram uma maior ousadia da ré, tendo em vista o número elevado de vítimas privadas da liberdade; que a conduta da acusada não produziu **conseqüências** extrapenais; que as **vítimas** em nada contribuíram para o cometimento do ilícito, **FIXO A PENA BASE [...]**

Segundo crime: Posse e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03):

CONSIDERANDO a culpabilidade normal à espécie; que é primária e possui bons antecedentes; que os **motivos** para o cometimento do crime foram determinados pela necessidade de um forte aparelhamento logístico; que sua **conduta** é normal no meio social; que sua **personalidade** não demonstra agressividade; que as **circunstâncias** que envolveram a prática do delito se encontram relatadas nos autos, não havendo o que se valorar; que as **conseqüências** do delito foram graves, pois o grupo armado formado causou maior temor nas vítimas; que as **vítimas** em nada contribuíram para o cometimento do ilícito, **FIXO A PENA BASE [...]**

Quarto crime: Uso de documento falso (art. 304 do Código Penal):

CONSIDERANDO a culpabilidade normal à espécie; que é primária e possui bons antecedentes; que os **motivos** para o cometimento do crime foram determinados pelo intuito de ocultar-se, inerente ao tipo; que sua **conduta** é normal no meio social; que sua **personalidade** não demonstra agressividade; que as **circunstâncias** que envolveram a prática do delito se encontram relatadas nos autos, não havendo o que se valorar; que não houve **conseqüências** do delito; que as **vítimas** em nada contribuíram para o cometimento do ilícito, **FIXO A PENA BASE [...]**

E) Quanto ao acusado ROBSON BARBOSA DA SILVA:

Primeiro crime: Extorsão mediante seqüestro qualificada pela duração superior a 24 horas, com vítima maior de sessenta anos e cometido por quadrilha (art. 159, § 1º, na forma do art. 71 do Código Penal, na forma do art. 9º da Lei nº 8072/90):

CONSIDERANDO a culpabilidade normal à espécie; que os **motivos** para o cometimento do crime foram econômicos, determinados pela obtenção de lucro fácil, inerente ao tipo; que inexistem dados precisos para se aquilatar sobre a **conduta** social do mesmo; que não existem nos autos elementos para valorar a **personalidade** do agente; que as **circunstâncias** em que ocorreu o crime demonstram uma maior ousadia do réu, tendo em vista o número elevado de vítimas privadas da liberdade; que a conduta do acusado não produziu **conseqüências** extrapenais; que as **vítimas** em nada contribuíram para o cometimento do ilícito, **FIXO A PENA BASE [...]**

Segundo crime: Posse e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03):

CONSIDERANDO a culpabilidade normal à espécie; que os **motivos** para o cometimento do crime foram determinados pela necessidade de um forte aparelhamento logístico; que inexistem dados precisos para se aquilatar sobre a **conduta** social do mesmo; que não existem nos autos elementos para valorar a **personalidade** do agente; que as **circunstâncias** que envolveram a prática do delito patenteiam, existente no inculpatado, grau maior de delinqüência; e que as **conseqüências** do delito foram graves, pois o grupo armado formado causou maior temor nas **vítimas**; que as vítimas em nada contribuíram para o cometimento do ilícito, **FIXO A PENA BASE [...]**

F) Quanto ao acusado RONEIRO SAMPAIO DE LIMA:

Primeiro crime: Extorsão mediante seqüestro qualificada pela duração superior a 24 horas, com vítima maior de sessenta anos e cometido por quadrilha (art. 159, § 1º, do Código Penal, na forma do art. 9º da Lei nº 8072/90):

CONSIDERANDO a culpabilidade normal à espécie; que os **motivos** para o cometimento do crime foram econômicos, determinados pela obtenção de lucro fácil, inerente ao tipo; que inexistem dados precisos para se aquilatar sobre a **conduta** social do mesmo; que não existem nos autos elementos para valorar a **personalidade** do agente;

que as **circunstâncias** em que ocorreu o crime demonstram uma maior ousadia do réu, tendo em vista o número elevado de vítimas privadas da liberdade; que a conduta do acusado não produziu **conseqüências** extrapenais; que as **vítimas** em nada contribuíram para o cometimento do ilícito, **FIXO A PENA BASE** [...]

Segundo crime: Posse e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03):

CONSIDERANDO a culpabilidade normal à espécie; que os **motivos** para o cometimento do crime foram determinados pela necessidade de um forte aparelhamento logístico; que inexistem dados precisos para se aquilatar sobre a **conduta** social do mesmo; que não existem nos autos elementos para valorar a **personalidade** do agente; que as **circunstâncias** que envolveram a prática do delito patenteiam, existente no incriminado, grau maior de delinqüência; e que as **conseqüências** do delito foram graves, pois o grupo armado formado causou maior temor nas **vítimas**; que as vítimas em nada contribuíram para o cometimento do ilícito, **FIXO A PENA BASE** [...]

Quarto crime: Uso de documento falso (art. 304 do Código Penal):

CONSIDERANDO a culpabilidade normal à espécie; que os **motivos** para o cometimento do crime foram determinados pelo intuito de ocultar-se, na medida em que já respondia por outros crimes, inclusive com execução de pena em curso; que inexistem dados precisos para se aquilatar sobre a **conduta** social do mesmo; que não existem nos autos elementos para valorar a **personalidade** do agente; que as **circunstâncias** que envolveram a prática do delito patenteiam, existente no incriminado, grau maior de delinqüência; que a conduta do acusado não produziu **conseqüências** extrapenais; que as **vítimas** em nada contribuíram para o cometimento do ilícito, **FIXO A PENA BASE** [...]

Considero corretas, do ponto de vista jurídico, e harmônicas com o acervo probatório as considerações citadas na sentença, do ilustre Juiz Mario Azevedo Jambo, as quais adoto como razões adicionais para este julgamento.

As penas dos réus restaram assim calculadas:

(a) SIDINEY ROMUALDO foi condenado por extorsão mediante sequestro qualificada pela duração superior a 24 horas, com vítima maior de 60 anos e em quadrilha (art. 159, § 1º, do CP) a 12 anos e 10 meses de reclusão. Pela circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), que preponderou sobre a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), a pena foi agravada em 1 ano e 2 meses, alcançando 14 anos de reclusão. Em razão da causa de aumento do art. 9º da Lei nº 8.072, de 1990, a pena foi elevada em metade, totalizando 21 anos de reclusão. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de 360 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pela posse e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826, de 2003), SIDINEY ROMUALDO foi condenado a 3 anos e 6 meses de reclusão. Pela circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), que preponderou sobre a atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), a pena foi agravada em 4 meses, alcançando a pena definitiva de 3 anos e 10 meses de reclusão. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de 70 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pelo uso de documento falso (art. 304 do CP), SIDINEY ROMUALDO foi condenado a 2 anos e 6 meses de reclusão. Pela circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), que preponderou sobre a atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), a pena foi agravada em 3 meses, alcançando a pena definitiva de 2 anos e 9 meses de reclusão. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de 50 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pelo concurso material de crimes (CP, art. 69), SIDINEY ROMUALDO foi condenado a 27 anos e 7 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072, de 1990) e ao pagamento de três penas de multa, nos valores acima discriminados.

(b) GILMAR MENDES DOS SANTOS foi condenado por extorsão mediante sequestro qualificada pela duração superior a 24 horas, com vítima maior de 60 anos e em quadrilha (art. 159, § 1º, do CP) a 12 anos e 10 meses de reclusão. Pela circunstância

agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), que preponderou sobre a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), a pena foi agravada em 1 ano e 2 meses, alcançando 14 anos de reclusão. Em razão da causa de aumento do art. 9º da Lei nº 8.072, de 1990, a pena foi elevada em metade, totalizando 21 anos de reclusão. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de 360 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pela posse e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826, de 2003), GILMAR MENDES DOS SANTOS foi condenado a 3 anos e 6 meses de reclusão. Pela circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), que preponderou sobre a atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), a pena foi agravada em 4 meses, alcançando a pena definitiva de 3 anos e 10 meses de reclusão. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de 70 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pelo uso de documento falso (art. 304 do CP), GILMAR MENDES DOS SANTOS foi condenado a 2 anos e 6 meses de reclusão. Pela circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), que preponderou sobre a atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), a pena foi agravada em 3 meses, alcançando a pena definitiva de 2 anos e 9 meses de reclusão. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de 50 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pelo concurso material de crimes (CP, art. 69), GILMAR MENDES DOS SANTOS foi condenado a 27 anos e 7 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072, de 1990) e ao pagamento de três penas de multa, nos valores acima discriminados.

(c) FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA foi condenado por extorsão mediante sequestro qualificada pela duração superior a 24 horas, com vítima maior de 60 anos e em quadrilha (art. 159, § 1º, do CP) a 12 anos e 6 meses de reclusão. Pela atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), a pena foi atenuada em 6 meses, alcançando 12 anos de reclusão. Em razão da causa de aumento do art. 9º da Lei nº 8.072, de 1990, a pena foi elevada em

metade, totalizando 18 anos de reclusão. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de 240 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pela posse e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826, de 2003), FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA foi condenado a 3 anos e 6 meses de reclusão. Pela atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), a pena foi atenuada em 6 meses, alcançando a pena definitiva de 3 anos de reclusão. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de 70 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pelo uso de documento falso (art. 304 do CP), FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA foi condenado a 2 anos e 3 meses de reclusão. Pela atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), a pena foi atenuada em 6 meses, alcançando a pena definitiva de 2 anos de reclusão. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de 10 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pelo concurso material de crimes (CP, art. 69), FÁBIO BATISTA DE OLIVEIRA foi condenado a 23 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072, de 1990) e ao pagamento de três penas de multa, nos valores acima discriminados.

(d) CLAUDIVANIA FERREIRA OKEOMA foi condenada por extorsão mediante sequestro qualificada pela duração superior a 24 horas, com vítima maior de 60 anos e em quadrilha (art. 159, § 1º, do CP) a 12 anos e 6 meses de reclusão. Pela atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), a pena foi atenuada em 6 meses, alcançando 12 anos de reclusão. Em razão da causa de aumento do art. 9º da Lei nº 8.072, de 1990, a pena foi elevada em metade, totalizando 18 anos de reclusão. A ré foi condenada, ainda, ao pagamento de 240 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pela posse e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826, de 2003), CLAUDIVANIA FERREIRA OKEOMA foi condenada a 3 anos e 4 meses de reclusão. Pela atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), a pena foi atenuada em 4 meses, alcançando a pena definitiva de 3 anos

de reclusão. A ré foi condenada, ainda, ao pagamento de 70 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pelo uso de documento falso (art. 304 do CP), CLAUDIVANIA FERREIRA OKEOMA foi condenada a 2 anos de reclusão. Apesar de a ré ter confessado espontaneamente o delito (art. 65, III, *d*, do CP), a pena não foi atenuada, porque ela já tinha sido fixada no patamar mínimo, em atenção à súmula no 231 do STJ. A ré foi condenada, ainda, ao pagamento de 10 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pelo concurso material de crimes (CP, art. 69), CLAUDIVANIA FERREIRA OKEOMA foi condenada a 23 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072, de 1990) e ao pagamento de três penas de multa, nos valores acima discriminados.

(e) RONEIRO SAMPAIO DE LIMA foi condenado por extorsão mediante sequestro qualificada pela duração superior a 24 horas, com vítima maior de 60 anos e em quadrilha (art. 159, § 1º, do CP) a 12 anos e 10 meses de reclusão. Pela circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), que preponderou sobre a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), a pena foi agravada em 1 ano e 2 meses, alcançando 14 anos de reclusão. Em razão da causa de aumento do art. 9º da Lei nº 8.072, de 1990, a pena foi elevada em metade, totalizando 21 anos de reclusão. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de 360 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pela posse e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826, de 2003), RONEIRO SAMPAIO DE LIMA foi condenado a 3 anos e 6 meses de reclusão. Pela circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), que preponderou sobre a atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), a pena foi agravada em 4 meses, alcançando a pena definitiva de 3 anos e 10 meses de reclusão. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de 70 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pelo uso de documento falso (art. 304 do CP), RONEIRO SAMPAIO DE LIMA foi condenado a 2 anos e 6 meses de reclusão.

Pela circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), que preponderou sobre a atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), a pena foi agravada em 3 meses, alcançando a pena definitiva de 2 anos e 9 meses de reclusão. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de 50 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pelo concurso material de crimes (CP, art. 69), RONEIRO SAMPAIO DE LIMA foi condenado a 27 anos e 7 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072, de 1990) e ao pagamento de três penas de multa, nos valores acima discriminados.

(f) ROBSON BARBOSA DA SILVA foi condenado por extorsão mediante sequestro qualificada pela duração superior a 24 horas, com vítima maior de 60 anos e em quadrilha (art. 159, § 1º, do CP) a 12 anos e 10 meses de reclusão. Pela circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), que preponderou sobre a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), a pena foi agravada em 1 ano e 2 meses, alcançando 14 anos de reclusão. Em razão da causa de aumento do art. 9º da Lei nº 8.072, de 1990, a pena foi elevada em metade, totalizando 21 anos de reclusão. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de 360 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pela posse e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826, de 2003), ROBSON BARBOSA DA SILVA foi condenado a 3 anos e 6 meses de reclusão. Pela circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), que preponderou sobre a atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), a pena foi agravada em 4 meses, alcançando a pena definitiva de 3 anos e 10 meses de reclusão. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de 70 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo em vigor na data do crime.

Pelo concurso material de crimes (CP, art. 69), ROBSON BARBOSA DA SILVA foi condenado a 23 anos e 10 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072, de 1990) e ao pagamento de duas penas de multa, nos valores acima discriminados.

- IV -

Indefiro o pedido de relaxamento de prisão de RONEIRO SAM-PAIO DE LIMA (fls. 1.059/62), tendo em vista que persistem os motivos que a mantiveram na sentença (fl. 629), os quais adoto como razões adicionais para esse julgamento.

- V -

Retifique-se a autuação para substituir o nome do advogado de SIDINEY ROMUALDO, por Marcelo Tigre (OAB/PE nº 27.543), conforme petição nº 80.463.

- VI -

Ante o exposto, dou parcial provimento às apelações, para, mantida a condenação pelo delito de extorsão qualificada mediante sequestro, excluir a fração de aumento pela continuidade delitiva, e para absolver os réus do delito tipificado no art. 16, parágrafo único, III, da Lei nº 10.826, de 2003.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.640-PE

Relator: JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI
Apelante: PABLO RAMON CORREA (RÉU PRESO)
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. NARCOTRÁFICO (ART. 33 E 35 COMBINADOS COM O ART. 40, I, III E VII, DA LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006). AUTORIA COMPROVADA. SENTENÇA. DOSIMETRIA DA PENA. PROPORCIONALIDADE. DIA-MULTA. CONDIÇÃO ECONÔMICA DO RÉU.

- Há nos autos provas suficientes da autoria e da materialidade dos delitos de associação para o tráfico e de tráfico de entorpecentes, consistentes no auto de prisão em flagrante, no auto de

apresentação e apreensão, em prova pericial (laudos preliminar de constatação e de exame de substância e laudo de exame de equipamento computacional), prova testemunhal, na confissão e na delação do corréu.

- Cabe manter a pena privativa de liberdade fixada pela sentença, em conformidade com o art. 42 da Lei nº 11.343, de 2006, c/c o art. 59 do CP, porquanto foi proporcional à conduta delituosa praticada pelo réu e em quantidade necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. A grande quantidade de entorpecente traficada pelo réu (4.699g de cocaína escondida no recheio de barras de chocolate importado) autoriza a exacerbação da pena acima do patamar mínimo, porque caracteriza maior grau de censurabilidade da conduta (culpabilidade), maior potencial ofensivo à sociedade e demonstra o objetivo de obtenção de lucro fácil (motivos, circunstâncias e consequências do crime).

- Apesar de o réu ser tecnicamente primário e não ter antecedentes, há nos autos informação de que ele se dedica às atividades criminosas e integra organização criminosa, o que afasta a minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343, de 2006.

- A pena de multa deve ser fundamentadamente fixada, em obediência ao princípio constitucional de individualização das penas (Constituição Federal, art. 5º, XLVI, e 93, IX).

- A primeira etapa para arbitramento da pena pecuniária, em que se fixam os dias-multa, deve ser realizada tendo-se em conta as circunstâncias judiciais do art. 42 da Lei nº 11.343, de 2006, e do art. 59 do CP, que motivaram o juiz da causa a fixar a pena privativa de liberdade acima do patamar mínimo.

- A segunda etapa de fixação da pena de multa – na qual se estabelece o valor do dia-multa –, será

realizada em consonância com a situação econômica do réu (art. 60, caput, do CP).

- O arbitramento do valor do dia-multa acima do limite mínimo sem a observância da condição pessoal econômica do réu impõe a reforma da sentença, para fixá-lo no valor de um trigésimo do maior salário mínimo vigente na época do fato (art. 43 da Lei nº 11.343, de 2006).

- Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

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

JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - Relator

RELATÓRIO

O JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI (RELATOR):

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF) ofereceu denúncia contra RENAN SANTA BÁRBARA DE CERQUEIRA, pela prática das condutas descritas nos arts. 33 e 35, combinados com o art. 40, I e V, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, e contra PABLO RAMON CORRÊA (“Hector”) e JAILTON DE SENA SANTANA (“SENA”) pela prática das condutas descritas nos arts. 33 e 35, c/c o art. 40, I, V e VII, da Lei nº 11.343, de 2006 (fls. 6/9v).

Segundo o MPF, em 5 de julho de 2008, quando RENAN CERQUEIRA tentava embarcar no Aeroporto Internacional dos Guararapes, em Recife, em vôo da TAP com destino à Europa, agentes de polícia federal interceptaram-no e solicitaram que os acompanhasse à sala da polícia federal. Aduziu que em revista à bagagem do denunciado, foi encontrada, no recheio de 11 barras de chocolate, uma substância em pó, na cor branca, que, após aplicação do narcoteste, foi identificada como cocaína (laudos preliminar de constatação e de exame em substância nºs 749 e 819 do Setec-SR/DPF/PE, fls. 22/5 e 70/4, respectivamente). Nos chocolates

havia o total de 4.699g (quatro mil, seiscentos e noventa e nove gramas) de cocaína.

A substância entorpecente foi apreendida e RENAN CERQUEIRA foi preso em flagrante. Nessa ocasião, o denunciado confessou o delito e declarou que tinha sido cooptado para o tráfico por JAILTON DE SANTANA, em Salvador, na Bahia. Conforme a denúncia, JAILTON SANTANA telefonou para RENAN CERQUEIRA e convidou-o para transportar o entorpecente obtido por PABLO CORRÊA na Bolívia, para a Europa, pelo pagamento de • 5.000,00 (cinco mil euros).

RENAN CERQUEIRA, PABLO CORRÊA e sua namorada viajaram de Salvador (BA) para Aracaju (SE), onde pernoveram, no mesmo ônibus. De Aracajú para o Recife, os denunciados viajaram em ônibus diferentes, e, lá chegando, hospedaram-se na mesma pousada, no bairro de Boa Viagem. PABLO CORRÊA acompanhou RENAN CERQUEIRA até o aeroporto dos Guararapes, onde, no portão de embarque entregou a mala contendo a cocaína, que tinha trazido consigo desde Salvador (BA).

Por meio das informações prestadas por RENAN CERQUEIRA, agentes de polícia federal dirigiram-se à pousada e prenderam PABLO CORRÊA em flagrante.

Em atendimento ao pedido do MPF (fls. 136/8v), o Juiz decretou a prisão preventiva de JAILTON SANTANA, para garantir a ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal (fls. 139/43).

A defesa preliminar de RENAN CERQUEIRA e a de PABLO CORRÊA encontram-se nas fls. 164/5 e 175, respectivamente.

Em 17 de outubro de 2008, o Juiz recebeu a denúncia em relação a RENAN CERQUEIRA e a PABLO CORRÊA e determinou o desmembramento do feito em relação a JAILTON SANTANA, que se encontra em local incerto e não sabido (fls. 183/v e 381).

Na audiência de instrução e julgamento (fl. 211), RENAN CERQUEIRA e PABLO CORRÊA foram interrogados (fls. 212/6 e 217/21) e as testemunhas arroladas pela acusação foram ouvidas (fls. 221 e 222).

Nas alegações finais orais (fls. 224/30), o MPF ratificou os termos da denúncia e requereu a condenação dos réus, aplicando-se em relação a RENAN CERQUEIRA a minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343, de 2006, e os benefícios pela colaboração na prisão de PABLO CORRÊA.

Na mesma oportunidade (fls. 230/5), PABLO CORRÊA pleiteou absolvição, por ausência de provas da autoria e da materialidade do delito. Já RENAN CERQUEIRA pugnou por absolvição, porque teria agido sob o pálio da excludente de antijuridicidade do estado de necessidade. Requereu, também, absolvição do delito de associação para o tráfico, porquanto ausente o elemento da estabilidade. Em caso de condenação, pleiteou que: (a) a pena fosse reduzida pela colaboração, nos termos do art. 41 da Lei nº 11.343, de 2006; (b) a minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343, de 2006, fosse aplicada no patamar máximo, em vista de o réu ser primário e possuir bons antecedentes; (c) a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direito, em consonância com recentes decisões do Supremo Tribunal Federal - STF (fls. 235/40).

A sentença absolveu RENAN CERQUEIRA do delito de associação para o tráfico (art. 35 da Lei nº 11.343, de 2006) e o condenou:

(a) RENAN CERQUEIRA nas penas do art. 33 da Lei nº 11.343, de 2006, a 6 anos de reclusão e ao pagamento de multa de 600 dias-multa. Pela atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), reduziu a pena para 5 anos de reclusão. Pela agravante do art. 62, IV, do CP, aumentou a pena para 5 anos e 8 meses de reclusão. Pela causa de diminuição do art. 41 da Lei nº 11.343, de 2006, reduziu as penas em 2/3, alcançando as penas de 1 ano e 11 meses de reclusão e de 200 dias-multa. Pela minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343, de 2006, atenuou as penas em 1/4, resultando as penas de 1 ano e 5 meses de reclusão e de 150 dias-multa. Pelas causas de aumento do art. 40, I e III, elevou as penas em 1/4, tornando-as definitivas **em 1 ano e 9 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado (art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990), e em 188 dias-multa, cada um no valor de 1/12 do salário mínimo vigente na época do fato** (fls. 261/96).

Ao final, a sentença decretou a suspensão condicional da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 77 do CP.

(b) PABLO CORRÊA nas penas do art. 33 da Lei nº 11.343, de 2006, a 7 anos de reclusão e ao pagamento de 800 dias-multa. Pela agravante do art. 62, I, do CP, elevou a pena para 8 anos de reclusão. Pelas causas de aumento do art. 40, I, III e VII, elevou as penas em 1/3, tornando-as definitivas **em 10 anos e 8 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado (art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990), e em 1.066 dias-multa, cada um no valor de 1/9 do salário mínimo vigente na época do fato.**

A sentença condenou PABLO CORRÊA, também, nas penas do art. 35 da Lei nº 11.343, de 2006, a 4 anos de reclusão e ao pagamento de 800 dias-multa. Pelas causas de aumento do art. 40, I, III e VII, elevou as penas em 1/3, tornando-as definitivas **em 5 anos e 4 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado (art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990), e em 1.066 dias-multa, cada um no valor de 1/9 do salário mínimo vigente na época do fato.**

Pelo concurso material (CP, art. 69), a soma das penas alcançou 16 anos de reclusão e 2.132 dias-multa, cada um no valor de 1/9 do salário mínimo vigente na época do fato.

PABLO CORRÊA apelou (fls. 339 e 388/96), pleiteando absolvição, por ausência de provas da autoria delitiva. Em caso de manutenção da condenação, requereu o abrandamento da pena ao patamar mínimo, já que é primário e possui bons antecedentes, a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343, de 2006, e que o valor do dia-multa fosse fixado com observância de sua condição econômica.

As contrarrazões pugnam pela manutenção do julgado (fls. 398/406).

Em parecer (fls. 409/12), a Procuradoria Regional da República da 5ª Região opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Ao eminente revisor.

VOTO

O JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI (Relator):

Conheço do recurso, porque estão presentes seus pressupostos de admissibilidade.

PABLO CORRÊA apelou, pleiteando absolvição, por ausência de provas da autoria delitiva. Segundo o recurso, a sentença teria se baseado exclusivamente nas declarações prestadas pelo corréu, RENAN CERQUEIRA.

Discordo do apelante. Há nos autos provas de que PABLO CORRÊA é autor dos delitos de tráfico de entorpecentes e de associação para o tráfico, consistentes não somente na confissão e na delação de RENAN CERQUEIRA (fls. 16/7 e 212/6), cujos principais trechos transcrevo abaixo:

QUE no dia de hoje encontrava-se no Aeroporto Internacional dos Guararapes para embarcar no vôo TAP com destino à Lisboa quando foi abordado por policiais Federais; QUE trazia em sua bagagem cocaína pelo que foi preso em flagrante delito; QUE residiu dois anos em Morro de São Paulo na Bahia, onde conheceu o nacional de nome "SENA"; que acredita que seu nome seja JIAN SENA, ao menos é o que consta em seu MSN; [...] QUE esta semana, por volta da quarta-feira recebeu uma mensagem pelo MSN de SENA; QUE SENA entrou em contato consigo dizendo-lhe que tinha uma viagem para o interrogado; QUE já tinha conhecimento de que SENA era envolvido com o tráfico de entorpecentes; [...] QUE encontrou-se com SENA, em um hotel na Barra chamado Pousada e Restaurante Santa Maria, na orla em frente ao Forte; QUE SENA estava acompanhado de um argentino conhecido como HECTOR, de quem já tinha ouvido falar no sentido de que tinha envolvimento com tráfico de entorpecentes; QUE já conhecia HECTOR de vista lá mesmo no Morro de São Paulo; QUE conversou com HECTOR e SENA em uma mesa no restaurante da Pousada, recordando-se que em uma outra mesa um pouco afastada estava a esposa de SENA e a esposa de HECTOR, que só agora vendo o documento de identidade soube chamar-se ELBA; QUE SENA argumentou bastante para persuadir o interrogado a aceitar o serviço, dizendo inclusive que ele mesmo já fora

duas vezes levar entorpecente à Europa e que sempre havia dado tudo certo; QUE elencou o nome de várias outras pessoas que também já haviam transportando entorpecentes para eles, sempre com êxito; QUE ofereceu-lhe a quantia de 5.000,00 Euros pelo serviço, tendo o interrogado aceitado; [...] QUE entregou uma bolsa com roupas para SENA e HECTOR os quais se dirigiram até um quarto da Pousada para preparar a mala com a droga; QUE o interrogado não pode acompanhá-los até o quarto, de onde retornaram com uma mala preta já fechada com cadeado; QUE durante a conversa HECTOR já ia pegando os dados do interrogado para adotar as providências quanto a viagem; QUE no mesmo dia pegou junto com HECTOR e ELBA um ônibus para Aracajú, onde chegaram às 02h00 da madrugada da quinta-feira; QUE pernitoou na quinta-feira em Aracajú, sendo que HECTOR e ELBA pegaram outro ônibus no mesmo dia para Recife, chegando na sexta pela manhã; QUE HECTOR trouxe consigo durante o percurso a mala preta contendo a droga; QUE interrogado chegou em Recife hoje pela manhã, tendo pego um táxi para Pousada Boa Viagem por orientação de HECTOR, que já estava hospedado no local; QUE por volta das 15h30, HECTOR mandou que se preparasse para a viagem, acompanhando-o até o aeroporto; QUE HECTOR permaneceu consigo até sua entrada na sala de embarque, salvo em alguns momentos que ele se afastava e logo retornava; QUE no aeroporto HECTOR lhe entregou um cartão de seguro-saúde; [...] QUE recebeu a indicação de um hotel na cidade do Porto onde uma pessoa o aguardaria, Hotel Best Western Inca, acompanhado-o até Madri onde ficaria hospedado na casa de um químico; QUE ouviu o comentário entre HECTOR e SENA de que a droga viria da Bolívia, tendo presenciado uma ligação entre HECTOR e um outro Argentino a que ele chama de “Gordo” que estaria na Bolívia providenciando a droga; QUE SENA também se comunica com GORDO; QUE sabe que GORDO manda dinheiro para HECTOR pelo Banco do Brasil; [...] QUE quando foi identificada a droga em sua mala, hoje no aeroporto prontificou-se imediatamente a colaborar com os policiais, apontando o local onde HECTOR estaria hospedado; QUE somente já nessa Superintendência tomou conhecimento que HECTOR chama-se PABLO RAMÓN CORREA, quem reconheceu como a pessoa a que se refere como HEC-

TOR; QUE quando estava com os policiais recebeu uma ligação de HECTOR no seu celular perguntando se estava tudo certo; [...] QUE apresenta a quantia de 436,00 Euros referentes à operação de câmbio efetuada hoje no aeroporto, a partir da quantia de R\$ 1.200,00 reais.

I - os fatos descritos na denúncia são verdadeiros, exceto a associação, já que conheceu Pablo Ramon no dia dos fatos e Jailton na localidade de Morro de São Paulo, no mês de janeiro; [...] III - que no dia e horário dos fatos, encontrava-se no aeroporto internacional do Recife, tal como consta na denúncia; [...] que em janeiro Jailton disse ao depoente que tinha um sócio de nome Hector, e que já havia levado drogas à Europa, e que inclusive já havia agenciado outras pessoas para que o fizessem; que já nessa oportunidade Jailton propôs essa empreitada ao depoente, o que foi recusado, tendo ele dito a Jailton que não teria coragem de fazer isso; [...] que no mês de julho, mais precisamente no dia 02, o depoente acessou o MSN de uma *lan house*, quando se comunicou com Jailton; que Jailton lhe pediu o número do celular, que o depoente atendeu, e que em 05 minutos Jailton telefonou; que Jailton renovou a proposta da viagem e insistiu por duas ou três vezes, inclusive com dois telefonemas; [...] que marcaram um encontro em uma pousada de nome “Santa Maria”, que lá se encontraram e que conversaram por longo período, inclusive na presença de Pablo Ramon; que lhe foi oferecido o valor de cinco mil euros, que seriam pagos no destino; [...] que Hector e Jailton pegaram a mochila que o depoente tinha e a levaram para ao apartamento deles; que a mochila lhe foi devolvida vazia, e que as suas roupas foram postas em uma mala preta; que nessa mesma noite embarcaram Pablo Ramon e o depoente para Aracajú, de ônibus, na companhia da namorada Pablo, de nome Elba; que no dia 03 os três compareceram ao Banco do Brasil, onde sacaram determinada quantia pecuniária remetida da Bolívia através da Western Union; que esse valor era para a viagem; que à noite Pablo Ramon e a namorada foram para Recife e o depoente permaneceu em Aracajú; que por volta das 11 horas da manhã já do dia 04, Pablo Ramon ligou ao depoente e passou a ligação à atendente da loja da TAP, para que passasse os seus dados; que Pablo já havia deixado pago também o bilhete rodoviário de Aracajú

a Recife; que o depoente embarcou às 23 horas para Recife; que chegou às 07 horas da manhã a esta capital, deu um toque no celular a Pablo Ramon, que retornou a chamada; que marcaram um encontro na “Pousada Boa Viagem”; que a mala sempre esteve com Pablo Ramon; que na pousada lhe foi explicado o itinerário; [...] que o cheiro de éter identificado no depoente foi porque Pablo Ramon passou na mala um spray para evitar que cães farejadores sentissem o odor da cocaína; que aponta para o fato de haverem sido encontradas partículas de cocaína em suas mãos o fato de Pablo Ramon haver aberto uma garrafa de vinho na pousada, em Recife, perguntado se o depoente estava nervoso, e lhe oferecido o narcótico; [...] que não é dependente, e que isso ainda o deixou mais nervoso; [...] que no aeroporto recebeu R\$ 1.200,00 de Pablo, os quais trocou em casa de câmbio por 436 euros; [...]

Há nos autos outros elementos de prova da autoria delitiva, que confirmam as declarações de RENAN CERQUEIRA. O primeiro deles é a prisão em flagrante do recorrente e de sua namorada, que ocorreu no local informado por RENAN CERQUEIRA, na Pousada Boa Viagem, (vide transcrição acima e o auto de prisão de fls. 11/9). Na prisão em flagrante, foram apreendidos com o apelante, entre outras coisas, os celulares, por meio do qual ele se comunicava com RENAN CERQUEIRA, e papéis com anotações (fls. 46, 355/6, 359 e 360).

A perícia realizada nos telefones celulares apreendidos em poder de RENAN CERQUEIRA e de PABLO CORRÊA confirma pelo menos o registro de 6 ligações telefônicas de “HECTOR”, como PABLO CORRÊA era conhecido, para RENAN CERQUEIRA (fls. 103/6). Entre os registros, está o da ligação que RENAN CERQUEIRA atendeu, por orientação dos policiais federais, quando estava na sala da polícia judiciária no aeroporto. O laudo demonstra que RENAN CERQUEIRA também recebeu ligação telefônica de “Sena”.

A prova pericial demonstra, ainda, que o recorrente realizou várias ligações telefônicas para a Bolívia (fl. 108), de onde, segundo informações de RENAN CERQUEIRA o entorpecente era proveniente.

Outro elemento de prova que é coerente com a delação de RENAN CERQUEIRA são as declarações do agente de polícia federal Eduardo de Araújo Starling, que participou da prisão em flagrante de RENAN CERQUEIRA e foi arrolado como testemunha pelo MPF (fls. 333/333-A). Segundo o APF, que integra grupo de repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes em vários aeroportos brasileiros, no dia 25 de junho de 2008, no Aeroporto Internacional de Salvador, Jeferson de Sena Santana foi preso em flagrante, quando tentava embarcar para a Europa, transportando 5 Kg de cocaína distribuídos em barras de chocolate iguais às apreendidas com RENAN CERQUEIRA (fl. 13).

Confira-se o teor das declarações prestadas na carta precatória nº 0004.000223-4/2008 pelo APF Eduardo de Araújo Starling (fls. 328/33-A):

que ratifica a informação contida em seu depoimento na esfera policial, de que Renan recebera um telefonema de “Hector”, quando já estava detido; que “Hector” teria ligado para Renan para saber se tudo corria bem; que é comum este tipo de procedimento por parte do fornecedor, que costuma telefonar para a “mula” para saber se já passou pela Polícia Federal. [...] que foi a partir das informações de Renan, que a Polícia pôde chegar a Hector e prendê-lo. [...] que o depoente é lotado no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro, mas esteve no Nordeste na Operação “Estranho no Ninho”, nas cidades de Salvador, Recife e Natal; que participou da prisão do denunciado Renan; Jefferson de Sena Santana, em Salvador; que assim como Renan, Jefferson estava com o mesmo tipo de droga, da mesma forma camuflada; que, segundo o exame preliminar, foi positivada que a substância seria cocaína; que a cocaína estava em forma de barra, coberta por chocolate; que o primeiro a ser preso foi Jefferson, em Salvador; que só depois foi preso Renan, em Recife; que Jefferson não apontou os comparsas, tendo se mantido em silêncio; que Renan, ao contrário, certamente apontou Pablo Ramon Correa (o Hector), como sendo seu fornecedor; [...] que, no caso da prisão de Renan, despertou nos agentes a desconfiança sobre ele, na medida em que ele se mostrava bastante nervoso; que ao o abordarem, perguntaram se este transportava produtos orgânicos, tendo sido respon-

dido que transportava barras de chocolate; que, considerando pouco comum o transporte de chocolate para a Europa, aliado ao fato de que já havia sido preso Jefferson, também transportando chocolate, resolveram verificar a bagagem e, em conseqüência, fizeram a apreensão; que Renan foi super solícito e tratou de apontar a bagagem e indicar seu fornecedor.

Além dessas provas, encontra-se nas fls. 75/6, ofício do Delegado de Polícia Federal Fernando de C. Júnior, informando que, em razão da semelhança entre as condutas de RENAN CERQUEIRA e de Jeferson de Sena Santana (fls. 78/84), foram realizadas diligências no IPL nº 872/2008-SR/DPF/BA, localizou-se a agência de turismo que emitiu o bilhete aéreo desse último. As agentes de viagem da Pinheiro Turismo, Leila Maria da Silva Freitas e Carla Lúcia da Silva Paranhos, informaram que a passagem aérea de Jeferson de Sena Santana foi comprada por Hector Damonte, que “possuía sotaque estrangeiro e disse ser argentino”. No entanto, quando foram apresentadas as fotos de RENAN CERQUEIRA e de PABLO RAMON elas identificaram este último como sendo Hector Damonte (fls. 77 e 90).

Segundo, ainda, dados fornecidos pelas agentes de turismo, Hector Damonte (que na verdade é PABLO RAMON) comprou, também, passagem aérea internacional para JAILTON DE SENA SANTANA (fls. 88/9), que é irmão de Jeferson de Sena Santana (fl. 82).

As declarações da namorada de PABLO RAMON, Elba Diaz confirmam o itinerário percorrido por eles e RENAN CERQUEIRA, da Bahia até Pernambuco (fls. 48/9).

QUE é a primeira vez que vem ao Brasil; QUE veio a passeio com seu namorado PABLO CORREA, que lhe convidou para a viagem; [...] QUE na Bahia ficaram na capital, onde PABLO encontrou com amigos brasileiros; [...] QUE o amigo de PABLO veio ao hotel sozinho, apenas depois levou a namorada para a o restaurante; QUE não sabe o que conversavam; QUE às vezes falavam italiano entre eles; QUE PABLO fala bem português; QUE conheceram RENAN no dia da viagem; QUE RENAN também vinha para Recife; QUE em Aracajú acompanhou PABLO ao Banco

do Brasil para sacar dinheiro remetido para ele; QUE foi remetido pela QUESTOR JUNIOR, uma forma de mandar dinheiro rápido, mas não sabe quem mandou; [...].

No tocante ao *quantum* da pena privativa de liberdade, a sentença, também, não merece reparo. Constatei que o Juiz sentenciante fixou a pena-base do recorrente acima do mínimo legal, em função do exame da natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e motivos e circunstâncias do crime (art. 42 da Lei nº 11.343, de 2006, c/c o art. 59 do CP), que não foi favorável ao apelante.

A grande quantidade de entorpecente traficada pelo réu (4.699g de cocaína) autoriza a exacerbação da pena acima do patamar mínimo, porque caracteriza maior grau de censurabilidade da conduta (culpabilidade), maior potencial ofensivo à sociedade e demonstra o objetivo de obtenção de lucro fácil (motivos, circunstâncias e consequências do crime).

Diz a sentença (fls. 135/6):

1º Fato: Tráfico Ilícito Internacional de Entorpecente - Art. 33, caput c/c art. 40, da Lei 11.343/06.

No que toca ao réu Pablo Ramon Corrêa, quanto às circunstâncias judiciais – art. 59 do CP –, tenho que obrou com culpabilidade acentuada para os delitos da espécie, dado o elevado grau de reprovabilidade e ousadia da conduta, já que o agente se animou a transportar narcótico por via terrestre e aérea, trazendo o produto consigo por elevado período de tempo, em ação audaciosa e invulgar. Mais do que isso, delegou a outrem a parte mais arriscada da ação, de modo a resultar à ilharga do eventual malogro da operação. Os antecedentes, até então não denegridos, não desabonam. A conduta social, desconhecida do juízo, não é fator depreciativo na valoração. Em relação à personalidade, denota transtornos anti-sociais, constatáveis pela dificuldade em se amoldar às regras de convívio social honesto e lucro lícito. Ainda, pela desvalia de caráter, que se extrai da absoluta frieza verificada em seu interrogatório e tentativa de incriminar co-réu, carreando a ele a pecha de coordenador da organização criminosa. Motivos, a vontade de lucro fácil. Circunstâncias agravadas pela grande quantidade de entorpecente adquirido e pelo prelúdio da

preparação, ocorrido com a engendração de empacotamento do narcótico em barras de chocolate suíço e acomodação destas em sacola de *free-shop*, na tentativa de ludibriar a autoridade policial, dando a entender que o produto houvera sido adquirido nesse local. Ainda, pelo spray de éter borrifado nas malas, na tentativa de ilaquear eventuais cães farejadores. Conseqüências ínsitas ao próprio tipo, sem deslembrar que o tráfico é inesgotável fonte de mácula ao tecido social. O comportamento da vítima não contribuiu.

Sendo assim, e sopesando essas várias operacionais, tenho por bem fixar a pena-base em **7 (sete) anos de reclusão**.

Incide a agravante do art. 62, I, do Código Penal, decorrente de ter o réu promovido e organizado a cooperação no crime e dirigido a atividade de Renan Santa Bárbara de Cerqueira, pelo que elevo essa pena a **08 (oito) anos de reclusão**.

Ainda na fase das circunstâncias legais, projetam-se as causas especiais de aumento contidas no art. 40, incisos I, III, *in fine*, e VII, da Lei 11.343/06, pelo que, considerando o número de causas majorantes incidentes na espécie, três, elevo essa pena de 1/3 (um terço), do que resultam **10 (dez) anos e 08 (oito) meses de reclusão**.

Sem outras causas de diminuição ou aumento de pena, torno-a definitiva.

A multa, atentando aos vetores do art. 42 da Lei 11.343/06, preponderantemente, a determinar que se tenha em conta a natureza e quantidade do produto – *in casu*, aproximadamente 4 Kg de cocaína –, bem como a personalidade e conduta social do agente, já acima esquadrinhados, e, ainda, o que dispõem os arts. 42 do antes referido diploma e 59 do Código Penal, bem como atento à condição econômica do réu, relativa, vai fixada em 800 (oitocentos) dias-multa, ao valor de 1/9 (um nono) de salário mínimo vigente ao tempo do fato, cada, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento. Em face do acréscimo de 1/3 advindo da majorante do art. 40, incisos I, III, *in fine*, e VII, da Lei 11.343/06, essa multa resulta em 1.066 (um mil e sessenta e seis) dias-multa, ao valor de 1/9 (um nono) de salário mínimo vigente ao tempo do fato, cada, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento.

[...]

2º Fato: Associação de duas ou mais pessoas para o fim de praticar os crimes previstos no art. 33, caput, da Lei 11.343/06 - Art. 35, caput, da Lei 11.343/06.

Em relação a este crime, tenho que o réu Pablo Ramon Corrêa, quanto às circunstâncias judiciais – art. 59 do CP –, atuou com culpabilidade acentuada para os delitos da espécie, dado o elevado grau de reprovabilidade e ousadia da conduta, já que se associou com brasileiros e bolivianos, mesmo residindo em território argentino, para a prática de crimes de tal jaez. Em curto espaço de tempo, duas das pessoas que a sociedade tentou enviar ao território europeu malograram em seus intentos. Mais do que isso, dividiu de forma organizada e estruturada a ação de cada qual dos asseclas, cada qual atuando em área distinta. Os antecedentes, até então não denegridos, não desabonam. A conduta social, desconhecida do juízo, não é fator depreciativo na valoração. Em relação à personalidade, denota transtornos anti-sociais, constatáveis pela dificuldade em se amoldar às regras de convívio social honesto e lucro lícito. Ainda, pela desvalia de caráter, que se extrai da absoluta frieza verificada em seu interrogatório e tentativa de incriminar co-réu, carregando a ele a pecha de coordenador da organização criminosa, quando em verdade esse papel cabia ao próprio. Motivos, a vontade de lucro fácil. Circunstâncias agravadas pelo tipo de narcótico a que se dedicava a associação a traficar – cocaína – e pelo vulto da quantidade. Conseqüências ínsitas ao próprio tipo, sem deslembrar que o tráfico é inesgotável fonte de mácula ao tecido social. O comportamento da vítima não contribuiu.

Sendo assim, e sopesando essas várias operacionais, tenho por bem fixar a pena-base em **4 (quatro) anos de reclusão**.

Não incidem atenuantes ou agravantes, pelo que remanesce inalterada a pena provisória.

Ainda na fase das circunstâncias legais, projetam-se as causas especiais de aumento contidas no art. 40, incisos I, III, *in fine*, e VII, da Lei 11.343/06, pelo que, considerando o número de causas majorantes incidentes na espécie, três, elevo essa pena de 1/3 (um terço), do que resultam **05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão**.

Sublinho que as causas especiais de aumento do art. 40, I, III, *in fine*, e VII, da Lei 11.343/06 são aplicáveis tanto às hipóteses do art. 33 quanto às do art. 35, *caput*, do referido diploma, e isso por expressa disposição do *caput* do art. 40, a estipular que “as penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:” (grifei), entendimento esse que, aliás, mesmo na vigência da Lei 6.368/76, já era cristalizado no Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido:

Improcede, também, a alegação de que a agravante do art. 18, I, da Lei 6.368/76 só é aplicável na hipótese do art. 12, *caput*, da mesma Lei. Com efeito, segundo o *caput* do referido art. 18, ele se aplica aos ‘crimes definidos nesta Lei’, sendo que o seu inc. I, ao contrário do que ocorre como seu inc. II, primeira parte – como bem acentuou o parecer da Procuradoria-Geral da República –, não apresenta incompatibilidade alguma de aplicação com referência ao art. 12, *caput*, da mesma Lei (STF - HC 76.348-8 - Rel. Moreira Alves - j. 10.03.1998, p.2).

Saliento, por oportuno, que conforme reiterado entendimento jurisprudencial, escoltado por recorrentes decisões do STJ, inexistente *bis in idem* na aplicação concomitante da causa especial de aumento prevista no art. 40, I, III, *in fine*, e VII, em relação aos arts. 33 e 35, *caput*, da Lei 11.343/06, dada a autonomia das infrações, que têm pressupostos diferentes e são punidas em concurso material. Nesse sentido:

Inexistente, em princípio, *bis in idem* na aplicação do art. 18, I, em relação ao art. 14, ambos da Lei de Tóxicos (STJ - HC 10.613 - Rel. Félix Fischer - j. 02.12.1999 - DJU 14.02.2000, p. 52).

Sem outras causas de diminuição ou aumento de pena, torno-a definitiva.

A multa, atentando aos vetores do art. 42 da Lei 11.343/06, preponderantemente, a determinar que se tenha em conta a natureza e quantidade do produto - *in casu*, aproximadamente 4 Kg de cocaína -, bem como a personalidade e conduta social do agente, já acima esquadrihados, e, ainda, o que dispõem os arts. 42 do antes referido diploma e 59 do Código Penal, bem como atento à condição econômica do réu, relativa, vai fixada em **800 (oitocentos)**

dias-multa, ao valor de 1/9 (um nono) de salário mínimo vigente ao tempo do fato, cada, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento. Em face do acréscimo de 1/3 advindo da majorante do art. 40, incisos I, III, *in fine*, e VII, da Lei 11.343/06, essa multa resulta em **1.066 (um mil e sessenta e seis) dias-multa, ao valor de 1/9 (um nono) de salário mínimo vigente ao tempo do fato, cada, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento.**

Considero corretas, do ponto de vista jurídico, e harmônicas com o acervo probatório as considerações citadas da sentença, do ilustre Juiz Federal Substituto Gustavo Pontes Mazzocchi, as quais adoto como razões adicionais para este julgamento.

Em caso de manutenção da condenação, o apelante requereu a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343, de 2006. Apesar de o réu ser tecnicamente primário e não ter antecedentes, há nos autos informação de que ele se dedica às atividades criminosas e integra organização criminosa. O recorrente trouxe a droga da Bolívia, transportou-a entre mais de um estado brasileiro, recebia e realizava pagamentos com dinheiro proveniente do narcotráfico e não demonstrou o exercício de atividade profissional lícita.

Todavia, no que tange à pena de multa, assiste razão ao apelante. O réu foi condenado ao pagamento de 1.066 dias-multa, cada um no valor de 1/9 do salário mínimo vigente na época do fato.

O Magistrado não declinou as razões que o levaram a arbitrar o valor do dia-multa acima do limite mínimo, contrariando a regra de que a segunda etapa de fixação da pena de multa – o valor do dia-multa – será realizada em consonância com a situação econômica do réu (art. 60, *caput*, do CP) e, sempre, fundamentadamente, em obediência ao princípio constitucional da individualização das penas (Constituição Federal, art. 5º, XLVI, e 93, IX).

No entanto, da mesma maneira que não há nos autos provas acerca da conduta social do agente, não existem dados que comprovem a efetiva condição econômica do réu. Desse modo, o valor do dia-multa deve ser arbitrado no mínimo legal.

Desse modo, mantida a condenação, reduzo o valor do dia-multa e condeno o réu ao pagamento de 1.066 dias-multa, cada um no valor de um trigésimo do maior salário mínimo vigente na época do fato (art. 43 da Lei nº 11.343, de 2006).

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação apenas para, mantida a condenação, reduzir o valor do dia-multa, nos termos acima expostos.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 92.245-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CÉSAR CARVALHO (CONVOCADO)
Apelante: IBERDROLA ENERGIA S/A
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: LUÍS FELIPE DE SOUZA REBÊLO E OUTROS (APTE.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMPRESA ESTRANGEIRA. CAPACIDADE PROCESSUAL. IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE. TRATADO ENTRE BRASIL E ESPANHA PARA EVITAR BITRIBUTAÇÃO. INTERPRETAÇÃO. CONCEITO DE LUCROS PARA O TRATADO. IDENTIDADE COM RENDIMENTOS OU REMUNERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

- A pessoa jurídica estrangeira possui capacidade processual para impetrar mandado de segurança no Brasil. Essa possibilidade decorre tanto da Constituição Federal, como da própria legislação processual. Apesar de o art. 5º da CF/88 referir-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, o mandado de segurança é remédio constitucional apto a assegurar direitos de brasileiros e estrangeiros, inclusive os não

residentes no país, se alcançados pelo ato coator. O que o dispositivo constitucional almeja preservar são os direitos e garantias fundamentais, sem excluir os estrangeiros da possibilidade de pleitear direitos em nosso país, especialmente quando se permite que negociem no Brasil, ficando sujeitos a implicações patrimoniais e tributárias.

- Precedentes do STF.

- As pessoas jurídicas estrangeiras deverão ser consideradas no Brasil como sociedades sem personalidade jurídica, aplicando-se o art. 12, VII, do CPC, ou seja, são representadas pela pessoa a quem couber a administração de seus bens, sendo inaplicáveis as disposições do Código Civil sobre constituição de pessoa jurídica.

- O art. 7º do tratado entre Brasil e Espanha para evitar bitributação (Decreto nº 76.975/76) prevê que os lucros de uma empresa de um Estado só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado por meio de um estabelecimento permanente aí situado.

- Os rendimentos ou a remuneração decorrente da prestação de serviços não técnicos a empresa nacional não se confundem com os lucros derivados dessa contratação.

- O art. 3º do tratado prevê que qualquer expressão que não se encontre de outro modo definida terá o significado que lhe é atribuído pela legislação do Estado em que se discute o pagamento do tributo, salvo se o contexto impuser interpretação distinta.

- O tratado não estabelece o conceito de lucro para os fins da convenção, pressupondo-se que deve ser o mesmo significado da legislação nacional. É certo que o conceito de lucro é distinto do de rendimentos ou remuneração na legisla-

ção brasileira, não havendo razão para serem equiparados apenas para os fins do tratado.

- O tratado, quando entendeu necessário alterar ou esclarecer algum termo, o fez expressamente, não o fazendo em relação à expressão lucros diante do sentido tributário unívoco de diferença entre receitas e despesas de uma empresa, jamais como rendimentos ou remuneração. É mister apontar que o próprio tratado usa as expressões rendimentos e remuneração nos exatos termos da legislação nacional.

- O objetivo do art. 7º do tratado é vedar a possibilidade de um Estado tributar propriamente o lucro de uma empresa situada em outro Estado, isto é, não é possível que o Brasil tribute os lucros de uma empresa espanhola, salvo o correspondente ao do estabelecimento permanente, e vice-versa, nada tendo a ver com a remuneração obtida pela prestação de serviços do caso concreto.

- Correta a decisão da Receita Federal de determinar o pagamento de imposto de renda em decorrência do pagamento de remuneração por serviços não técnicos prestados por empresa espanhola sem estabelecimento no Brasil.

- Destaque-se que nenhum prejuízo acarretará a tributação no Brasil para a empresa, porquanto o art. 23 do tratado expressamente dispõe que, quando um residente de um Estado receber rendimentos que sejam tributáveis no outro Estado, o primeiro Estado permitirá que seja deduzido do imposto que cobrar sobre os rendimentos desse residente um montante igual ao imposto sobre a renda pago no outro Estado.

- Apelação parcialmente provida, apenas para reconhecer a capacidade processual da impetrante, mas denegando a segurança.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 20 de agosto de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL CÉSAR CARVALHO - Rela-
tor Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CÉSAR CARVA-
LHO (Convocado):

Iberdrola Energia S/A impetrou mandado de segurança pre-
ventivo almejando afastar a incidência do imposto de renda sobre
os valores recebidos pelos serviços prestados à Termopernambu-
co em decorrência de contrato de serviços de consultoria não téc-
nica.

Alegou, em síntese, que:

1) é pessoa jurídica de direito privado constituída em confor-
midade com as leis da Espanha;

2) em dezembro de 2000, assinou com a Termopernambuco
contrato de prestação de serviços de consultoria para assessoramento em relação a aspectos comerciais, administrativos e de
gestão da planta geradora de energia, que não possuam natureza
técnica;

3) apesar de convicta de que a remuneração recebida estaria
sujeita a tributação exclusiva na Espanha, em razão do disposto
no art. 7º do tratado firmado entre Brasil e Espanha para evitar a
bitributação (Decreto nº 76.975/76), formulou consulta tributária a
fim de ver reconhecido seu entendimento, pois tinha receio que as
autoridades brasileiras exigissem imposto de renda sobre os valo-

res pagos com fundamento no art. 685, II, a, do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000/99);

4) a Receita Federal respondeu à consulta afirmando que a remuneração paga por empresa brasileira a sociedade situada no exterior não caracteriza lucro, sendo inaplicável o disposto no art. 7º do tratado;

5) esse entendimento da autoridade fiscal estaria equivocado, pois não deu o real alcance do dispositivo previsto no tratado, aduzindo que:

5.1) o tratado em tela foi incorporado ao ordenamento nacional com supremacia sobre o direito infraconstitucional;

5.2) na interpretação do tratado deve-se buscar a verdadeira intenção das partes, não a forma literal;

5.3) a expressão “lucros” no tratado deve ser entendida como todo e qualquer rendimento fruto da venda de bens ou da venda de serviços;

5.4) a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, cuja convenção serviu de modelo para o tratado, define lucro com uma significação ampla, incluindo todos os tipos de rendimentos obtidos na execução de uma atividade;

5.5) o Fisco e o Poder Judiciário espanhóis interpretam o tratado na forma defendida pela impetrante;

5.6) o contexto impõe interpretação diferente da expressão “lucros” a fim de englobar o produto da venda de serviços, excepcionando a aplicação da legislação interna;

5.7) as premissas adotadas pela Receita Federal seriam equivocadas e inaplicáveis ao caso;

6) caso adotado o conceito de lucro defendido pela autoridade fiscal brasileira, a tributação seria inconstitucional, porquanto a legislação não estabeleceu mecanismos de ajuste da base de cálculo para permitir que o sujeito passivo pudesse efetuar deduções ou estabelecer uma base de cálculo presumida.

A impetrante depositou o montante integral do tributo para suspender a sua exigibilidade, mediante autorização judicial (fls. 222/226).

A autoridade coatora prestou informações às fls. 231/248, defendendo ilegitimidade passiva do Delegado da Receita Federal em Recife e, no mérito, adotou as razões expostas na consulta verberada pela impetrante, a qual concluiu pela incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de 25%.

O MPF não viu interesse público a justificar sua manifestação (fls. 258/259).

A sentença (fls. 281/284) indeferiu a petição inicial do mandado de segurança. Entendeu o magistrado que as empresas estrangeiras com domicílio no exterior não podem figurar como parte, pois não possuem personalidade jurídica própria nem capacidade processual. Como a impetrante não disporia de filial, agência ou sucursal aberta ou instalada em território brasileiro, não poderia litigar em nome próprio, caracterizando tal ato atentado à dignidade da Justiça, como corolário da soberania do Estado brasileiro.

Apelação da Iberdrola (fls. 288/328) asseverando que:

1) a Constituição Federal de 1988 assegura o acesso à Justiça a quem quer que seja, mesmo para os estrangeiros não residentes no país;

2) a doutrina e a jurisprudência admitem a impetração de mandado de segurança por pessoa estrangeira – física ou jurídica – não residente no Brasil;

3) o processo seria instrumento da jurisdição, ou seja, seria aspecto da soberania do Estado;

4) a autoridade judiciária brasileira seria competente, pois a obrigação tem que ser cumprida aqui e decorre de ato praticado no Brasil;

5) a impetrante teria capacidade processual por força do art. 88 do CPC;

6) superada a preliminar acatada pela sentença, no mérito, reitera que o tratado entre Brasil e Espanha impediria a cobrança do imposto de renda sobre os valores recebidos pelos fundamentos já expostos na inicial.

Contrarrazões da Fazenda Nacional, às fls. 336/349, afirmando:

1) ausência de personalidade jurídica e de capacidade processual;

2) incompetência do juízo, pois o art. 25 do tratado estabeleceria qual a autoridade para apreciar a causa;

3) impossibilidade de equiparar os conceitos de lucros e rendimentos, mesmo para os fins do tratado em exame;

4) o Brasil não adotou o modelo de tratado da OCDE – que acatou o princípio do estabelecimento permanente –, mas sim o da ONU, por ser mais adequado para países em desenvolvimento como o nosso.

Vieram-me os autos conclusos para julgamento. Dispensada a revisão.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CÉSAR CARVALHO (Relator Convocado):

Aprecio, por primeiro, a capacidade processual da impetrante, fundamento da sentença para extinção do processo sem apreciação do mérito.

Penso que a apelação merece acolhida nesse ponto.

A pessoa jurídica estrangeira possui inegável capacidade processual para impetrar mandado de segurança no Brasil.

Essa possibilidade decorre tanto da Constituição Federal, como da própria legislação processual. Entender de modo contrário seria impedir a apreciação jurisdicional de lesão a direito, em total contrariedade aos mais caros princípios constitucionais e processuais.

Apesar de o art. 5º da CF/88 referir-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, o mandado de segurança é remédio constitucional apto a assegurar direitos de brasileiros e estrangeiros, inclusive os não residentes no país, se alcançados pelo ato coator. O que o dispositivo constitucional almeja preservar são os direitos e garantias fundamentais, sem excluir os estrangeiros da possibilidade de pleitear direitos em nosso país, especialmente

quando se permite que negociem no Brasil, ficando sujeitos a im-
plicações patrimoniais e tributárias.

Seria absurdo conceber que o estrangeiro estaria passível de cobranças e expropriações do Estado brasileiro, mas fosse impossibilitado de recorrer ao próprio Poder Judiciário do Brasil. Resalte-se que o requerimento de prestação jurisdicional não representa ofensa à soberania nacional; ao revés, significa a soberania do Brasil sobre as obrigações a serem cumpridas em território nacional em decorrência de ato aqui praticado, conforme inclusive competência reconhecida pelo art. 88, II e III, do CPC.

A pessoa jurídica estrangeira pode propor ação se a lei brasileira reconhece essa competência internacional, como no caso dos autos. É impossível admitir que alguma entidade que se personificou no estrangeiro, de acordo com as regras jurídicas respectivas, não seja tratada nos seus negócios no exterior, especialmente diante da redação da nossa Constituição Federal, como sujeita à proteção jurisdicional. Tem-se de reconhecer o princípio de igual tratamento das pessoas, que somente sofre limitação por razões de ordem pública. Em princípio, a pessoa jurídica goza, no Estado estrangeiro, os mesmos direitos que gozaria no Estado de origem, observando-se as limitações e proibições do local onde será exercida a atividade.

Nesse sentido já se pronunciou o STF, consoante se depreen-
de da seguinte ementa:

EMENTA: Ao estrangeiro, residente no exterior, também é assegurado o direito de impetrar mandado de segurança, como decorre da interpretação sistemática dos artigos 153, *caput*, da Emenda Constitucional de 1969 e do 5º, LIX, da Constituição atual. Recurso extraordinário não conhecido. (RE 215267/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, Primeira Turma, unânime, DJ de 25/05/2001.)

Eis o inteiro teor dos votos proferidos nesse julgamento, que transcrevo por esmiuçarem com precisão o tema:

A Senhora Ministra Ellen Gracie – (Relatora): A questão que se põe, de se saber se é assegurado também ao estrangeiro, não residente no País, o direito de impetrar mandado de segurança, a meu sentir, não pode ser resolvida

pela interpretação, simplesmente literal, dos dispositivos constitucionais pertinentes.

No que diz respeito aos sujeitos, destinatários dos direitos e garantias individuais a Constituição Federal vigente, assegura, *verbis*:

“Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

(...)

LIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo (...).”

Assim também o faziam as Constituições Federais anteriores de 1934, no art. 113, de 1937, no art. 122, de 1946, no art.141 e a Emenda Constitucional de 1969, no art. 153, *caput*.

Para melhor compreensão, também transcrevo, no que interessa à presente discussão, o artigo 153, *caput*, da Emenda Constitucional de 1969, *verbis*:

“A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residente no País...”.

Esta Corte já teve, sob a égide de Constituições anteriores, a oportunidade de enfrentar a matéria.

Quando do julgamento do RE 44.621 (*DJ* de 26.10.60), Primeira Turma, o Min. Cândido Motta, assim votou:

“em se tratando de direitos fundamentais, como direito de propriedade, o estrangeiro não residente pode requerer a segurança. Seria um verdadeiro despropósito se o estrangeiro não pudesse ver garantida sua propriedade no país pelo fato de nele não residir. A interpretação restrita, que vem da Constituição de 1891, com o apoio de Rui, não tem razão de perdurar no plano moderno, quando os direitos do homem são proclamados universalmente.”

Naquele mesmo julgamento, o Min. Gonçalves Oliveira acrescentou o argumento de o mandado de segurança estar

“não só na ordem constitucional, mas também, no âmbito da lei ordinária. Os estrangeiros podem invocar os benefícios e garantias da lei ordinária.”

Nesse mesmo sentido foram, também, os julgados do Plenário desta Corte Maior nos MS 8844 (*DJ* de 22.02.62) e 4706 (*DJ* de 31.07.58). Deste último destaque, do voto do Min. Nelson Hungria, o seguinte trecho:

“entendo que o preceito constitucional, invocado pelo Ministro Villas Boas, não pode ser entendido na sua literalidade, sob pena de nos conduzir aos maiores absurdos.

Esta limitada garantia a que refere o dispositivo deve ser interpretada em termos. De outro modo, chegaríamos aos maiores disparates: um cidadão residente no estrangeiro, tendo adquirido, no Brasil, uma vasta gleba de terra, que foi desapropriada pelo Governo brasileiro, sem indenização, arbitrariamente, esse homem não pode requerer mandado de segurança?”

A doutrina pátria, trazida fartamente aos autos, com algumas poucas vozes divergentes, situa-se no mesmo sentido. Rogerio Lauria Tucci e José Rogerio Cruz Tucci, em sua obra *Constituição de 1988 e Processo*, pg. 136, assim dissertam sobre a matéria:

“... direito individual, dito também fundamental, é o alusivo à pessoa, ou seja, o inerente ao homem, qualificando-lhe a natureza, de sorte a tornar-se ‘parte integrante da entidade humana’. E isso, por certo, quer como indivíduo, isoladamente considerado, quer como membro da comunhão social, no âmbito do Estado.

Dessa concepção – abrangente de todos os direitos fundamentais constitutivos de ‘um mínimo de exigências para que todos possam viver e desenvolver livremente suas atividades’, a fim mesmo de terem como assegurados os meios necessários de vida, compreendida em seu sentido estrito de liberdade de pensamento, de organização, de iniciativa, de reunião, de trabalho, etc. – resulta a já acenada legitimação ativa para a impetração do mandado de segurança por qualquer pessoa, tanto física, como jurídica ou moral, seja nacional, seja estrangeira, e tanto domiciliada no Brasil como no exterior.”

Também, Celso Ribeiro Bastos, em seus *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 2, em co-autoria com Ives Gandra Martins, tem o mesmo ensinamento.

“A Constituição procura determinar os destinatários dos direitos individuais esclarecendo que a sua proteção se estende aos brasileiros e aos estrangeiros residentes do País.

A atual redação é fruto de uma evolução histórica que no seu início era mais restritiva com relação à proteção conferida aos estrangeiros.

A despeito da fórmula ampla que adotou, ainda assim entendemos que ela não pode ser entendida na sua literalidade, sob pena de ficarmos em muitas hipóteses aquém do que pretendeu o constituinte. Senão vejamos: se por acaso um estrangeiro em trânsito pelo país, portanto não residente, fosse tolhido em sua liberdade de locomoção, chegar-se-ia ao ponto de denegar-lhe o *habeas corpus*, sob o fundamento de que carece da residência no Brasil para dele se beneficiar? Por acaso ainda, recusar-se-ia a devida proteção à propriedade de um estrangeiro que porventura nem residisse no País? Seria esta uma razão para poder confiscar-lhe a propriedade sem indenização? A nós sempre nos pareceu que o verdadeiro sentido da expressão ‘brasileiros e estrangeiros residentes no País’ é deixar certo que esta proteção dada aos direitos individuais é inerente à ordem jurídica brasileira.

Em outras palavras, é um rol de direitos que consagra a limitação da atuação estatal em face de todos aqueles que entrem em contato com esta mesma ordem jurídica. Já se foi o tempo em que os direitos para os nacionais era um e para os estrangeiros outro, mesmo em matéria civil.

Portanto a proteção que é dada à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade é extensiva a todos aqueles que estejam sujeitos à ordem jurídica brasileira. É impensável que uma pessoa qualquer possa ser ferida em um destes bens jurídicos tutelados sem que as leis brasileiras lhe dêem a devida proteção. Aliás, curiosamente, a cláusula sob comento vem embutida no próprio artigo que assegura a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

É de pequeno alcance, a nosso ver, a discussão em torno do ponto de saber se estes direitos são deferidos às pessoas físicas, ou, também, às jurídicas. Mais uma vez, aqui, quer-nos parecer que o texto disse menos

do que pretendia. A tomá-lo na sua literalidade seria forçoso convir que ele só beneficiaria às pessoas físicas. Mas, novamente, estaríamos diante de uma interpretação absurda. Em muitas hipóteses a proteção última ao indivíduo só se dá por meio da proteção que se confere às próprias pessoas jurídicas.”

No mesmo sentido, preleciona José Cretella Júnior:

“Em suma, no Brasil, tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança todo e qualquer titular de direito líquido e certo ameaçado ou violado por ilegalidade ou abuso de poder, a saber, as pessoas físicas, sejam nacionais ou estrangeiras, residentes no País ou não, as pessoas jurídicas de direito privado, as pessoas jurídicas de direito público, as entidades com capacidade processual, embora destituídas de personalidade jurídica, tais como as heranças jacentes, as massas falidas, os consórcios, os condomínios em edifícios, as câmaras municipais, os tribunais de contas, assembléias legislativas, o Senado, os órgãos estatais de qualquer natureza, os sindicatos, os partidos políticos, as associações de classe”. (Comentários à Constituição de 1988, vol. 2, pg. 663.)

Por todas essas razões, não conheço do recurso extraordinário.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Sr. Presidente, as garantias individuais da Constituição valem – usando a expressão consagrada de Kelsen – determinação do conteúdo mínimo da lei futura. Não é a primeira vez – ainda que, sob outros aspectos, vencido – que me recuso a interpretar garantias individuais como limitações de sua possível extensão por lei. Por isso, como dizia o saudoso Ministro Gonçalves de Oliveira no precedente referido pela eminente Relatora, bastaria a circunstância de a distinção entre estrangeiros residentes ou não residentes não estar posta na legislação ordinária do mandado de segurança para que perca sentido a discussão sobre se a Constituição limitou ou não a garantia do remédio a nacionais e estrangeiros residentes. Quando viesse uma lei que vedasse a impetração de segurança ao estrangeiro não residente, é que eventualmente se poria o problema da sua constitucionalidade.

Não tenho dúvida e acompanho a eminente Relatora.

É bem verdade que o art. 12, VIII, do CPC prevê que a pessoa jurídica estrangeira é representada, em juízo, pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil. Esse dispositivo, entretanto, aplica-se se existir filial, sucursal ou agência no Brasil. E se não tiver? A omissão do CPC é apenas aparente. Nessa hipótese, tais pessoas jurídicas deverão ser consideradas no Brasil como sociedades sem personalidade jurídica, aplicando-se o art. 12, VII, do CPC, ou seja, são representadas pela pessoa a quem couber a administração de seus bens, sendo inaplicáveis as disposições do Código Civil sobre constituição de pessoa jurídica.

No caso dos autos, a documentação acostada, devidamente traduzida para o vernáculo, comprova que a procuração foi outorgada pelos administradores da Iberdrola na Espanha, restando regular a representação (fls. 33/137 e 265/278)

Também é equivocado o entendimento da Fazenda Nacional, apresentado nas contrarrrazões da apelação, de que o art. 25 do tratado (Decreto nº 76.975/76) afastaria a competência do juízo brasileiro.

Eis o teor do artigo:

ARTIGO 25

Procedimento amigável

1. Quando um residente de um Estado Contratante considerar que as medidas tomadas por um ou ambos os Estados Contratantes conduzam ou possam conduzir, em relação a si, a uma tributação em desacordo com a presente Convenção, poderá independentemente dos recursos previstos pelas legislações nacionais desses Estados submeter o seu caso à apreciação da autoridade competente do Estado Contratante de que é residente.

2. Essa autoridade competente, se a reclamação se lhe afigurar justificada e não estiver em condições de lhe dar uma solução satisfatória, esforçar-se-á por resolver a questão através de acordo amigável com a autoridade competente do outro Estado Contratante, a fim de evitar uma tributação em desacordo com a presente Convenção.

3. As autoridades competentes dos Estados Contratantes esforçar-se-ão por resolver, através de acordo amigável, as dificuldades ou dissipar as dúvidas que surgirem da inter-

pretação ou da aplicação da presente Convenção. Poderão, também, consultar-se mutuamente com vistas a eliminar a dupla tributação nos casos não previstos na presente Convenção.

4. As autoridades competentes dos Estados Contratantes poderão comunicar-se diretamente a fim de chegarem a acordo nos termos dos parágrafos anteriores. Se, para facilitar a realização desse acordo, tornar-se aconselhável realizar contatos pessoais, tais entendimentos poderão ser efetuados no âmbito de uma Comissão de representantes das autoridades competentes dos Estados Contratantes.

Tal artigo refere-se expressamente ao procedimento amigável para solução, ressaltando “os recursos previstos pelas legislações nacionais”. Destarte, o ajuizamento de mandado de segurança é possibilidade admitida pelo tratado e albergada pela Constituição.

Supero, pois, os argumentos da sentença para extinção sem julgamento do mérito da sentença.

A autoridade apontada como coatora, ao apresentar as informações, alegou ilegitimidade passiva, porquanto a jurisdição tributária seria da Delegacia da Receita Federal do Rio de Janeiro.

Trata-se de argumento de acarreto. O ato atacado é exatamente a decisão da Consulta SRRF/4ª RF/DISIT nº 12/03. Ora, a responsabilidade pelo juízo negativo foi da Delegacia da Receita Federal de Recife, a qual é a única que pode alterar o *decisum*. O eventual domicílio fiscal da impetrante acaba sendo irrelevante diante da situação exposta nos autos.

Passo agora ao mérito da querela.

Apesar das várias razões expostas na bem escrita petição inicial, entendo que o pleito não merece acolhida.

Por primeiro, destaco que, apesar de não restar claro nos autos quais exatamente os serviços a serem prestados pela Iberdro-la, a fim de se verificar a natureza não técnica deles, conforme alegado na inicial, considero incontroverso tal fato, porquanto a Fazenda Nacional não nega esse caráter, bem como a consulta respondida admite como verdadeiras essas alegações.

Para melhor compreensão da lide, transcrevo os dispositivos do tratado (Decreto nº 76.975/76) que estão em debate nos autos:

ARTIGO 3

Definições gerais

(...)

2. Para a aplicação da presente Convenção por um Estado Contratante, qualquer expressão que não se encontre de outro modo definida terá o significado que lhe é atribuído pela legislação desse Estado Contratante relativa aos impostos que são objeto da Convenção, a não ser que o contexto imponha interpretação diferente.

ARTIGO 7

Lucros das empresas

1. Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. No último caso, os lucros da empresa serão tributáveis no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis a esse estabelecimento permanente.

2. Quando uma empresa de um Estado Contratante exercer sua atividade no outro Estado Contratante através de um estabelecimento permanente aí situado, serão atribuídos em cada Estado Contratante a esse estabelecimento permanente os lucros que obteria se constituísse uma empresa distinta e separada, exercendo atividades idênticas ou similares, em condições idênticas ou similares, e transacionando com absoluta independência com a empresa de que é um estabelecimento permanente.

3. No cálculo dos lucros de um estabelecimento permanente, é permitido deduzir as despesas que tiverem sido feitas para a consecução dos objetivos do estabelecimento permanente, incluindo as despesas de direção e os encargos gerais de administração assim realizados.

4. Nenhum lucro será atribuído a um estabelecimento permanente pelo simples fato de comprar bens ou mercadorias para a empresa.

5. Quando os lucros compreenderem elementos de rendimentos tratados separadamente nos outros artigos da presente Convenção, as disposições desses artigos não serão afetadas pelas disposições do presente Artigo.

ARTIGO 22

Rendimentos não expressamente mencionados

Os rendimentos de um residente de um Estado Contratante não expressamente mencionados nos artigos precedentes da presente Convenção são tributáveis em ambos os Estados Contratantes.

O cerne da querela é, em síntese, como deve ser interpretada a expressão “lucros” prevista no art. 7º.

Inicialmente, observo que é irrelevante saber se a convenção é baseada no modelo da OCDE ou da ONU, bem como se a jurisprudência espanhola interpreta o tratado distintamente dos tribunais brasileiros. O que temos é um dispositivo legal a ser interpretado, sendo inócuo discutir a *mens legislatoris*. O texto do tratado é claro o suficiente para espancar todas as dúvidas trazidas neste feito. Além disso, a uniformização do entendimento entre os países é atribuição que refoge a este juízo, devendo ser verificado pelos órgãos competentes do Ministério das Relações Exteriores, consoante expressamente prevê o tratado para solução de controvérsias.

O art. 3º do tratado estabelece que qualquer expressão que não se encontre de outro modo definida terá o significado que lhe é atribuído pela legislação do Estado em que se discute o pagamento do tributo.

Por sua vez, é certo que o conceito de lucro é distinto do de rendimentos ou remuneração na legislação brasileira.

A impetrante defende, contudo, ser aplicável a parte final do art. 3º, isto é, o contexto obriga a serem equiparados os referidos conceitos no caso concreto.

Tal posicionamento parece-me totalmente equivocado.

O tratado, quando entendeu necessário alterar ou esclarecer algum termo, o fez expressamente. É o caso dos artigos 3º (definições gerais), 4º (residente), 5º (estabelecimento permanente), 6º (bens imobiliários), 9º (empresas associadas), 10 (dividendos), 11 (juros), 12 (royalties), 14 (profissões liberais), 18 (pensões e anuidades) e 24 (nacionais).

Ora, por que exatamente a palavra lucro, a qual – no entender da impetrante – teria significado distinto do ordinário, foi deixada de lado?

Ao meu sentir, só há uma única resposta possível: porque será usada no seu sentido tributário unívoco de diferença entre receitas e despesas de uma empresa, jamais como rendimentos ou remuneração.

É mister apontar que o próprio tratado usa as expressões “remuneração” e “rendimentos”, esta especialmente no art. 22 acima transcrito, ao dispor dos rendimentos não mencionados nos artigos anteriores. E o uso ocorreu nos exatos termos da legislação nacional, demonstrando não haver a discrepância de conceitos alegada na exordial.

Um questionamento, então, poderia ser feito: qual a finalidade do art. 7º?

Parece-me claro que o dispositivo veda a possibilidade de um Estado tributar propriamente o lucro de uma empresa situada em outro Estado, isto é, não é possível que o Brasil tribute os lucros de uma empresa espanhola, salvo o correspondente ao do estabelecimento permanente, e vice-versa.

Dito de outra forma, o artigo impede, por exemplo, que os lucros da matriz sejam tributados no Brasil apenas por possuir estabelecimento aqui, nada tendo a ver com a remuneração obtida pela prestação de serviços do caso concreto *sub examine*.

Correta, pois, a decisão da Receita Federal de determinar o pagamento de imposto de renda em decorrência do pagamento de remuneração por serviços não técnicos prestados por empresa espanhola sem estabelecimento no Brasil.

Destaque-se, inclusive, que nenhum prejuízo acarretará a tributação para a empresa, a qual poderá deduzir o imposto aqui pago na Espanha, porquanto o art. 23 do tratado expressamente dispõe:

ARTIGO 23

Métodos para eliminar a dupla tributação

1. Quando um residente de um Estado Contratante receber rendimentos que, de acordo com as disposições da

presente Convenção, sejam tributáveis no outro Estado Contratante, o primeiro Estado, ressalvado o disposto nos parágrafos 2, 3 e 4, permitirá que seja deduzido do imposto que cobrar sobre os rendimentos desse residente, um montante igual ao imposto sobre a renda pago no outro Estado Contratante.

Todavia, o montante deduzido não poderá exceder a fração do imposto sobre a renda, calculado antes da dedução, correspondente aos rendimentos tributáveis no outro Estado Contratante.

O disposto neste parágrafo se aplica, na Espanha, tanto aos impostos gerais como aos impostos a conta.

(...)

Mutatis mutandis, em caso baseado em tratado semelhante assinado entre o Brasil e a França (Decreto nº 70.506/72), o TRF da 2ª Região manifestou-se no mesmo diapasão:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COM EMPRESA SEDIADA EM PARIS. CONVENÇÃO ENTRE BRASIL E FRANÇA. NATUREZA DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIÇOS.

I - A Convenção celebrada entre Brasil e França, promulgada pelo Decreto nº 70.506/72, não afasta a incidência do imposto de renda na fonte sobre valores que remuneram prestação de serviços da empresa francesa. Tal Convenção reza que os lucros da empresa contratada não podem ser tributados no país contratante. A natureza dos valores remetidos para a empresa francesa reveste-se de natureza de contraprestação;

II - Decisão administrativa defluente de consulta formulada pela empresa impetrante, além de não ser vinculativa, vez que proferida por órgão regional e não central da Receita Federal, entendeu que para se ter como lucro o rendimento enviado para o exterior, é necessário inexistir qualquer estabelecimento da contratada no Brasil. A abrangência dos serviços contratados e a forma de pagamento revelam participação nos negócios, principalmente considerando a identificação da razão social de ambas as empresas "AXA";

III - Não podendo ter como lucro a remessa de divisas, entremostra-se inaplicável a aludida Convenção, aplicando-se sobre a verba remuneratória dos serviços o art. 685, inc. II, letra "a" do Decreto nº 3.000/99, incidindo pois so-

bre a mesma o imposto de renda na fonte;
IV - Reformada a sentença concessiva do *mandamus*, denegando-se a ordem. Por conseguinte, ficam invertidos os ônus sucumbenciais;
V - Recurso voluntário da União Federal e remessa oficial providos.
(AMS 40.439/RJ, Rel. Des. Fed. Ney Fonseca, Primeira Turma, unânime, DJ de 05/02/2002.)

Recentemente, em memorial apresentado pela impetrante, afirma-se que o TRF da 4ª Região teria proferido decisão em sentido oposto ao ora defendido ao apreciar tratados semelhantes entre Brasil-Canadá e Brasil-Alemanha (Processo nº 2002.71.00.006530-5/RS). Além de não haver vinculação entre os juízos, parece-me que a posição correta é exatamente a do voto vencido do Des. Fed. Joel Ilan Paciornik, que com percuciência demonstrou a impossibilidade de afastar-se o conceito de lucro da legislação brasileira.

Eis o inteiro teor do voto, que também adoto como razão de decidir:

A autora insurge-se contra a incidência de imposto de renda na fonte sobre as remessas feitas ao exterior a título de pagamento pela prestação de serviços, invocando o art. VII da Convenção Brasil-Canadá e da Convenção Brasil-Alemanha, que afasta a tributação dos lucros da empresa no Brasil. Para a União, os rendimentos classificam-se no artigo XXI dos Tratados, permitindo-se a tributação em ambos os Estados contratantes.

De início, é importante fixar os pontos incontroversos, que constituirão as premissas para a análise da controvérsia. Os contratos firmados entre a autora e a empresa canadense Surface Engineering Products, para a execução de serviços de revestimento no forno de etano KTI (fls. 56/57), e a empresa alemã Siemens Power Generation, para a execução de serviços em carregador de turbina e propileno (fls. 171/179), não envolvem transferência de tecnologia. É relevante salientar esse ponto, porque os serviços técnicos com transferência de tecnologia estão sujeitos à incidência na fonte do imposto de renda, quando da remessa ao exterior do pagamento do contrato, em conformidade com o art. XII da Convenção.

Não cabe cogitar, outrossim, em supremacia hierárquica dos acordos internacionais relativamente à lei ordinária, tampouco em conflito entre a Convenção Brasil-França e a Convenção Brasil-Alemanha, regularmente incorporadas ao direito interno, e a legislação do imposto de renda. A doutrina abalizada, na esteira da jurisprudência do STF, entende que os tratados internacionais situam-se no mesmo plano normativo das leis ordinárias, não ocorrendo primazia hierárquica sobre a legislação interna. Por se cuidar de lei que estabelece disposições especiais ao lado das já existentes, os acordos internacionais não revogam nem modificam a lei ordinária anterior ou posterior, coexistindo harmonicamente. Assim, eventual conflito se resolve pelo critério da especialidade, ou seja, diante da situação especial indicada pelo tratado, não se aplica a lei interna, afastando-se a norma geral, ou a lei interna é aplicável, porém com a limitação prevista no tratado. Colho, na obra de Luciano Amaro, passagem elucidativa a respeito:

“Consoante o registro de Alberto Xavier, a doutrina não diverge quanto à afirmação de que os tratados não criam tributos, apenas os autorizam, dentro dos limites que estabelecem. Têm, assim, os tratados ‘um efeito negativo’, ao ‘delimitar, por via convencional, pretensões tributárias dos Estados cujo fundamento seja a respectiva lei interna’. Dirá, por exemplo, o tratado que os Estados signatários poderão cobrar certo tributo, exceto em tais ou quais hipóteses, ou limitado a este ou àquele percentual, ou, ainda, limitado ao que exceder ao valor do tributo cobrado no outro Estado contratante.

O tratado não está aí, obviamente, revogando, nem totalmente (por ab-rogação) nem parcialmente (por derrogação) a lei interna. Tanto que, em relação aos demais países, não signatários do tratado, a lei interna brasileira continua sendo aplicada na sua inteireza; a lei interna permanece em vigor para aplicação, mesmo em relação aos países signatários do tratado, às situações neste não previstas. Nas hipóteses reguladas no tratado, quando este fixe o limite até o qual cada país signatário pode tributar, a norma de incidência tributária que efetivamente se aplica também é a lei interna, sem a qual, mesmo autorizada pelo tratado a cobrança

do tributo até tal ou qual limite, nada se poderia cobrar” (Direito Tributário Brasileiro, Saraiva, São Paulo, 7ª ed., 2001, p. 174).

Como visto, na hipótese vertente não se configura conflito efetivo de normas, visto que a legislação do imposto de renda aplicada pela União não contém preceito dispendo de forma diversa do estabelecido no Acordo internacional, para aplicação exatamente na situação por ele regulada. Veja-se que a União não contesta a validade e a eficácia das Convenções a cujo teor recorre a autora.

A controvérsia paira, na verdade, sobre o enquadramento das quantias enviadas ao exterior para pagamento de contrato de prestação de serviços sem transferência de tecnologia como lucro, como quer a autora, ou como rendimentos não expressamente mencionados, como pretende a União. Ambas admitem, portanto, a aplicação da Convenção Brasil-Canadá e Brasil-Alemanha, divergindo quanto à interpretação dos dispositivos e à qualificação dos rendimentos, para o efeito de delimitar a possibilidade de tributação dos Estados contratantes. Eis o conteúdo dos artigos da Convenção Brasil-Canadá sobre os quais se discute, cujo texto é exatamente idêntico à Convenção Brasil-Alemanha:

ARTIGO VII

Lucros das empresas

1. Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade em outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. Se a empresa exercer uma atividade na forma indicada, seus lucros são tributáveis no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis a esse estabelecimento permanente.

2. Com ressalva das disposições do parágrafo 3, quando uma empresa de um Estado Contratante exercer sua atividade no outro Estado Contratante através de um estabelecimento permanente aí situado, serão atribuídos em cada Estado Contratante a esse estabelecimento permanente os lucros que obteria se constituísse uma empresa distinta e separada, exercendo atividades idênticas ou similares, em condições idênticas ou similares, e transacionan-

do com absoluta independência com a empresa de que é um estabelecimento permanente.

3. No cálculo dos lucros de um estabelecimento permanente, é permitido deduzir as despesas que tiverem sido feitas para a consecução dos objetivos do estabelecimento permanente, incluindo as despesas de direção e os encargos gerais de administração assim realizados.

4. Nenhum lucro será atribuído a um estabelecimento permanente pelo simples fato de comprar bens ou mercadorias para a empresa.

5. Quando os lucros compreenderem elementos de rendimentos tratados separadamente nos outros artigos da presente Convenção, as disposições desses artigos não serão afetadas pelo presente artigo.

ARTIGO XXI

Rendimentos não expressamente mencionados

Os rendimentos de um residente de um Estado Contratante provenientes do outro Estado Contratante e não tratados nos artigos precedentes da presente Convenção são tributáveis nesse outro Estado.

A análise desses preceitos revela que o acordo internacional para evitar a dupla tributação atribui o poder de tributar a renda ao Estado em cujo território os rendimentos foram produzidos (critério da fonte produtora) ou em cujo território foi obtida a disponibilidade econômica ou jurídica (critério da fonte pagadora).

A fim de afastar a tributação do lucro das empresas situadas nos Estados contratantes, a autora afirma que elas não possuem nenhuma espécie de estabelecimento permanente no Brasil, concordando com o critério da fonte produtora. Diga-se, a propósito, que a União também preconiza esse critério, dissentindo justamente quanto à qualificação dos rendimentos como lucro.

A questão não é meramente semântica, pois a qualificação envolve o conhecimento do fato, isto é, a discriminação e classificação das qualidades do que consiste o lucro. Essa operação lógica somente pode ser feita segundo a lei interna do Estado que aplica o tratado, senão implicaria em verdadeira introdução de legislação alienígena. Ao encontro dessa posição, menciono excerto do artigo "O instituto da qualificação no Direito Tributário Internacional", escrito por Daniel Vitor Bellan:

“Pensamos que a qualificação dos rendimentos deverá ser realizada em conformidade com a *lex fori*, ou seja, de acordo com a lei interna do Estado em que se aplica o tratado” (RDDT 120/43, set/05, *apud* Leandro Paulsen, Direito Tributário - Constituição e Código Tributário Nacional à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 9ª ed., 2007, p. 731)

Não há, portanto, como acolher a tese escudada pela recorrente, no sentido de que a Convenção objetiva alcançar toda e qualquer receita operacional da empresa, na medida em que integra o seu lucro global. Segundo a legislação brasileira do imposto de renda, os lucros incluem todos os rendimentos decorrentes da atividade da empresa, sejam provenientes da receita de bens e serviços ou de resultados não-operacionais, mas não se confundem com estes. O lucro contábil, que corresponde ao lucro líquido, não equivale ao lucro real, esse sim representativo da base de cálculo do imposto de renda. Apura-se o lucro real procedendo a vários ajustes no lucro líquido, por meio de adições, exclusões ou compensações previstas na lei. O próprio texto da Convenção corrobora a aceção de lucro como resultado de vários ajustes, consoante se depreende do parágrafo 3º do artigo VII, supracitado.

Ademais, sequer o Modelo de Convenção da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, da qual o Brasil não é signatário, define o termo “lucros”. Inexistindo um conceito fechado, não é possível se valer das expressões *business profits* ou “rentas empresariais” para, em descompasso com a legislação interna, alargar a aceção de lucros empresariais.

Ante a impossibilidade de caracterização dos rendimentos oriundos de prestação de serviços sem transferência de tecnologia como lucro, cumpre investigar se poderiam estar enquadrados em outra hipótese específica da Convenção. Não é necessário expender maiores digressões para tanto, uma vez que os artigos especiais do Tratado prevêem situações completamente diversas da que se configura nos autos, cuidando de rendimentos de bens imobiliários, transporte marítimo e aéreo, empresas associadas, dividendos, juros, *royalties*, ganhos de capital, profissões independentes e dependentes, remunerações de direção, artistas e desportistas, pensões e anuidades,

pagamentos governamentais e estudantes. Por exclusão, portanto, classificam-se no artigo Rendimentos Não Expressamente Mencionados, conforme o critério da fonte pagadora, tributando-os no Estado contratante de onde provêm. Impende frisar que a solução alvitrada não deixa de prestigiar a especialidade da norma em relação aos demais artigos da Convenção, não merecendo vingar o entendimento de que o artigo XXI abrange apenas os resultados estranhos às atividades operacionais da empresa. As várias decisões da Secretaria da Receita Federal em sentido contrário transcritas pela autora não impressionam, pois são anteriores ao Ato Declaratório COSIT nº 01/2000. Esse instrumento normativo secundário, ao classificar as remessas decorrentes de contratos de prestação de assistência técnica e de serviços técnicos sem transferência de tecnologia como rendimentos não expressamente mencionados, nas Convenções para Eliminar a Dupla Tributação da Renda das quais o Brasil é signatário, mostra-se em perfeita consonância com os Tratados internacionais e a legislação interna. Sujeitam-se, por conseguinte, à tributação de acordo com o art. 685, inciso II, alínea a, do Decreto nº 3000/1999, que regulamenta o disposto no art. 7º da Lei nº 9.779/1999, *in verbis*:

“Art. 685. Os rendimentos, ganhos de capital e demais proventos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, por fonte situada no País, a pessoa física ou jurídica residente no exterior, estão sujeitas à incidência na fonte:

II - à alíquota de vinte e cinco por cento:

a) os rendimentos do trabalho, com ou sem vínculo empregatício, e os da prestação de serviços;”

Recolho, na jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, o seguinte precedente:

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COM EMPRESA SEDIADA EM PARIS. CONVENÇÃO ENTRE BRASIL E FRANÇA. NATUREZA DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIÇOS.

I - A Convenção celebrada entre Brasil e França, promulgada pelo Decreto nº 70.506/72, não afasta a incidência do imposto de renda na fonte sobre valores que

remuneraram prestação de serviços da empresa francesa. Tal Convenção reza que os lucros da empresa contratada não podem ser tributados no país contratante. A natureza dos valores remetidos para a empresa francesa reveste-se de natureza de contraprestação;

II - Decisão administrativa defluente de consulta formulada pela empresa impetrante, além de não ser vinculativa, vez que proferida por órgão regional e não central da Receita Federal, entendeu que para se ter como lucro o rendimento enviado para o exterior, é necessário inexistir qualquer estabelecimento da contratada no Brasil. A abrangência dos serviços contratados e a forma de pagamento revelam participação nos negócios, principalmente considerando a identificação da razão social de ambas as empresas "AXA";

III - Não podendo ter como lucro a remessa de divisas, entremostra-se inaplicável a aludida Convenção, aplicando-se sobre a verba remuneratória dos serviços o art. 685, inc. II, letra 'a' do Decreto nº 3.000/99, incidindo pois sobre a mesma o imposto de renda na fonte;

IV - Reformada a sentença concessiva do mandamus, denegando-se a ordem. Por conseguinte, ficam invertidos os ônus sucumbenciais;

V - Recurso voluntário da União Federal e remessa oficial providos."

(TRF 2ª Região, AMS 200102010236510/RJ, PRIMEIRA TURMA, *DJU* 05/02/2002, Relator JUIZ NEY FONSECA)

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento à apelação.

Por fim, quanto à alegação da inicial de que a tributação seria inconstitucional, porquanto a legislação não estabeleceu mecanismos de ajuste da base de cálculo para permitir que o sujeito passivo pudesse efetuar deduções ou estabelecer uma base de cálculo presumida, observo que não foi reiterada na apelação, restando prejudica a apreciação neste momento. Ademais, mesmo que assim não fosse, a legislação expressamente prevê a alíquota de 25% para o caso, bem como todos os requisitos constitucionais da exação. A forma de cálculo almejada pela impetrante é mera faculdade do fisco, a depender de expressa previsão normativa, não eivando de inconstitucionalidade a cobrança.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação apenas para reconhecer a capacidade processual da impetrante, mas denegando a segurança.

Custas pela impetrante. Sem condenação em honorários advocatícios (Súmula 512 do STF).

Após o trânsito em julgado desta decisão, converta-se o valor depositado nos autos em renda da União.

Assim voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 94.271-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Apelante: SM PESCADOS INDÚSTRIA, COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA.
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Adv./Proc.: DR. ROBERTO DE ALENCAR MOTA (APTE.)
Remte.: JUÍZO DA 4ª VARA FEDERAL DO CEARÁ

EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDANDO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE FISCALIZAÇÃO PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL NA EMPRESA IMPETRANTE. SUPOSTO CRÉDITO PRESUMIDO DE IPI (LEI 9.363/96 E 10.257/01). INTERPRETAÇÃO DO REQUERIMENTO. SEGURANÇA DEFERIDA.

- O caso dos autos trata de pedido para que a Secretaria da Receita Federal no Ceará promova fiscalização na documentação contábil da empresa impetrante.

- Da leitura do mandado de segurança, percebe-se que a intenção principal da empresa impetrante é o ressarcimento dos valores aos quais supostamente teria direito, referente a crédito presumido de IPI.

- Ainda que de forma menos enfática do que o pedido de ressarcimento do crédito de IPI, pode-

se inferir que a impetrante, de fato, requer inicialmente que a autoridade coatora seja compelida a realizar fiscalização em sua documentação, ao dizer no pedido de seu mandado de segurança: “seja-lhe deferida liminar, nos termos do art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51, nela determinando, Vossa Excelência, à autoridade coatora, realize a verificação do ora alegado (...)”.

- Entendo restar comprovado o periculum in mora, tendo em vista que a postergação na apuração de suposto crédito tributário – em valor significativo – prejudicaria o andamento dos negócios da empresa impetrante, e o fumus boni iuris configurar-se-ia no abuso de poder da Portaria da Secretaria da Receita Federal nº 454/2004 que excluiria a questão proposta pela impetrante (crédito presumido de IPI) do rol de prioridades para análise, mesmo que a impetrante tenha insistido na fiscalização.

- Além disso, a concessão da segurança será tão somente para que a Receita Federal no Ceará promova a devida fiscalização nos documentos da empresa impetrante a fim de comprovar se esta detém ou não direito ao alegado crédito de IPI, motivo pelo qual este requerimento poderá ser negado ou deferido pela autoridade fiscal.

- Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 1º de setembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de apelação interposta por SM Pescados Indústria, Comércio e Exportação Ltda. contra sentença de fls. 347/350 que denegou a segurança, por entender ser aplicável as Súmulas 269 e 271, segundo as quais o mandado de segurança não pode ser usado para requerer restituição de tributos, bem como não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito.

Em suas razões recursais (fls. 353/360), a apelante alega, em resumo: 1. que requereu em seu mandado de segurança a determinação da realização pela Secretaria da Receita Federal no Ceará de fiscalização na empresa a fim de verificar o montante do crédito presumido de IPI a que alega ter direito; 2. que a empresa é sim tributada por IPI, ainda que à alíquota zero; 3. que o presente mandado de segurança não teve como objetivo a cobrança de valores, tampouco de valores referentes a períodos pretéritos, como equivocadamente restou disposto na sentença.

Requer, por fim, a reforma da sentença para que a Delegacia da Receita Federal seja obrigada a realizar fiscalização nos documentos e nos livros da apelante para o fim específico de comprovar o alegado crédito presumido de IPI.

Contrarrazões apresentadas pela Fazenda Nacional (fl. 369/371) onde requer, em resumo, que seja mantida o teor da sentença.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

Inicialmente, verifico que o pedido constante no mandado de segurança dispunha o seguinte:

Ante as razões apresentadas, a impetrante, respeitosa-mente, requer:

I - seja-lhe deferida liminar, nos termos do art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51, nela determinando, Vossa Excelência, à autoridade coatora, realize a verificação do ora alegado, e, via de consequência, o ressarcimento imediato, a título de crédito presumido do IPI, da quantia de R\$ 1.414.858,93 (um milhão, quatrocentos e quatorze mil, oitocentos e cinquenta e oito reais e noventa e três centavos), mediante depósito na conta corrente nº 18129-3, Banco do Brasil –

001, agência 3515-7, eis que presentes os pressupostos da relevância da fundamentação e do perigo da demora.

Da leitura do mandado de segurança, bem como do requerimento acima citado, percebe-se que a intenção principal da empresa impetrante é o ressarcimento dos valores aos quais supostamente teria direito, referente a crédito presumido de IPI. Aliás, toda a alegação no tópico “Do Direito” e “Dos requisitos para o deferimento da liminar” refere-se a seu suposto crédito de IPI.

Contudo, ainda que de forma menos enfática do que o pedido de ressarcimento do crédito de IPI, pode-se inferir que a impetrante, de fato, requer inicialmente que a autoridade coatora seja compelida a realizar a fiscalização devida, ao dizer “seja-lhe deferida liminar, nos termos do art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51, nela determinando, Vossa Excelência, à autoridade coatora, realize a verificação do ora alegado (...)”.

Ademais, quando da explanação dos fatos, vê-se o intento da impetrante em levar seu pedido para que fosse apreciado pela Secretaria da Receita Federal no Ceará, ainda que fosse negado, porém sem sucesso. Além disso, a empresa impetrante afirma que a Receita, através da Portaria nº 424, expressou que atenderia prioritariamente os processos de seu interesse, dentre os quais não estaria incluso o ressarcimento ao contribuinte de crédito presumido de IPI (Lei nº 9.363/96 e da Lei nº 10.257/01).

Entendo ser plausível e legítimo o pleito da apelante. Inclusive, entendo restar comprovado o *periculum in mora*, tendo em vista que a postergação na apuração de suposto crédito tributário – em valor significativo – prejudicaria o andamento dos negócios da empresa impetrante, e o *fumus boni iuris* configurar-se-ia no abuso de poder da Portaria da Secretaria da Receita Federal nº 454/2004¹

¹ Art. 1º A distribuição de processos fiscais nas Delegacias da Receita Federal de Julgamento (DRJ) atenderá aos critérios de prioridade e ordem de preferência estabelecidos nesta Portaria, observadas as especializações das turmas e as horas líquidas disponíveis, determinadas em razão do contingente de recursos humanos.

Art. 2º Serão distribuídos prioritariamente às turmas e julgadores os processos fiscais

I - conttenham circunstâncias indicativas de crime contra a ordem tributária, objeto de representação fiscal para fins penais; que:

que excluiria a questão proposta pela impetrante (crédito presumido de IPI) do rol de prioridades para análise, mesmo que a impetrante tenha insistido na fiscalização.

Além disso, a concessão da segurança será tão somente para que a Receita Federal no Ceará promova a devida fiscalização nos documentos da empresa impetrante a fim de comprovar se esta detém ou não direito ao alegado crédito de IPI, motivo pelo qual este requerimento poderá ser negado ou deferido pela autoridade fiscal.

Diante do exposto, dou provimento à apelação da empresa impetrante.

É como voto.

II - tratem da exigência de crédito tributário de valor atualizado superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais);

III - preencham os requisitos constantes do art. 71 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), mediante requisição do interessado;

IV - tenham sido protocolados há mais de quatro anos, contados do primeiro dia do ano em curso.

V - tenham por objeto compensação, cujo direito creditório tenha por base: (Incluído pela Portaria SRF nº 1.365, de 10/11/2004)

a) “crédito-prêmio” instituído pelo art. 1º do Decreto-lei nº 491, de 5 de março de 1969; (Incluída pela Portaria SRF nº 1.365, de 10/11/2004)

b) título público; ou (Incluída pela Portaria SRF nº 1.365, de 10/11/2004)

c) crédito de terceiros. (Incluída pela Portaria SRF nº 1.365, de 10/11/2004)

Art. 3º Efetivada a distribuição prioritária de que trata o artigo 2º e havendo saldo de horas líquidas para julgamento, será adotado para as turmas e julgadores o critério de distribuição ordinária, segundo os seguintes percentuais:

I - quarenta por cento para processos fiscais de exigência de crédito tributário de maior valor, em ordem decrescente;

II - trinta por cento para processos mais antigos;

III - até trinta por cento para os demais processos.

Art. 4º Na distribuição ordinária é facultada a distribuição concomitante de processos que guardem conexão e semelhança de matéria, ainda que não se enquadrem nos critérios de prioridade e preferência.

Art. 5º A distribuição de processos fiscais aos julgadores obedecerá à programação mensal de julgamento fixada pelo respectivo delegado, mediante proposta dos presidentes de turma, em consonância com os critérios desta Portaria.

Art. 6º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO INQUÉRITO Nº 1.621-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Ind./Invgdos.: CLEOVALDO JOSÉ DE LIMA E SILVA, JOSENAI-
DE HENRIQUE SARAIVA DOS SANTOS, RIVAL-
DO DE BARROS SOUTO, EDILÁZIO WANDERLEY
DE LIMA, DIOZINO ROBERTO WANDERLEY COR-
DEIRO, MANOEL FERREIRA DOS SANTOS, AU-
GUSTO CÉSAR BARBOSA DE MATOS, MARIA DE
FÁTIMA TENÓRIO MARTINS, VALDOMIRO DOS
SANTOS MARTINS, FRANCISCO EXPEDITO DA
PAZ NOGUEIRA, CARLOS ALEXANDRE MORENO
LYRA, SOLINEIDE MARIA MARTINS BORBA, NO-
MERIANO FERREIRA MARTINS, VALTER VIEIRA
MARTINS, CLAUDIANO FERREIRA MARTINS,
BRÁS JOSÉ NEMÉZIO SILVA, ROGÉRIA MARIA
MARTINS, JÚLIO CÉSAR FERREIRA DE ARAÚJO
E ELESSANDRA APARECIDA CARDOSO
Embtes: BRÁS JOSÉ NEMÉZIO SILVA E OUTROS
Advs./Procs. DRS. JORGE WELLINGTON LIMA DE MATOS E OU-
TROS (1º E 2º INVGDOS.), PRISCILLA KELLY JOR-
DÃO DO O (3º INVGDO.), BORIS MARQUES DA
TRINDADE E OUTROS (4º INVGDO.), ANTONIO
BEZERRA DE MOURA E OUTROS (5º INVGDO.),
LUIZ CARLOS COELHO NEVES (6º INVGDO.), GI-
ORGIO SCHRAMM RODRIGUES GONZALEZ (7º,
8º E 9º INVGDOS.), PAULO ANDRE LIMA DO COU-
TO SOARES E OUTROS (10º INVGDO.), BRUNO
SIQUEIRA FRANCA (11º INVGDO.), JOSE RAWLIN-
SON FERRAZ (12º INVGDO.), CARLOS GIL RODRI-
GUES E OUTROS (13º E 14º INVGDO.), JOSÉ AU-
GUSTO BRANCO E OUTRO (15º INVGDO.), JOSÉ
AUGUSTO BRANCO E OUTRO (16º INVGDO.),
JOSÉ AVELAR COELHO CARIBÉ (17º INVGDO.),
FERNANDO ANTONIO CARVALHO ALVES DE SOU-
ZA (18º INVGDO.) E GERSON DE ARAUJO COSTA
(19º INVGDO.)

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO QUE DECIDIU CISAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. QUESTÃO DE ORDEM QUE INDEPENDE DE PAUTA. FACILITAÇÃO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E DAS DEFESAS DOS DENUNCIADOS. VISTA DOS AUTOS AO PARQUET DEPOIS DA JUNTADA DE NOVOS DOCUMENTOS PELA DEFESA. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE VÍCIOS DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO. MERA REDISCUSSÃO DO JULGADO. IMPROPRIEDADE.

- A cisão processual, nos termos do art. 80 do CPP e do art. 64, II, do Regimento Interno desta egrégia Corte, pode ser decidida de ofício pelo relator, ou então levada ao órgão colegiado, em questão de ordem, independentemente de pauta. Inexistência de erro.

- Separados os feitos, o recebimento da denúncia e as questões incidentais remanescentes serão decididos no âmbito de cada processo, pelos respectivos órgãos jurisdicionais competentes, sem prejuízo para a defesa.

- As circunstâncias que recomendaram o desmembramento do inquérito, especialmente as que se relacionam com a conveniência da instrução processual, a facilitação das defesas dos denunciados, as normas e preceitos sobre as competências derivadas da continência e da conexão, foram expostas no acórdão, isentando-o das pechas da contradição e da omissão.

- O oferecimento de uma peça pelo Ministério Público, ratificando os termos da denúncia sem nada acrescentar, após a defesa juntar novos documentos, não colide com a garantia do devido processo legal. Ao revés, consubstancia estrito cumprimento do disposto no art. 5º da Lei nº 8.038/90.

- Hipótese na qual a oposição afigura-se inadequada, por visar à rediscussão de teses que, à

unanimidade, restaram desacolhidas pelo Tribunal.

- Embargos de declaração conhecidos, porém, improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conhecendo dos embargos de declaração, negar-lhes provimento, 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 novembro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Brás José Nemézio Silva, Augusto César Barbosa de Matos, Maria de Fátima Tenório Martins, Valdomiro dos Santos Martins e Nomeriano Ferreira Martins interpuseram Embargos de Declaração em face da questão de ordem acolhida em 02.09.2009 pelo Eg. Plenário desta Corte no presente Inquérito nº 1621-PE, em cuja ementa (fl. 5.377) consignou-se o seguinte:

PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. INQUÉRITO. DESMEMBRAMENTO. PUBLICIDADE RESTRITA.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem afirmado que o desmembramento de feitos criminais complexos, com grande número de envolvidos, não ofende a Súmula nº 704, pois a permanência do cúmulo subjetivo ou o desmembramento do processo são matérias que devem ser examinadas à luz da conveniência da instrução criminal (art. 80 do CPP).

2. É possível a aplicação do art. 80 do CPP em qualquer fase extraprocessual ou processual, bem assim no caso de crime de quadrilha ou bando (art. 288 do CP). Precedentes do STF.

3. Questão de ordem resolvida, no sentido do desmembramento do inquérito, com a remessa à primeira instância da parte que se refere aos acusados que não detêm privilégio de foro, e da manutenção do sigilo (ou “publicidade restrita”) apenas dos volumes e apensos que contêm dados protegidos constitucionalmente.

Nas suas razões, os embargantes afirmam, em síntese, que a referida decisão plenária decidiu o desmembramento sem oportunizar o contraditório e a ampla defesa, antes mesmo de eventual recebimento da denúncia (fls. 5.379/5.428).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 5.432/5.435).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Egrégio Plenário.

Para os embargantes, o acórdão que decidiu a questão de ordem no Inquérito nº 1521-AL padeceria dos seguintes defeitos:

1) teria incorrido em erro ao julgar a questão de ordem sem intimar os advogados dos recorrentes;

2) teria resolvido o desmembramento do processo antes do recebimento da denúncia, suprimindo a oportunidade de os acusados exercerem a ampla defesa e o contraditório a respeito das citadas matérias;

Alegam, ainda, que a manifestação do Ministério Público a respeito das preliminares arguidas nas respostas à denúncia feriu a prerrogativa da defesa de se pronunciar por último no processo penal, consoante decidido pelo STF, em caso supostamente análogo, no HC 87.296/SP.

Mas não houve, no v. acórdão recorrido, qualquer ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão passível de correção nos termos do art. 619 do CPP.

A questão relativa à prescindibilidade da intimação das partes

para resolver questão de ordem foi enfrentada no aresto embargado, como se vê no seguinte excerto do voto que proferi no julgamento do incidente:

Ao Relator incumbe “submeter ao Plenário ou à Turma, ou aos respectivos Presidentes, conforme a competência, questões de ordem para o bom andamento dos feitos” (art. 28, IV, do RI deste TRF). Também é regimental que “independem de pauta (...) as questões de ordem sobre o processamento dos feitos” (art. 69, II).

Digo isso para, desde já, registrar que o julgamento de questão de ordem prescinde de inclusão na pauta e de intimações das partes ou dos seus advogados. Infere-se das normas regimentais citadas que a dispensa da pauta se justifica na medida em que tais questões de ordem digam respeito ao “bom andamento dos feitos”, i.e., a matérias que, no primeiro grau, poderiam ser decididas de ofício pelo juiz da causa.

Quanto ao momento e ao meio adequados para a cisão processual, trata-se de faculdade do juiz ou do Tribunal, sem outra ressalva legal que não o juízo de conveniência, a teor do art. 80 do CPP: “quando pelo excessivo número de acusados (...) ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação”.

Nesse sentido, a jurisprudência – cito, por todas, as questões de ordem decididas por esta Corte no Inq. 1.521/AL, da minha relatoria, e pelo STF no Inq. 2.628, relatado pela Ministra Carmen Lúcia – admite o desmembramento de inquérito policial, ainda que resolvida em incidente de questão de ordem, sem a audiência das partes e dos seus advogados, ressaltando que, cindido o feito, as matérias de defesa arguidas nas respostas preliminares à denúncia poderão ser decididas pelos respectivos órgãos jurisdicionais competentes. Assim, não haverá prejuízo para a defesa, nem sacrifício do contraditório.

Com efeito, ficou demonstrado, no caso concreto, que a separação dos processos é medida que facilita a instrução criminal, bem assim as defesas de cada um dos acusados. Para que não parem dúvidas a respeito disso, peço vênias para transcrever o seguinte trecho do voto que proferi como Relator da questão de ordem:

Por último, mas nem por isso menos importante, lembro que a cisão do processo beneficiará os próprios réus, que, assim, na instrução penal, poderão exercer suas defesas o mais precisamente possível.

O Supremo Tribunal Federal tem adotado sólida posição favorável ao desmembramento dos feitos criminais que tenham um grande número de réus, onde somente alguns tenham a prerrogativa do foro, sem que o fato seja ofensivo ao enunciado nº 704 da sua Súmula¹, pois a permanência do cúmulo subjetivo ou o seu desmembramento recairia no exame da conveniência da instrução criminal, nos termos do citado art. 80 do Código de Processo Penal, seguindo as peculiaridades de cada caso.

Essa a trilha de um rol imenso de arrestos do STF², dos quais merece destaque o recentíssimo voto proferido pelo eminente Min. JOAQUIM BARBOSA, no julgamento do HC nº 84.301/SP (*DJ* de 24/03/2006) (...).

Finalmente, quanto à alegação de prejuízo causado pelo desdobramento do feito após a apresentação de defesa prévia, deve-se ressaltar que, como suscitado pelo Ministério Público Federal (fl. 16.186), o art. 80 do Código de Processo Penal não delimita as fases processuais em que é possível a separação facultativa dos processos, não cabendo, assim, falar em prejuízo da defesa, que terá todas as oportunidades previstas em lei para exercer o contraditório e a ampla defesa.

As circunstâncias que recomendaram a separação dos processos foram longamente expostas no acórdão, e não colidem com casos semelhantes enfrentados por outros Tribunais, inclusive a Suprema Corte. Também ficou assentado que a providência adotada não fere as normas e preceitos sobre as competências derivadas da continência e da conexão, conforme o posicionamento do STF, plasmado nos precedentes colacionados no v. aresto.

¹ Súmula nº 704: “Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”.

² Inq-QO nº 2.020/MG, Rel. Ministro Néri da Silveira, *DJ* de 31/08/2001; Inq-QO nº 1.871, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 01/08/2003; AP nº 351/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 17/09/2004; AgReg-AP nº 336/TO, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 10/12/2004; HC nº 84.301/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 24/03/2006.

Por último, quanto à alegada ofensa à prerrogativa da defesa de se pronunciar por último no processo penal, vale lembrar que as respostas preliminares à denúncia apresentadas pelos indiciados contêm acervo documental que acresceu de sete volumes os autos deste inquérito. Diante disso, esta Relatoria simplesmente aplicou o mandamento expresso da Lei nº 8.038/90:

Art. 5º - Se, com a resposta, forem apresentados novos documentos, será intimada a parte contrária para sobre eles se manifestar, no prazo de cinco dias.

Ademais, o precedente do STF invocado pelos embargantes³ não serve de paradigma para o caso deste inquérito, pelos motivos expendidos pelo eminente Procurador Regional da República, Doutor Fernando José Araújo Ferreira, à fl. 5.435v, *verbis*:

Antes de se aplicar um precedente é preciso fazer o *distinguishing*, isto é, a efetiva comparação entre os casos para verificar se há similitude fática e jurídica para seguir a mesma conclusão. No HC 87.926, o cerne era a prerrogativa de a defesa falar por último na sustentação oral.

Nesse *writ*, asseverou o Ministro Cezar Peluso que “o princípio do contraditório assegura o uso da palavra ao acusado, por intermédio do seu defensor sempre depois da intervenção oral do Ministério Público” (grifado pelo Procurador Regional da República).

Como se vê, são casos totalmente diversos conceder-se vista dos autos ao *Parquet* e este oferecer uma peça ratificando os termos da denúncia sem nada acrescentar (após a defesa juntar novos documentos) e sustentação oral pelo Ministério Público após a defesa.

³ “AÇÃO PENAL. Recurso. Apelação exclusiva do Ministério Público. Sustentações orais. Inversão na ordem. Inadmissibilidade. Sustentação oral da defesa após a do representante do Ministério Público. Provimento ao recurso. Condenação do réu. Ofensa às regras do contraditório e da ampla defesa, elementos do devido processo legal. Nulidade reconhecida. HC concedido. Precedente. Inteligência dos arts. 5º, LIV e LV, da CF, 610, parágrafo único, do CPP, e 143, § 2º, do RI do TRF da 3ª Região. No processo criminal, a sustentação oral do representante do Ministério Público, sobretudo quando seja recorrente único, deve sempre preceder à da defesa, sob pena de nulidade do julgamento” (STF, HC 87.926/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 25.04.2008).

Tudo isso posto, não havendo espaço, no acórdão embargado, para erros, obscuridades, omissões ou contradições sanáveis na via do art. 619 do CPP, torna-se despicienda nova manifestação a respeito dessas matérias, sob pena de se desvirtuar a finalidade dos declaratórios.

Conheço, pois, dos Embargos de Declaração, aos quais nego provimento.

É como voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO EM EXECUÇÃO DE SENTENÇA NA AÇÃO RESCISÓRIA Nº 154-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (VICE-PRESIDENTE)

Embargante: UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS-UFAL

Embargados: EDUARDO SILVIO SARMENTO DE LYRA, EDY MARRETA TIMOTEO, ELCE AMORIM FERREIRA MORAES, ÉLIA ARAÚJO SILVA PONTES, ELIANE MARIA FERREIRA ROMUALDO, ELIDA SILVA DE ALMEIDA, ELIEZIO DE AMORIM COSTA, ELIZABETH BALDWIN, WLADEMIR GUSMAO DO NASCIMENTO COSTA, ENALDO FONSECA SARMENTO

Repte.: PROCURADORIA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS

Advs./Procs.: ANTONIO GAMELEIRA CAVALCANTE E OUTROS (EMBDOS.)

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA EM AÇÃO RESCISÓRIA. VINCULAÇÃO À COISA JULGADA. INCORRÊNCIA DA PRECLUSÃO PRO JUDICATO. INAPLICABILIDADE DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. OMISSÕES. INEXISTÊNCIA.

- O Tribunal não negou, em termos genéricos e abstratos, a possibilidade de compensação em

sede de execução (art. 741 do CPC), mas a considerou inviável, no caso concreto, diante do que fora decidido no processo de conhecimento.

- O acórdão embargado não se omitiu a respeito de normas processuais atinentes à “preclusão para o juiz”; ao contrário, a ratio do aresto recorrido é, justamente, a preservação da eficácia vinculativa da coisa julgada material, que autoriza a correção do rumo da execução, com vistas no fiel cumprimento do dispositivo sentencial, até mesmo de ofício, por ser nula a execução que se afasta da condenação (nulla executio sine praevia cognitio).

- É desnecessária a invocação da regra do art. 97 da CF, porque o v. aresto não deixou de aplicar o art. 1º-F da Lei 9.497/97 sob fundamento de índole constitucional, mas apenas utilizou critério de direito intertemporal.

- Além de ser estranha ao que foi decidido no acórdão embargado, a regra do art. 97 da CF é expletiva porque se trata de decisão plenária, e não de decisão de órgão fracionário do Tribunal, que, esta sim, faria incidir a Súmula Vinculante nº 10 do STF.

- Embargos de declaração conhecidos, mas não providos.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conhecer dos embargos de declaração, negando-lhes provimento, 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, 21 de outubro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Vice-Presidente

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Vice-Presidente):

A UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS (UFAL) opõe embargos de declaração em face de acórdão da minha Relatoria, proferido pelo Plenário, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA EM AÇÃO RESCISÓRIA. ÍNDICE DE 28,86%. REPOSICIONAMENTOS DECORRENTES DE LEGISLAÇÃO POSTERIOR ÀS LEIS 8.622/93 E 8.627/93. COMPENSAÇÃO. OFENSA À COISA JULGADA. DEMANDA AJUIZADA ANTES DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.180/01. JUROS DE MORA DE 1% AO MÊS.

1. Se o título judicial concedeu o aumento vencimental de 28,86%, mas não adotou como parâmetro a decisão proferida pelo STF nos EDROMS 22.307-7/DF, nem determinou sua compensação daquele índice com os reajustes posteriores às Leis 8.622/93 e 8.627/93, tal abatimento não pode ser realizado em sede de execução, sob pena de ofensa à coisa julgada. Precedentes do STF e do STJ.
2. Nas ações ajuizadas antes da vigência da MP 2.180-35/01, que introduziu o art. 1º-F na Lei 9.494/97, devem ser aplicados juros de mora de 1% ao mês.
3. Honorários de sucumbência fixados em R\$ 2.000,00, com base nos critérios de razoabilidade e proporcionalidade previstos no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.
4. Embargos à execução rejeitados.

O Tribunal posicionou-se contrariamente à compensação dos reajustes concedidos pelas Leis nº 8.622/93 e 8.627/93 nos casos em que a sentença concedeu a servidores o acréscimo vencimental de 28,86%, sem qualquer ressalva.

Todavia, para a embargante, o v. aresto padeceria dos seguintes defeitos:

1) omissão quanto à possibilidade de se efetuar a compensação referente aos pagamentos que não foram objeto de discussão na fase de conhecimento (art. 741, V, do CPC, e art. 5.º, XXXVI, da CF);

2) omissão quanto ao conhecimento da preclusão *pro judicato* (arts. 463 e 471 do CPC) que teria operado no momento em que o ex-Vice-Presidente do Tribunal, Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, determinou à contadoria a elaboração de cálculos com a referida compensação; e

3) ofensa à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF) e à Súmula Vinculante nº 10 do STF, na parte do acórdão que deixou de aplicar o art. 1º-F da Lei n.º 9.494/97, os arts. 1.062 e 1.063 do antigo Código Civil e o art. 1º da Lei n.º 4.414/64, que determinam a incidência de juros de mora de 0,5% ao mês nas condenações impostas à Fazenda Pública.

A recorrente invoca os dispositivos constitucionais e legais citados para fins de prequestionamento.

Os embargados ofereceram resposta, tempestivamente.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Vice-Presidente Relator):

Egrégio Plenário.

A embargante (UFAL) quer pronunciamento expresso deste Tribunal a respeito da possibilidade de se compensar os reajustes advindos das Leis n.º 8.622/93 e 8.627/93 sem ofensa à coisa julgada, da “preclusão para o juiz” (arts. 463 e 471 do CPC), e da ofensa à reserva de plenário no que tange à incidência de juros moratórios.

Conheço dos embargos, mas nego-lhes provimento.

Primeiro, porque a *ratio* do aresto recorrido reside, justamente, na preservação da coisa julgada, conforme explicitado no voto condutor e na própria ementa do acórdão:

Se o título judicial concedeu o aumento vencimental de 28,86%, mas não adotou como parâmetro a decisão proferida pelo STF nos EDROMS 22.307-7/DF, nem determinou sua compensação daquele índice com os reajustes posteriores às Leis 8.622/93 e 8.627/93, tal abatimento

não pode ser realizado em sede de execução, **sob pena de ofensa à coisa julgada** (grifei).

Então o Tribunal nunca negou, em termos genéricos e abstratos, a possibilidade de compensação em sede de execução (art. 741 do CPC), mas a considerou inviável, no caso concreto, diante do que fora decidido no processo de conhecimento.

Segundo, porque o Tribunal efetivamente apreciou a regra da eficácia vinculativa da coisa julgada material, da qual decorrem, entre outras, as regras dos artigos 463 e 471 do CPC, que autorizam a correção do rumo da execução, com vistas no fiel cumprimento do dispositivo sentencial, até mesmo de ofício, por ser nula a execução que se afasta da condenação (*nulla executio sine previa cognitio*). Veja-se, nesse sentido, o excerto seguinte do voto do Ministro Luiz Fux no REsp nº 531.804:

Destarte, **a execução** opera-se como instrumento de efetividade do processo de conhecimento, razão pela qual **deve seguir rigorosamente os seus limites, que por seu turno são impostos pelo dispositivo sentencial trânsito em julgado, passível de ser corrigido a qualquer tempo**, em respeito à eficácia preclusiva da coisa julgada que o reveste, **restando indiferente a ausência de impugnação específica do cálculo que a desobedece**. Raciocínio inverso implicaria criar um novo título executivo em processo cujo escopo é dar efetividade àquele cuja decisão transitou em julgado.

(STJ, REsp 531.804, rel. Ministro Luiz Fux, 1.^a Turma, v.u., DJ 16.02.2004 - grifei).

Terceiro, porque é desnecessária a invocação do dispositivo constitucional que estatui a reserva de plenário, haja vista que o v. aresto embargado não deixou de aplicar o art. 1º-F da Lei 9.497/97 sob fundamento de índole constitucional, mas apenas utilizou critério de direito intertemporal, como se vê no seguinte trecho da sua ementa:

2. Nas ações ajuizadas antes da vigência da MP 2.180-35/01, que introduziu o art. 1º-F na Lei 9.494/97, devem ser aplicados juros de mora de 1% ao mês.

Além de ser estranha ao que foi decidido no acórdão embargado, a regra do art. 97 da CF é expletiva porque, aqui, o caso é de

decisão plenária. A respeito do tema, ressalto, *ad argumentandum tantum*, que a Súmula Vinculante nº 10 do STF só se aplica a hipóteses de inconstitucionalidade declarada por órgão fracionário de Tribunal:

Súmula Vinculante 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) **a decisão de órgão fracionário de tribunal** que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte (grifei).

Por fim, não será possível prover o recurso apenas para fins de prequestionamento, quando ausentes os requisitos do art. 535 do CPC, o que ocorre na espécie, pois os fundamentos do acórdão não deixam espaço para dúvidas ou omissões.

Assim, conheço dos embargos, mas nego-lhes provimento.

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 102.391-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT
Impetrantes: MÁRIO ÂNGELO CAHINO, ÂNGELA MARIA CAHINO DA COSTA E MARIA DA PENHA CAHINO DE SÁ
Impetrado: DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DR. JURANDIR PEREIRA DA SILVA E OUTROS

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DA PRESIDÊNCIA. FASE PRECATORIAL. DESPACHO DETERMINANDO O SOBRESTAMENTO DO REQUISITÓRIO DE PAGAMENTO ANTE A EXISTÊNCIA DE AÇÃO RESCISÓRIA DESCONSTITUTIVA DO TÍTULO EXEQUENDO. NATUREZA ADMINISTRATIVA. CABIMENTO DA IMPETRAÇÃO. USO DO PODER GERAL DE CAUTELA. LEGITIMIDADE. ORDEM DENEGADA.

- Trata-se de mandado de segurança intentado contra ato do Presidente do TRF da 5ª Região

que determinou, por despacho, o sobrestamento de precatório, tendo em vista que o título executivo que lhe dava suporte se viu rescindido pelo Pleno da referida Corte Regional.

- Mostra-se perfeitamente cabível o manejo do remédio constitucional em apreço a adversar o ato impugnado, em razão de sua natureza administrativa.

- O colendo Tribunal da Cidadania já assentou entendimento no sentido de que os atos do Presidente do Tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional (Súmula 311/STJ).

- Reveste-se de legalidade e regularidade a atuação presidencial, pois inexistente, após a rescisão da sentença exequenda, suporte jurídico para o pagamento das quantias estipuladas no precatório, sendo consequência necessária o cancelamento do requisitório. Inexistência de direito líquido e certo dos impetrantes.

- Precedentes jurisprudenciais: TRF1, Agravo de Instrumento nº 2003.01.00.037270-5/DF, Rel. Juiz Federal Convocado ITELMAR RAYDAN EVANGELISTA, j. 11.07.2007 e TRF2, Agravo de Instrumento nº 153.202/RJ, Rel. Juiz Federal Convocado ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, DJU 27.03.2009.

- Ordem de segurança denegada. Sem condenação em verba honorária sucumbencial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de MSPL 102.391-PE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do Pleno do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em denegar a segurança, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

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

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por MÁRIO ÂNGELO CAHIO e OUTROS contra ato do ilustre Presidente do TRF da 5a. Região que determinou por despacho, em fase de precatório, o sobrestamento da Requisição de Pagamento 2007.82.00.002.000192, tendo em vista que o título executivo que lhe dava suporte se viu rescindido pelo egrégio Pleno desta Corte Regional em sessão realizada em 03.10.07.

2. Tal título albergava direito (por sucessão) dos impetrantes à revisão do benefício da pensão por morte em favor de sua genitora no valor correspondente a 100% do valor recebido pelo seu ex-cônjuge.

3. No presente *writ*, os impetrantes alegam ilegalidade e abuso de poder no ato atacado, dado que, ao seu ver, o ajuizamento da ação rescisória não tem o condão de vincular o procedimento administrativo, não impedindo, por conseguinte, o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo.

4. O pedido de tutela liminar mandamental foi indeferido por esta Relatoria, em decisão de fls. 116/119, à mingua da existência dos requisitos essenciais a sua concessão, quais sejam, a fumaça do bom direito e o perigo da demora.

5. Instada a prestar informações, a douta Autoridade coatora suscita, inicialmente, o incabimento do presente *mandamus* à vista do que dispõe a Súmula 267 do STF, e, depois, limita-se a registrar que o bloqueio impugnado decorreu da procedência da AR 4.801-PB, ajuizada pelo INSS, onde o título executivo ensejador do precatório em destaque restou rescindido por este Sodalício (fls. 120).

6. Parecer do Ministério Público Federal às fls. 122/129, opinando preliminarmente pelo não conhecimento do pedido, exaurida que se encontra a matéria pelo agravo regimental do qual se

valeram os impetrantes em oportunidade anterior, e, no mérito, pela concessão da segurança.

7. É este o relatório.

VOTO

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

1. Como bem conceituou o acatado Mestre HELY LOPES MEIRELLES, *o Mandado de Segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça* (CF, art. 5º, LXIX e LXX; Lei 1.533/51, art. 1º). (Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, *Habeas Data*, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, São Paulo, Malheiros, 2001, pp. 21/22).

2. O cerne da ação mandamental sob foco consiste em perquirir se os impetrantes possuem (ou não) direito líquido e certo à liberação dos valores atinentes ao Precatório 61.791.715-PB, em trâmite nesta Corte Regional.

3. A primeira apreciação relevante a se fazer no julgamento do presente caso é sobre o cabimento (ou não) da Ação de Segurança para adversar a decisão do então Presidente desta Corte Regional, Desembargador Federal JOSÉ BAPTISTA FILHO, que, já na fase precatorial do feito, determinou o sobrestamento da Requisição de Pagamento 2007.82.00.002.000192, ante a existência da AR 4.801-PB, ainda não transitada em julgado, mas já apreciada por este douto Plenário, que desconstituiu o título executivo judicial que lhe dava suporte.

4. Essa pontuação se faz necessária em face da doutrina, aliás muito repetida, do incabimento de Mandado de Segurança contra ato judicial, que tomou foros de verdade jurídica, sendo aceita e praticada em muitas das egrégias Cortes de Justiça do País,

inclusive neste egrégio TRF, como também pela impossibilidade, já condensada no enunciado da Súmula 267 do colendo STF, de seu intento contra ato judicial passível de recurso próprio.

5. Ocorre que, *in casu*, penso, com a devida vênia aos entendimentos dissonantes, ser perfeitamente cabível o uso do remédio constitucional em apreço, tendo em vista que a decisão atacada foi adotada, já na fase de precatório, no âmbito de recurso incabível.

6. Isto porque o colendo Tribunal da Cidadania já assentou entendimento no sentido de que os atos do Presidente do Tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional (Súmula 311/STJ).

7. Desse modo, não tem, de igual sorte, caráter jurisdicional e sim administrativo, a decisão da Corte em Agravo Regimental contra despacho do Presidente nessa atividade.

8. Com efeito, os Tribunais Superiores vêm, reiteradamente, fixando a natureza administrativa dos atos emitidos pelos Presidentes dos Tribunais quando do processamento dos precatórios do que são exemplos os arestos abaixo colacionados:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRECATÓRIO. ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DO TRIBUNAL. INEXISTÊNCIA DE CAUSA COMO PRESSUPOSTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

- O Plenário desta Corte, ao julgar o AGRRE 213.696, decidiu que a atividade do Presidente do Tribunal no processamento do precatório não é jurisdicional, mas administrativa, o mesmo ocorrendo com a decisão da Corte em agravo regimental contra despacho do Presidente nessa atividade. Inexiste, assim, o pressuposto do recurso extraordinário que é o da existência de causa decidida em única ou última instância por órgão do Poder Judiciário no exercício de função jurisdicional. Recurso extraordinário não conhecido.

(STF, RE 311.487-SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJU 31.10.01).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. QUESTÕES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS NÃO PREQUESTIONADAS. NÃO CONHECIMENTO.

- O ato do Presidente do Tribunal de Justiça – que decide sobre erros materiais do precatório – ainda que endossado em julgamento de agravo regimental, constitui atividade meramente administrativa (despido de conteúdo jurisdicional), contra ele descabendo recurso especial. No âmbito do especial, não se decide questões estritamente constitucionais, nem aquelas de natureza legal que não foram objeto de discussão e expressa apreciação nas instâncias ordinárias. Recurso não conhecido. Voto vencido. (STJ, REsp 156.195-SP, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, DJU 13.10.98).

9. Superada, portanto, essa questão do conhecimento da presente impetração, e adentrando no mérito propriamente dito, penso, *respeitando os posicionamentos adversos*, que a ilegalidade ou o abuso que ora se questionam não estão caracterizados no ato impetrado.

10. Pois, compulsando os autos, observa-se que, realmente, o Plenário desta Corte Regional, em sessão de julgamento realizada em 03.10.07, entendeu, por unanimidade, sob a minha relatoria, em julgar procedente o pedido de rescisão do julgado que dava lastro à quitação do requisitório de pagamento que ora se quer ver desbloqueado, tendo em vista a nova orientação espraiada pelo Excelso Pretório acerca da constitucionalidade do pagamento integral das pensões por morte concedidas antes de 1995, fixando a diretriz segundo a qual a regra é o cálculo dos benefícios de acordo com a legislação vigente na data em que foram concedidos.

11. Desse modo, *com todas as vênias aos entendimentos divergentes*, entendo que o ato impugnado neste *Mandamus*, *fulcrado no exercício legítimo do poder geral de cautela inerente à atuação do Magistrado*, é válido, eficaz e regular, porque, repita-se, emanado após pronunciamento desconstitutivo deste colegiado do título executivo judicial em que se firmava o precatório cujo sobrestamento se quer extirpar, e tudo leva a crer que tal desconstituição será confirmada pelos Tribunais Superiores, não podendo, por conseguinte, o título em questão, gerar efeito algum, não só na seara judicial, mas igualmente no âmbito administrativo.

12. Quanto à legalidade da atuação presidencial em casos desta natureza, é vasto o repertório jurisprudencial que lhe dá guarida, do que são exemplos os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA PROCEDENTE E NÃO TRANSITADA EM JULGADO. SOBRESTAMENTO DO PAGAMENTO DO PRECATÓRIO. PODER GERAL DE CAUTELA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Temerária a determinação de pagamento de precatório com base em acórdão rescindido pelo TRF da 1ª Região, de acordo com a jurisprudência do eg. STJ, não obstante a ausência de trânsito em julgado da ação rescisória.

2. Incidência do poder geral de cautela do magistrado.

3. Agravo de instrumento improvido.

(TRF1, Agravo de Instrumento nº 2003.01.00.037270-5/DF, Rel. Juiz Federal Convocado ITEL MAR RAYDAN EVANGELISTA, j. 11.07.2007).

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA EXEQUENDA DESCONSTITUÍDA EM AÇÃO RESCISÓRIA. CANCELAMENTO DE PRECATÓRIO.

I - O acórdão rescisório desconstituiu a sentença impugnada e, em consequência, julgou improcedente o pedido formulado na ação de rito ordinário. Contudo, determinou, em homenagem ao princípio da boa-fé, o descabimento do pedido de restituição das quantias recebidas pelo réu em consequência da sentença rescindida. Entretanto, na presente hipótese, não ocorreu qualquer pagamento em momento anterior à prolação do acórdão rescisório;

II - Inexiste, após a rescisão da sentença exequenda, suporte jurídico para o pagamento das quantias estipuladas no precatório, sendo consequência necessária o cancelamento do requisitório. Precedente;

III - Agravo de instrumento conhecido e desprovido, mantendo-se a decisão agravada.

(TRF2, Agravo de Instrumento nº 153.202/RJ, Rel. Juiz Federal Convocado ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, DJU 27.03.2009).

13. Diante de tudo o que aqui foi exposto, não vislumbro a presença de nenhuma ilegalidade ou arbitrariedade no ato objeto de impetração, razão por que denego a ordem em mandado de segurança.

14. Sem condenação em honorários.

15. É como voto, Presidente.

MEDIDA CAUTELAR INOMINADA (PLENO) Nº 2.334-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Requerente: MARIA ÂNGELA DE ALBUQUERQUE MELO
Curador: BERNADETE MARIA CHAVES MELO
Requerida: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL- CEF
Advs./Procs.: DR. JAIME GOMES DE BARROS JUNIOR E OUTRO (REQTE.) E RICARDO POLLASTRINI E OUTROS (REQDA.)

EMENTA:PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO RESCISÓRIA. CONTRATO DE MÚTUO C/C COM HIPOTECA FIRMADO ENTRE A AUTORA E A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. PEDIDO DE PROIBIÇÃO DE ALIENAÇÃO E ARREMATÇÃO DO IMÓVEL OBJETO DO CONTRATO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL PROMOVIDA PELA CEF. PEDIDO DE NULIDADE DA EXECUÇÃO NÃO CONHECIDO NA AÇÃO PRINCIPAL. INSTRUMENTALIDADE DAS CAUTELARES. INEXISTÊNCIA DE RESULTADO PRÁTICO A ASSEGURAR. AÇÃO CAUTELAR EXTINTA.

- Ação cautelar incidental à AR 5105-PB visando impedir a Caixa Econômica Federal de alienar ou arrematar o imóvel, objeto de contrato de mútuo firmado entre a autora e o referido agente financeiro, bem assim de praticar qualquer ato que configure posse ou propriedade em seu favor ou de terceiros; além da sustação da execução judicial da sentença rescindenda proferida no Processo 2000.82.00.006114-0, originário da 1ª Vara Federal da SJ/PB.

- O objeto da tutela cautelar pretendida corresponde, exatamente, aos efeitos do processo de execução extrajudicial promovido pela Caixa Econômica Federal - CEF, cuja validade não foi atingida pelo julgamento da ação rescisória, realizado pelo Plenário deste Tribunal, ora ação prin-

principal deste processo que lhe é incidente, haja vista a ausência de pressuposto essencial qual seja, existência de sentença de mérito, nos termos do art. 485 do CPC.

- Considerando a natureza instrumental das medidas cautelares, que servem para garantir a eficácia final do resultado do processo principal, é certo que o presente pedido cautelar não deve ser conhecido, pois não garantiria a efetividade do resultado final da demanda, haja vista que o pedido veiculado na ação principal, de anulação da execução extrajudicial não poderia ser objeto de ação rescisória, razão porque não foi sequer conhecido com fundamento no art. 485 do CPC.

- Em outros termos, o direito posto na ação rescisória principal, que sequer foi conhecido pelo Plenário por ser incabível na via processual eleita, não pode ser assegurado através de ação cautelar.

- Considerando que a alienação ou arrematação do imóvel objeto do contrato de mútuo c/c hipoteca firmado entre a autora e a CEF são resultados práticos da execução extrajudicial, considerando que o pedido de anulação do feito executivo é incabível em sede de ação rescisória, e sequer foi conhecido no julgamento da principal, não há, por conseguinte, provimento jurisdicional a assegurar.

- Quanto ao pedido de sustação da execução judicial da decisão rescindenda, requerido “até a decisão final”, considerando que já houve o julgamento da ação principal, entendo que o objeto está prejudicado.

- Ação cautelar que se julga extinta.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de MCPL 2.334-PB, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desem-

bargadores Federais do Plenário do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em julgar extinta a ação cautelar, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 21 de outubro de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA
ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Trata-se de Medida Cautelar incidental à AR 5.105-PB (2004.05.00.040731-4), formulado por MARIA ÂNGELA DE ALBUQUERQUE, representada por sua curadora BERNADETE MARIA CHAVES MELO, no qual requer seja a Caixa Econômica Federal impedida de alienar ou arrematar o imóvel, objeto de contrato de mútuo firmado entre a curatelada e o referido agente financeiro, situado na Rua Lindolfo G. Chaves, Loteamento Cidade São Paulo, Bairro Cidade Universitária, João Pessoa, PB, bem assim de praticar qualquer ato que configure posse ou propriedade em seu favor ou de terceiros; pede, também, que seja determinada a suspensão da execução judicial da sentença rescindenda proferida no Processo 2000.82.00.006114-0, originário da 1a. Vara Federal da SJ/PB.

2. Alega a requerente que adquiriu, em 31.05.1985, um apartamento em João Pessoa - PB, financiado pela CEF, e vinha pagando regularmente as prestações até começar a sofrer crises psicológicas que ensejaram, por diversas vezes, a sua internação em Clínicas Especializadas.

3. Diz, ainda, que, ao retornar para casa, após um desses períodos de internação, foi informada de que a CEF havia adjudicado o seu imóvel, embora já tivesse quitado mais da metade do seu valor.

4. Aduz que na Ação Rescisória 5.105-PB, processo principal no qual essa medida cautelar foi interposta incidentalmente, lhe foi denegado o pedido de tutela antecipada à minguada existência do

pressuposto da prova inequívoca; no entanto, entende que os atestados colacionados aos autos são mais do que suficientes a demonstrar o debilitado estado de saúde mental da curatelada, diagnosticado como de esquizofrenia.

5. Em face disso, sustenta que, encontrando-se impossibilitada de exercer todo e qualquer ato da vida civil desde quando respondeu pelo processo de Execução Extra-Judicial, todos os atos processuais do feito são nulos de pleno direito, o que evidencia a invalidade do negócio jurídico firmado com a CEF e a afronta, pelo julgado rescindendo, ao art. 166, I, do Código Civil.

6. Requer, portanto, o acolhimento do pedido liminar e a concessão dos benefícios da justiça gratuita, eis que, incapacitada, não dispõe de condições laborais, e conseqüentemente financeiras, de suportar as despesas de uma demanda judicial, tais como custas e honorários advocatícios, sem prejuízo de seu sustento próprio.

7. O pedido de liminar foi indeferido pelo Plenário desta Corte Regional em julgamento realizado em 03.10.07 (fls. 122/130).

8. Em sua peça contestatória, a CEF aduziu que os fatos alegados na inicial são totalmente desprovidos de amparo jurídico, pelo que não merece acolhida o pedido de tutela cautelar formulado pela autora, posto que ausentes os requisitos autorizadores para sua concessão.

9. No parecer de estilo, o membro do *Parquet* Federal opinou pela procedência do pedido cautelar para proibir a transferência da propriedade do imóvel litigioso, por entender presentes os requisitos do *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

10. É este o relatório.

VOTO

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

1. Como visto, a presente ação cautelar incidental à AR 5105-PB visa impedir a Caixa Econômica Federal de alienar ou arrematar o imóvel, objeto de contrato de mútuo firmado entre a curatelada e o referido agente financeiro, situado na Rua Lindolfo G. Cha-

ves, Loteamento Cidade São Paulo, Bairro Cidade Universitária, João Pessoa, PB, bem assim de praticar qualquer ato que configure posse ou propriedade em seu favor ou de terceiros; pede, também, que seja determinada a sustação da execução judicial da sentença rescindenda proferida no Processo 2000.82.00.006114-0, originário da 1ª Vara Federal da SJ/PB.

2. Ocorre que o Plenário desta Corte Regional realizou o julgamento de mérito da ação rescisória da qual a presente ação cautelar é instrumento, dando pela procedência do pedido rescisório quanto ao reconhecimento da nulidade da ação de anulação proposta pela requerente sem a devida representação legal, ante ao estado de incapacidade civil que lhe acometia.

3. Do voto deste relator, extrai-se o seguinte trecho:

Embora seja uma matéria controvertida, observo que, havendo a rescisão da sentença e sendo reconhecida a nulidade da ação de anulação proposta pela autora sem a devida representação legal, fica aberta a possibilidade de ela, novamente, questionar essa execução extrajudicial, pois, uma vez declarada a nulidade do processo, não cabe a este Tribunal definir a relação jurídico-material nele posta à decisão.

...

No entanto, não pode ser conhecido o pedido referente à ação cautelar e à execução extrajudicial, porque **conforme estabelece o art. 485 do CPC, apenas a sentença de mérito pode ser rescindida por meio de ação rescisória. Assim, no caso dos autos, somente é cabível rescisória em relação à sentença proferida no processo de conhecimento.** (Não há grifos no original).

4. Em retorno aos autos da presente medida cautelar incidental, tem-se que pretende a autora impedir que a Caixa Econômica Federal seja “proibida de alienar, arrematar o imóvel objeto do contrato de mútuo c/c com hipoteca”, ou a integrá-lo em seu patrimônio, impedindo ainda a prática de qualquer ato que configure posse ou propriedade.

5. Ora, o objeto da cautelar pretendido corresponde exatamente aos efeitos do processo de execução extrajudicial promovido pela Caixa Econômica Federal - CEF, cuja validade não foi atingida pelo

juízo de julgamento da ação rescisória, realizado pelo Plenário deste Tribunal, ora ação principal, haja vista a ausência de pressuposto essencial qual seja, existência de sentença de mérito, nos termos do art. 485 do CPC.

6. Neste contexto, cumpre assinalar a característica da instrumentalidade da ação cautelar, servindo sempre à satisfação do resultado prático do processo principal, com esclarece Daniel Amorim Assumpção Neves¹, vejamos:

A instrumentalidade da tutela cautelar faz com que tal espécie de tutela sirva como instrumento apto a garantir que o resultado final do processo seja eficaz, significando que tal resultado tenha condições materiais para gerar os efeitos práticos normalmente esperados. O próprio nome do instituto – cautelar – expressa de maneira clara a idéia de que essa espécie de tutela presta-se a garantir, acautelar, assegurar alguma coisa, que é, como foi visto, justamente o resultado final do processo principal.

7. Destarte, considerando a natureza instrumental das medidas cautelares, que servem para garantir a eficácia final do resultado do processo principal, é certo que o presente pedido cautelar não deve ser conhecido, pois não garantiria a efetividade do resultado final, haja vista que o pedido de anulação da execução extrajudicial não poderia ser objeto de ação rescisória, razão porque não foi sequer conhecido com fundamento no art. 485 do CPC.

8. Em outros termos, o direito posto na ação rescisória principal, que não foi conhecido por incabível na via processual eleita, não pode ser assegurado através de ação cautelar.

9. Sendo assim, considerando que a alienação ou arrematação do imóvel objeto do contrato de mútuo c/c com hipoteca firmado entre a autora e a CEF são resultados práticos da execução extrajudicial, considerando que o pedido de anulação do feito executivo é incabível em sede de ação rescisória, e sequer foi conhecido no julgamento da principal, não há, por conseguinte, provimento jurisdicional a assegurar.

¹ Manual de Direito Processual Civil, São Paulo, 2009, Ed. Método, pág. 1073.

10. Quanto ao pedido de sustação da execução judicial da decisão rescindenda, requerido “até a decisão final”, considerando que já houve o julgamento da ação principal, entendo que o objeto está prejudicado.

11. Isto posto, julgo extinta a presente medida cautelar.

12. É o voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO

96447-PB Rel. Des. Federal Paulo Gadelha 13

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR

4066-AL Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria 20

4085-CE Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria 27

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

1169-SE Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho 34

4858-RN Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães 42

6033-SE Rel.^a. Des.^a. Federal Margarida Cantarelli 49

APELAÇÃO CÍVEL

366518-PE Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho.. 61

371882-PE Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira 69

373399-PE Rel. Des. Federal Frederico Azevedo (Auxiliar) 79

379746-CE Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias 92

388614-PE Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima 108

422728-PB Rel. Des. Federal Francisco Wildo 117

432059-RN Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho 123

444521-CE Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano 129

447600-CE Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães 140

464397-RN Rel. Des. Federal Francisco Wildo 151

469817-PB Rel.^a. Des.^a. Federal Margarida Cantarelli 161

471291-CE Rel. Des. Federal Maximiliano Cavalcanti
(Convocado) 173

472037-SE Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias 184

APELAÇÃO CRIMINAL

5473-AL Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho.. 196

5667-PE Rel. Des. Federal Maximiliano Cavalcanti
(Convocado) 213

5723-PE Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira 258

5802-PE Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima. 306

5988-RN	Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti	314
6640-PE	Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti	358

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

92245-PE	Rel. Des. Federal Cesar Carvalho (Convocado).	375
94271-CE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha	400

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO INQUÉRITO

1621-PE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	405
---------	---	-----

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO EM EXECUÇÃO DE SENTENÇA NA AÇÃO RESCISÓRIA

154-AL	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	412
--------	---	-----

MANDADO DE SEGURANÇA

102391-PE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt	417
-----------	--	-----

MEDIDA CAUTELAR

2334-PB	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt	424
---------	--	-----

ÍNDICE ANALÍTICO

A

PrCv e Adm	Ação civil pública de improbidade. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Administrador. Ilegitimidade passiva. Não comprovação de ato lesivo nem de fraude ou abuso de direito. Desconsideração da personalidade jurídica. Impossibilidade. AgTr 96447-PB 13
Ct e Adm	Ação declaratória coletiva. Bens públicos. Praia ou terrenos de marinha. Pretensão da autora do reconhecimento de domínio útil de bens públicos em favor dos substituídos da autora, no caso, Associação dos Empresários da Praia do Futuro. Impossibilidade de se emprestar validade a um título sob um bem aforado que em nada diz respeito aos substituídos da autora-apelante, mas, sim, a terceiros que com eles não mantêm nenhuma relação negocial. AC 379746-CE 92
Ct e Adm	Ação ordinária. Indenização por danos materiais e morais. Policial rodoviário federal. Acidente em serviço. Responsabilidade objetiva da Administração Pública. Dano material na modalidade de dano emergente configurado. Dano material na modalidade de lucro cessante não configurado. APELREEX 4858-RN 42
Cv e PrCv	Ação revisional de contrato de empréstimo especial aos aposentados. Incidência de comissão de permanência. Legalidade. Fator de atualização da dívida. Previsão contratual. Impossibilidade de cumulação com taxa de rentabilidade. Descabimento da condenação da CEF na repetição em

dobro dos valores cobrados excessivamente. Ausência de má-fé. Dano moral. Inexistência. AC 444521-CE 129

Pen e PrPen Apelação criminal. Devolutividade plena. Crimes de falsificação de documento particular, falsificação de documento público, falsidade ideológica, falsa identidade e uso de documento falso. Atuação voltada à obtenção de visto com fins de imigração ilegal para os EUA. Cisão do processo. Incabimento. Arguição de nulidade. Defesa deficiente. Peça não essencial. Falta de prova do prejuízo. Necessidade de intimação dos réus. *Mutatio libelli*. Sentença adstrita aos fatos elencados na denúncia. Hipótese de *emendatio libelli*. Alegação de crime impossível. Não reconhecimento. Redução da pena aquém do mínimo legal. Impossibilidade. Princípio da consunção. Delação premiada. Inviabilidade. ACr 5667-PE 213

Prev Aposentadoria por tempo de serviço. Benefício concedido antes do regime da Lei nº 8.213/91. Revisão do ato de concessão. Decadência. AC 422728-PB 117

Cv e Com Aval. Nota promissória. Parte do débito que foi levantado na concordata do avalizado. Iliquidez do título executivo. Nulidade. Extinção da execução. AC 469817-PB 161

C

Ct e Adm Concurso público. Reserva de vagas. Candidatos com necessidades físicas ou mentais especiais. Obediência à norma constitucional e legal. Obediência ao limite míni-

	mo independentemente do número de vagas para o cargo. Pagamento de taxa obrigatória. Possibilidade de isenção. Renda anual inserida na faixa limite do imposto de renda. Critério objetivo, equânime e justo. AC 472037-SE 184
Pen e PrPen	Crime de atentado contra serviço de utilidade pública perpetrado por índios da etnia Pankararu. Destruição dos isoladores de torre transmissora de energia elétrica pertencente à CHESF. Competência da Justiça Federal. Nova definição jurídica dada ao fato delituoso na sentença. <i>Emendatio libelli</i> . Cerceamento de defesa. Inocorrência. Regime jurídico especial do Estatuto do Índio. Indígena integrado à sociedade. Não aplicação da tutela diferenciada. Materialidade e autoria suficientemente comprovadas. Condenação que se confirma. ACr 5802-PE 306
Pen e PrPen	Crime de narcotráfico. Autoria e materialidade comprovadas. Dosimetria da pena. Proporcionalidade. Dia-multa. Fixação realizada em consonância com a condição econômica do réu. ACr 6640-PE 358
Pen e PrPen	Crime de responsabilidade de prefeito. Recursos federais repassados ao município através de convênio com o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE. Reforma de escolas e compra de equipamentos. Não aplicação dos recursos. Utilização em benefício de empresas irregulares constatada pelo Ministério da Educação e confirmada pelo Tribunal de Contas da União. Autoria e materialidade comprova-

das. Diminuição da pena. Impossibilidade. Correta análise das circunstâncias judiciais. ACr 5473-AL 196

Pen e PrPen Crimes de tráfico de entorpecente (cocaína), associação para o tráfico e resistência qualificada em desfavor de agentes públicos federais no exercício de suas funções. Preliminares de nulidade do processo em face do rito processual adotado (rito comum previsto para os crimes de reclusão em detrimento do procedimento especial previsto na nova Lei de Tóxicos). Matéria já apreciada por esta Corte que entendeu ser mais benéfico para o réu o procedimento comum, em face de denúncia que narra a prática de crimes conexos para os quais são previstos procedimentos diversos. Cerceamento de defesa. Preliminares rejeitadas. Conexão de crimes estadual e federal. Competência da Justiça Federal. Crimes de tráfico de cocaína e de resistência qualificada. Autoria e materialidade comprovadas. Fundamentos suficientes para a fixação da pena no máximo cominado. Crime de associação para o tráfico. Ausência de provas satisfatórias para a condenação. ACr 5723-PE 258

D

Cv Depósitos populares. Direito a restituição. Ausência de prescrição. Dano moral não configurado. Responsabilidade civil da Justiça Estadual pela administração dos valores não configurada. Obrigação da instituição financeira depositária (CEF) em restituí-los. AC 366518-PE 61

E

- PrPen Embargos de declaração. Acórdão que decidiu cisão de inquérito policial. Questão de ordem que independe de pauta. Facilitação da instrução criminal e das defesas dos denunciados. Vista dos autos ao *Parquet* depois da juntada de novos documentos pela defesa. Legalidade. Ausência de vícios de omissão, obscuridade e contradição. Improvimento dos embargos. ED no Inquérito 1621-PE 405
- PrCv Embargos de declaração. Embargos à execução de sentença em ação rescisória. Vinculação à coisa julgada. Inocorrência da preclusão *pro judicato*. Inaplicabilidade da cláusula de reserva de plenário. Inexistência de omissões. Embargos improvidos. ED em Embargos à Execução em Execução de Sentença na Ação Rescisória 154-AL .. 412
- PrCv e Trbt Empresa estrangeira. Capacidade processual. Impetração de mandado de segurança. Possibilidade. Tratado entre Brasil e Espanha para evitar bitributação. Interpretação. Conceito de lucros para o tratado. Identidade com redimentos ou remuneração. Impossibilidade. AMS 92245-PE 375

G

- PrCv e Adm Guarda de endemias da FUNASA. Contaminação pelo uso de pesticidas. Direito a indenização por danos morais e estéticos e a custeio de tratamento de desintoxicação. APELREEX 1169-SE 34

I

Trbt	Imposto de renda. Pagamento por estimativa. Lucro real. Incidência de multa isoladamente. Compensação de crédito não homologada pelo Fisco. Comprovação de pagamento de parte dos créditos tributários. Erro formal no preenchimento do número do código do tributo no DARF. Reconhecimento do pagamento. APELREEX 6033-SE 49
------	---

M

PrCv e Ct	Mandado de segurança. Ato da presidência do TRF da 5ª Região. Fase precatorial. Despacho determinando o sobrestamento do requisitório de pagamento ante a existência de ação rescisória desconstitutiva do título exequendo. Natureza administrativa. Cabimento da impetração. Uso do poder geral de cautela. Legitimidade. Ordem de negada. MSPL 102391-PE 417
Trbt e PrCv	Mandado de segurança. Pedido de fiscalização pela Secretaria da Receita Federal na empresa impetrante. Suposto crédito presumido de IPI. Interpretação do requerimento. Segurança deferida. AMS 94271-CE 400
PrCv	Medida cautelar em ação rescisória. Contrato de mútuo c/c hipoteca firmado entre a autora e a Caixa Econômica Federal. Pedido de proibição de alienação e arrematação do imóvel objeto do contrato. Execução extrajudicial promovida pela CEF. Pedido de nulidade da execução não conhecido na ação principal. Instrumentalidade das

cautelares. Inexistência de resultado prático a assegurar. Ação cautelar extinta. Medida Cautelar Inominada (Pleno) 2334-PB ... 424

PrCv Militar que foi preso por duas vezes. Pedido de indenização por danos morais. Inexistência de ato ilegal ou arbitrário a gerar qualquer direito à pretendida indenização. AC 432059-RN 123

P

Ct e Adm Passagem de gasoduto. Exploração por sociedade de economia mista estadual. Margens de rodovia federal. Exigência de remuneração. Legalidade. AC 388614-PE .108

Pen e PrPen Preliminar de duplicidade de apelações interpostas por um mesmo réu. Preclusão consumativa. Nulidade da sentença por falta de exame de teses defensivas. Inocorrência. Preliminar rejeitada. Crime de extorsão qualificada mediante sequestro. Retração em juízo de declarações da fase policial. Princípio do livre convencimento motivado. Coautoria e materialidade. Continuidade delitiva. *Emendatio libelli*. Impossibilidade. Posse e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito e de artefato explosivo. Absolvição. Ausência de prova da existência do fato. Uso de documento falso. Apresentação espontânea. Irrelevância. ACr 5988-RN 314

PrCv e Adm Preliminares. Impossibilidade jurídica do pedido e citação dos litisconsortes passivos necessários. Rejeição. Controle da Administração Pública pelo Judiciário. Im-

possibilidade de correção de prova de concurso. Afastamento da teoria do fato consumado. Manutenção da sentença. Impossibilidade. Desrespeito aos princípios da segurança jurídica e da razoabilidade. AC 373399-PE 79

R

Adm Responsabilidade civil. Demissão de servidor público. Anulação judicial do ato administrativo. Determinação de reintegração no cargo. Danos morais e materiais. Configuração. AC 371382-PE 69

S

Ct e Adm Servidor público federal. Demissão. Processo administrativo disciplinar. Ausência de advogado regularmente constituído. Faculdade da parte. Regularidade. Respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Excesso de punição. Reintegração. Adequação para suspensão por 90 dias. Conversão em pecúnia em função de já se encontrar afastado desde 2002. Desconto sobre as parcelas retroativas. AC 447600-CE 140

PrCv Suspensão de liminar. Repartição de receitas tributárias. Base de cálculo do FPM. Inclusão de incentivos fiscais. Lesão à ordem econômica. Efeito multiplicador. Ocorrência. AgRg na SL 4066-AL 20

PrCv Suspensão de tutela antecipada. Concessionária de serviço público. Defesa de interesses privados. Ilegitimidade ativa. Configuração. AgRg na SL 4085-CE 27

U

Cv e PrCv

Usucapião extraordinária. Preliminar de incompetência da Justiça Federal. Rejeição. Posse prolongada (elemento fático). Não discussão. *Animus domini* (elemento subjetivo, intencional). Controvérsia. Doação ou comodato com encargo. Não comprovação. Posse exercida como se proprietária fosse, no entendimento de que era donatária. Comprovação por prova testemunhal e prova documental incontroversa. Atendimento dos requisitos de lei. Reconhecimento da propriedade. AC 464397-RN..... 151