

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

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

Número 86 - Julho/Agosto - 2010

R. TRF 5ª Região, nº 86, p. 1-344, Julho/Agosto - 2010

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

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

Repositório de jurisprudência – versão eletrônica – credenciado pelo
Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob o nº 70
(Portaria nº 05/2010, *DJe* de 13/04/2010, pág. 4173).

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

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

Desembargador Federal
EDILSON PEREIRA NOBRE JUNIOR - 21.07.10

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 EDILSON PEREIRA NOBRE JUNIOR

SUMÁRIO

I - Jurisprudência	13
II - Índice Sistemático	333
III - Índice Analítico	337

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 6.233-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Autores: CONSTRUTORA CUNHA LTDA. E JOSÉ FRANCISCO DA CUNHA
Réu: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. ANDRÉ LUÍS SANTOS MEIRA E OUTRO (AUTORES)

EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. ADMISSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO AMBIENTAL. MANGUEZAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. MEIO AMBIENTE COMO MACROBEM. DANO DE REPARABILIDADE INDIRETA. RECOMPOSIÇÃO DA ÁREA. COLABORAÇÃO ANTRÓPICA COMPROVADA. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO. RESCISÓRIA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

- Cabível a ação rescisória para desconstituir a decisão homologatória de cálculos em ação rescisória, notadamente quando o argumento utilizado para rescisão é a desconformidade da decisão com a sentença condenatória no processo de cognição. Precedente do STJ: (AR 489/PR, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/04/1997, DJ 26/05/1997 p. 22465).

- Fase de liquidação de sentença condenatória por dano ambiental em manguezal, em que fora apresentado laudo pericial inicialmente fixando o valor da indenização em R\$ 175.017,73 (cento e setenta e cinco mil dezessete reais e setenta e três centavos). Posteriormente, referido laudo foi retificado, atendendo impugnação do Ministério Público, majorando o valor para R\$ 5.616.976,64 (cinco milhões seiscentos e dezesseis mil novecentos e setenta e seis reais e sessenta e quatro

centavos), sendo este valor homologado pelo juízo.

- *Constatada a violação à coisa julgada, pois a decisão homologatória do laudo pericial, conquanto tenha observado os limites postos na sentença quanto à extensão do prejuízo causado ao meio ambiente, se excedeu na fixação dos valores, pois acolhendo laudo retificador que adotou um fator de multiplicação de 17,6, majorando-os em mais de 1600% o valor da condenação, o que se afigura nitidamente desproporcional.*

- *Deve-se atentar para a lógica da reparação do dano ao meio ambiente, considerado como macrobem, incorpóreo e imaterial, visto como um conjunto de fatores que interagem e condicionam a vida das pessoas, cuja reparabilidade é indireta no dizer da doutrina especializada.*

- *O método adotado nos autos para estimar o valor do dano, em números absolutos, se propõe a majorá-lo, conforme a nocividade da ação predatória, mediante multiplicação por um fator numérico (fator de multiplicação), este obtido a partir da qualificação dos agravos perpetrados.*

- *Através de um juízo de valoração acerca do impacto ambiental causado na área do manguezal atingido, se devem considerar os seguintes fatores comprovados nos autos: a) a área era passível de recuperação; e b) o local ter sido recomposto devida a contribuição dos autores, ou seja, ação antrópica juntamente com a natureza, demonstrando que os agentes alcançaram um novo patamar de educação e consciência ambiental.*

- *Embora não se possa afastar totalmente o fator de multiplicação, pois necessário para verificar a gradação do dano dentro do método adotado, impõe-se sua redução para o índice numérico mínimo diante dos fatores já apresentados,*

em homenagem a proporcionalidade, fixando-se a condenação em R\$ 1.190.058,00 (hum milhão, cento e noventa mil e cinquenta e oito reais), conforme cálculo realizado no presente voto, devendo a correção monetária incidir a partir da presente decisão.

- Destacada a necessidade de se exercer o juízo rescisório, neste caso, haja vista o processo está devidamente instruído com provas periciais, bem como ser forma de dar eficácia ao art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal, que garante as partes a razoável duração do processo. Pois, a sentença liquidanda transitou em julgado em 1997, tendo a ação civil pública que lhe deu origem sido proposta em 17/06/1990, ou seja, temos 20 anos de trâmite de processo sem a integral satisfatividade do direito material, o que não se afigura razoável.

- Ação rescisória parcialmente procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AR 6233-SE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, em admitir o cabimento da ação rescisória, e, no mérito, por maioria, julgar parcialmente procedente a ação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 2 de junho de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Trata-se de ação rescisória com pedido de antecipação de tutela proposta pela Construtora Cunha e José Francisco da Cu-

nha contra o Ministério Público Federal, em razão do trânsito em julgado da decisão que, em liquidação de sentença proferida em ação civil pública, homologou o laudo retificador apresentado pela perita nomeada pelo juízo, fixando a indenização por dano ambiental em R\$ 5.616.976,64 (cinco milhões seiscentos e dezesseis mil novecentos e setenta e seis reais e sessenta e quatro centavos).

2. Os autores fundamentam a demanda no artigo 485, IV, V e IX do Código de Processo Civil, aduzindo que a decisão impugnada ofendeu a coisa julgada e violou literal disposição de lei, argumentando, em síntese articulada, o seguinte:

a) que a sentença condenatória determinou a indenização restrita aos prejuízos já causados, tendo o laudo pericial, homologado pelo juízo, calculado o valor com base na perda total da área do manguezal, desconsiderando a recuperação do meio ambiente promovida pelos autores;

b) que a metodologia utilizada para aferição do valor da indenização é inadequada ao presente caso, haja vista que o método adotado pela perita é *destinado à parte ex adversa*, ou seja, destina-se ao Ministério Público para quantificar o dano ambiental e, assim, instruir a ação civil pública, quando ainda não existira composição dos danos;

c) por violação ao art. 248 do CPC, o fato de a magistrada ter considerado alguns dados do laudo pericial que fora anulado pelo magistrado que presidira o feito anteriormente; concluindo que se a decisão está fundamentada em prova nula, também será nula.

d) por fim, requer os autores, liminarmente, a antecipação parcial da tutela, no sentido de suspender os efeitos da decisão rescindenda; e, quanto ao mérito, a desconstituição da decisão, determinando a produção de nova prova pericial; ou, alternativamente, que profira novo julgamento da causa fixando o valor da indenização.

3. À fl. 1253, foi concedida medida liminar para suspender o cumprimento da decisão rescindenda até o final do processo.

4. O Ministério Público Federal apresentou contestação aduzindo o seguinte: a) o não cabimento da ação rescisória, pois, pretendem as partes utilizar a ação como sucedâneo recursal, pre-

tendendo discutir questões decididas na instância inferior, o que é vedado pelo § 2º do art. 485 do CPC; b) intuito procrastinatório da rescisória, pois a execução da decisão condenatória “*se arrasta por vários anos, sem que os réus, condenados em 17/11/1993*” tenham cumprido o comando decisório; c) respeito pela decisão de liquidação, às garantias do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da coisa julgada, porquanto a liquidação de sentença deve ser respeitada por não admitir cognição, sendo regular o arbitramento do valor da indenização pecuniária.

5. Concluindo a contestação, requer a Procuradoria da República, preliminarmente, o não conhecimento da ação rescisória, e, no mérito a improcedência dos pedidos formulados.

6. Contra decisão liminar o Ministério Público interpôs agravo regimental, julgado improvido à unanimidade pelo Tribunal Pleno, sendo mantida, assim, a suspensão da execução da decisão impugnada.

7. Em seguimento, o *Parquet* apresenta razões finais alegando em sede preliminar o não cabimento da ação rescisória; quanto ao mérito, dizem que a decisão condenatória transitou em julgado desde 28/04/1997, sendo que os autores não pagaram a indenização e promoveram poucas ações tendentes a recuperar o dano ambiental, o que só restou recuperado na inspeção judicial realizada em 14/02/2008, que, enfim, a ação é procrastinatória, pelo que requer sua improcedência.

8. Instado a se pronunciar, a parte autora ficou inerte, conforme certidão constante à fl. 1305.

9. É o relatório.

VOTO

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

1. Originariamente, os autos tratam de ação civil pública, por responsabilidade decorrente de dano ambiental, promovida pelo Ministério Público Federal contra a Construtora Cunha Ltda. e o sócio José Francisco da Cunha, em razão de aterro e desmatamento em 4 ha. de área de mangue, sendo condenados a promover a recomposição do mangue destruído, bem como ao paga-

mento de indenização pecuniária pelos danos já causados, a ser apurado em liquidação de sentença. No caso de ser impossível a recuperação do dano, determinou, alternativamente, o magistrado, a indenizar os prejuízos decorrentes da perda total da área.

2. Transitado em julgado a sentença, iniciou-se a fase de liquidação por arbitramento a fim de apurar o valor do dano ambiental já causado, nos termos da sentença, sendo nomeado perito pelo juízo para elaboração do laudo pericial.

3. Daí foram gerados três laudos:

- 1) o primeiro, elaborado pela Engenheira Florestal do IBAMA, Fátima Maria Diaz da Hora, apresentando como valor da indenização R\$ 12.056.834,24 (doze milhões, cinqüenta e seis mil, oitocentos e trinta e quatro reais);
- 2) o segundo, elaborado pela bióloga Marly Menezes Santos, considerando como valor da indenização R\$ 175.017,73 (cento e setenta e cinco mil, dezessete reais e setenta e três centavos);
- 3) o terceiro, retificador do segundo laudo, apresentado pela mesma bióloga, atendendo ao pedido de revisão elaborado pelo Ministério Público Federal, fixando como valor da indenização devida, R\$ 5.616.976,64 (cinco milhões seiscientos e dezesseis mil novecentos e setenta e seis reais e sessenta e quatro centavos).

4. Por fim, o terceiro laudo, apresentando o valor de R\$ 5.616.976,64, foi homologado pela juíza federal, sendo objeto da presente ação rescisória.

5. Realizada esta breve digressão sobre os autos, cumpre analisar o cabimento da presente ação impugnatória em sede de liquidação de sentença à luz dos pressupostos estabelecidos pelo art. 485 do CPC.

6. Não olvidando a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da natureza jurídica da decisão em liquidação de sentença, tenho por certo o seu conteúdo meritório, fazendo coisa julgada material a ser desconstituída mediante ação rescisória, conforme entendimento da doutrina processual moderna, vejamos:

Prefiro, assim, o entendimento de que essa decisão tem natureza jurídica de sentença, excepcionalmente recorrível por agravo de instrumento. Importante ressaltar que mesmo a doutrina que defende a natureza de decisão interlocutória reconhece tratar-se de decisão de mérito, apta a gerar coisa julgada material a ser rescindida por ação rescisória.

(Daniel Amorim Assumpção Neves, *in Manual de Direito Processual Civil*, Ed. Método, Volume único, 2009, pág. 817)

7. Do mesmo modo, o STJ se manifestou no sentido de ser cabível a ação rescisória para desconstituir a decisão homologatória de cálculos em liquidação de sentença, notadamente quando o argumento utilizado para rescisão é a desconformidade da decisão com a sentença condenatória no processo de cognição, *verbis*:

1. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DO CÁLCULO EM DESCONFORMIDADE COM O DECIDIDO NA SENTENÇA DE MÉRITO, NO PROCESSO DE CONHECIMENTO. RESCINDIBILIDADE.

2. **A ação rescisória constitui a via adequada para a desconstituição de decisão homologatória de liquidação, quando em desconformidade com a sentença de mérito proferida no processo de conhecimento.**

3. O prequestionamento do preceito de lei indicado como malferido não constitui pressuposto da “rescisória”, porquanto, consoante a jurisprudência predominante, para justificar o juízo rescindendo e indiferente que a lei tenha sido invocada ou não no processo principal.

4. A decisão que homologa o cálculo de liquidação há de observar estritamente o que foi decidido na sentença exequenda, já que é defeso, ao juiz, na liquidação, discutir de novo a lide, ou alterar o provimento jurisdicional que a julgou.

5. *In casu*, em observância ao decidido no julgamento de mérito, os “juros moratórios não incidem, sobre o *quantum* indenizatório, a partir da data do evento.

6. Ação rescisória procedente. Decisão unânime.

(AR 489/PR, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRI-

MEIRA SEÇÃO, julgado em 23/04/1997, DJ 26/05/1997, p. 22465)

8. Em sendo assim, entendo preenchido o pressuposto constante no *caput* do art. 485 do CPC para fins de cabimento da ação rescisória, pelo que passo a análise de mérito.

9. De se ver que o procedimento de liquidação de sentença encontra limites na sentença condenatória que lhe deu causa, ou seja, é instrumento voltado à satisfação do direito posto na sentença, devendo fiel observância conforme comando inserto no art. 475-G do CPC, que dispõe:

É defeso na liquidação, discutir de novo a lide ou modificar a sentença que a julgou.

10. Em retorno ao presente caso concreto, temos que a sentença condenatória do processo de conhecimento traz o seguinte comando na parte dispositiva:

Isto posto, julgo procedente a ação para condenar os réus a promoverem a recomposição do mangue destruído desaterrando a área a que refere o laudo pericial, no prazo de um ano, comprovado com relatórios trimestrais sujeitos à verificação do IBAMA, ADEMA, SPU e Ministério Público. Condeno-os, ainda, ao pagamento de uma indenização pecuniária pelos danos já causados, a ser apurada em liquidação.

Caso seja impossível a recomposição da área devastada, ficam os suplicados também condenados a indenizar os prejuízos decorrentes com a perda da área, também a serem apurados em liquidação.

11. Pela leitura do dispositivo supra transcrito, tem-se que a liquidação de sentença tem por objeto apurar o **pagamento de uma indenização pecuniária pelos danos já causados**, pois, apenas haveria indenização pelos prejuízos decorrentes da perda da área no caso de impossibilidade de recomposição da área devastada.

12. Constatado o objeto da liquidação de sentença segue a análise da violação à coisa julgada.

13. Pelo visto, o laudo retificador (fls. 864 a 877) que deve ser analisado juntamente com o laudo original, ao realizar a valoração

dos danos e agravos ambientais **deixou de considerar aspectos relevantes que acabou por tornar o valor da indenização desproporcional**, porquanto levou em conta a perda total da área do mangue, desprezando tanto a viabilidade de recuperação como a conduta positiva do agente responsável tendente a recompor a área devastada, além de tratar o dano ambiental de forma uniforme, sem distinguir a área aterrada daquela que foi objeto de corte, conforme se infere de algumas passagens, vejamos:

3.1 O dano ambiental ocorreu em uma área total de 4,0 ha. (quatro hectares); Em visita ao campo, reavaliamos também a interação do dano e a realidade de campo. Essa análise, expressa que o impacto ambiental ocorreu nos 4,0 hectares, apesar de que o aterro se processou em apenas em 0,4 hectares ou seja 10% do seu total. Dessa forma, não podemos descartar a realidade da área total que foi comprometida por desmatamento e aterro;

3.2 Considerou-se, portanto, nessa nova reavaliação, **a área total a qual corresponde a 4,0 hectares, independente se houve aterro ou não**. O fato imperativo dessa análise, foi a agressão ocorrida e a área comprometida;

4. **As alterações aqui apresentadas se reverteram também com relação ao plantio do mangue**. Conforme a metodologia utilizada para a base de cálculo expressa.

14. Pela simples leitura dos autos se percebe que realmente houve o impacto ambiental de toda a área, mas que os fatos geradores do impacto são diferentes porque a gravidade do aterro é maior do que o corte da vegetação, e o dito aterro se deu em apenas 10% da área, quando 90% foi objeto de corte.

15. Neste aspecto, houve quebra da proporcionalidade quando a perícia valora o impacto ambiental, considerando um agravamento único para sopesar os fatos mais graves e menos graves, principalmente porque a conduta mais grave incidiu em percentual menor da área afetada.

16. Em que pese afirmar a possibilidade de recuperação ambiental e a ação para retirada do aterro, em nenhum momento a perícia considera tais fatos no juízo de valor que exerce para a agravação e quantificação do dano causado.

17. Neste ponto, também se visualiza a quebra da proporção

nalidade, a linha tênue que impede a imposição de excessos, a justa medida, porquanto o laudo leva a crer que adota como ponto de partida o falso pressuposto da perda total da área e da irreversibilidade do meio ambiente.

18. E, quando a sentença transitada em julgado divide a condenação em duas partes de forma cumulativa (obrigação de reparar o dano e indenizar pelos danos já causados), está pressupondo que o meio ambiente será restaurado pelo réu e os danos causados devem ser indenizados dentro da proporcionalidade, tendo em vista a justa medida entre a ação e sanção decorrente.

19. A violação à coisa julgada é evidenciada quando a decisão que homologa os cálculos da liquidação, embora tenha observado o cumprimento formal do disposto na sentença, deixou de considerar o conteúdo material, sentido na desproporcionalidade entre a conduta predatória do agente e o valor da indenização, dentro do contexto probatório que se apresenta.

20. Pois, o cumprimento desproporcional e desarrazoado da sentença importa em descumprimento, ou seja, neste caso, violação à coisa julgada.

21. Por conseguinte, no exercício do juízo rescindente julgo procedente a presente ação para desconstituir a decisão impugnada e passo a proferir novo julgamento à causa.

22. Como visto exaustivamente, o presente caso concreto trata de condenação cível por dano ambiental incidente em uma área de 4,0 ha. (quatro hectares) de mangue, onde 0,4 hectares (10%) sofreu aterro e a parte remanescente foi objeto de corte, situados nas margens do Rio Poxim, no Município de Aracaju/SE.

23. Impende destacar a relevância da região afetada, porquanto se trata de MANGUEZAL, área de preservação permanente, conforme previsão expressa no art. 2º, *f*, da Lei 4.771/1965, cujo histórico e importância ao nosso ecossistema foi bem delineada em recente acórdão de relatoria do Ministro Herman Benjamin do STJ, como se verifica da seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. NATUREZA JURÍDICA DOS MANGUEZAIS E MARISMAS. TERRENOS DE MARINHA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.

ATERRO ILEGAL DE LIXO. DANO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. OBRIGAÇÃO *PROPTER REM*. NEXO DE CAUSALIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PAPEL DO JUIZ NA IMPLEMENTAÇÃO DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL. ATIVISMO JUDICIAL. MUDANÇAS CLIMÁTICAS. DESAFETAÇÃO OU DECLASSIFICAÇÃO JURÍDICA TÁCITA. SÚMULA 282/STF. VIOLAÇÃO DO ART. 397 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ART. 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981.

1. Como regra, não viola o art. 397 do CPC a decisão que indefere a juntada de documentos que não se referem a fatos novos ou não foram apresentados no momento processual oportuno, ou seja, logo após a intimação da parte para se manifestar sobre o laudo pericial por ela impugnado.

2. Por séculos prevaleceu entre nós a concepção cultural distorcida que enxergava nos manguezais *lato sensu* (= manguezais *stricto sensu* e marismas) o modelo consumado do feio, do fétido e do insalubre, uma modalidade de patinho-feio dos ecossistemas ou antítese do Jardim do Éden.

3. Ecossistema-transição entre o ambiente marinho, fluvial e terrestre, os manguezais foram menosprezados, popular e juridicamente, e por isso mesmo considerados terra improdutiva e de ninguém, associados à procriação de mosquitos transmissores de doenças graves, como a malária e a febre amarela. Um ambiente desprezível, tanto que ocupado pela população mais humilde, na forma de palafitas, e sinônimo de pobreza, sujeira e párias sociais (como zonas de prostituição e outras atividades ilícitas).

4. Dar cabo dos manguezais, sobretudo os urbanos em época de epidemias, era favor prestado pelos particulares e dever do Estado, percepção incorporada tanto no sentimento do povo como em leis sanitárias promulgadas nos vários níveis de governo.

5. Benfeitor-modernizador, o adversário do manguezal era incentivado pela Administração e contava com a leniência do Judiciário, pois ninguém haveria de obstaculizar a ação de quem era socialmente abraçado como exemplo do empreendedor a serviço da urbanização civilizadora e do saneamento purificador do corpo e do espírito.

6. Destruir manguezal impunha-se como recuperação e cura de uma anomalia da Natureza, convertendo a aberração

ção natural – pela humanização, saneamento e expurgo de suas características ecológicas – no Jardim do Éden de que nunca fizera parte.

7. No Brasil, ao contrário de outros países, o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente. Elas jorram da lei, após terem passado pelo crivo do Poder Legislativo. Daí não precisarmos de juízes ativistas, pois o ativismo é da lei e do texto constitucional. Felizmente nosso Judiciário não é assombrado por um oceano de lacunas ou um festival de meias-palavras legislativas. Se lacuna existe, não é por falta de lei, nem mesmo por defeito na lei; é por ausência ou deficiência de implementação administrativa e judicial dos inequívocos deveres ambientais estabelecidos pelo legislador.

8. A legislação brasileira atual reflete a transformação científica, ética, política e jurídica que reposicionou os manguezais, levando-os da condição de risco à saúde pública ao patamar de ecossistema criticamente ameaçado. Objetivando resguardar suas funções ecológicas, econômicas e sociais, o legislador atribuiu-lhes o regime jurídico de Área de Preservação Permanente.

9. É dever de todos, proprietários ou não, zelar pela preservação dos manguezais, necessidade cada vez maior, sobretudo em época de mudanças climáticas e aumento do nível do mar. Destruí-los para uso econômico direto, sob o permanente incentivo do lucro fácil e de benefícios de curto prazo, drená-los ou aterrá-los para a especulação imobiliária ou exploração do solo, ou transformá-los em depósito de lixo caracterizam ofensa grave ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao bem-estar da coletividade, comportamento que deve ser pronta e energicamente coibido e apenado pela Administração e pelo Judiciário.

10. Na forma do art. 225, *caput*, da Constituição de 1988, o manguezal é bem de uso comum do povo, marcado pela imprescritibilidade e inalienabilidade. Logo, o resultado de aterramento, drenagem e degradação ilegais de manguezal não se equipara ao instituto do acrescido a terreno de marinha, previsto no art. 20, inciso VII, do texto constitucional.

11. É incompatível com o Direito brasileiro a chamada desafetação ou desclassificação jurídica tácita em razão do

fato consumado.

12. As obrigações ambientais derivadas do depósito ilegal de lixo ou resíduos no solo são de natureza *propter rem*, o que significa dizer que aderem ao título e se transferem ao futuro proprietário, prescindindo-se de debate sobre a boa ou má-fé do adquirente, pois não se está no âmbito da responsabilidade subjetiva, baseada em culpa.

13. Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem.

14. Constatado o nexo causal entre a ação e a omissão das recorrentes com o dano ambiental em questão, surge, objetivamente, o dever de promover a recuperação da área afetada e indenizar eventuais danos remanescentes, na forma do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81.

15. Descabe ao STJ rever o entendimento do Tribunal de origem, lastreado na prova dos autos, de que a responsabilidade dos recorrentes ficou configurada, tanto na forma comissiva (aterro), quanto na omissiva (deixar de impedir depósito de lixo na área). Óbice da Súmula 7/STJ.

16. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 650.728/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2007, DJe 02/12/2009)

24. Dito isto, devemos atentar para a lógica da reparação do dano ao meio ambiente, considerada como macrobem, incorpóreo e imaterial, visto como um conjunto de fatores que interagem e condicionam a vida das pessoas, cuja reparabilidade é indireta no dizer da doutrina especializada, *verbis*:

Dano ambiental de reparabilidade indireta, quando diz respeito a interesses difusos, coletivos e eventualmente individuais de dimensão coletiva, concernentes à proteção do macrobem ambiental e relativos à proteção do meio ambiente como bem difuso, sendo que a reparabilidade é feita, indireta e preferencialmente, ao em ambiental de interesse coletivo e não objetivando ressarcir interesses próprios e pessoais. Observe-se que, nesta concepção, o meio ambiente é reparado indiretamente no que concerne à sua

capacidade funcional ecológica e à capacidade de aproveitamento humano e não, por exemplo, considerando a deterioração de interesses dos proprietários do bem ambiental.

(José Rubens Morato Leite, *in Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Ed. Revista dos Tribunais, pág. 96/97)

25. Nesta linha de raciocínio, quando a sentença determina o pagamento de uma indenização pecuniária pelos danos já causados, ou seja, pelos danos ambientais já sentidos, considera dois pressupostos: 1) que os autores cessarão com a ação predatória; e 2) o dano ambiental, pelo seu próprio conceito, por não ter reparação imediata, deve ser considerado pelo impacto ambiental causado.

26. Em outros termos, o valor do dano ambiental não se reflete simplesmente com o valor calculado para o replantio do mangue e a recolocação das espécimes extintas, mas se deve considerar os efeitos gerados no meio ambiente pelo dano, sendo exatamente este ponto que justifica a necessidade da perícia.

27. Dessa forma, não procede a irrisignação dos ilustres autores que pretendem, na verdade, excluir da indenização **os efeitos dos danos ambientais já causados**, sob o argumento de que já houve recuperação e assim, restaria violada a coisa julgada, ou descumprimento ao disposto na sentença.

28. Pois, “os danos já causados” constantes na sentença condenatória, referem-se ao impacto ambiental decorrente da ação predatória dos autores, cujos efeitos futuros já existem desde o momento da conduta danosa, haja vista o desequilíbrio causado na área especialmente protegida.

29. Por outro lado, têm razão os autores quando pretendem que sejam considerados os seguintes fatores: a) a área atingida é passível de recomposição; e b) houve a efetiva recuperação do ambiente hostilizado.

30. Conforme a resposta aos quesitos formulados pelo Ministério Público, foi enfática a perita ao afirmar: “*Sim. Todo ecossistema é passível de recuperação, desde que seja cessado o impacto.*” (Fl. 738).

31. No mesmo documento, fl. 739, afirmou ainda a perícia que, em janeiro de 2000, o referido local apresentava melhoria bastante significativa, atribuindo tal recuperação a ações tencionadas a recompor a área, exemplificando com a retirada de aterro e abertura de canais viabilizando a reciclagem de nutrientes.

32. Adiante, no relatório de inspeção judicial, datado de março de 2008, atesta a recuperação do mangue, fato este também confirmado pela Procuradora Regional da República, à fl. 1103, afirmando que considera cumprida a sentença no tocante a determinação de retirada do aterro e recomposição do mangue.

33. Feitas estas considerações e passando a analisar diretamente o laudo pericial homologado, tenho que estes **dois fatores relevantes**: possibilidade de recuperação do meio ambiente degradado e a efetiva recuperação devem ser considerados no momento de valorar a gravidade do dano para fins de se calcular o valor da indenização devida.

34. Tais fatores são adotados como pressupostos para restaurar a proporcionalidade da condenação e, assim, viabilizar o cumprimento da obrigação pecuniária em favor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.

35. Pois bem, a metodologia adotada nos laudos é utilizada pelo Governo do Estado de São Paulo, desenvolvida pela Engenheira Agrônoma Claudette Marta Hahn (fls. 656-675), com objetivo de fornecer subsídios para quantificação do dano ambiental, notadamente nas ações civis de responsabilidade em matéria de meio ambiente.

36. Mesmo porque, apesar de várias propostas metodológicas tencionadas a buscar solução para quantificação do dano ambiental, o fato é que não existe método preciso, perfeito ou exclusivo para fixar tais valores, cabendo ao juízo no caso concreto, sempre buscando parâmetros objetivos e contando com o bom senso do julgador.

37. Dessarte, não prosperam os argumentos dos autores no sentido de que a referida metodologia restaria inaplicável ao caso, porquanto, diferentemente do que se afirma, tal proposta não está atrelada aos interesses do Ministério Público quando da propositu-

ra da ação civil pública, mas se trata de um estudo genérico direcionado à quantificação do dano ambiental de várias espécies.

38. A doutrina hodierna em matéria ambientalista reconhece o aludido método, utilizado pela Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo, como idôneo na difícil tarefa de valorar o dano ambiental, vejamos literalmente:

Entre as diversas metodologias existentes, não se pode deixar de mencionar as propostas relativas à tarifação da indenização, mediante a definição prévia de valores a serem atribuídos a tipos específicos de lesão ambiental. Nesse sentido, assinala Passos de Freitas que “têm sido feitas várias tentativas de criar tabelas básicas para fixar valores das indenizações e, a partir delas, adequá-los ao caso concreto”. A proposta Metodológica para Valoração de Danos Ambientais, da Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo, é trazida pelo autor mencionado como exemplo de pioneirismo em matéria de tarifação ambiental.

(José Rubens Morato Leite, *in Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Ed. Revista dos Tribunais, págs. 96/97)

39. Como proposta, o estudo apresenta soluções objetivas, partindo de uma diretriz genérica, mas que tenta abranger o maior número de situações possíveis, o que não dispensa adaptações em cada caso concreto, como se infere da narrativa da própria idealizadora, *verbis*:

Apesar de ainda existirem diversas lacunas que provavelmente a proposta metodológica ora apresentada não preencha, acredita-se que somente a avaliação dos casos concretos poderá suprir as deficiências a ela inerentes. Pretende-se que a metodologia ora apresentada seja constantemente revista e retificada na medida que os casos apreciados pela justiça tenham solução a nível dos tribunais.

40. De acordo com o método adotado, o valor da indenização pelo prejuízo causado ao meio ambiente é obtido mediante a utilização das seguintes fórmulas:

Fórmula 1: INDENIZAÇÃO = Fator de Multiplicação x Valor de Exploração

OU

Fórmula 2: INDENIZAÇÃO = Fator de Multiplicação x Valor de Recuperação

41. Devido à dificuldade em se valorar o dano, a avaliação da perda do mangue deve se dar a partir do preço de sua recuperação, posto tratar-se de bem sem valor comercial. A adoção deste critério alternativo, visualizado aqui pela fórmula 2, atende, portanto, a uma necessidade prática de estimar o valor da vegetação suprimida, aspecto que em nada se confunde com a obrigação de recuperá-la.

42. Neste ponto vale frisar o seguinte: a utilização do valor de recuperação serve apenas para se ter um parâmetro para quantificar o dano e **não significa que se está desconsiderando a recuperação ambiental e nem o fato de que o autor colaborou para o êxito da recomposição do ecossistema.**

43. Em seguimento, tendo em vista que a mortandade dos caranguejos uçá é passível de valoração econômica, foi utilizada a primeira fórmula para se chegar ao valor de indenização, enquanto que o desmatamento do manguezal, considerando o aterro e o corte, mereceu a aplicação da segunda, que parte do valor de recuperação.

44. Nesta tentativa de servir às mais diversas situações, o método da Dr^a Hahn, além de estimar o valor do dano, em números absolutos, se propõe a majorá-lo, conforme a nocividade da ação predatória, mediante multiplicação por um fator numérico (fator de multiplicação), este obtido a partir da qualificação dos agravos perpetrados.

45. Este fator numérico é obtido através da utilização de uma tabela onde, arbitrado um índice numérico à qualificação do dano ou agravo, procura-se qual o fator de multiplicação correspondente àquele índice, para, ao final, servir como base para calcular o dano ambiental.

46. A tabela abaixo é a utilizada para se encontrar o fator de multiplicação que servirá para o cálculo final da indenização:

ASPECTOS DO AMBIENTE	INTERVALO DE ÍNDICES NUMÉRICOS CORRESPONDENTES À QUALIFICAÇÃO DOS AGRAVOS				
SOLO/SUBSOLO	< =7,5	< =15,0	< =22,5	< =30,0	< =37,5
FAUNA	< =6,4	< =12,8	< =19,2	< =25,6	< =32,0
FLORA	< =6,6	< =13,2	< =19,8	< =26,4	< =33,0
PAISAGEM	< =8,0	< =16,0	< =24,0	< =32,0	< =40,0
FATOR DE MULTIPLICAÇÃO	< =1,6	< =3,2	< =6,4	< =12,8	< =25,6

47. Em vista destes dados, a perícia considerou os seguintes aspectos ambientais: solo/subsolo, fauna, flora e paisagem, atribuindo a cada um índices numéricos diferentes que corresponderia à gravidade do dano visualizado, para chegar ao fator de multiplicação 17,6.

48. Entretanto, dentro da proposta metodológica apresentada, mas realizando adaptações para a valoração e quantificação do dano no caso concreto, tem-se que a estipulação do fator de multiplicação serve para embutir no valor da indenização o grau da lesividade ambiental.

49. Partindo dessa premissa, exercendo um juízo de valoração acerca do impacto ambiental causado na área juntamente com o fato de a área ser passível de recuperação, bem como já ter sido recomposta pela ação da natureza mas com contribuição dos autores, demonstrando ter alcançado um novo patamar em educação ambiental; passo a considerar que a qualificação dos agravos não deve ultrapassar os índices numéricos descritos na primeira coluna, chegando-se ao fator de multiplicação de 1,6 referente a cada aspecto do ambiente.

50. Em outros termos, as atitudes positivas do autor, voltadas à recuperação da área degradada, bem como a recomposição efetiva do meio ambiente, **estão sendo devidamente consideradas para reduzir a gravidade do dano, e, assim, diminuir o quantum indenizatório.**

51. Dessarte, considerando o dano/agravo ao meio ambiente em todos os aspectos em menor grau, está, indubitavelmente, dentro dos intervalos apresentados na primeira coluna, obtendo como fator de multiplicação o índice 6,4 nestes termos:

ASPECTOS DO AMBIENTE	PONTUAÇÃO DOS DANOS/AGRAVOS	FATOR DE MULTIPLICAÇÃO
SOLO/SUBSOLO	< =7,5	1,6
FAUNA	< =6,4	1,6
FLORA	< =6,6	1,6
PAISAGEM	< =8,0	1,6
TOTAL (soma dos fatores de multiplicação)		6,4

52. Desse modo, considerando os dados e valores trazidos pela perícia, mas considerando a gravidade do dano em menor escala, conforme fundamentação supra, e aplicando a fórmula adotada chegamos aos seguintes valores:

INDENIZAÇÃO	FATOR DE MULTIPLICAÇÃO	VALOR DE EXPLORAÇÃO (R\$)	VALOR DE RECUPERAÇÃO (R\$)	VALOR APURADO (R\$)
Área do mangue 4 ha. (10% de aterro + 90% de corte)	6,4		161.280,00	1.032.192,00

53. Em seguimento, tendo em vista que a perícia obteve o valor da indenização partindo da valoração de duas bases: degradação de 4,0 ha. do mangue e a exploração econômica da área desmatada e aterrada, precisamente em razão da mortandade dos caranguejos-uçá, passo a realizar a seguinte análise.

54. Na apreciação do valor de exploração da área desmatada, a perita fez um levantamento bastante eficaz acerca da existência de caranguejos-uçá, considerando os vários aspectos do desmatamento, porquanto, embora se pudessem trazer novas espécies ao local, existiria a perda considerável das gerações referentes àqueles caranguejos que haviam sido exterminados.

55. Não obstante, encontrado o valor de exploração partindo do *quantum* atribuído à corda de caranguejo, aplicou a perícia o mesmo fator de multiplicação, qual seja, 17,4, deixando de justificar a aplicação do percentual, por entender que tal índice numérico deveria incidir sobre o valor total da área.

56. Tal conclusão não me parece a mais justa, porque, se foram considerados dois cálculos distintos e aplicado o fator de multiplicação ao cálculo destinado à valoração da área degradada, já considerando a gravidade incidente sobre a fauna, a finalidade do fator de multiplicação perde a sua razão de ser, pois, de um lado, a fauna já foi valorada e, de outro, a gravidade do dano já seria sopesada pela quantificação da perda dos caranguejos através de gerações, ou seja, a gravidade do dano já foi sopesada pela extinção precoce das espécies.

57. Em sendo assim, realizando as devidas adaptações ao método, entendo que a utilização do fator de multiplicação não se justifica no caso da valoração do dano incidente sobre a mortandade dos caranguejos-uçá, mas torna-se apenas um gravame desnecessário, devendo o valor de exploração ser considerado pela quantia obtida sem o efeito multiplicador, sendo o seguinte:

INDENIZAÇÃO CALCULADA	FATOR DE MULTIPLICAÇÃO	VALOR DE EXPLORAÇÃO (R\$)	VALOR DE RECUPERAÇÃO (R\$)	VALOR APURADO (R\$)
Vegetação	157.866,40		157.866,40

58. Com efeito, em ambas as avaliações, foram considerados os quatro hectares do mangue devastado, pois, toda aquela área, e não apenas a do aterro, foi comprometida pela intervenção predatória.

59. Por fim, resta como valor final da indenização o seguinte:

INDENIZAÇÃO CALCULADA	FATOR DE MULTIPLICAÇÃO	VALOR DE EXPLORAÇÃO (R\$)	VALOR DE RECUPERAÇÃO (R\$)	VALOR APURADO (R\$)
Área de mangue	6,4		161.280,00	1.032.192,00
Área desmatada	...			1.190.058,00

60. Por sua vez, merece ser rechaçado o argumento do autor no sentido da necessidade de realização de segunda perícia, nos termos do art. 437 do CPC, porquanto tal dispositivo se trata de faculdade posta à disposição do julgador quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida, não importando em obrigação legal, desse modo é perfeitamente válido o laudo adotado que teve por fim corrigir as falhas do primeiro apresentado.

61. Também não prospera a alegação de violação ao art. 248 do CPC, pois a juíza sentenciante, ao homologar os cálculos, aceitou integralmente o laudo retificador, fazendo menção a dados do laudo anulado, quanto ao custo estimado para recuperação do manguezal, apenas de passagem, para construir seus elementos de convicção, inexistindo qualquer irregularidade neste fato.

62. Como foi dito, o julgamento da ação rescisória comporta a análise de dois pedidos, aquele que se refere à rescisão do julgado, quando se exercerá o juízo rescindendo; e o pedido de novo julgamento, quando se exerce o juízo rescisório.

63. Neste caso, é de ser destacada a necessidade de se exercer o juízo rescisório, inclusive, como forma de dar eficácia ao art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, que garante às partes a razoável duração do processo.

64. Ora, como bem menciona o Ministério Público, a sentença liquidanda transitou em julgado em 1997, tendo a ação civil pública que lhe deu origem sido proposta em 17/06/1990, ou seja, temos

20 anos de trâmite de processo sem a integral satisfatividade do direito material, o que não se afigura razoável.

65. Acrescente-se ainda o argumento de que o processo se encontra devidamente instruído, com laudos periciais e valores, merecendo apenas análise para aplicação do direito ao caso concreto.

66. Pelo exposto, julgo parcialmente procedente a presente ação, para, rescindindo o julgado, fixar o valor da indenização pelo dano ambiental em R\$ 1.190.058,00 (um milhão, cento e noventa mil e cinquenta e oito reais), que se mostra justo e razoável nos termos da fundamentação supra, devendo a correção monetária incidir a partir da presente decisão.

67. Deixo de condenar as partes em honorários advocatícios em face da sucumbência recíproca.

68. É como voto.

AÇÃO RESCISÓRIA N° 6.329-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Autores: ANA JACQUELINE DA SILVA NOGUEIRA E OUTROS
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Adv./Proc.: DRA. MARIA DO SOCORRO DA SILVA (AUTORES)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. INTERESSE DE MENOR ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. ACÓRDÃO QUE ACOLHEU A INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INFRAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO LEGAL. EXISTÊNCIA. PEDIDO RESCISÓRIO JULGADO PROCEDENTE EM PARTE. FAVORECIMENTO APENAS DOS DEMANDANTES INCAPAZES À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA AÇÃO DE CONHECIMENTO.

- É de ser desconstituído acórdão que acolheu a

incidência da prescrição quinquenal sobre eventuais parcelas devidas a título de pensão por morte de segurado do INSS, por violação a literal disposição de lei (art. 198 da Lei 10.406/02 - novo Código Civil – c/c o art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/91), em virtude da inocorrência desse instituto processual sobre as frações relativas à cota-parte de dependentes menores do falecido.

- Procedência parcial do pedido rescisório, para desconstituir parte da decisão rescindenda que albergou a prescrição quinquenal, que deverá ser afastada, em benefícios dos filhos menores do instituidor do benefício previdenciário. Sem fixação de honorários advocatícios sucumbenciais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AR 6.329-PE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do Pleno do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em julgar parcialmente procedente o pedido rescisório, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 2 de junho de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Trata-se de ação rescisória ajuizada por ANA JAQUELINE DA SILVA NOGUEIRA, por si só, e representando os seus filhos GUSTAVO NOGUEIRA GOMES e ANA CAROLINA NOGUEIRA GOMES, com fundamento no art. 485, V, do CPC, objetivando a rescisão de acórdão da Segunda Turma desta Corte Regional, que, por unanimidade, confirmando a sentença por mim prolatada quan-

do no exercício da Magistratura no primeiro grau de jurisdição, assegurou o pagamento dos valores atrasados do pensionamento por morte auferido pelos ora autores, observada a prescrição quinquenal, dada a necessidade de seu termo *a quo* remontar à data do óbito do ex-segurado, qual seja, 04.03.94, e não à data do requerimento administrativo, havido em 19.06.01, compensando os valores recebidos administrativamente.

2. Eis a ementa do acórdão rescindendo lavrada pelo eminente Desembargador Federal LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. INÍCIO DO BENEFÍCIO. DATA DO ÓBITO. LEI 8.213/91. ART. 74. REDAÇÃO ORIGINAL.

1. Tendo a parte autora implementado as condições para obtenção do benefício na vigência do art. 74 da Lei 8.213/91, em sua redação original, não poderia lei nova retroagir para atingir o seu direito, que já se incorporou ao seu patrimônio jurídico, sob pena de malferimento dos princípios da irretroatividade da lei e do direito adquirido.

2. Apelação e remessa oficial improvidas. (Fl. 124).

3. Na presente ação, alegam os autores que o *decisum* merece ser desconstituído em face da impossibilidade da incidência da prescrição quinquenal em lides em que há interesses de incapazes. Sustentam, ainda, a necessidade de declaração de nulidade do processo de conhecimento porquanto, mesmo diante da existência de menores no polo ativo da demanda, não houve a intervenção do órgão ministerial com ofício no juízo originário.

4. Na contestação (fls. 170-172v), o INSS sustenta a intempestividade da ação, a impropriedade da via processual eleita tanto pela ausência de pagamento do depósito prévio quanto pela inexistência de violação a literal dispositivo de lei, tendo em vista que sequer foi explicitado qual o mandamento legal violado, o que, ao seu ver, consistiria em requisito indispensável. Ademais disso, registra o fato de ter o Ministério Público Federal emitido pronunciamento em sede recursal, sanando, assim, o suposto vício de necessidade de prévio opinativo.

5. As partes não apresentaram razões finais, consoante atesta a Certidão de fl. 175v.

6. Instado a se manifestar, o douto *Parquet* Federal apresentou parecer da pena sempre inspirada da eminente Procuradora Regional Federal ISABEL GUIMARÃES DA CÂMARA LIMA opinando, preliminarmente, pelo conhecimento da ação rescisória, e, no mérito, pela procedência do pedido ante a violação da literalidade do disposto nos arts. 198, I, do CC e 82, I, e 246 do CPC, bem como no art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/91, cuja ementa recebeu a seguinte dicção:

ADMINISTRATIVO. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PRELIMINARMENTE. REQUISITOS PROCESSUAIS ATENDIDOS. PENSÃO POR MORTE. ART. 74 DA LEI 8.213/91. CONCESSÃO. INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. IMPOSSIBILIDADE. MENORES DE 16 (DEZESSEIS) ANOS. ABSOLUTAMENTE INCAPAZES. ARTS. 198, INCISO I, DO CCB E 103, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 8.213/91. VIOLAÇÃO CONFIGURADA. NÃO INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. MANIFESTAÇÃO POSTERIOR EM SEGUNDA INSTÂNCIA. NULIDADE SANADA. INOCORRÊNCIA. PREJUÍZO SOFRIDO PELOS DEMANDANTES DEMONSTRADO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 82, INCISO I E 246 DO CPC. NULIDADE DO *DECISUM* VERGASTADO. NECESSIDADE. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Preliminarmente, preenchidos os pressupostos objetivos e subjetivos à interposição da ação rescisória, é a mesma cabível.

2. Reconhecido direito à pensão por morte aos demandantes desde a data do óbito do instituidor (04.03.1994), equivocadamente, determinou-se a incidência da prescrição quinquenal, não obstante fossem os suplicantes absolutamente incapazes, em face de apresentarem idade inferior a 16 (dezesseis) anos. Patente, desta feita, a violação a literalidade dos arts. 198, inciso I do CCB e 103, parágrafo único, da Lei 8.213/91.

3. Outrossim, ainda que configurada uma das hipóteses de intervenção obrigatória do *Parquet* e requerida na peça vestibular, em virtude da incapacidade dos demandantes (art. 82, inciso I, do CPC), referido órgão não atuou no feito em primeira instância, não suprimindo a nulidade manifestação em instância superior, haja vista que evidente prejuízo

sofrido pelos suplicantes em decorrência da decisão vergastada.

4. O valor total devido pelo INSS aos ora demandados fora, *concessa venia*, absurdamente reduzido, conforme cálculo apresentado pela Seção de Contadoria da Justiça Federal de Recife/PE (fl. 159), posto que considerada erroneamente a *praescriptio*, sendo percebida, na oportunidade, a pensão por morte albergada a partir do ano de 2000, uma vez que contados cinco anos anteriores à interposição da ação originária (26.04.2005), quando, na realidade, a ocorrência da prescrição não deveria ter sido admitida, como ressaltado no item 2.1, ao tratar da violação aos arts. 198, inciso I, do CCB e 103, parágrafo único, da Lei 8.213/91, sendo devido, portanto, o montante da pensão por morte aos demandantes desde o óbito do instituidor – 04.03.1994, não havendo que se falar em prescrição.

5. Desta feita, tendo sido percebidos os atrasados da pensão por morte de seu genitor, só a partir de maio de 2000, os demandantes deixaram de auferir um montante referente a aproximadamente 6 (seis) anos de pensão por morte judicialmente reconhecida, período compreendido entre os anos de 1994 e 2000, que não foram abarcados em virtude da prescrição quinquenal, restando evidente o prejuízo.

6. Preliminarmente, conhecimento da Ação Rescisória em tela; e, no mérito, procedência do pedido ante a violação da literalidade do disposto nos arts. 198, inciso I do CC e art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/91 e 82, inciso I e 246 do Código de Processo Civil pelo *decisum* vergastado, pelo que se opina (fl. 178).

7. Dispensada a revisão nos termos regimentais.

8. É este o relatório.

VOTO

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

1. Inicialmente, defiro o pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita aos ora autores, tendo em vista que, segundo a orientação do art. 4º da Lei 1.060/50, a simples afirmação de que a parte não possui condições econômicas de pagar custas processuais nem honorários, sem prejuízo do seu sustento e de seus familiares, é suficiente para o atendimento do pleito, máxime quando

a parte adversa, como ocorreu no presente caso, não refuta tal alegação de miserabilidade. Os autores, conseqüentemente, ficam dispensados do depósito previsto no inciso II do art. 488 do CPC.

2. Depois, afasto a alegação de inépcia da inicial, porquanto, embora a exordial não tenha indicado expressamente o dispositivo de lei violado, da leitura de seu teor, consegue-se com facilidade perceber qual o intento da parte delineado no fato e no fundamento jurídico do pedido, que se vêem refletido como sendo a desconstituição de acórdão prolatado em demanda envolvendo interesses de menores no qual foi acolhida a prescrição quinquenal, sem, no entanto, ter havido a intervenção do Ministério Público Federal na primeira instância, e que, por conta disso, merece ser desconstituído em razão de suposta infração a literal dispositivo de lei.

3. Resta, por conseguinte, atendido, *ao meu modesto sentir*, a determinação contida no art. 282, III, do CPC, até porque acredito que o formalismo processual não deve servir de óbice ao acesso à jurisdição, sobretudo quando compreensível pelo Juízo os fatos alegados e o direito invocado no bojo da contenda.

4. No tocante à tempestividade, o art. 495 preceitua que o *direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão*.

5. Tal prazo é decadencial, e como tal, não se suspende nem se interrompe. *In casu*, à fl. 127, consta certidão atestando o trânsito em julgado do acórdão rescindendo no dia 26.10.2007. O prazo da rescisória, desse modo, tem como *dies a quo* a data de 27.10.07, terminando no dia 27.10.09. A presente ação foi protocolada em 26.10.09 (fl. 2), sendo, portanto, tempestiva.

6. Superadas essas questões preliminares, vale ressaltar que a ação rescisória é de caráter processual excepcional, haja vista possuir como consequência o desfazimento de decisão que já transitou em julgado, tendo, em face disso, já se operado o efeito da coisa julgada material; logo, o seu cabimento há de ser somente naquelas hipóteses *taxativamente previstas* pelo art. 485 do CPC, atendidas todas as exigências legais, *sob pena de se banalizar a definitividade das decisões e, com isso, enfraquecer a própria força do Poder Judiciário como instituição e função precípua do Estado*.

7. No presente caso, no que diz respeito à análise do mérito propriamente dito, observa-se que o acórdão rescindendo, ratificando o dispositivo sentencial de fls. 91/92, acolheu a prescrição quinquenal não obstante tratar-se de interesse de incapazes, em demanda onde o INSS foi condenado a pagar os atrasados referentes ao benefício de pensão por morte, a partir da data do óbito, ocorrido em 04.03.1994 (fl. 20), compensando os valores pagos administrativamente.

8. É cediço que a prescrição não corre contra os absolutamente incapazes, conforme preceituam os seguintes dispositivos legais:

I) CÓDIGO CIVIL DE 2002:

Art. 198 - Também não corre prescrição:

I - contra os incapazes de que trata o art. 3º.

Art. 3º - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

II) CÓDIGO CIVIL DE 1916:

Art. 169 - Também não ocorre a prescrição:

I - contra os incapazes de que trata o art. 5º;

Art. 5º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de 16 (dezesseis) anos;

II - os loucos de todo o gênero;

III - os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade;

IV - os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

III) LEI 8.213/91:

Art. 79 - Não se aplica o disposto no art. 103 desta Lei ao pensionista menor, incapaz ou ausente, na forma da lei.

9. Com efeito, os preceitos acima mencionados objetivam resguardar direitos das pessoas absolutamente incapazes, como é o caso dos filhos do falecido instituidor, GUSTAVO HENRIQUE NO-

GUEIRA GOMES (nascido em 04.07.1987 – fl. 55) e ANA CAROLINA NOGUEIRA GOMES (nascida em 28.09.91 – fl. 56), que, à época do óbito do seu pai, contavam apenas com 7 e 3 anos de vida, respectivamente.

10. Nesta ordem de pensamento, não tendo decorrido entre a data do ajuizamento da ação (02.05.05 – fl. 13) e a data em que eles completaram dezesseis anos o prazo de cinco anos, não há que se falar em prescrição, impondo-se o pagamento do benefício desde a data da ocorrência do óbito, em 04.03.1994 (fl. 20), como já dito.

11. Portanto, assentas estas premissas, devem ser acolhidos os argumentos dos autores para o fim de afastar a incidência de prescrição sobre eventuais parcelas devidas quanto aos menores, merecendo, desse modo, prosperar a arguição de violação a literal disposição de lei pelo acórdão rescindendo, pois afrontado o artigo 198 da Lei 10.406/02 (novo Código Civil) c/c 103, parágrafo único, da Lei 8.213/91, em virtude da inoccorrência da prescrição sobre as parcelas relativas à cota-parte de dependentes menores do falecido segurado.

12. Neste sentido, vale trazer à colação os precedentes jurisprudenciais abaixo transcritos:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. PRESCRIÇÃO. DEPENDENTE MENOR ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. PENSÃO POR MORTE. PROCEDÊNCIA. ÔNUS SUCUMBENCIAL.

1. O marco inicial do benefício é estabelecido pela legislação vigente à data do óbito, contudo, quando se tratar de interesse de menor absolutamente incapaz, não há se falar na aplicação dos prazos prescricionais previstos no artigo 74, com as alterações da Lei 9.528/97, pois contra este não corre prescrição, sendo devido o amparo desde o passamento.

2. Há violação a literal disposição de lei ao se determinar a prescrição das parcelas decorrentes da concessão de proventos de pensão por morte a dependente menor do falecido segurado, pois afrontado o artigo 198 da Lei 10.406/02 (novo Código Civil) c/c 103, parágrafo único, da Lei 8.213/91.

(TRF4, AR 200704000179043-RS, Rel. Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA, *DJU* 08.01.10).

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. COMPANHHEIRA. FILHO MENOR. COMPROVAÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO. PROVA MATERIAL E TESTEMUNHAL. TERMO INICIAL. JUROS DE MORA.

(...).

V - Tratando-se de incapaz, contra quem não se aplica a prescrição, são devidas as prestações atrasadas referentes à pensão por morte, desde a data do óbito do instituidor.

(...).

(TRF5, AC 484.239-SE, Rel. Des. Federal MARGARIDA CANTARELLI, *DJU* 01.12.09).

13. Ademais disso, segundo determinações expressas no Código de Ritos, mais precisamente em seus arts. 82, I, 84 e 246, não sobejam mais quaisquer dúvidas acerca da obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público, sob pena de nulidade quando de efetivo prejuízo dos impúberes, em feitos nos quais se litiga sobre interesses de menores absolutamente incapazes, a saber:

Art. 82 - Compete ao Ministério Público intervir:

I - nas causas em que há interesses de incapazes;

(...).

Art. 84 - Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, a parte promover-lhe-á a intimação sob pena de nulidade do processo.

Art. 246 - É nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deve intervir.

Parágrafo único - Se o processo tiver corrido, sem conhecimento do Ministério Público, o juiz o anulará a partir do momento em que o órgão devia ter sido intimado.

14. Compulsando os autos, vê-se que, tal como foi alegado pelos autores, o douto *Parquet* Federal, de fato, não foi intimado para officiar na ação de conhecimento em trâmite na primeira instância, consoante prevê o art. 82, I, do CPC, mesmo diante da menoridade dos filhos do instituidor da pensão cujos valores atrasados se perseguia. Na segunda instância, no entanto, a Procuradoria Regional da República foi pessoalmente intimada (fls. 109/109v), tendo inclusive apresentado Parecer (fls. 111/117), sem,

contudo, atentar para a incidência do instituto processual sob foco (prescrição), prejudicial aos menores, a quem competia proteger por mister institucional.

15. Sabe-se que, modernamente, o direito processual tem como primado a efetividade da tutela dos direitos assegurados, adotando a vertente de instrumentalidade do processo à persecução do direito material deduzido. A ciência e as formalidades desmotivadas foram substituídas pela instrumentalidade e busca da eficiência na prestação jurisdicional. Assim, as nulidades passaram a ser, via de regra, sanáveis, tornando-se insanáveis, tão-só e apenas, quando causar real prejuízo à parte litigante.

16. *In casu*, não há como negar, houve efetivo gravame para os demandantes, cuja decisão rescindenda lhes foi desfavorável, uma vez que decidiu pela incidência da prescrição quinquenal, quando esta, patentemente, quedava-se afastada em virtude de sua qualidade de absolutamente incapazes, nos termos do art. 198 do Código Civil.

17. Como bem pontuou o douto Representante Ministerial, no Parecer de fls. 178/204, *em decorrência da decisão vergastada, determinando-se a incidência da prescrição quinquenal no caso em tela, observou-se que o valor total devido pelo Instituto Nacional de Seguro Social - INSS aos ora demandantes fora, concessa venia, absurdamente reduzido, conforme cálculo apresentado pela Seção de Contadoria da Justiça Federal de Recife-PE, coligido à fl. 159, posto que considerada erroneamente a praescriptio, sendo percebidos, na oportunidade, a pensão por morte albergada a partir do ano de 2000, uma vez que contados cinco anos anteriores à interposição da ação originária (26.04.2005), quando, em verdade, a ocorrência da prescrição não deveria ter sido admitida, concessa venia, como anteriormente ressaltado no item 2.1, ao tratar da violação ao art. 198, inciso I do Código Civil, sendo devido, portanto, o montante da pensão aos demandantes desde o óbito do instituidor – 04.03.1994, não havendo que se falar em prescrição quinquenal. Desta feita, tendo sido percebidos os atrasados da pensão por morte de seu genitor só a partir de maio de 2000, os demandantes deixaram de auferir um montante referente a aproximadamente seis anos de pensão por morte judicialmente reco-*

nhecida, período compreendido entre os anos de 1994 e 2000, período em que eram absolutamente incapazes, que não foram abarcados em virtude da prescrição quinquenal.

18. Poderia concluir-se, portanto, que o acórdão rescindendo, mesmo com a atuação do representante do MPF no segundo grau de jurisdição, também teria violado as disposições dos arts. 82, I, e 84, do CPC, em face da persistência do efetivo prejuízo financeiro aos impúberes com a inobservância da forma preceituada na lei processual.

19. Todavia, em face das peculiaridades do presente caso, entendo não ser apropriado, neste momento processual, o reconhecimento da nulidade do acórdão rescindendo, o que, ao meu ver, só iria obstar a continuidade do pagamento do benefício previdenciário aos autores. Isto porque, relativamente aos seus efeitos práticos, a ação rescisória objetiva evitar prejuízo aos filhos menores do instituidor da pensão, na medida em que a decisão rescindenda, ao reconhecer a prescrição quinquenal, subtraiu dos beneficiários a possibilidade de percepção das parcelas devidas nesse interregno. Ora, seria ilógico que, ajuizada com o objetivo de afastar prejuízo aos menores, o fato do julgamento da ação rescisória causasse aos demandantes mal maior, com a cessação do pagamento do próprio benefício, indispensável à sua manutenção, verba alimentar que é.

20. Desse modo, o meu voto é no sentido de julgar parcialmente procedente o pedido rescisório, tão só com relação à incidência da prescrição quinquenal, que deverá ser afastada, e em favor apenas dos demandantes menores à época da propositura da ação de conhecimento.

21. Sem fixação de honorários advocatícios sucumbenciais, em face da sucumbência recíproca.

22. É como voto, Presidente.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 103.710-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ (CONVOCADO)
Agravante: SOCIEDADE DAS AREIAS COLORIDAS EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S.A.
Agravado: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS-IBAMA
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs. DRS. CAIO CÉSAR VIEIRA ROCHA E OUTROS (AGRTE.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DANO AMBIENTAL. FISCALIZAÇÃO. ATRIBUIÇÃO DO IBAMA. PODER DE POLÍCIA. EMBARGO A OBRA. MEDIDA QUE NÃO SE CONFUNDE COM AS SANÇÕES DO ART. 72 DA LEI 9.605/98. CONTRADITÓRIO DIFERIDO. POSSIBILIDADE. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. NATUREZA JURÍDICA DE LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. CONSTRUÇÃO EM DUNAS DESPROVIDAS DE VEGETAÇÃO. DISCIPLINA LEGAL PELAS RESOLUÇÕES 303/02 E 341/03 DO COMANA. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL. ÁREA DE RECUO PREVISTA NO ART. 2º, G, DO CÓDIGO FLORESTAL. LAUDO PRODUZIDO PELO IBAMA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE QUANTO AOS FATOS OBJETIVAMENTE DESCRITOS COMO ESTANDO EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO AMBIENTAL.

- Conjuntamente com a atribuição para licenciar no caso do art. 10 da Lei nº 6.938/81, o IBAMA possui autorização legal para fiscalizar na forma do art. 11 do mesmo diploma legal. Tal capacidade fiscalizadora estaria, igualmente, presente no comando que aparece no art. 22 da Lei nº 4.771/65 (Código Florestal), com a redação que

Ihe deu a Lei nº 7.804/89.

- Os artigos 70 e 71 da Lei nº 9.605/98 fazem uso da expressão embargos, que em Direito é plurívoca, como sanção, o que, entretanto, não invalida ou impede seu uso na forma cautelar e que tem fundamento legal no próprio poder de polícia do órgão fiscalizador como informa a já clássica teoria dos poderes implícitos, pois embora não expressamente previstas, “são necessárias e válidas as medidas cautelares de que se valem os órgãos públicos com natureza fiscalizatória para assegurar a eficácia de suas decisões” (STJ, 2ª Turma, RMS 26.978/MT, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 16/06/2009, DJe 29/06/2009).

- Não se evidencia cerceamento de defesa quando, posteriormente ao embargo à obra feito em caráter cautelar, é assegurado ao interessado a oportunidade de manifestar-se perante a Administração e, assim, influenciar na decisão definitiva que possa vir a ser tomada em momento porvindouro. Essa técnica já era conhecida e ensinada pela doutrina processualista italiana como contraditório diferido (contraddittorio posticipato) e goza de franca aceitação também no Direito brasileiro.

- Área de preservação permanente não é sinônimo de área não passível de construção, mas sim de área com limitação administrativa, que eventualmente pode chegar ao nível da total ausência de interferência do ser humano.

- As definição das dunas propriamente ditas como APP's não foi estabelecida pelo Código Florestal, mas sua regulamentação resultou do art. 3º, XI, Resolução nº 303 do COMANA, de 20 de março de 2002, julgada válida sob o aspecto da legalidade pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ. 1ª Turma REsp 994.881/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 16/12/2008, DJe 09/09/2009).

- O COMANA através da Resolução nº 341, de 25 de setembro de 2003, dispôs sobre os critérios para a caracterização de atividades ou empreendimentos turísticos sustentáveis como de interesse social para fins de ocupação de dunas originalmente desprovidas de vegetação. Precedente da e. 1ª Turma desta Corte Federal quando efetuou o julgamento do AG 94.343 (publicado no DJe de 21.12.2009, p. 236), em que foi relator o Excelentíssimo Desembargador Federal Francisco Queiroz Cavalcanti.

- Nos casos de licenciamento já deferido, deve a Autarquia Ambiental demonstrar os eventuais erros em que incorreu o órgão ambiental quando da aprovação do projeto, ou, então, que o empreendedor não o está cumprindo corretamente, sob pena de sua atuação tornar-se exorbitante.

- O recuo mínimo de cem metros a que se refere o art. 2º, g, do Código Florestal (Lei nº 4.771/65) é considerado área de preservação permanente automática (“pelo só efeito desta lei”), pelo que goza de presunção plena de veracidade o laudo de vistoria técnica produzido pelo IBAMA informando que houve o avanço em trinta metros sobre esse espaço de restrição.

- Agravo de instrumento a que se dá parcial provimento para manter o embargo à obra apenas dentro do raio de trinta metros necessários para a obediência do recuo de cem metros da borda do tabuleiro a norte dos setores 1 e 2 do empreendimento, nos termos do laudo de vistoria técnica levado a efeito pelo IBAMA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em dar parcial provimen-

to ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 15 de junho de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ (Convocado):

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que indeferiu o seu pedido de suspensão do embargo administrativo ambiental imposto pelo IBAMA à construção do empreendimento denominado AREIAS COLORIDAS RESORT, situado na praia do Morro Branco, em Beberibe/CE.

Em suas razões recursais, a agravante defende a legalidade da construção, afirmando que, desde de 2004, após a aprovação do estudo prévio de impacto ambiental EIA-RIMA, possui Licença de Instalação (nº 242/2003) emitida pelo órgão ambiental do Ceará (SEMACE), com validade até 09/09/2009, tendo também obtido o Alvará de Construção fornecido pela Prefeitura de Beberibe. No entanto, após iniciadas as obras, o IBAMA a notificou do Termo de Embargo nº 570085 que, no seu entender, seria manifestamente nulo, seja pela incompetência do órgão ambiental federal para licenciar a obra, seja porque o ato representa violação à ampla defesa e ao contraditório. Em adição, sustenta que o Termo de Embargo referido – no seu entender, sanção administrativa – não se está fundamentado, sendo nulo também por essa razão. Por fim, afirmando que cumpriu todas as exigências para a construção, diz que a manutenção do embargo representa graves prejuízos, tendo em vista a comercialização antecipada de parte das unidades imobiliárias.

Liminar indeferida.

Peço a inclusão do feito em pauta para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ (Relator Convocado):

Inicialmente, não procede o argumento de que o IBAMA não teria atribuição para aplicar a sanção de embargos à obra, tendo em vista que o art. 2º, II e II, da Lei 7735/89, permite ao citado órgão exercer seu poder de polícia nos casos que envolvam proteção ao meio ambiente, podendo adotar as medidas legais cabíveis para coibir eventuais danos, conforme disposto no art. 72 da Lei 9605/98.

Ressalte-se que não há que se confundir competência para licenciar com competência para fiscalizar. De fato, é observar que o § 4º do art. 10 da Lei nº 6.938/81 (em virtude da redação dada pela Lei nº 7.804, de 1989) diz que compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA o licenciamento previsto no *caput* deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional, aparentando não ser o caso dos autos.

Todavia não se deve esquecer que, conjuntamente com a atribuição para licenciar no caso do art. 10, o IBAMA possui autorização legal para fiscalizar na forma do art. 11 do mesmo diploma legal (com a redação que lhe deu a Lei nº 7.804/89), cujo teor é o seguinte:

Art. 11. Compete ao IBAMA propor ao CONAMA normas e padrões para implantação, acompanhamento e fiscalização do licenciamento previsto no artigo anterior, além das que forem oriundas do próprio CONAMA.

§ 1º A fiscalização e o controle da aplicação de critérios, normas e padrões de qualidade ambiental serão exercidos pelo IBAMA, em caráter supletivo da atuação do órgão estadual e municipal competentes.

Além disso, tal capacidade fiscalizadora estaria presente também no comando que aparece no art. 22 da Lei nº 4.771/65 (Código Florestal), com a redação que lhe deu a Lei nº 7.804/89, e que é a seguinte:

A União, diretamente, através do órgão executivo específico, ou em convênio com os Estados e Municípios, fiscali-

zará a aplicação das normas deste Código, podendo, para tanto, criar os serviços indispensáveis.

Esta egrégia Corte, bem como o Superior Tribunal de Justiça em reiterados precedentes atestam a diferença entre a atribuição para deferir o licenciamento ambiental, deixando claro que ante o simples fato de existir construção em área de preservação permanente (APP), já estaria consubstanciada e presença da autarquia federal de proteção ao meio ambiente. Por todos, faço referência ao julgamento proferido no REsp 1087370/PR, em que foi Relatora a Ministra Denise Arruda (julgado em 10/11/2009, *DJe* 27/11/2009), onde a 1º Turma do c. Superior Tribunal de Justiça discorreu com precisão sobre as atribuições fiscalizadoras do IBAMA.

Ora, conforme se depreende dos autos, trata-se de construção a ser realizada em área ambientalmente sensível. Segundo afirma o IBAMA, a implantação do empreendimento está sendo levada a cabo em Área de Preservação Permanente - APP, caracterizada pela presença de dunas e falésias, um ecossistema sabidamente sensível e que demanda, por certo, atuação e presença constante das autoridades encarregadas da manutenção do patrimônio ambiental.

Melhor sorte não conta o argumento do agravante no sentido de que houve cerceamento de defesa já que o embargo não trata de sanção, mas do exercício do poder de polícia, autoexecutável, sendo uma providência administrativa preventiva, que objetiva impedir, de imediato, danos ao meio ambiente e ao interesse público. Portanto, não há que se falar em violação aos artigos 70 e 71 da Lei nº 9.605/98.

Deve-se pontuar que a expressão *embargo* em Direito é plurívoca, possuindo, portanto, vários significados, inclusive dentro de um mesmo ramo como, por exemplo, o Direito administrativo. Assim, *embargos* ora podem referir-se a um meio de impugnação (quando o termo é empregado no Direito Processual); ora pode se referir a uma medida de cautela que pode ser exercida excepcionalmente até mesmo pelo particular (v. art. 249 do Código Civil); e, finalmente, podem ser a consequência prática dessa cautela, consubstanciando a medida de força aplicada contra quem erigiu determinada construção ou obra em discordância com as posturas

administrativas, ou demais determinações legais, mas que não se confunde com as sanções por infração ambiental previstas no art. 72 da Lei nº 9.605/98.

A referência a *embargos* como sanção, obviamente não invalida ou impede seu uso na forma cautelar ou definitiva em situações diversas e que tem fundamento no próprio poder de polícia do órgão fiscalizador como informa a já clássica teoria dos poderes implícitos, pois embora não expressamente previstas, “são necessárias e válidas as medidas cautelares de que se valem os órgãos públicos com natureza fiscalizatória para assegurar a eficácia de suas decisões” (STJ, 2ª Turma, RMS 26.978/MT, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 16/06/2009, DJe 29/06/2009).

Em tais casos, entretanto, o que deve ser assegurado ao interessado é a oportunidade de, posteriormente, poder defender-se perante a Administração e, assim, influenciar na decisão definitiva que possa vir a ser tomada em momento, repito, porvindouro. Essa técnica já era conhecida e ensinada pela doutrina processualista italiana como *contradittorio diferido* (*contraddittorio posticipato*) e goza de franca aceitação também no Direito brasileiro. No caso dos autos, os documentos de fls. 152/155 demonstram que ao agravante foi devidamente oportunizado (e efetivamente exercido) esse constitucional direito na forma ora destacada (ou seja, *a posteriori*).

Por essa mesma razão, não procede o argumento de que houve falta de fundamentação e de apresentação da infração cometida no Termo de Embargo. Por ser medida de natureza cautelar, é iterativo que o ato de embargo deva ter feição sumariada, inclusive quanto a sua fundamentação. Deste modo, resulta que existe uma espécie de *efeito integrativo* entre ele e o laudo técnico de vistoria nº 106/2009 (fls. 176/184 e 211/222) produzido pouco menos de um mês após a lavratura do embargo (o embargo data de 16 de julho de 2009 e o laudo de 13 de agosto de 2009).

Assim, tal ato administrativo encontra-se, sob o ponto de vista exclusivamente formal, amparado fortemente nos fundamentos factuais trazidos por essa informação técnica, que também alude a toda uma fundamentação jurídica norteada pelo art. 4º da MP 2166-67/2001, que alterou o Código Florestal (Lei 4771/65), sa-

bendo-se que a área na qual o empreendimento seria construído constitui-se em Área de Preservação Permanente - APP.

Dito isto, entretanto, em um específico ponto parece assistir razão ao agravante. É o de que já possuía a necessária autorização para construir (ou seja, iniciar as obras do empreendimento) antes que houvesse qualquer alteração nas normas de regência sobre a matéria no âmbito do CONAMA, inclusive no que poderia fundamentar uma eventual fiscalização do IBAMA (fls. 22/24). Aqui será necessário sindicar se o IBAMA está, como fiscal maior do patrimônio ambiental brasileiro, velando pela regularidade do licenciamento ambiental deferido, ou se está simplesmente criando condicionantes que não lhe são permitidos em atuação exorbitante a seus poderes de polícia ambiental.

Diferentemente do que é esboçado nas contra-razões do IBAMA aos presente autos de agravo de instrumento, a licença ambiental para construção em área de dunas encontra amparo normativo na Resolução nº 341, de 25 de Setembro de 2003, do CONAMA que dispõe sobre critérios para a caracterização de atividades ou empreendimentos turísticos sustentáveis como de interesse social para fins de ocupação de dunas originalmente desprovidas de vegetação, na Zona Costeira.

Diz o IBAMA, ao contrário, que a obra não poderia haver sido deferida a particular (ainda que para fins turísticos, cujo caráter por sinal, fica demonstrado pelos documentos de fls. 109/135 dos autos), pelo que creio ser oportuno reproduzir o texto da contraminuta apresentada pela parte agravada e, logo adiante o art. 2º da sobredita Resolução nº 341 do CONAMA.

Diz a parte agravada (fls. 209/210):

APP's, como já registrado, somente podem ser utilizados pelo poder público e quando o empreendimento, a atividade, a obra ou o serviço sejam de utilidade pública e/ou interesse social, tudo nos termos da MP nº 2.166-67/ago/2001 que alterou o Cod. Florestal (Lei n. 4.771/65, e se não houver alternativa locacional para o empreendimento, obra, atividade etc. E se for destinado o empreendimento (obra, atividade etc) para obras essenciais de infra-estrutura destinadas a serviços públicos de: - energia; - transporte público; - saneamento básico. No presente caso,

nem a construção é pública nem relativa a nenhuma das três condições públicas acima elencadas, por óbvio.

Diz a Resolução nº 341 do CONAMA:

Art. 2º Poderão ser declarados de interesse social, mediante procedimento administrativo específico aprovado pelo Conselho Estadual de Meio Ambiente, atividades ou empreendimentos turísticos sustentáveis em dunas originalmente desprovidas de vegetação, atendidas as diretrizes, condições e procedimentos estabelecidos nesta Resolução.

§ 1º A atividade ou empreendimento turístico sustentável para serem declarados de interesse social deverão obedecer aos seguintes requisitos:

I - ter abastecimento regular de água e recolhimento e/ou tratamento e/ou disposição adequada dos resíduos;

II - estar compatível com Plano Diretor do Município, adequado à legislação vigente;

III - não comprometer os atributos naturais essenciais da área, notadamente a paisagem, o equilíbrio hídrico e geológico, e a biodiversidade;

IV - promover benefícios socioeconômicos diretos às populações locais além de não causar impactos negativos às mesmas;

V - obter anuência prévia da União ou do Município, quando couber;

VI - garantir o livre acesso à praia e aos corpos d'água;

VII - haver oitiva prévia das populações humanas potencialmente afetadas em Audiência Pública; e

VIII - ter preferencialmente acessos (pavimentos, passeios) com revestimentos que permitam a infiltração das águas pluviais.

§ 2º As dunas desprovidas de vegetação somente poderão ser ocupadas com atividade ou empreendimento turístico sustentável em até vinte por cento de sua extensão, limitada à ocupação a dez por cento do campo de dunas, recobertas ou desprovidas de vegetação.

§ 3º A declaração de interesse social deverá ser emitida individualmente para cada atividade ou empreendimento turístico sustentável, informando-se ao Conselho Nacional do Meio Ambiente CONAMA em até dez dias após a apreciação final pelo Conselho Estadual de Meio Ambiente, de que trata o *caput* deste artigo.

De igual forma, o mencionado laudo técnico de vistoria nº 106/2009 deixa claro que os motivadores do embargo são: a) a construção em área de dunas; b) o não respeito no denominado *setor misto* do empreendimento (setores 1 e 2) do recuo mínimo de cem metros a que se refere o art. 2º, g, do Código Florestal (Lei nº 4.771/65).

Em relação à construção na área de dunas, incide o laudo (fls. 176/184 e 211/222) no mesmo equívoco apontado, pois apenas destaca que as dunas são áreas de preservação permanente - APP. Entretanto, a área de preservação permanente não é sinônimo natural de área não passível de construção, mas sim de área com limitação administrativa, que eventualmente pode chegar ao nível da total ausência de interferência do ser humano.¹

No caso de dunas, veja-se que o Código Florestal (no qual se embasam tanto as razões da contraminuta do agravado, como o laudo técnico em estudo) em momento algum fez referência a elas. O que consta da Lei nº 4.771/65, mesmo após todos os acréscimos que lhe foram incorporados ao longo do tempo, é definição como área de preservação permanente apenas das: a) restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues (art. 2º, f); b) as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas a fixar as dunas (art. 3º, b).

As dunas propriamente ditas, entretanto, não foram disciplinadas pelo Código Florestal. Nada obstante, sua regulamentação resultou do art. 3º, XI, Resolução nº 303 do COMANA, de 20 de março de 2002, julgada, por sinal absolutamente válida sob o aspecto da legalidade pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 994.881/SC, em que foi relator o Ministro Benedito Gonçalves (1ª Turma), julgado em 16/12/2008, DJe 09/09/2009.

Por isso mesmo, sua disciplina não está relacionada com as limitações previstas no art. 4º do Código Florestal e sim com ou-

¹ Em lição já clássica no Direito brasileiro diz Hely Lopes Meirelles: “Limitação administrativa é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública, condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social”. (Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 16. ed. São Paulo, Malheiros, 1991. p. 529).

tras que foram estabelecidas em forma regulamentar pelo próprio COMANA na Resolução nº 341, de 25 de Setembro de 2003, que dispõe sobre critérios para a caracterização de atividades ou empreendimentos turísticos sustentáveis como de interesse social para fins de ocupação de dunas originalmente desprovidas de vegetação.

Portanto, nos termos deste último normativo regulamentar, apenas as dunas providas de vegetação não são passíveis de qualquer tipo de licenciamento, as desprovidas podem, desde, claro, cumpra o interessado as exigências do procedimento respectivo.

Postas estas considerações, é de se ver que a pretensão da parte agravada não acrescenta ou demonstra qualquer irregularidade na construção, ou discordância com o licenciamento deferido pelo órgão estadual competente para tanto. Outrossim, não é demonstrado o desrespeito a qualquer outro dispositivo legal, que não os ora relatados e que, como exposto, se relacionam apenas com a possibilidade de construção ou não em dunas, o que, como dito, tem base normativa em Resolução do COMANA.

Essa questão especificamente, por sinal, já conta com precedente da egrégia 1ª Turma desta Corte Federal quando efetuou o julgamento do AG 94.343 (publicado no *DJe* de 21.12.2009. p. 236), em que foi relator o Excelentíssimo Desembargador Federal Francisco Queiroz Cavalcanti:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTRUÇÃO DE HOTEL (PARTE DE EMPREENDIMENTO MAIOR, CUJAS UNIDADES SERÃO LICENCIADAS INDIVIDUALMENTE). EMBARGO DA OBRA. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. EXPEDIÇÃO PELO ÓRGÃO ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE. COMPETÊNCIA. FISCALIZAÇÃO. ATUAÇÃO SUPLETIVA DO ENTE AMBIENTAL FEDERAL. ATO ADMINISTRATIVO. FUNDAMENTAÇÃO. INFORMAÇÃO TÉCNICA EXPEDIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. DESPACHO DO PRÓPRIO *PARQUET* REVOGANDO PARCIALMENTE RECOMENDAÇÃO DE SUSTAÇÃO DE LICENCIAMENTO. DUNAS E PLANÍCIE DE DEFLAÇÃO. EQUIPAMENTOS TURÍSTICOS EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DISCUSSÃO. ENUNCIADO MINISTERIAL INTERPRE-

TATIVO POSTERIOR À LICENÇA AMBIENTAL DE INSTALAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CONFIGURAÇÃO. DESPROVIMENTO DO RECURSO. PREJUDICADO O AGRAVO REGIMENTAL.

1. Agravo de instrumento interposto contra decisão de concessão de liminar em mandado segurança, nos termos da qual se suspendeu ato administrativo de embargo promovido pela autarquia ambiental federal, garantindo-se a continuidade de obra de construção de hotel na praia do Cum-buco, no Município de Caucaia, Fortaleza/CE.

2. Em sede de mandado de segurança, o direito, para ser chancelado judicialmente, deve ser líquido e certo, e, assim, passível de comprovação a partir, simplesmente, da juntada dos elementos probatórios com a petição inicial, não se admitindo dilação probatória no âmbito do *writ*. Por isso que a análise que ora se empreender atentar-se-á a esse limite.

3. O hotel cuja construção foi embargada corresponde apenas à primeira parte de um empreendimento de grande porte (*resorts*, condomínios, instalações para comércio e colégio, campo de golfe etc.), destinado à exploração de atividade turística. Contudo, a implantação do aludido empreendimento se dará, segundo as próprias agravadas, com distintas subunidades que terão licenciamento ambiental de instalação independente e individualizado, ou seja, cada parcela isolada demandará licenciamento ambiental de instalação individualmente. Portanto, o mandado de segurança – feito principal a este agravo de instrumento – tem objeto específico, que deve ser realçado: debate sobre a CONSTRUÇÃO UNICAMENTE DE HOTEL.

4. O início da construção do hotel é marcado pela expedição da Licença de Instalação n. 41, de 05.05.2008, pelo órgão ambiental estadual, com validade de um ano. Ocorre que, em 10.12.2008, o órgão ambiental federal procedeu ao embargo da obra. É certo que, neste mandado de segurança, houve o deferimento de liminar, para garantir o prosseguimento da construção, em 18.12.2008. Entretanto, o IBAMA interpôs agravo de instrumento, tendo sido concedido o efeito suspensivo postulado em 01.06.2009. Desde, então, vedou-se qualquer continuação da obra.

5. Não procede o argumento de incompetência para licenciar do IBAMA, porquanto, neste caso, a mencionada autarquia, ao embargar a obra, não agiu como entidade res-

ponsável pelo licenciamento ambiental, mas no exercício de seu poder – na lei ambiental dito supletivo – de fiscalização.

6. Nos termos do art. 10, da Lei n. 6.938/81, com a redação dada pela Lei n° 7.804/89, “a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis. Outrossim, de acordo com o parágrafo 4º do art. 10 da mesma norma legal, compete ao IBAMA o licenciamento, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional. Segundo o Parecer nº 312/CONJUR/MMA/2004, lavrado pelo Consultor Jurídico do Ministério do Meio Ambiente, “não cabe aos Municípios e Estados pedir autorização à União para exercerem o poder de polícia administrativa, para organizarem seus serviços administrativo-ambientais ou para utilizarem os instrumentos da política nacional do meio ambiente, entre os quais se inclui o licenciamento ambiental”. No documento, lê-se: “o licenciamento ambiental tem por fundamento compatibilizar a proteção do meio ambiente com o desenvolvimento econômico sustentável, tendo sua análise focada nos impactos ambientais da atividade ou empreendimento, não na titularidade dos bens afetados”. Nele se assentou, ainda: “Portanto, não basta que a atividade licenciada atinja ou se localize em bem da União para que fique caracterizado a competência do IBAMA para efetuar o licenciamento ambiental. O licenciamento ambiental dá-se em razão da abrangência do impacto ao meio ambiente e não em virtude da titularidade do bem atingido”.

7. *In casu*, está materializada a competência do órgão ambiental estadual para a efetivação do licenciamento ambiental, o que, contudo, não impede ao IBAMA o cumprimento do seu dever de fiscalização, do qual pode decorrer embargo de obra. Frise-se que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger o meio ambiente. Nesse sentido, é de se

ressaltar precedente recente do STJ: “O nosso pacto federativo atribuiu competência aos entes da Federação para a proteção do meio ambiente, o que se dá mediante o poder de polícia administrativa (art. 78 do CTN). Esse poder envolve vários aspectos, entre eles, o poder de permitir o desempenho de certa atividade (desde que acorde com as determinações normativas) e de sancionar as condutas contrárias à norma. Anote-se que a contrariedade à norma pode ser anterior ou superveniente à outorga da licença, portanto a aplicação da sanção não está necessariamente vinculada àquele ato administrativo. Isso posto, não há que se confundir a competência do Ibama de licenciar (caput do art. 10 da Lei nº 6.938/1981) com sua competência para fiscalizar (parágrafo 3º do mesmo artigo). Assim, diante da omissão do órgão estadual de fiscalização, mesmo que outorgante da licença ambiental, o Ibama pode exercer seu poder de polícia administrativa, quanto mais se a atividade desenvolvida pode causar dano ambiental em bem da União. Precedente citado: REsp 588.022-SC, DJ 5/4/2004. AgRg no REsp 711.405-PR, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 28/4/2009” (notícia veiculada no Informativo n. 0392/2009). Precedente também desta Turma (AC 454503/PB, j. em 18.06.2009).

8. É certo que o ato administrativo de embargo, formalmente, não carece de fundamentação (reporta-se, explicitamente, à Informação Técnica 204/2007, do MPF, e ao Parecer Técnico 010/2008, do IBAMA). Entretanto, tal fundamentação, substancialmente, não é suficiente para descharacterizar o direito líquido e certo das agravadas à continuidade das obras do aludido hotel.

9. Quanto à informação técnica expedida pelo *Parquet*, nº 204, de 2007, cabe referenciar que o próprio Ministério Público Federal exarou despacho, em 02.04.2008, revogando, parcialmente, recomendação sua de sustação de licenciamento ambiental do empreendimento. Entendeu, a autoridade ministerial, que deveria ser mantida a paralisação, enquanto não satisfeitas as exigências consignadas naquela informação técnica (resumidas no Parecer Técnico nº 010/2008, do IBAMA), para a regularização do licenciamento ambiental do empreendimento como um todo, salvo no que diz respeito, exatamente, ao hotel em questão, porquanto a única observação que tinha sido aposta em relação àquela obra específica havia sido a dúvida no

tocante à definição da linha de preamar médio. Do *Parquet*, a observação de que a referida incerteza, naquele momento, já havia sido esclarecida e, pois, não seria impeditiva da continuidade das obras do hotel, em vista, inclusive, de eventual hipótese de aforamento. Disse mais, o MPF, que correta estaria a assertiva dos empreendedores, no sentido de que a obra não estaria localizada em área de dunas (qualificada como de preservação permanente), mas sim em planície de deflação, com tratamento jurídico diferenciado, mormente diante das já antigas e significativas interferências humanas naquele ambiente, com plantio de vegetação exótica interferente da dinâmica ambiental, bem como ante a percepção de que a movimentação eólica no sítio descaracterizaria a essencialidade da região de implantação do hotel para as dunas. De todas essas razões, decorreu decisão ministerial garantidora da continuidade do licenciamento ambiental – e, portanto, permissiva do prosseguimento das obras, se licenciadas fossem –, MAS APENAS EM RELAÇÃO AO HOTEL, mantida a suspensão do licenciamento quanto aos demais equipamentos e instalações do empreendimento. Daí se vê a ausência substantiva de base de sustentação do embargo procedido pelo IBAMA.

10. Ademais, o IBAMA assevera que o hotel estaria em área de preservação permanente, haja vista que não se poderia enxergar a planície de deflação isolada do campo de duna, que, em verdade, seria constituído de duas partes, quais sejam: as dunas propriamente ditas, com sua mobilidade natural (salvo quando fixada por vegetação), e a planície de deflação, como corredor dos ventos movimentadores da sedimentação formadora das dunas. Aduz, ainda, que a Resolução CONAMA n° 341/2003, que autorizava a utilização de área de dunas para fins de instalação de empreendimentos turísticos, teria sido revogada pela Resolução CONAMA n° 369/2006, que não traria mais tal possibilidade, autorizando o uso da área mencionada, restritivamente, apenas para fins de utilidade pública. E, em defesa dessas teses, a autarquia invoca enunciado interpretativo (n° 2/2008) exarado pelo próprio Ministério Público. Ocorre que não há como acatar essas assertivas, porquanto o aludido enunciado data de 04.12.2008, ocasião em que já havia sido expedida a licença de instalação (de 05.05.2008), inclusive tida por regular – repita-

se, APENAS NO PERTINENTE AO HOTEL – pelo *Parquet*. Em outros termos, não se poderia fazer prevalecer ato administrativo de feição normativa sobre atos administrativos expedidos anteriormente, sob a interpretação que se entendia correta.

11. Configurado direito líquido e certo, correta a decisão que concedeu a liminar pleiteada no mandado de segurança.

12. Desprovemento do agravo de instrumento.

13. Prejudicado o agravo regimental.

No caso dos autos, até em posição mais definida do que a que consta do precedente aqui colacionado, o agravante obteve sua licença para construção em momento até mesmo anterior à entrada em vigor da Resolução nº 369 do CONAMA, de 28 de março de 2006 (fl. 138 dos autos), portanto antes mesmo de uma eventual revogação da Resolução 341, controvérsia de fundo daqueles autos.

Assim, sendo apenas essa a fundamentação demonstrada pelo IBAMA em seu laudo de vistoria técnica, não subsiste por falta de amparo legal, já que não descreve qualquer fato específico em desfavor da parte agravada. Insisto no ponto: a alegação é puramente genérica no sentido de que no terreno há dunas móveis e fixas, enquanto que o licenciamento foi expresso em dizer que os setores a serem edificados seriam apenas os relativos às dunas desprovidas de vegetação, inclusive em relação aos corredores de acesso (fl. 131 dos autos).

Não há em todo laudo, insisto, qualquer referencia a uma área específica do empreendimento que esteja passando por dunas fixas, mas apenas que: a) “os 3 setores acima compreendem áreas onde ocorrem dunas fixas e móveis legalmente definidas ...” (fl. 177); b) “ao longo do campo de dunas onde estão previstas as intervenções para a instalação dos setores 1, 2 e 3 do empreendimento, encontram-se áreas mais rebaixadas, os chamados corredores preferenciais de deflação, ou *blowouts* (anexo 4.1)”; c) a área onde está prevista a construção da via de acesso que liga as áreas 2 e 3 compreende dunas fixas e móveis” (fls. 176/184 e 211/222).

Entretanto, o licenciamento ambiental consignou expressamente que haviam tais formações naturais, mas que o projeto pre-

tendia preservar-lhes: a) “considerando que os setores a serem edificados estão representados por dunas desprovidas de vegetação”; b) “considerando que na implantação de acessos serão aproveitados os trechos mais planos e que não apresentem vegetação, evitando-se, assim, o desmatamento e a terraplanagem” (fl. 131).

Ora, a prevalecerem os argumentos do IBAMA, o que estará existindo é um embargo (e mesmo assim genérico) formulado contra o ato de licenciamento motivado tão-somente por uma discussão jurídica sobre a diretiva regulamentar aplicável, que, como visto, já foi superada. Caso o IBAMA apure quando de ulteriores atos de construção uma iminente agressão às áreas não passíveis de interferência humana, que o demonstre e proceda a novo embargo, aí sim baseado em ato concreto de agressão ambiental.

Mesmo a referência ao princípio da precaução não dispensa temperamentos e um mínimo de segurança jurídica, sob pena de nos tornarmos reféns de um cenário *ad terrorem*, e torná-lo um fundante de um novo tipo de autoritarismo, como, já algum tempo, procura expor Cass Sunstein, que provocativamente denomina grande parte dos postulados jurídicos ambientais de as *leis do medo*.² Não se comparte com a opinião desse destacado professor norte-americano, adiante-se, mas tem ela a validade de estabelecer uma crítica séria e racional contra eventuais excessos na interpretação desse novo paradigma.

Assim também pensa o Nobel de Economia Amartya Sen para quem a idéia de desenvolvimento sustentável não deve estar tomada em termos quase simplórios de uma preservação passiva exagerada (*passive preservation*). Mais que isso, importa considerar que fatores igualmente importantes, como o aumento na qualidade de vida dos seres humanos, tornam, eventualmente, aceitável um resultado ambiental deletério, desde que limitado.³

² Cf. SUNSTEIN, Cass. *Laws of Fear. Beyond the precautionary principle*. Cambridge, Cambridge Press, 2005.

³ *The environment is sometimes seen (I believe oversimplly) as the state of nature', including such measures as the extent of forest cover, the depth of the groundwater table, the number of living species and so on. To the extent that it is*

Por tais razões, o embargo nesse ponto, embora formalmente fundamentado, não goza de amparo legal pois não subsistem os argumentos nele apontados por partirem de premissa juridicamente equivocada. Nada impede, insisto por derradeiro, que o IBAMA retorne sua fiscalização e proceda a novo embargo contra um fato específico, como, por exemplo, que a construção está devastando ou aplainando uma duna, ou um conjunto especificado de dunas com cobertura vegetação originária.

Já a segunda referência contida no laudo de vistoria técnica, qual seja, a de que não houve o respeito no denominado *setor misto* do empreendimento (setores 1 e 2) do recuo mínimo de cem metros a que se refere o art. 2º, g, do Código Florestal (Lei nº 4.771/65), essa sim possui firme embasamento legal, ainda mais porque diz a lei de regência que se trata de área de preservação permanente automática (*“pelo só efeito desta lei”*).

Diz o laudo, com efeito:

Ressalte-se que, embora o empreendimento não ocupe, diretamente, área de falésias, a distancia mínima entre a área mista do empreendimento (setores 1 e 2) e a borda do tabuleiro a norte do complexo turístico é de aproximadamente 70 (setenta) metros (anexo 4.2) (fl. 215).

Ademais, diferentemente do outro tópico, o laudo de vistoria técnica aqui goza de plena presunção de veracidade já que des-

assumed that this pre-existing nature will stay intact unless we add impurities and pollutants to it, it might, therefore, appear superficially plausible that the environment is best protected if we interfere with it as little as possible. This understanding is, however, deeply defective for two important reasons. First, the value of the environment cannot be just a matter of what there is, but must also consist of the opportunities it offers to people. The impact of the environment on human lives must be among the principal considerations in assessing the value of the environment [...] Second, the environment is not only a matter of passive preservation, but also one of active pursuit. Even though many human activities that accompany the process of development may have destructive consequences, it is also within human power to enhance and improve the environment in which we live. In thinking about the steps that may be taken to halt environmental destruction, we have to include constructive human intervention. Our power to intervene with effectiveness and reasoning can be substantially enhanced by the process of development itself. (SEN, Amartya. The Idea of Justice. Cambridge, Harvard Press, 2009. pp. 248-249).

creve uma objetiva contextualizada situação de incompatibilidade com a regulamentação ambiental, a qual, por depender de pelo menos alguma aceitável análise probatória, não poderia ser discutida nessa estrita via recursal, onde o conjunto probatório ainda não adquiriu sua plenitude.

Ou seja, revela nesse pertinente a plenitude da atividade fiscalizadora com os poderes que lhe são inerentes, que até poderá não subsistir em momento futuro, é dizer, em razão das provas que eventualmente vierem a ser produzidas em 1º grau de jurisdição, mas que para o momento, repito, gozam de presunção de veracidade.

Isto posto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento para manter o embargo à obra apenas dentro do raio de trinta metros necessários para a obediência do recuo de cem metros da borda do tabuleiro a norte dos setores 1 e 2 do empreendimento, nos termos do laudo de vistoria técnica levado a efeito pelo IBAMA.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 106.380-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Agravante: COMPANHIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS - CBTU
Agravado: TACOM PROJETOS DE BILHETAGEM INTELIGENTE LTDA.
Advs./Procs. DRS. ISABELA GUEDES FERREIRA LIMA E OUTROS (AGRTE.), PAULO FREDERICO BADARO CRUZ E OUTROS (AGRDO.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. ART. 48 DA LEI 8.666/93. FACULDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DISCRICIONARIEDADE QUANTO À UTILIDADE DA MEDIDA. JULGAMENTO DAS PROPOSTAS. DESCLASSIFICAÇÃO POR DESCUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIAS EDITALÍCIAS. ART. 3º DA LEI Nº 8.666/93. ADOÇÃO DA MODALIDADE PREGÃO.

LICITAÇÃO QUE OBJETIVA BENS E SERVIÇOS DE TECNOLOGIA. POSSIBILIDADE.

- No tocante às licitações, tem-se que o disposto no § 3º do art. 48 da Lei 8.666/93 apresenta uma faculdade à Administração pública que, fazendo um juízo de conveniência e oportunidade, poderá, ao invés de revogar a licitação, conceder prazo aos participantes para que possam adequar suas propostas.

- Assim, tendo em vista que a aludida medida, segundo entendimento da agravante, não teria o condão de tornar possível a licitação em epígrafe, não há que se adentrar em tal mérito, posto que adstrito ao poder discricionário concedido à Administração, uma vez que, numa análise que não cuida de esgotar a matéria, fora devidamente preservado o princípio da legalidade.

- Não merece reparos, outrossim, o ato administrativo que inabilitou a licitante que, em sua proposta, não cuidou de atender a todas as exigências do Edital.

- Compulsando os autos, tem-se que a inabilitação da agravada pautou-se na verificação de que a agravada além de não ter apresentado a caracterização da máquina guichê a ser fornecida, pela não apresentação de fabricante/modelos ou catálogos dos equipamentos em desatendimento ao item 6.9.1.2 “c” do Edital, também cuidou de apresentar equipamentos propostos seguidos da possibilidade de fornecimento de outros similares criando uma situação de incerteza para a Administração, com a possibilidade de haver no futuro de um desequilíbrio entre qualidade e preço dos equipamentos.

- No que tange à adoção da modalidade Pregão para a nova licitação, ora impugnada, a mesma não padece de qualquer vício. Isto porque, tal modalidade destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, promovida exclusivamente no

âmbito da União, independentemente do valor estimado para a contratação.

- Ademais, o objeto da licitação em comento não se encontra dentro do rol de definições constantes do art. 6º da Lei 8.666/93, o qual inabilitaria a utilização da modalidade de pregão. Ainda, é pacífica a jurisprudência do Tribunal de Contas da União quanto à possibilidade da utilização da modalidade pregão quando a licitação envolver bens e serviços de tecnologia da informação (Acórdão nº 0324-08/09, 2471-46/08), conforme verifica-se na hipótese.

- Agravo parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 8 de junho de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela COMPANHIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS - CBTU contra decisão de lavra do MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco que, nos autos do mandado de segurança de nº 0004931-50.2010.4.05.8300, deferiu, em parte, liminar, determinando a suspensão da licitação sob a forma de Pregão Presencial nº 004/CBTU/STU-REC, bem como determinou não fossem devolvidos os documentos de habilitação e qualificação técnica e que os envelopes das propostas de preço da Concorrência nº 010/2009-DELIC-STU/REC/CBTU fossem mantidos lacrados em poder da comissão de licitação até o julgamento do *writ*.

Alega a agravante que o processo licitatório em epígrafe, que tem como objeto a contratação de empresa para fornecimento de um Sistema de Bilhetagem Automática, englobando a Documentação Técnica de Equipamentos e Instalação, Equipamentos, Materiais, Softwares, Montagem, Instalação, Testes, Comissionamento, Treinamento, Sobressalentes e Instrumental/Ferramental, Colocação em funcionamento e Garantia, para o Sistema de Trens Urbanos de Recife - STU/REC da CBTU, que teve seu primeiro certame deflagrado pela CP 005/2008-DELIC-AC-CBTU, revogado em respeito aos princípios da Competitividade, Economicidade e Eficiência, em razão de ter sido habilitada uma única proponente.

Posteriormente, foi deflagrada a Concorrência Pública CP 010/2009, que tinha o mesmo objeto, ao qual adquiriram o Edital 18 (dezoito) empresas, entre elas a agravada. Alega a agravante que a Comissão de Licitação, após análise criteriosa da documentação de habilitação apresentada segundo as exigências do Edital, julgou todas as licitantes inabilitadas tecnicamente.

No concernente à agravada, verificou-se que a mesma além de não ter apresentado a caracterização da máquina guichê a ser fornecida, pela não apresentação de fabricante/modelos ou catálogos dos equipamentos em desatendimento ao item 6.9.1.2 “c” do Edital, também cuidou de apresentar equipamentos propostos seguidos da possibilidade de fornecimento de outros similares criando uma situação de incerteza para a Administração, com a possibilidade de haver no futuro um desequilíbrio entre qualidade e preço dos equipamentos.

Alega que, em razão da inabilitação de todas as licitantes, a agravante descartou a faculdade prevista no § 3º do art. 48 da Lei 8.666/93, de conceder prazo para que as mesmas sanassem os vícios apontados como ensejadores de sua inabilitação, fundamentada nos princípios da Celeridade, Eficiência e Isonomia, uma vez que tal alternativa figuraria apenas como consequência protelatória do desfecho do certame, uma vez que os vícios apontados eram difusos e insanáveis, configurando-se a inexistência de nulidade do processo licitatório anterior.

Tendo em vista os insucessos dos aludidos certames, a agravante deflagrou o Pregão na forma Presencial nº 004/2010, adoção esta que se justifica no fato de que a classificação do objeto a

ser contratado tem natureza comum, não se enquadrando nas condições restritivas da Lei do Pregão nº 10.520/02, sendo pacífica, inclusive, a adoção de tal modalidade de licitação na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, uma vez que se trata de fornecimento associado à prestação de serviço na área de Tecnologia da Informação.

Deferido, em parte, efeito suspensivo, relativo à suspensão da licitação sob a forma de Pregão Presencial nº 004/CBTU/STU-REC.

Alega a agravada, em apertada síntese, que: 1. a decisão de revogação da Concorrência nº 010/2009-DELIC-STU/REC/CBTU fora tomada antes mesmo da publicação da decisão que inabilitou todas as licitantes, anterior, portanto, à apresentação dos recursos pelas empresas inabilitadas; 2. relativamente à inabilitação da agravada, alega que o edital não restringiu a possibilidade de indicação de dois tipos de equipamentos que poderiam ser fornecidos; 3. no que concerne ao Pregão Presencial nº 004/CBTU/STU-REC, aduz que o objeto licitado não se enquadra no conceito de bens e serviços de informática que se revestem de simplicidade e padronização, razão pela qual a modalidade de licitação empregada não se reveste dos requisitos necessários.

Requer, outrossim, a revogação do efeito suspensivo conferido por esta relatoria, haja vista que o Pregão impugnado ocorreu em 07/05/10 com o fulcro em se evitar os efeitos da liminar satisfativa.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento em que se busca a revogação de decisão que, antecipando os efeitos da tutela, determinou a suspensão da licitação sob a forma de Pregão Presencial nº 004/CBTU/STU-REC, bem como determinou a não devolução dos documentos de habilitação e qualificação técnica e que os envelopes das propostas de preço da Concorrência nº 010/2009-DELIC-STU/REC/CBTU fossem mantidos lacrados em poder da comissão de licitação até o julgamento do *writ*.

Relativamente a matéria, é cediço que a licitação é um procedimento formal, que possui regulamentação própria à qual o administrador público não pode esquivar-se, sob pena de nulidade do procedimento licitatório, ante a necessidade de respeito, pela Administração Pública, dos princípios da legalidade, transparência e impessoalidade.

Assim, deflagrado o processo licitatório, cabe aos participantes o estrito cumprimento aos ditames do Edital que, uma vez tornado público, faz lei entre as partes, não cabendo ao Judiciário, senão, o controle da regularidade do procedimento, bem como da legalidade do ato.

Desta feita, a decisão agravada cuidou de conceder a antecipação dos efeitos da tutela lastreada sob o argumento de que, em respeito ao princípio da proporcionalidade, a revogação da licitação em que todos os participantes foram considerados inabilitados só deveria ter sido levada a efeito como última medida, devendo a agravante circunscrever-se à alternativa do § 3º do art. 48 Lei 8.666/93.

Vejam os referidos dispositivos, *in verbis*:

§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.

Em que pesem os argumentos da respeitável decisão de primeiro grau, tenho que, salvo melhor juízo, este não é o melhor entendimento a respeito da matéria. Deveras, o disposto no § 3º do art. 48 da Lei 8.666/93 apresenta uma faculdade à Administração pública que, fazendo um juízo de conveniência e oportunidade, poderá, ao invés de revogar a licitação, conceder prazo aos participantes para que possam adequar suas propostas.

A despeito de tal prerrogativa legal, a agravante verificou que a medida em comento não teria o condão de tornar possível a licitação em epígrafe, tudo com base no poder discricionário concedido à Administração. Não tenho como possível, desta forma, adentrar

em tal âmbito, vez que, numa análise que não cuida de esgotar a matéria, entendo que fora devidamente preservado o princípio da legalidade.

Superada a ilegalidade apontada pela decisão vergastada, cumpre analisar a matéria no que tange ao ato administrativo que inabilitou os licitantes.

Colaciono, por oportuno, julgado desta Turma a respeito do tema, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. LICITAÇÃO. TOMADA DE PREÇOS. JULGAMENTO DAS PROPOSTAS. DESCLASSIFICAÇÃO POR DESCUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIAS EDITALÍCIAS. ART. 3º DA LEI Nº 8.666/93. ART. 37, XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. ESTRITA OBSERVÂNCIA. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. A licitação é um procedimento formal, regulamentado por normas de caráter objetivo, às quais o administrador público deve vincular-se, sob pena de nulidade do procedimento licitatório.

2. Cabia aos participantes cumprirem rigorosamente os ditames do edital, de sorte que "... deveriam apresentar, para cada planilha que compõe o lote licitado, a composição de custos, especificando todos os preços unitários, inclusive os itens cotados por verba, sob pena de desclassificação do certame".

3. Os elementos colacionados aos autos são hábeis a demonstrar a subsistência do ato que desclassificou a apelante no julgamento das propostas. Ao decidir de outra forma, pela declaração de vencedora da impetrante, estaria a comissão de licitação afrontando os princípios da isonomia, estatuído na Carta Magna, e da vinculação do instrumento convocatório, previsto na Lei nº 8.666/93, não podendo o Poder Judiciário, pelos mesmos motivos, dar guarida a essa pretensão.

4. O ato de desclassificação da apelante é legítimo, diante do descumprimento de vários itens do Edital nº 004/2007 da UFPB/PU, não se vislumbrando qualquer irregularidade na conduta adotada pela comissão de licitação.

5. Ainda que no julgamento de recurso administrativo tenha sido superada a discussão em relação ao não atendimento do disposto no item 12.9 da planilha orçamentária, quanto ao valor de mão-de-obra igual a zero, o certo é que a apelante descumpriu as exigências contidas em vários outros itens do edital.

6. Apelação improvida.

(TRF 5ª Região, AC 451840/PB, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Francisco Barros Dias, DJ 02/02/2010, DJe 25/02/2010, p. 392)

Destarte, tem-se como correto o ato administrativo que inabilita licitante que, em sua proposta, não cuidou de atender a todas as exigências do Edital.

Compulsando os autos, tenho que, em caráter preliminar, não há que se impugnar o ato da agravante que realizou tal inabilitação, uma vez que a mesma pautou-se na verificação de que a agravada além de não ter apresentado a caracterização da máquina guichê a ser fornecida, pela não apresentação de fabricante/modelos ou catálogos dos equipamentos em desatendimento ao item 6.9.1.2 c do Edital, também cuidou de apresentar equipamentos propostos seguidos da possibilidade de fornecimento de outros similares criando uma situação de incerteza para a Administração, com a possibilidade de haver no futuro de um desequilíbrio entre qualidade e preço dos equipamentos.

Não há que se falar, assim, que inexistia restrição, por parte do edital, da indicação de dois tipos de equipamentos que poderiam ser fornecidos pelas licitantes, uma vez que não se depreende o aludido da leitura do item 6.9.1.2, especialmente no que tange ao disposto abaixo, *in verbis*:

c) Além da descrição detalhada dos itens mencionados nas alíneas (a) e (b), a Licitante deverá apresentar também para outros equipamentos principais do fornecimento, as características técnicas acompanhadas de catálogos, comprovando o atendimento ao Termo de Referência, assim como os dados do fabricante e os modelos dos mesmos, como listado abaixo:

i. Cofre do bloqueio;

ii. Computadores das estações de trabalho e seus periféricos;

- iii. Computadores dos servidores e seus periféricos;
- iv. *No-Break*;
- v. Baterias.

Com relação ao argumento de que a decisão de revogação da Concorrência nº 010/2009-DELIC-STU/REC/CBTU fora tomada antes mesmo da publicação da decisão que inabilitou todas as licitantes, anterior, portanto, à apresentação dos recursos pelas empresas inabilitadas, conforme se depreende da fl. 806 do volume 5 dos apensos, tenho que a mesma não é motivo para invalidação da aludida revogação. Isto porque, em que pesem as alegações da agravada, o aludido fato não impediu a interposição de recursos pelas licitantes, bem como a apreciação dos mesmos, conforme faz prova nos autos a Ata de Julgamento de Recursos, colacionada aos autos à fl. 810 do volume 5 dos apensos, inexistindo, dessa forma, qualquer prejuízo.

Ainda, no que tange à adoção da modalidade Pregão para a nova licitação, ora impugnada, tenho que a mesma não padece de qualquer vício. Isto porque, tal modalidade destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, promovida exclusivamente no âmbito da União, independentemente do valor estimado para a contratação.

O objeto da licitação em comento não se encontra dentro do rol de definições constantes do art. 6º da Lei 8.666/93, o qual inabilitaria a utilização da modalidade de pregão. Ainda, é pacífica a jurisprudência do Tribunal de Contas da União quanto à possibilidade da utilização da modalidade pregão quando a licitação envolver bens e serviços de tecnologia da informação (Acórdão nº 0324-08/09, 2471-46/08), conforme verifica-se na hipótese.

No que tange ao implemento do Pregão Presencial nº 004/CBTU/STU-REC, o qual aconteceu no último dia 07 de maio de 2010, tenho que, apesar do caráter satisfativo da liminar deferida por esta relatoria, a mesma não tem o condão de impedir a posterior satisfação do pedido mandamental, tendo em vista que sendo o mesmo litigioso, não há que se falar em posterior impossibilidade de revogação do aludido pregão.

Somado a isto encontra-se a natureza do objeto da aludida licitação, o qual busca implementar um serviço no âmbito do trans-

porte metroviário a facilitar a locomoção da população dentro da região metropolitana do Recife, de forma que a paralisação do mesmo acarretará graves prejuízos a serem suportados não só pela própria agravante, quanto por todos os usuários de tais serviços, devendo ser resguardos, no presente caso, os interesses da sociedade.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento, modificando a decisão guerreada no que tange a suspensão da licitação sob a forma de Pregão Presencial nº 004/CBTU/STU-REC, mantendo, no entanto, a determinação de que não sejam devolvidos os documentos de habilitação e qualificação técnica e que os envelopes das propostas de preço da Concorrência nº 010/2009-DELIC-STU/REC/CBTU sejam mantidos lacrados em poder da comissão de licitação até o julgamento do *writ*.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA Nº 18-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (PRESIDENTE)
Agravante: ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES DO DNOCS-ASSECAS
Agravado: DEPARTAMENTO NACIONAL DE OBRAS CONTRA AS SECAS - DNOCS
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Adv./Proc.: DRA. GLAYDDES MARIA SINDEAUX ESMERALDO (AGRTE.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INOMINADO. SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA. GDPGPE. EXTENSÃO A INATIVOS. LESÃO À ORDEM ECONÔMICA. EFEITO MULTIPLICADOR. OCORRÊNCIA.

- A teor do art. 15 da Lei nº 12.016/09, a suspensão de execução de sentença proferida contra o

Poder Público somente é concedida quando ficar demonstrado que, do cumprimento imediato desse provimento judicial, ocorrerá grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

- Hipótese em que os pressupostos legais para o deferimento da medida extrema estão presentes e decorrem do efeito multiplicador do decism, concretizado no elevado número de substituídos beneficiados no feito principal (duzentos), bem como na existência de dezenas de ações em curso (mais de quarenta, só no Estado do Ceará), com idêntico objeto, nas quais a prolação de medida semelhante, apta a favorecer centenas de servidores, importará inegável repercussão financeira.

- Agravo interno 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, 23 de junho de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Presidente

RELATÓRIO

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

Cuida-se de agravo inominado interposto pela ASSECAS - ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES DO DNOCS contra decisão em que se deferiu pedido de suspensão de liminar, concedida em mandado de segurança coletivo para assegurar aos substituídos, servidores públicos federais inativos, a percepção da vantagem

pecuniária denominada GDPGPE - Gratificação de Desempenho do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo, no valor de 80% de seu patamar máximo, com supedâneo na Lei nº 11.784/2008, até que os critérios de avaliação do benefício sejam postos em prática.

A agravante pugna pela reforma do *decisum*, aduzindo a ausência dos pressupostos legais, a saber, o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*. Assevera, com arrimo na Súmula nº 729 do STF, a inexistência de vedação à concessão de liminares em questões previdenciárias, como acredita ser o caso presente. Sustenta, ainda, ser o perigo da demora inverso, em face dos substituídos serem pessoas idosas, cuja subsistência deriva exclusivamente de seus proventos.

Sem contra-razões.

A agravante junta os contracheques dos substituídos, defendendo que o valor concedido na sentença não tem o condão de causar dano à ordem ou economia públicas.

O Ministério Público Federal, referindo-se a precedente desta Corte, opinou pelo provimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

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

Cuida-se de agravo inominado interposto contra decisão em que se deferiu pedido de sustação dos efeitos de medida liminar concedida para assegurar a servidores públicos federais inativos do DNOCS a percepção de vantagem pecuniária.

A análise da questão a ser dirimida deve ser feita em perfeita sintonia com o objetivo da suspensão de segurança, que consiste em subtrair a eficácia de decisão desfavorável à Fazenda Pública quando, do provimento de urgência deferido, resultar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

Convém destacar, outrossim, que o referido incidente processual 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. 15 da Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009:

Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

In casu, consoante assentado na decisão agravada, a possibilidade de grave lesão à economia pública é evidente e decorre do efeito multiplicador do *decisum*, concretizado no elevado número de substituídos beneficiados (duzentos – fls. 22/27), ainda que se leve em conta que para alguns servidores a vantagem é de pequena monta. Ademais, tal como já constatado na SL 4093-CE, há dezenas de ações em curso (mais de quarenta, só no Estado do Ceará), com idêntico objeto, nas quais a prolação de medida semelhante à presente, apta a favorecer centenas de servidores, importará inegável repercussão financeira.

Sobre o tema, colaciono aresto desta egrégia Corte Regional:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PAGAMENTO DE GDPGPE NO PERCENTUAL DE 80% (OITENTA POR CENTO) DE SEU VALOR MÁXIMO. GRATIFICAÇÃO AINDA NÃO PERCEBIDA PELOS SERVIDORES. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO EM LIMINAR.

1. Versam os autos sobre agravo de instrumento interposto pelo DNOCS - DEPARTAMENTO NACIONAL DE OBRAS CONTRA AS SECAS - contra decisão proferida pelo Juízo *a quo*, que, em mandado de segurança, deferiu a liminar pleiteada pela ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES DO DNOCS, para que os servidores inativos substituídos percebam de imediato a gratificação denominada GDPGPE no percentual de 80% (oitenta por cento) de seu

valor máximo, atribuída em caráter genérico aos servidores ativos.

2. Vislumbra-se a plausibilidade do direito invocado pelo DNOCS, porquanto a decisão recorrida tratou de conceder, liminarmente, vantagem ainda não percebida pelos servidores inativos substituídos pela Associação Autora. Frise-se que não se trata de decisão que obstou a supressão de valores já percebidos pelos servidores, mas sim de verdadeira extensão de vantagem até então ainda não recebida, o que encontra expressa vedação em lei.

3. A Lei nº 11.784/2008, ao instituir a vantagem denominada “Gratificação de Desempenho do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo - GDPGE” teria estabelecido sistemática de avaliação de desempenho dos servidores. Tal peculiaridade, se reconhecida, poderá vir a afastar a aplicação de precedentes do Supremo Tribunal Federal que tratam de vantagens semelhantes (cf. o RE 476.279-DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE).

4. A não suspensão da decisão agravada certamente trará lesão de difícil reparação ao recorrente, tendo em vista que será compelido ao imediato cumprimento de decisão judicial que envolve pagamento de quantia substancial, inclusive sujeita ao perigo de irreversibilidade da medida. Não se pode perder de vista que o presente agravo de instrumento ataca decisão proferida em mandado de segurança coletivo destinado a favorecer vários substituídos - consta nos autos a indicação de que seriam 276 (duzentos e setenta e seis) entre aposentados e pensionistas de servidores.

5. Agravo de instrumento provido.

(2ª T., AGTR 97987-CE, Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias, *DJE* 17.09.09, p. 610). (Grifei).

Nessa esteira, também se pronunciou, em questão símile, o Min. Gilmar Mendes, nos autos da SS nº 3940/BA (*DJe* 03.09.09), de cuja decisão extraio o fragmento a seguir:

(...) O art. 15 da Lei 12.016/09 autoriza o deferimento do pedido de suspensão de segurança concedida nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Na hipótese, é de se aplicar o entendimento pacificado por esta Corte de que a execução da liminar em apreço, ao conceder a extensão de vantagens antes do seu trânsito em julgado, configura grave lesão à ordem pública, por violação ao disposto no art. 15, *caput*, da Lei nº 12.016/09.

Está demonstrada, ainda, a grave lesão à economia pública, consubstanciada na ausência de previsão orçamentária para as despesas em questão, que poderão comprometer a execução orçamentária estadual, diante do “efeito multiplicador” da decisão (SS-AgR 1.836/RJ, Rel. Carlos Velloso, Plenário, DJ 11.10.2001).

A corroborar tal entendimento, há reiterados julgados desta Presidência no mesmo sentido, dos quais destaco os seguintes : SS 2937/BA, DJ 22.6.2006; SS 2960/BA, DJ 17.8.2006; SS 3207/BA, DJ 3.5.2007; SS 3532/BA, DJ 26.3.2008, Ministra Ellen Gracie. (...). (Grifei).

Vale conferir, também, a SS 3882-SP (DJe 14.08.09) e a SS 3873-AM (DJe 04.08.09), ambas da Relatoria do em. Presidente do colendo STF.

Outro não é o entendimento sufragado no seio do egrégio STJ:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. SERVIDOR PÚBLICO. IMPLANTAÇÃO E PAGAMENTO DE GRATIFICAÇÃO. LESÃO À ORDEM ECONÔMICA.

- O cumprimento imediato da decisão impugnada, sem a anterior e necessária previsão orçamentária, tem o potencial de causar grave lesão às finanças públicas do Estado.

- Conforme já decidiu esta Corte, “a concessão generalizada de aumento de vencimentos pela incorporação de vantagens antes do trânsito em julgado da decisão coloca em situação delicada o equilíbrio das já combatidas finanças públicas estaduais. A interferência abrupta na administração financeira do Estado-Membro é, a todas as luzes, desastrosa e deve ser evitada” (AgRg na SS nº 375/PA). Agravo regimental improvido.

(STJ, Corte Especial, AGSS 1870-RN, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJE 05.02.09)

Reitere-se, tal como já ressaltado no *decisum* impugnado, que o pleito mandamental de extensão de vantagens a servidores, com supedâneo na isonomia, não comporta execução provisória, em

face do óbice previsto no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/2009, o qual propugna:

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:
(...) § 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Convém registrar que, ao contrário do sustentado pela agravante, a incidência desse preceito à hipótese vertente não se acha obstada pelo teor da Súmula 729 do Supremo Tribunal Federal, pois, como o pleito da via principal não objetiva a outorga de benefícios previdenciários, mas sim a extensão de vantagens não contempladas quando da concessão inicial, ressaí evidente a subsunção do caso à supramencionada regra legal.

A esse respeito, trago o aresto a seguir ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE TÉCNICO-ADMINISTRATIVA - GDATA E GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE TÉCNICO-ADMINISTRATIVA E DE SUPORTE - GDPTAS. EXTENSÃO AOS INATIVOS DO CRITÉRIO DE CÁLCULO APLICÁVEL AOS SERVIDORES EM ATIVIDADE. DIFERENÇAS. IMPLEMENTAÇÃO EM FOLHA DE PAGAMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SÚMULA 729 DO STF. INAPLICABILIDADE.

O pedido de antecipação de tutela consistente na implementação, em folha de pagamento, de diferenças remuneratórias decorrentes da extensão, a servidores públicos inativos e pensionistas, de critérios aplicáveis a servidores ativos no cálculo da Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa - GDATA e da Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa e de Suporte - GDPGTAS, encontra impedimento, antes de mais nada, na disposição do art. 1º da Lei nº 9.494/97.

Nem mesmo o teor da Súmula 729 do STF tem o condão de respaldar a pretensão do agravante já que se extrai dos precedentes do referido enunciado que a hipótese admitida de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública em ações de natureza previdenciária diz com pretensões de

manutenção e impossibilidade de redução remuneratória; não com medidas que impliquem, de alguma forma, em majoração ou acréscimo de tais verbas (ex: Rcl. 1.578-5, DJ de 21/2/2003; e Rcl. 1.257-3, DJ de 7/2/2003). (TRF - 4ª R., 4ª T., AG 200904000181990, Rel. Des. Federal Valdemar Capeletti, DE 21.09.2009).

Assim, estando comprovado o potencial ofensivo aos interesses públicos juridicamente albergados, 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 4.160-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (PRESIDENTE)
Agravante: MUNICÍPIO DE ARACAJU/SE
Agravados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
Advs./Procs.: DRS. HELDER BRAGA ARRUDA JÚNIOR E OUTROS (AGRTE.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. PEDIDO DE ADITAMENTO. NÃO CONHECIMENTO. DECISÃO A QUO SUSPENSA PARCIALMENTE. MANUTENÇÃO. MATÉRIAS DEDUZIDAS NO AGRAVO INOMINADO RELATIVAS AO MÉRITO. RECURSO IMPROVIDO.

- 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.

- O pedido de aditamento formulado pelo recorrente não merece ser conhecido, uma vez que a presente medida excepcional não apresenta caráter preventivo, sendo incabível o seu manejo para retirada de eficácia de decisões que ainda serão proferidas.

- Hipótese em que ao apreciar o pedido de suspensão, vislumbrou-se, em parte, ocorrência de grave dano às finanças municipais, caso fosse cumprida, de logo, a liminar, a qual havia determinado que o Município de Aracaju abrigasse as vítimas das chuvas, residentes no Conjunto Costa do Sol, em hotéis de até três estrelas, sem que, primeiro, fossem alojadas em prédios públicos municipais.

- Inviável, porém, suspender o decisum a quo, em sua totalidade, uma vez que as matérias relativas ao pagamento de aluguéis aos desabrigados e à fixação de multa para o caso de descumprimento daquela ordem, por apresentarem feições recursais, não são suscetíveis de apreciação por esta via, devendo ser mantida, portanto, apenas a suspensão parcial, para autorizar o alojamento dos desabrigados daquele conjunto habitacional em prédios públicos municipais, enquanto é providenciado o aluguel de casas para as setenta famílias.

- Pedido de aditamento não conhecido. 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, não conhecer do pedido de aditamento 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, 9 de junho de 2010 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Presidente

RELATÓRIO

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

Cuida-se de agravo inominado interposto pelo Município de Aracaju/SE contra decisão que deferiu, em parte, pedido de suspensão da antecipação de tutela proferida pelo Juízo Federal da 1ª Vara/SE, nos autos da Ação Civil Pública nº 2009.85.00.002637-9, a qual, em face do alagamento de conjunto residencial encravado naquela cidade, decorrente da precipitação de fortes chuvas que, nos últimos dias, caíram sobre a região, determinou àquela Edilidade que providenciasse o imediato abrigo dos moradores afetados (cerca de 70 famílias ou 350 pessoas) em hotéis de nível máximo de 03 estrelas e/ou pousadas familiares equivalentes, ou, a título alternativo, após a acomodação nesses termos, valer-se o requerente e a EMURB de aluguéis de imóveis compatíveis com os dos desabrigados, cujo valor mensal medeie entre R\$ 600,00 e R\$ 800,00. Em caso de desobediência, fixou-se multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais) por cada unidade residencial.

O agravante sustenta, em síntese, que, embora a medida extrema tenha sido concedida parcialmente, persiste a lesão à ordem econômica, pois ainda terá que arcar com o custo dos aluguéis das famílias desabrigadas, por tempo indeterminado, aduzindo que a quantia fixada a título de multa cominatória diária (mil reais por unidade residencial), também contribui para a gravidade do dano financeiro. Alega, em seguida, risco à ordem público-administrativa, já que o Poder Público não pode realizar despesa não prevista no seu orçamento, nem implementar medidas sociais além de suas possibilidades (princípio da reserva do possível).

Alfim, pleiteia que seja suspensa a decisão *a quo*, para que o recorrente alugue residências apenas para as famílias do Condomínio Costa do Sol que comprovem, mediante laudo técnico, a inabitabilidade dos respectivos imóveis. Requer, ainda, a extensão dos efeitos da suspensão com o objetivo de impedir o juízo de

primeiro grau de deferir liminar, na ação originária, no sentido de compeli-lo a alugar moradia para os desabrigados do Condomínio Atalaia Sul e da Av. Melício Machado, ou, alternativamente, que conceda o pedido de aditamento de modo parcial, a fim de que os aluguéis em favor dos moradores desses dois condomínios sejam direcionados apenas a quem comprovar, por laudo da Defesa Civil e da Vigilância Sanitária, que o seu imóvel está inabitável.

Em contra-razões (fls. 55/60), o Ministério Público Federal pugna pelo não conhecimento do pedido de aditamento e, no mérito do recurso, pelo seu não provimento.

É o relatório.

VOTO

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

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que deferiu, parcialmente, pedido de suspensão de antecipação de tutela, para autorizar o alojamento dos desabrigados do Conjunto Costa do Sol, localizado em Aracaju/SE, vítimas das enchentes ocorridas no mês de abril do ano em curso, em prédios públicos municipais, enquanto é providenciado o aluguel de casas para as setenta famílias.

O agravante persegue o deferimento total da medida extrema, a fim de que seja afastada a determinação para que alugue locais para moradia dos desalojados, bem como seja afastada a multa cominatória diária fixada (mil reais por unidade residencial, totalizando setenta mil reais por dia), alegando, para tanto, lesão à ordem econômica e à ordem pública, por ofensa ao art. 166, I, da CF/88. Em caráter alternativo, requer que apenas sejam alugadas casas para aqueles que comprovem a condição de inabitabilidade dos seus imóveis, mediante laudo técnico.

Pleiteia, ainda, a extensão dos efeitos da suspensão com o propósito de impedir o juízo *a quo* de, supervenientemente, conceder qualquer liminar que determine ao Município de Aracaju que alugue residências para os moradores do Conjunto Atalaia Sul e da Av. Melício Machado, ou, alternativamente, que tais efeitos sejam estendidos à decisão, para que esses aluguéis beneficiem os

moradores que demonstrem que suas antigas residências estão inabitáveis.

Inicialmente, convém destacar que o pedido de aditamento formulado pelo recorrente não merece ser conhecido, uma vez que a presente medida excepcional não apresenta caráter preventivo, de modo que é incabível o seu manejo para retirar a eficácia de decisões que ainda serão proferidas.

A esse respeito, trago o magistério do Dr. César Arthur Cavalcanti de Carvalho (*in O instituto da Suspensão da Decisão Judicial Contrária ao Poder Público – um instrumento de proteção do interesse público*, Recife: Fundação Antônio dos Santos Abranches, 2008, p. 103/104):

Se a decisão ainda não foi proferida, por mais relevante que seja a questão em debate e mesmo que liminares idênticas já tenham sido concedidas pelo juízo, não pode o poder público pretender a retirada prévia da eficácia. Por exemplo, se vai ser realizado um leilão e várias ações com mesmo fundamento foram distribuídas a uma vara que concedeu liminares suspensas pelo tribunal, é mister aguardar que cada processo seja decidido para que se apresente o incidente ou se peça a extensão da decisão suspensiva, na forma do §8º do art. 4º da Lei nº 8.437/92. É uma situação até óbvia e corolário do exposto até o momento, pois seria impossível retirar a eficácia de ato que ainda não existe no mundo jurídico.

Feito esse registro, observo que 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 ofensa 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, ao apreciar o pedido de suspensão, vislumbrei, em parte, ocorrência de grave dano às finanças municipais, caso fosse cumprida, de logo, a liminar, a qual havia determinado que o Município de Aracaju abrigasse as vítimas das chuvas do Conjunto Costa do Sol em hotéis de até três estrelas, sem que, primeiro, fossem alojadas em prédios públicos municipais. Autorizei, então, a efetivação dessa segunda providência, por ser, normalmente, a praxe, e em razão da informação de que a prefeitura municipal já vinha tomando medidas emergenciais (fls. 18/23) para a solução dos problemas.

Ocorre, no entanto, que, em sede de agravo, o recorrente se mostra inconformado com a determinação judicial relativa ao pagamento de aluguéis às vítimas das chuvas e à fixação de multa para o caso de descumprimento daquela ordem, pugnando, pois, pelo seu afastamento.

Entendo, porém, que não seria o caso de, por esta via processual, suspender o *decisum a quo*, em sua totalidade, uma vez que a matéria, nesse ponto, apresenta feições recursais e não pode, assim, ser objeto de análise por este instrumento processual. Desse modo, os valores arbitrados a título de pagamento de aluguel devem ser discutidos no bojo do processo adequado, nada impedindo que as quantias fixadas sejam revistas em juízo, para compatibilização das finanças do Município com as necessidades materiais dos moradores do mencionado conjunto habitacional.

Por outro lado, é importante ressaltar que, embora seja certa a despesa que o Município de Aracaju/SE terá com os custos dos aluguéis, maiores prejuízos estão a sofrer as setenta famílias que perderam suas residências em decorrência das chuvas que caí-

ram na região no último mês de abril, de maneira que cabe ao Poder Público, em situações desse jaez, garantir-lhes abrigo, ou em prédios públicos, de início, ou em locais alugados, para que seja oferecida à população um mínimo de dignidade.

De igual forma, a discussão em torno da aplicação da multa cominatória, bem como do montante arbitrado, e da questão relativa à apresentação de laudo pela Defesa Civil e Vigilância Sanitária, comprovando que apenas os imóveis de duas famílias estão em condições de inabitabilidade, deve ser travada no âmbito do recurso adequado, onde a prova de tal afirmação poderá ser produzida com maior amplitude.

Destarte, não se vislumbram razões suficientes para suspender, em sua totalidade, a decisão *a quo*, devendo ser mantida, apenas, a suspensão parcial, conforme já havia sido assim decidido, para autorizar o alojamento dos desabrigados do Conjunto Costa do Sol, localizado em Aracaju/SE, vítimas das enchentes ocorridas no último mês, em prédios públicos municipais, enquanto é providenciado o aluguel de casas para as setenta famílias.

Com essas considerações, não conheço do pedido de aditamento e, no mérito, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 357.084-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Embtes.: JOSÉ CARLOS MAIA DE OLIVEIRA E OUTROS
Embargada: UNIÃO
Agravante: UNIÃO
Advs./Procs.: DRS. MARCELO VINICIUS GOUVEIA MARTINS E OUTROS (EMBTES.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS INFRINGENTES. RATIFICAÇÃO DE RECURSO INTERPOSTO ANTES

DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE. REGRA APLICÁVEL APENAS AOS RECURSOS RAROS.

- A regra da necessidade de ratificação de recurso interposto na pendência de embargos de declaração só deve valer para os chamados recursos extremos, ou recursos raros, isso porque, tanto no especial como no extraordinário, é presumido ao seu conhecimento a exaustão da instância ordinária, o que obviamente não se pode exigir de recurso manejado internamente a essa mesma instância.

- Agravo regimental ao qual se nega provimento. Pedido de reconsideração prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, julgando prejudicado o pedido de reconsideração, 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, 2 de junho de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

A União opõe agravo regimental em face da decisão monocrática de fls. 1394/1400, na qual, em juízo de retratação, considerei tempestivos os embargos infringentes propostos por José Carlos Maia de Oliveira e outros, determinando o regular prosseguimento do feito.

Para a agravante, a decisão recorrida contrariou a legislação de regência da espécie, bem como o entendimento dominante dos tribunais sobre a matéria, que rendeu ensejo à recente edição da

Súmula nº 418 do STJ, nos seguintes termos: “*É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação*”.

Sustenta que a lógica contida na citada súmula se aplica também aos recursos ordinários, porque o julgamento dos embargos de declaração – mesmo na hipótese de improvimento – se incorporará ao conteúdo decisório recorrível, devendo a parte interessada, quando intimada da decisão integrativa, ratificar os termos do recurso oposto prematuramente, importando seu silêncio na preclusão do julgado.

Na forma regimental, trago o feito em mesa para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Peço vênia para reportar-me à decisão agravada, na qual analisei os tópicos levantados neste regimental. Cito:

Depois de reapreciar a matéria, convenci-me de que a regra da necessidade de ratificação de recurso interposto na pendência de embargos de declaração só deve valer para os chamados recursos extremos, ou recursos raros: o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, e o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

Nesses casos – como dito antes – a jurisprudência, tanto do egrégio STJ como do colendo STF, é no sentido de não conhecer o especial ou o extraordinário apresentados antes do julgamento de declaratórios da decisão recorrida (nesse sentido, o REsp 776.265, da Corte Especial do STJ, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, j. 20.06.2007, DJ06.08.2007, e, no STF, o RE 447.090-AgRg, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ24.06.2005)¹, entendendo-se existir intempestividade por prematuridade.

¹ Assinale-se, ainda assim, que o aresto mencionado do STJ alterou jurisprudência antes pacífica no sentido de que a reiteração do especial, nesses casos, era desnecessária (cf., p. ex., REsp 441.016-AgRg, AI 796.331-AgRg, REsp 474.513-AgRg), com o que continua a concordar a doutrina (v.g., THEOTONIO NEGRÃO e JOSÉ ROBERTO F. GOUVÊA, entre outros).

Entretanto, há aí uma razão para tal entendimento que **não se aplica à apelação e aos recursos ordinários em geral**: é que, tanto **no especial como no extraordinário, é pressuposto ao seu conhecimento o esgotamento das vias ordinárias**².

Por conseguinte, se havia ainda embargos declaratórios a serem julgados na instância de origem, que é uma instância ordinária, não se poderia ainda conhecer da via especial ou extraordinária, porquanto a instância ordinária não fora esgotada.

Além disso, em geral os declaratórios que se opõem às decisões suscetíveis de recursos especial ou extraordinário visam a prequestionamento ou a esclarecimento de aspectos de direito necessários à admissibilidade desses recursos extremos.

Essas questões aqui não se põem, porque entre Juízo de primeiro grau e Tribunal de Apelação – ou num recurso interno, no âmbito deste – se está em sede de instâncias ordinárias, além do que nem a apelação nem qualquer dos recursos ordinários é recurso extremo ou raro, portanto não se submetem, em princípio, a devolutividade estreita³; ao contrário, a apelação é a via recursal mais ampla e mais larga possível nos termos da legislação processual civil em vigor, de modo que as modificações que possivelmente possam decorrer de embargos declaratórios contra uma sentença apelável não têm, em si, em princípio, o condão de interferir na admissibilidade do próprio apelo.

O mesmo se diga das possíveis modificações defluentes de aclaratórios aviados contra um acórdão suscetível de embargos infringentes, as quais igualmente não têm, *per se*, salvo situação extrema, como interferir na admissão dos próprios infringentes.

O egrégio STJ, aliás, já disse expressamente que, **em apelação** interposta antes de julgados embargos decla-

² Prova disso é que o STJ, no AI 827.293-AgRg, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ 22.11.2007, explicitou que não conhecia o especial interposto antes do julgamento dos aclaratórios justamente porque, não estando esgotada a jurisdição do tribunal de origem, era prematuro e incabível examinar o recurso).

³ Exceto, quanto aos embargos infringentes, os limites da divergência; senão esta total, a devolutividade poderá ser ampla.

ratórios, **não há necessidade de ratificação ou reite-
ração**, *verbis*:

Pelas peculiaridades da espécie, não se tem por ex-
temporânea a apelação interposta antes do julgamento
dos declaratórios apresentados pela parte contrária, uma
vez que os pontos da sentença que foram atacados na
apelação em nada foram alterados pelo *decisum* dos
aclaratórios, que, por ser meramente integrativo, ape-
nas complementou o primeiro decisório, sem dar-lhe qual-
quer outro conteúdo, principalmente modificativo, no ati-
nente àqueles tópicos.

(STJ, 4ª T., REsp 280.247, Rel. Min. CÉSAR ROCHA,
DJ 26.08.2002, apud THEOTONIO NEGRÃO e JOSÉ
ROBERTO F. GOUVÊA, *Código de Processo Civil e
Legislação Processual em Vigor*, 41ª ed., S. Paulo, Sa-
raiva, 2009, pp. 752/753).

Por uma questão de honestidade intelectual, é neces-
sário registrar que há pelo menos uma decisão do STJ – e
mais recente – em sentido contrário: A interposição do
recurso de apelação antes do julgamento dos embargos
de declaração – sem o posterior aditamento – importa na
sua intempestividade, por prematuro (STJ, 1.ª T., REsp
886.405, Min. LUIZ FUX, j. 11.11.2008, *DJ* 01.12.2008),
também assinalado por NEGRÃO & GOUVÊA, mesma
obra, ed. e p.

Entretanto, é importante notar que, nesse julgado, sim-
plesmente se aplicou à apelação a regra da ratificação
prevista para o recurso especial, supostamente porque in-
cidiria, no caso, a conhecida parêmia latina *ubi eadem
ratio, ibi eadem dispositio*, ou seja, onde houver a mesma
razão de decidir, deve-se aplicar a mesma regra.

Ocorre que – *data maxima venia* dos ilustres prolores
desse v. acórdão – **não se está diante da mesma *ratio***,
porque, como já dito, no recurso especial (como no extra-
ordinário), há necessidade de exaustão da instância ordi-
nária, o que obviamente não se pode exigir de recurso
manejado internamente a essa mesma instância. *Ergo*,
**não se poderia, em face de *ratio diversa*, impor idên-
tica *dispositio***.

Então, a premissa mesma do v. acórdão em tela, por
equivocada, não pode servir de orientação segura. O outro
acórdão da Eg. Corte Superior, sim, merece guarida, jus-

tamente por partir das *peculiaridades* da apelação, e que a diferenciam dos recursos raros.

Tanto é assim que o próprio relator – e exímio processualista, diga-se de passagem –, o Min. LUIZ FUX, ao confeccionar o v. acórdão que aplicou à apelação a mesma exigência feita para o recurso especial, ressaltou, até na ementa do julgado, seu entendimento de que *o interesse recursal nasce com a publicação da decisão, por isso que não há necessidade de o recorrente – que se deu por esclarecido – aguardar o esclarecimento da parte adversa. Ademais, em não havendo modificação da decisão no julgamento dos embargos, desnecessária a reiteração – figura não prevista no Código Processual Civil.*

Por isso, estou firme na convicção de que a ratificação imposta ao especial e ao extraordinário interpostos antes do julgamento de declaratórios aviados pela parte adversa não se aplica, em princípio, aos recursos ordinários.

Acresça-se a isso o fato de que só quem teria a perder em não complementar os infringentes, diante do julgamento de declaratórios referentes ao acórdão turmário embargado seriam os próprios embargantes infringentes, no caso de serem esses aclaratórios providos para complementar ou – pior ainda – modificar a sentença.

Só eles deixariam de ter a oportunidade de adequar seus infringentes à nova feição tomada pelo acórdão com o provimento dos declaratórios, não os autores destes (se diversos, como no caso dos precedentes acima), que aliás ganhariam, porque estariam a combater infringentes incompletos, ou formulados perante um acórdão ainda não esclarecido ou modificado.

Portanto, se prejuízo nenhum haveria para os embargantes de declaração, não se pode, em favor deles anular o conhecimento dos infringentes da parte adversa, diante do princípio recursal do *pas de nullité sans grief*.

Entretanto, **pior ainda se os embargos forem rejeitados**, com consequente manutenção integral do acórdão alvo dos infringentes.

Senão confira-se a parte fina do v. aresto que julgou os embargos de declaração:

Na verdade, pretendem os embargantes que a causa seja novamente julgada, ou o reconhecimento da nulidade do acórdão.

A conclusão do aresto pode até não encontrar ressonância na tese dos embargantes, mas é inadmissível que se pretenda, no âmbito estrito dos embargos declaratórios, o reexame de matéria já decidida.

Ante o exposto, nego provimento aos embargos de declaração (fl. 1.161).

Não tendo o v. acórdão objeto dos declaratórios sofrido a mais mínima alteração em face dos embargos, por que impor, à parte que dele havia interposto embargos infringentes essa obrigação de ratificar ou reiterar o recurso, pena do não-conhecimento deste?

Isso não faz sentido, porquanto **atenta contra o princípio da razoabilidade**, já que cria um ônus **não previsto na lei processual** contra quem legítima e tempestivamente recorreu.

Não se diga que, da mesma forma, o STJ e o STF criaram tal ônus para quem recorreu especial ou extraordinariamente antes do julgamento de declaratórios. Neste caso, o ônus decorre, sim, da lei processual – aliás, da Constituição processual –, pois esta exige a exaustão das instâncias ordinárias e impõe uma série de restrições ao conhecimento dos recursos raros.

Tudo que foi dito se aplica ao caso concreto, logicamente com o devido temperamento, necessário pelo fato de aqui os declaratórios terem sido opostos pelos próprios embargantes infringentes, não pela parte adversa como nos precedentes citados.

Com efeito, os embargos de declaração foram opostos tempestivamente pelos apelados na AC nº 357.084, para sanar suposta omissão na apreciação da preliminar de não-conhecimento por estarem as razões do apelo desassociadas do que fora discutido nos autos.

Os embargantes de declaração, antecipando-se à intimação do julgamento dos declaratórios – renunciando, portanto, à interrupção do prazo instituída a seu favor no art. 538 do CPC – interpuseram também os embargos infringentes ora debatidos.

Em razão do objeto dos embargos de declaração, era desnecessário aguardar a intimação do julgamento dos aclaratórios para protocolar o segundo recurso, porque, independentemente de qual fosse o resultado daquele, inexistiria qualquer acréscimo a ser feito às razões dos em-

bargos infringentes. Com efeito, improvidos os declaratórios, o acórdão impugnado pelos embargos infringentes restaria intocado; providos, os infringentes ficariam prejudicados em face do não conhecimento da apelação.

Então, se os embargos de declaração foram improvidos, ratificar os infringentes por quê?

Foi o que aconteceu na hipótese presente. Como não havia o que dizer, os embargantes infringentes nada disseram.

Corroborando a solução ora preconizada, confira-se a lição do ilustre processualista Barbosa Moreira, *verbis*:

A interrupção ocorre na data da interposição dos embargos e perdura até a da publicação do acórdão que os julgue. Daí em diante, recomeça a fluir, por inteiro, o prazo de interposição do outro recurso. **Este, porém, não será inadmissível só pelo fato de haver sido interposto, antecipadamente, durante a interrupção: a regra legal visa a beneficiar o recorrente, e não se há de entender que o prejudique a circunstância de não se ter aproveitado do benefício** (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 14ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, pp. 568.).

Nessa perspectiva, não houve – até porque isso não se faz necessário – intimação aos embargantes infringentes para que, especificamente, ratificassem seus embargos. Eles foram intimados apenas do resultado dos declaratórios.

Consequentemente, não se pode querer que sejam punidos por não terem feito algo (a ratificação de seu recurso) que, por não estar previsto na legislação, contraria o seu direito ao *due process of law*, garantido nos termos da Constituição (art. 5º, LIV).

O processo deve servir a seus fins legítimos, não para fomentar tecnicidades mesquinhas e detrimetosas a quem litiga.

Finalmente – conquanto esta preocupação não se justifique no caso concreto em razão de suas peculiaridades, acima expostas – cumpre registrar que impor tal ratificação indiscriminadamente, em sede ordinária, a meu ver, abre perigosíssimo precedente para que todo mundo agora passe a embargar de declaração sentenças apeladas pela parte contrária, ou acórdãos submetidos a infringentes.

tes, só para ver se o recorrente “esquece” de reiterar o apelo perfeito e acabado que havia feito, mesmo diante da rejeição dos declaratórios.

Isso poderá trazer para o Judiciário, inúmeros embargos declaratórios assim maliciosos e se premiará expedientes duvidosos desse jaez, prejudicando a clara e óbvia intenção de recorrer, que há de se ter em princípio por legítima, sempre que realizada nos quadrantes do devido processo legal.

Isso tudo posto, **reconsidero a decisão de fls. 1377/1380**, na forma do artigo 557, § 1º, do CPC.

Bem se vê que a parte agravante não trouxe nenhuma alegação capaz de infirmar meu convencimento de que a regra da necessidade de ratificação de recurso interposto na pendência de embargos de declaração só deve valer para os chamados recursos extremos, ou recursos raros, conforme expus fundamentadamente na decisão recorrida.

Tudo isso posto, **nego provimento ao agravo regimental**, julgando prejudicado o pedido de reconsideração.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 344.813-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO (CONVOCADO)
Apelante: MUNICÍPIO DE NATAL - RN
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. NERIVAL FERNANDES DE ARAÚJO E OUTROS (APTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. SÚMULA 436 DO STJ. CDA. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. PRESCRIÇÃO DA EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA. ART. 204 DO CTN. EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE

SUBSIDIÁRIA DO ENTE INSTITUIDOR. CABIMENTO.

- Na dicção do art. 204 do CTN, a dívida regularmente inscrita goza de presunção juris tantum de certeza e liquidez, podendo ser ilidida por prova robusta, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro interessado.

- Nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, é essencial o conhecimento da data da entrega da DCTF, posto que desta forma o crédito tributário estará definitivamente constituído, dispensando-se qualquer outra providência do fisco (Súmula 436 do STJ).

- In casu, a apelante não juntou prova essencial para o exame da prescrição da execução, ou seja, a data da entrega da DCTF, o que inviabiliza o acolhimento do seu pleito, à míngua da existência de prova.

- É cediço na jurisprudência o entendimento segundo o qual a Administração direta deve responder subsidiariamente pelas dívidas tributárias de empresa pública ou de sociedade de economia mista por ela instituída, aplicando-se o disposto no art. 242 da Lei 6.404/76, vigente à época do fato gerador.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 1º de julho de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA
CANUTO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CONVOCADO RUBENS DE MENDONÇA CANUTO (Convocado):

Inicialmente, convém registrar que o reconhecimento da incompetência absoluta desta Corte, consignado no acórdão prolatado nesta egrégia 3ª Turma em 6 de julho de 2006 (fl. 46), foi anulado pelo Supremo Tribunal Federal, razão pela qual os autos retornaram para serem reapreciados neste egrégio Tribunal (fl. 57).

Noticiam os autos que o Município de Natal opôs embargos à execução fiscal, objetivando eximir-se do pagamento de COFINS, alegando que não poderia ser responsabilizado subsidiariamente pelo pagamento do tributo devido pela ALIMENTAR - Empresa de abastecimento Alimentar de Natal, posto que esta empresa pública não prestava serviço público (art. 175, CF/88), mas sim, intervinha de forma autônoma na atividade econômica (art. 173, § 1º, II, CF/88).

Na sentença, o magistrado julgou improcedentes os embargos, entendendo que a ALIMENTAR prestava serviço público, de maneira que, ante a ausência de bens penhoráveis, o Município de Natal responderia subsidiariamente pelas dívidas da supracitada empresa pública constituída pelo Município, com fulcro nos arts. 238 e 242 da Lei 6.404/76, vigente à época da ocorrência do fato gerador.

Em sede de apelação, o embargante alegou apenas a ocorrência da prescrição da execução, uma vez que o feito teria sido ajuizado após a ocorrência do lustro. Neste sentido, ressaltou que o prazo prescricional decenal previsto no art. 46 da Lei 8.212/91 (lei ordinária) afrontaria a CF/88, a qual exige Lei Complementar para tratar desta matéria.

Em sede de contrarrazões, a Fazenda Nacional pugnou pelo não conhecimento da apelação, pois discutiu matéria diversa da que foi abordada na sentença. No mérito, defendeu que o prazo prescricional decenal expresso no art. 46 da Lei 8.212/91 não teve sua constitucionalidade questionada, o que afastaria a alegação de prescrição da execução.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CONVOCADO RUBENS DE MENDONÇA CANUTO (Relator Convocado):

A apelação não merece provimento.

Inicialmente, deve ser ressaltado que a prescrição da execução fiscal ocorrida antes da propositura da ação pode ser decretada de ofício, nos termos do art. 219, § 5º, do CPC e da súmula nº 409 do Eg. Superior Tribunal de Justiça. Neste sentido, como matéria de ordem pública, é pacífico o entendimento segundo o qual pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição.

No que tange ao prazo prescricional das contribuições sociais, a matéria encontra-se absolutamente definida em face da edição da Súmula Vinculante nº 08/2008, do egrégio STF, *in verbis*:

SÃO INCONSTITUCIONAIS O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI Nº 1.569/1977 E OS ARTIGOS 45 E 46 DA LEI Nº 8.212/1991, QUE TRATAM DE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Assim, a prescrição de que se cuida é de 05 (cinco) anos, nos termos do art. 174 do CTN, posto que a matéria somente pode ser tratada através de Lei Complementar, como determina a CF/88.

Superada esta questão, passo a analisar se ocorreu o prazo prescricional quinquenal no caso em abordagem.

De acordo com o entendimento assentado no egrégio STJ, para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a constituição definitiva do crédito tributário se dá na data da entrega da DCTF quando esta for posterior à data do vencimento. De outra banda, se a entrega ocorreu em data anterior ao vencimento, o termo inicial da prescrição inicia-se a partir do vencimento.

Para ilustrar este entendimento, transcrevo os seguintes arestos desta Colenda 3ª Turma e do Eg. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO. ENTREGA DCTF QUANDO POSTERIOR AO VENCIMENTO. 1. Agravo de instrumento manejado contra decisão que,

em sede de execução fiscal, reconheceu a prescrição parcial dos créditos exigidos através da CDA nº 30 6 98 000734-64, com vencimentos entre 29/04/1994 e 30/09/1994.

2. O termo *a quo* para contagem do prazo prescricional de tributo declarado e não pago é a data do vencimento para pagamento da obrigação tributária constante na CDA, quando a declaração ocorre antes do vencimento, conforme tem decidido o egrégio STJ. Ocorre, porém, que nas hipóteses em que a declaração for posterior à data do vencimento da dívida, o termo *a quo* será a data de entrega da declaração, restando neste momento constituído o crédito tributário. É esse o caso dos autos;

3. A CDA nº 30 4 04 000383 teve seus débitos relativos ao ano base 1994/1995 – referentes àqueles com vencimentos entre 29/04/1994 e 30/09/1994 – constituídos através da declaração de nº 0950310022400 que data de 29/05/1995.

4. Assim, considerando que entre a data de constituição do crédito (29/05/1995) e o ajuizamento da execução fiscal (27/10/1999) não transcorreram mais de cinco anos, resta evidente a inoccorrência da prescrição;

5. Agravo de instrumento provido.

(AGTR Nº 100018 - CE - 2009.05.00.076979-9, Desembargador Paulo Roberto de Oliveira Lima, j. 12/11/2009).

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE. DCTF. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL.

1 - Nos casos de tributo lançado por homologação, a declaração do débito através de Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF) por parte do contribuinte constitui crédito tributário, sendo dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia.

2 - Desta forma, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, ou da apresentação da declaração (o que for posterior), nesse momento fixa-se o termo *a quo* (inicial) do prazo prescricional.

3 - Recurso especial não provido.

(REsp 820626 / RS, 2ª T., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 16/09/2008).

Portanto, depreende-se dos arestos acima transcritos que a informação relativa à data da entrega da DCTF é fundamental para se determinar o termo inicial da contagem do prazo prescricional. Tal entendimento foi reforçado com a edição da súmula 436 do STJ¹.

Todavia, compulsando-se os autos da execução fiscal (processo nº 2004.84.00.004006-6), verifica-se que esta informação inexistente, o que inviabiliza a apreciação desta matéria (fls. 03-06). Neste sentido, à míngua de prova em contrário, a CDA tem presunção de legitimidade e liquidez (art. 204 do CTN), inclusive no que diz respeito ao seu ajuizamento dentro do prazo prescricional quinquenal.

De outra banda, a jurisprudência² entende ser perfeitamente cabível a responsabilidade subsidiária da Administração direta pelas dívidas tributárias de empresa pública ou de sociedade de economia mista por ela instituída, na hipótese de impossibilidade patrimonial da executada, aplicando-se o art. 242³ da Lei 6.404/76, vigente à época do fato gerador.

De fato, como bem ressaltou o magistrado *a quo*, “se a responsabilidade subsidiária era aplicável a uma sociedade de economia mista, muito mais o será para uma empresa pública” (fl. 22 dos embargos).

Por derradeiro, convém registrar que a ALIMENTAR - Empresa de abastecimento Alimentar de Natal, em razão das diversas atribuições previstas na Lei nº 4.256/93 (fl. 15), presta serviço pú-

¹ Súmula 436 do STJ: “A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco”.

² Neste sentido: TRF da 5ª Região: AC 406258 (DJE 08/10/2009) e AC 409680 (DJE 15/10/2009), Rel. Desembargador Federal Francisco Barros Dias; TRF da 2ª Região: AMS 51200 (DJU 09/12/2008), Rel. Desembargador Federal Luiz Mattos.

³ Art. 242 da Lei 6.404/76: “As companhias de economia mista não estão sujeitas à falência, mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações”.

blico de forma inequívoca (art. 175 da CF/88), a saber: o planejamento e execução de política integrada de abastecimento alimentar; a construção e administração de mercados e postos de abastecimento, orientado e disciplinando a distribuição de produtos alimentícios; implantar e desenvolver programas de orientação e educação do consumidor; operar o abate e processamento de bovinos, suínos, caprinos e ovinos.

Ante o acima exposto, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 394.548-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: JOSÉ BARBOSA FILHO
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ CARLOS MEDEIROS E OUTRO

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DEMANDA OBJETIVANDO A ANULAÇÃO DE DEMISSÃO DO DEMANDANTE, CALCADA EM INQUÉRITO ADMINISTRATIVO QUE, ANTE A CONCESSÃO IRREGULAR DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO (ATINENTE A UM SÓ SEGURADO), CONCLUIU PELA PRÁTICA DAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS ALOJADAS NOS INCISOS II E III DO ART. 116, INCISOS IX E XV DO ART. 117, AMBOS DA LEI Nº 8.112, DE 1990.

- Caso em que figura como acusado o demandante que, na condição de agente de portaria, portando apenas o primeiro grau, foi encarregado de conceder benefícios previdenciários, em flagrante e absurdo desvio de função, que o apelante não explica, como se fosse possível conceder a um soldado o comando de um batalhão, em lugar do tenente ou do capitão.

- Existência de condenação em primeiro grau, confirmada pelo segundo grau, calcada a última em duas premissas - a) no fato de o apelado figurar em diversos inquéritos policiais tendo por objeto a concessão irregular de benefícios, b) o fato de ter uma testemunha afirmado que o servidor, que trabalhava no guichê, era responsável pela conferência dos documentos apresentados pelos segurados, assertiva que se casa com a formulada pelo apelado, de que tinha orientação de solicitar pesquisa quando as CTPS eram recentes, fl. 270, sem se demonstrar nenhum nexo entre a acusada que levou a documentação do segurado e a figura do apelado, afigurando-se, desta forma, profundamente inconsistentes para a condenação.

- Não se pode perder de vista que a atribuição a um agente de portaria de conceder benefícios previdenciários é tarefa que atenta completamente contra as atividades inerentes ao cargo, além do despreparo intelectual do apelado, que só carregava, como carrega, o primeiro grau.

- Improvimento do apelo, na manutenção da sentença que acolheu a pretensão.

ACÓRDÃO

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

Recife, 13 de maio de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social [INSS] contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco que, em ação ordinária ajuizada por José Barbosa Filho, julgou procedente o pedido para anular o ato de demissão e condenar o apelante a reintegrar o autor, no cargo de agente de portaria, com o pagamento de todas as remunerações desde a época do seu afastamento.

O recorrente alega que, em processo criminal, o apelado foi condenado a uma pena de 02 [dois] anos e 08 [oito] meses de reclusão, pela prática de crime de estelionato qualificado, por concessão fraudulenta de benefícios previdenciários com utilização da função pública que ocupava na autarquia recorrente. Argumenta que a conduta comissiva do recorrido representa, também, o ilícito administrativo, que era representado pelas seguintes circunstâncias: a) aceitação de contratos de trabalho rasurados e de número de PIS fictício, em duplicata e/ou cadastrado após o último contrato de trabalho; b) aceitação de vínculo empregatício com firmas cujas atividades estavam suspensas; c) aceitação de contrato de trabalho anteriores ao início das atividades da empresa; d) alteração das datas de admissão e demissão dos segurados, com aumento ou diminuição do efetivo tempo de serviço prestado às empresas; e) aceitação de contratos de trabalho sem a devida confirmação no Cadastro Nacional de Informações Sociais [CNIS]. Argumenta, ainda, que não houve desvio de função, tendo o recorrido desempenhado atividades compatíveis com o seu grau de escolaridade, e que a conduta dele justifica sua demissão como sanção administrativa.

Houve resposta ao recurso [fls. 252-254].

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

O apelado, na condição de agente de portaria, foi guindado pelo demandado, ora apelante, ao exercício de atividades que estavam além de suas atribuições, como a concessão de benefícios, terminando indiciado em inquérito administrativo e, consequente-

mente, demitido, pesando-lhe as normas atoladas no art. 116, incs. II e III, art. 117, inc. IX e X, todos da Lei 8.112, de 1991.

A r. sentença, fls. 182-187, não encontrou no inquérito administrativo, em apenso, *notícia de que o autor tenha agido em conluio com os possíveis fraudadores*, não apontando a Comissão processante a *prática de ato de desonestidade por parte do servidor*, fl. 185, arrematando por dar guarida à pretensão embutida na inicial.

A teor da r. sentença atacada, na realidade, o ato de demissão do autor não encontrou suporte em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 132 da Lei 8.112/90, fl. 185.

Em conclusão:

É certo que, ao final do relatório a Comissão aludiu à proibição prevista no artigo 117, inciso IX, da Lei nº 8.112/90: “valer-se de cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem em detrimento da dignidade da função pública”. No entanto, o suporte fático apontado para tal enquadramento se revelou manifestamente inadequado à previsão contida no dispositivo citado. Segundo a Comissão, o autor praticou a conduta prevista no artigo 117, inciso IX, da Lei 8.112/90, por haver contribuído por negligência para a atuação de intermediários inescrupulosos. Ora, a infração prevista no inciso citado é manifestamente dolosa, não correspondente, portanto, à conduta imputada ao autor, fls. 185-186.

Mesmo levando em consideração os enquadramentos alojados na peça contestatória, o enquadramento deixa, evidentemente, a desejar.

Estamos trafegando no terreno da habilitação e concessão de aposentadorias fraudulentas. Se ocorreram, a infração não se enquadra na obrigatória lealdade às instituições, nem tampouco no deixar de observar as normas legais e regulamentares, a teor dos incs. II e III do art. 116 da Lei 8.112.

Tampouco nada guarda de compatibilidade com o inc. IX do art. 117 do mesmo diploma, porque não se provou ter se valido do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem em detrimento da dignidade da função pública.

Ainda não se enquadra no inc. XV do mesmo art. 117, por não ter sido provada a conduta desidiosa do demandante, ora apelado, ao conceder aposentadorias sem observância das formalidades legais e regulamentares.

Antes de tudo, é preciso observar que o ocupante de agente de portaria não está obrigado a desempenhar atividades não compatíveis com a de seu cargo, como a concessão de benefícios previdenciários, por se tratar de tarefas completamente dissociadas daquelas que seu cargo reclama. É como se fosse possível um soldado gerir um batalhão, em lugar do capitão ou do tenente.

O fato de ter sido condenado em primeira instância, em sentença confirmada pela segunda instância, também não depõe contra o apelado, sobretudo ante a pobreza dos fatos contra ele provado.

No particular, a sentença penal condenatória é a de fls. 218-229 que se calca em declarações prestadas por segurado falecido, prestadas perante a auditoria do INSS, e, portanto, não reiterada em a ação penal, segundo as quais o apelado teria sido o servidor que atendeu a senhora Maria do Socorro dos Santos, acusada também, concluindo a douda decisão que a revelação ou fato denota *que estavam de comum acordo na fraude perpetrada contra o INSS*, fl. 222.

É muito pouco para ensejar uma condenação, principalmente quando não nenhum liame a unir a atividade de Maria do Socorro dos Santos ao apelado.

Já em segundo grau, o doudo decisório continuou irretorquível a atuação do ora apelado na concessão de aposentadorias por meio fraudulento do senhor José Severino dos Santos, fl. 269, calcando-se a manutenção da condenação 1) no fato de o apelado figurar em diversos inquéritos policiais tendo por objeto a concessão irregular de benefícios, 2) o fato de ter uma testemunha afirmado que o servidor, que trabalhava no guichê, era responsável pela conferência dos documentos apresentados pelos segurados, assertiva que se casa com a formulada pelo apelado, de que tinha orientação de solicitar pesquisa quando as CTPS eram recentes, fl. 270.

Também, com todas as vênias devidas, parece-me bastante escassa para ensejar uma condenação, à míngua de qualquer nexo entre o apelado e a outra acusada, levando em conta a necessidade de a condenação se apoiar em provas concretas e robustas, que, efetivamente, demonstrem estar o apelado irmanado com a outra acusada para a concessão fraudulenta de benefícios previdenciários.

Antes de tudo, deve-se ter em mente que a atribuição a um agente de portaria de conceder benefícios previdenciários é tarefa que atenta completamente contra as atividades inerentes ao cargo, sobretudo quando o apelado só carregava, como carrega, o primeiro grau.

Ou seja, o apelante conferiu, por política administrativa que não esclareceu, o apelado a executar tarefas que não era de seu mister, sendo, de maneira indireta, responsável por tudo que o apelado, de maneira direta ou oblíqua, praticou, dentro do absurdo desvio de função verificado, não desmentido pelo apelante.

Não há, assim, como reformar a r. sentença atacada.

Por este entender, nego provimento ao apelo.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 399.322-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Apelante: MILTON HOLANDA COSTA
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. MOURIVALDO WANDERLEY DUARTE E OUTRO (APTE.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. SIGILO BANCÁRIO. UTILIZAÇÃO DE DADOS DA CPMF. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL PARA FINS DE AFERIÇÃO DE EXISTÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LEIS 9.311/96, 10.174/2001 E LC Nº 105/2001. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DO ART. 5º, X E

XII. INOCORRÊNCIA. JULGAMENTO PLENÁRIO DO TRIBUNAL DECIDINDO PELA CONSTITUCIONALIDADE. CONFLITO DE LEIS NO TEMPO. NORMAS DE CARÁTER PROCEDIMENTAL. RETROATIVIDADE PERMITIDA PELO ART. 144, § 1º, DO CTN. PRECEDENTES.

- O sigilo bancário não é um direito absoluto, sendo limitado quando as circunstâncias denotarem a existência de um interesse superior. Existência de prévio procedimento visando apurar possível ilícito fiscal.

- O plenário do egrégio TRF da 5ª Região decidiu pela constitucionalidade do art. 11, § 3º, da Lei 9.311/96 (com a alteração decorrente da Lei 10.174/2001) e do art. 5º, §§ 4º e 5º, da Lei Complementar nº 105/2001 (Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação do MS nº 80.861-PE, julgada em 06/08/2003).

- A Lei 9.311/96, art. 11, §§ 2º e 3º, com alteração imposta pela Lei nº 10.174/2001, determina que as instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da CPMF prestarão à SRF informações sobre os valores globais das operações dos contribuintes, sendo facultada a sua utilização pela Receita Federal para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário e seu lançamento, no âmbito do procedimento fiscal. No caso, foi verificada uma vultosa movimentação financeira em nome do contribuinte, ano-base 1998, consoante informações prestadas pelo Banco Itaú S/A.

- O art. 5º, § 4º, da Lei Complementar nº 105/2001, por sua vez, autoriza a Administração Tributária a, recebidas as informações sobre operações financeiras efetuadas pelos usuários de Bancos, e detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, requisitar as informações e os documentos de

que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

- A teor do disposto no art. 144, § 1º, do CTN, as leis tributárias formais têm aplicação imediata, enquanto que as leis de natureza material só alcançam os fatos geradores ocorridos durante a sua vigência.

- A exegese do art. 144, § 1º, do Código Tributário Nacional, considerada a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, conduz à conclusão da possibilidade da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência (STJ: MC Nº 7513, Rel. Ministro LUIZ FUX).

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 18 de maio de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de ação declaratória ajuizada por Milton Holanda Costa contra a Fazenda Nacional, através da qual pretende ver decretada a nulidade do auto de infração que lhe fora lavrado em decorrência de depósitos bancários de origem não comprovada.

Segundo a inicial, a Receita Federal, em 02/04/2004, lavrou o Auto de Infração nº 0440100/00303/02, ocasião em que fora detectada a existência de depósitos bancários de origem não comprovada, bem como omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada, referentes ao ano-base 1998, nas contas bancárias mantidas pelo autor, nas instituições financeiras BANCO DO BRADESCO E BANCO SUDAMERIS, tudo com base nos dados obtidas via movimentação de pagamento de CPMF.

Alega que assim agindo a administração fazendária faz retroagir os efeitos da Lei Complementar nº 105 e da Lei nº 10.174/01, em completa afronta ao princípio da segurança jurídica e em ofensa à intimidade e à privacidade da parte autora.

Acrescenta que o auto de infração que lhe fora lavrado se encontra totalmente eivado de nulidades, tendo em vista que a CPMF incide sobre a saída de numerário da conta corrente do contribuinte jamais podendo o fiscal ter tomado por base para a lavratura do auto os valores dos depósitos efetuados. Desta forma, se a omissão de rendimentos foi caracterizada por valores creditados e/ou depositados, a obtenção dos dados para a lavratura do auto não poderia ter ocorrido, via movimentação de pagamento de CPMF.

Aduz, outrossim, que a utilização da CPMP para a constituição de crédito tributário dos anos-calendário 1998 a 2000 é ilegal, em decorrência do disposto na redação original do artigo 11, § 3º, da Lei 9.311/96 que proíbe a Receita Federal de utilizar aqueles dados para fiscalização de outros tributos, sob pena de se ofender os institutos do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, não havendo de se falar em retroatividade do disposto no artigo 1º da Lei 10.174/01, que deu nova redação ao § 3º da Lei 9.311/96, retirando a proibição de utilizar as informações fornecidas pelas instituições financeiras sobre os pagamentos de CPMF.

O requerimento de concessão de tutela não fora apreciado, tendo em vista a sua não produção de forma específica e objetiva, dando-se prosseguimento ao feito, cf. despacho de fl. 117.

Em sede de contestação a Fazenda Nacional assevera primeiramente, a relatividade da proteção do sigilo bancário, salientando que os documentos solicitados pela Receita Federal se re-

sumem aos extratos das contas bancárias, não violando a intimidade do contribuinte, por não ser perquirida a origem ou o destino dos depósitos e saques. A este respeito, juntou vasto repertório jurisprudencial.

Alega, também, a inexistência de retroatividade pela aplicação da novel redação do art. 11, § 30, da Lei nº 9.311/96, bem como a possibilidade de obtenção de informações bancárias anteriores à vigência da LC nº 105/01, tendo a parte autora feito nítida confusão entre aplicação imediata e aplicação retroativa da lei, já que existe estreita correlação entre a investigação fiscal atual e os fatos que a ensejaram.

Por fim, aduz que existe previsão legal específica considerando como omissão de receita, e conseqüentemente base de cálculo do IRPF, os depósitos bancários não declarados e de origem não comprovada, consoante dispõe o art. 42 da Lei nº 9.430/96 e que embasou o procedimento fiscal.

Na sentença, às fls. 177/185, o MM. juiz *a quo* julgou improcedente o pedido.

Na apelação reforçam-se as teses da inicial.

Contrarrazões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

Para o deslinde da questão, importa observar o panorama histórico da legislação que rege a comunicação de dados bancários e sua inserção no âmbito do direito Tributário.

Em 1998, ano-base em que ocorreram as movimentações bancárias que permeiam a presente demanda, que conforme doc. de fl. 33 foi na ordem de R\$ 239.848,87, vigia a Lei 4.595/64, reguladora do Sistema Tributário Nacional, recepcionada pela Constituição Federal, art. 192, com força de lei complementar, haja vista a inexistência de norma reguladora desse dispositivo, até que adveio a Lei Complementar nº 105/2001.

No seu art. 38, a Lei 4.595/64 previa a possibilidade de quebra do sigilo bancário, senão vejamos:

Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

§ 2º O Banco Central da República do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo.

§ 3º As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação (art. 53 da Constituição Federal e Lei nº 1579, de 18 de março de 1952), obterão as informações que necessitem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central da República do Brasil.

§ 4º Os pedidos de informações a que se referem os §§ 2º e 3º, deste artigo, deverão ser aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros.

§ 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente.

§ 7º A quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Em 1996, surge a Lei nº 9.311, que instituiu a CPMF, prescrevendo que as instituições financeiras responsáveis pela retenção dessa contribuição, ficam responsáveis por prestar à Secretaria da Receita Federal informações a respeito da identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações bancárias. Todavia, conforme dispunha o § 3º do seu art. 11, vedava-se a utilização dessas informações para a constituição de crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos, senão veja-mos:

Art. 11. Compete à Secretaria da Receita Federal a administração da contribuição, incluídas as atividades de tributação, fiscalização e arrecadação.

§ 1º No exercício das atribuições de que trata este artigo, a Secretaria da Receita Federal poderá requisitar ou proceder ao exame de documentos, livros e registros, bem como estabelecer obrigações acessórias.

§ 2º As instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da contribuição prestarão à Secretaria da Receita Federal as informações necessárias à identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações, nos termos, nas condições e nos prazos que vierem a ser estabelecidos pelo Ministro de Estado da Fazenda.

§ 3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicada à matéria, o sigilo das informações prestadas, vedada sua utilização para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos.

Em 2001, a redação do § 3º art. 11 da Lei nº 9.311, foi alterada pela Lei nº 10.174, passando a ter o seguinte teor:

§ 3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, **facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente**, observado o disposto no art. 42 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores.

Um dia depois apenas, foi editada a Lei Complementar nº 105/2001, que revogou o art. 38 da Lei nº 4.595/64, e da qual transcrevo os seguintes dispositivos:

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

(...)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

I - a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

III - o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei no 9.311, de 24 de outubro de 1996;

IV - a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

V - a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

VI - a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º desta Lei Complementar.

(...)

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

§ 1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo:

I - depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança;

II - pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques;

III - emissão de ordens de crédito ou documentos semelhantes;

IV - resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança;
V - contratos de mútuo;
VI - descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito;
VII - aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável;
VIII - aplicações em fundos de investimentos;
IX - aquisições de moeda estrangeira;
X - conversões de moeda estrangeira em moeda nacional;
XI - transferências de moeda e outros valores para o exterior;
XII - operações com ouro, ativo financeiro;
XIII - operações com cartão de crédito;
XIV - operações de arrendamento mercantil; e
XV - quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente.

§ 2º As informações transferidas na forma do *caput* deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

§ 3º Não se incluem entre as informações de que trata este artigo as operações financeiras efetuadas pelas administrações direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a con-

tas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Na mesma data, isto é, em 10 de janeiro de 2001, o Governo edita o Decreto nº 3.724, que regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 105, “relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas”.

Destaco os seguintes dispositivos do Decreto nº 3.724/2001:

Art. 1º Este Decreto dispõe, nos termos do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, sobre requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal e seus agentes, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas, em conformidade com o art. 1º, §§ 1º e 2º, da mencionada Lei, bem assim estabelece procedimentos para preservar o sigilo das informações obtidas.

Art. 2º A Secretaria da Receita Federal, por intermédio de servidor ocupante do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal, somente poderá examinar informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis.

(...)

§ 2º O procedimento de fiscalização somente terá início por força de ordem específica denominada Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), instituído em ato da Secretaria da Receita Federal, ressalvado o disposto nos §§ 3º e 4º deste artigo.

(...)

Art. 4º Poderão requisitar as informações referidas no caput do art. 2º as autoridades competentes para expedir o MPF.

§ 1º A requisição referida neste artigo será formalizada mediante documento denominado Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) e será dirigida, conforme o caso, ao:

I - Presidente do Banco Central do Brasil, ou a seu preposto;

II - Presidente da Comissão de Valores Mobiliários, ou a seu preposto;

III - presidente de instituição financeira, ou entidade a ela equiparada, ou a seu preposto;

IV - gerente de agência.

§ 2º A RMF será precedida de intimação ao sujeito passivo para apresentação de informações sobre movimentação financeira, necessárias à execução do MPF.

Sendo assim, mesmo que se considere o sigilo bancário tenha seu esteio no texto constitucional, quer seja na proteção à intimidade ou à vida privada – art. 5º, X, da CF – ou no sigilo de dados – art. 5º, XII, da CF – não há como admiti-lo como absoluto, conforme reconhece o próprio apelado. O ordenamento jurídico é um todo sistemático e harmônico, formado por normas protetoras de diversos bens e interesses, de forma que a proteção a um direito, deve sempre ser equacionada, segundo os critérios da razoabilidade e proporcionalidade, com a tutela de outros. Aliás, sobre a admissibilidade de leis restritivas de direitos fundamentais, já prelecionou Canotilho:

A determinação do âmbito de proteção de um direito pressupõe necessariamente a equação com outros bens, havendo possibilidade de o núcleo de certos direitos, liberdades e garantias poder vir a ser relativizado em face da necessidade de defesa destes outros bens.

(CANOTILHO, J J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Lisboa: Almedina, p. 456).

Destarte, o direito ao sigilo bancário é suscetível de relativização, quando invocado de maneira a ferir ou ameaçar outros bens constitucionalmente protegidos, sobretudo quando se trata do interesse público, haja vista a prevalência do interesse público sobre privado. Ademais, importa observar que a própria Constituição Federal no seu art. 145, § 1º, obviamente respeitando os direitos individuais e nos termos da lei, faculta à administração tributária

identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, senão vejamos:

art. 145 (...)

§1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, **facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes.**

Nessa mesma linha, expõe o eminente Juiz Federal Leandro Pausen, em obra doutrinária:

O sigilo bancário, seja fundado na proteção à intimidade e à vida privada (art. 5º, X, da CF) ou no sigilo de dados (art. 5º, XII) – que, note-se, diz respeito à ‘comunicação’ de dados – não é, de modo algum, absoluto. Aliás, na quase totalidade dos países ocidentais, existe a possibilidade de acesso às movimentações bancárias quando tal seja importante para a apuração de crimes e fraudes tributárias em geral. Dos 30 países integrantes da *Organization for Economic Cooperation and Development* (de que são parte Alemanha, Austrália, Itália, Japão, Portugal, Espanha, Reino Unido, Estados Unidos e a Suíça, inclusive, dentre outros), apenas dois (República Eslovaca e Luxemburgo), não facultam tal acesso, conforme nos informa o Min. José Delgado em artigo publicado da RE nº 22, nov-dez/2001. (PAUSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 6ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2004, p. 1239).

Prossegue, ainda, o insigne magistrado, analisando o contexto brasileiro, inclusive sob a ótica das Leis 9.311/96, 10.174/2001 e Lei Complementar 105/2001:

No Brasil, temos tido uma sistemática ampliação do poder do Fisco para acessar dados atinentes a movimentações bancárias. O art. 145, § 1º, da CF, faculta à administração tributária, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, mas para conferir pessoalidade aos impostos. O art. 197, II, do CTN já dizia

da obrigação das instituições financeiras de, mediante intimação escrita, prestarem informações sobre os bens, negócios e atividades de terceiros. A Lei 8.021/1990, por sua vez, estabeleceu que a autoridade fiscal, iniciado o procedimento fiscal, poderia solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte e instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias. Mantinha-se, pois, pressupondo que se tivesse iniciado uma investigação concreta relativamente a algum contribuinte relativamente ao qual pairassem suspeitas de sonegação. Foi com a Lei 9.311/1996 que se inaugurou um nova fase. Isso porque, em face da cobrança da CPMF, passou o Fisco a receber informações periódicas atinentes aos valores globais das operações realizadas pelos contribuintes, embora na sua redação original, fosse vedada sua utilização para constituição de crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos. A Lei 10.174, publicada em 10 de janeiro de 2001, alterando a redação da Lei 9.311, inovou, facultando à Secretaria da Receita Federal que se utilizasse de tais informações para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito relativo a impostos e contribuições com vista ao seu lançamento. A validade de tal dispositivo podia ser colocada em dúvida, eis que o CTN, norma geral de direito tributário, no seu art. 197, II, conforme já referido, exigia intimação escrita, dando a entender que a prestação de informações teria de se dar caso a caso. Mas a LC 105, publicada no dia seguinte, em 11 de janeiro, ao dispor sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, traz dispositivos que dizem respeito especificamente à questão tributária, assumindo a posição de normas gerais. No art. 5º da LC 105/2001, está previsto que as instituições financeiras (assim considerados os bancos, corretoras de câmbio e de valores mobiliários, sociedades de crédito, financiamento e investimentos, sociedades de crédito imobiliário, administradoras de cartões de crédito, cooperativas de crédito, bolsas de valores etc.) informarão à administração tributária as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços, identificando os titulares e os montantes globais mensalmente movimentados. Criou-se, pois, com isso, uma espécie de monitoramento mensal da atividade financeira dos contribuintes (ainda que sem a identificação da origem e natureza dos gastos) de modo a ensejar a

revelação de situações em que seja ela incompatível com as informações pelo mesmo prestadas à Receita e com os tributos por ele recolhidos. O art. 6º da LC 105, por sua vez, estabelece a possibilidade de, num segundo momento, já identificados os contribuintes suspeitos e instaurado o procedimento fiscal, ocorrer o exame de documentos, livros e registros das instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósito e aplicações financeiras, com vista ao indispensável aprofundamento da análise das operações financeiras do contribuinte (PAUSEN, Leandro, op. cit.p. 1239-1240).

Vê-se, portanto, que a permissão para o acesso aos valores globais referentes a CPMF encontra-se respaldada na Lei nº 9.311/96, e, por sua vez, embasa-se na Lei 10.174/2001, a possibilidade de utilização desses dados pelo Fisco, para fins de instauração de procedimento administrativo, visando verificar a existência de crédito tributário. Além do mais, na ótica da sistemática do ordenamento jurídico já acima declinado, não é plausível considerar esses dispositivos como dissonantes da Constituição Federal, sobretudo tendo em vista o seu art. 145, § 1º.

Evidentemente, como compreender que a administração tributária tenha acesso às informações bancárias dos contribuintes ou identificar o “patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes” – utilizando-se das expressões constitucionais –, se essas informações não pudessem ser destinadas à efetivação das funções a elas associadas (demonstração da capacidade econômica do contribuinte e promoção da igualdade tributária).

Destaco ainda que, quanto à constitucionalidade do art. 11, §3º da Lei 9.311/96, com a alteração ocorrida em 2001, e do art. 5º, §§ 4º e 5º da Lei Complementar 105/2001, o Plenário deste Tribunal, em sede de Arguição de Inconstitucionalidade na AMS nº 80.861-PE, da relatoria do eminente Desembargador Federal Lázaro Guimarães decidiu, em julgamento realizado no dia 06/08/2003, considerá-los constitucionais. Senão vejamos:

EMENTA: Constitucional. Requisição pela Receita Federal de informações sobre movimento bancário de empresa. Arguição de inconstitucionalidade do art. 11, § 3º, da Lei

9.311/96 e do art. 5º, §§ 4º e 5º da Lei Complementar 105/2001. Razoabilidade dos poderes conferidos à autoridade fiscal. Constitucionalidade dos dispositivos questionados.

Semelhantemente, carece de substrato jurídico a alegação de que a Lei 10.174/2001 estaria sendo aplicada retroativamente, em desrespeito ao princípio da irretroatividade das leis, ao fundamentar procedimento fiscal relativo a imposto de renda pessoa física ano-base 1998.

Examinando o Código Tributário Nacional, vê-se que ele traz normas específicas sobre o conflito de leis no tempo. Senão vejamos a dicção do art. 144, § 1º:

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgando ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

Conclui-se, desse dispositivo, que as leis tributárias formais ou procedimentais têm aplicação imediata, enquanto que as leis de natureza material alcançam apenas os fatos geradores ocorridos durante a sua vigência. Ora, no Direito Tributário, lei material é a que tem como conteúdo a obrigação tributária principal, com os seus elementos, definindo a hipótese de incidência em todos os seus aspectos; a lei procedimental, por sua vez, que tem aplicabilidade imediata, trata da obrigação tributária acessória.

Destarte, a norma que permite a utilização de informações bancárias com vistas à apuração e constituição de crédito tributário, por ter cunho procedimental, tem aplicação imediata, alcançando também os fatos anteriores. Portanto, considerando a dicção do §1º, art. 144, do CTN, bem como a natureza procedimental da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, chega-se à ilação de que os arts. 6º da Lei Com-

plementar nº 105/2001 e 1º da Lei nº 10.174/2001 podem ser perfeitamente aplicados ao lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência desses estatutos legais, desde, obviamente, que a constituição do crédito não esteja alcançada pela decadência.

Inexiste, na aplicação desses diplomas, qualquer mácula ao direito adquirido ou ao ato jurídico perfeito, porquanto é evidente que o contribuinte não tem direito adquirido a uma forma específica de fiscalização.

Aliás, o colendo Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre essa matéria, firmando esse mesmo posicionamento:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR PARA EMPRESTAR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS. NORMAS DE CARÁTER PROCEDIMENTAL. APLICAÇÃO INTERTEMPORAL. UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS A PARTIR DA ARRECADAÇÃO DA CPMF PARA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A OUTROS TRIBUTOS. RETROATIVIDADE PERMITIDA PELO ART. 144, § 1º DO CTN.

1. A concessão de efeito suspensivo a Recurso Especial é de “excepcionalidade absoluta” (AGRPET 1859, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 28.04.00), dependente de: a) instauração da jurisdição cautelar do STJ; b) viabilidade recursal, pelo atendimento de pressupostos recursais específicos e genéricos, e não incidência de óbices sumulares e regimentais; e c) plausibilidade da pretensão recursal formulada contra eventual *error in iudicando* ou *error in procedendo*.

2. O resguardo de informações bancárias era regido, ao tempo dos fatos que permeiam a presente demanda (ano de 1998), pela Lei 4.595/64, reguladora do Sistema Financeiro Nacional, e que foi recepcionada pelo art. 192 da Constituição Federal com força de lei complementar, ante a ausência de norma regulamentadora desse dispositivo, até o advento da Lei Complementar 105/2001.

3. O art. 38 da Lei 4.595/64, revogado pela Lei Complementar 105/2001, previa a possibilidade de quebra do sigilo bancário apenas por decisão judicial.

4. Com o advento da Lei 9.311/96, que instituiu a CPMF, as instituições financeiras responsáveis pela retenção da

referida contribuição, ficaram obrigadas a prestar à Secretaria da Receita Federal informações a respeito da identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações bancárias, sendo vedado, a teor do que preceituava o § 3º da art. 11 da mencionada lei, a utilização dessas informações para a constituição de crédito referente a outros tributos.

5. A possibilidade de quebra do sigilo bancário também foi objeto de alteração legislativa, levada a efeito pela Lei Complementar 105/2001, cujo art. 6º dispõe: “Art. 6º. As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente”.

6. A teor do que dispõe o art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, as leis tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, ao passo que as leis de natureza material só alcançam fatos geradores ocorridos durante a sua vigência.

7. Norma que permite a utilização de informações bancárias para fins de apuração e constituição de crédito tributário, por envolver natureza procedimental, tem aplicação imediata, alcançando mesmo fatos pretéritos.

8. A exegese do art. 144, § 1º, do Código Tributário Nacional, considerada a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, conduz à conclusão da possibilidade da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência.

9. Inexiste direito adquirido de obstar a fiscalização de negócios tributários, máxime porque, enquanto não extinto o crédito tributário a Autoridade Fiscal tem o dever vinculativo do lançamento em correspondência ao direito de tributar da entidade estatal.

10. Medida Cautelar improcedente.

(STJ: MC Nº 7513, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJ de 30/08/2004, pág. 199).

Ademais, cabe ressaltar que não há, no caso em exame, aviltamento algum à vida privada ou intimidade do contribuinte, não se está dando publicidade indiscriminada de seus dados, tampouco se perquirindo suas “preferências pessoais, opções de compra ou relacionamentos íntimos”. As informações transferidas permanecem sob sigilo – o sigilo fiscal. Assim, desde que corretas as informações prestadas pelo contribuinte para efeito de Imposto de Renda, por que tamanha preocupação de que tais dados sejam aferidos por técnicos fiscais? Na hipótese, seria atestado apenas a sua correção, permanecendo elas protegidas ainda pelo sigilo fiscal, cuja quebra indevida sujeitam seus infratores, inclusive, a sanções criminais.

Esse é posicionamento firmado não só pelo Pleno, como já visto, mas também por outras Turmas deste este egrégio Tribunal, conforme se depreende dos seguintes arestos:

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. DISCREPÂNCIA ENTRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA E CONDIÇÃO DE ISENTO JUNTO AO FISCO. SOLICITAÇÃO PRÉVIA AO IMPETRANTE DOS EXTRATOS DA CONTA BANCÁRIA. POSSIBILIDADE DE AMPLA DEFESA. PROVA CONTRA SI PRÓPRIO. INEXISTÊNCIA. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. LEI Nº9311/96, ART. 11, PARÁGRAFO 3º. LC Nº105/2001. LEI Nº 10.174/2001. ART. 144 DO CTN C/C ART. 150, III, A, DA CF. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. NOVA FORMA DE APURAÇÃO E FISCALIZAÇÃO. APLICABILIDADE A FATOS PRÉTERITOS. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Cuida-se de apelação em mandado de segurança proposto por Ronaldo Menezes Martins contra suposta ilegalidade praticada pelo delegado da Receita Federal em Caruaru-PE, que exigiu a apresentação de documentação (extratos bancários) relativos à movimentação financeira do ano-base 1998, referente ao exercício de 1999, pois, a despeito de ser isento da apresentação da declaração anual de rendimentos, teve o impetrante grande movimentação financeira em conta de sua titularidade no Banco do Brasil de Salgueiro/PE. Afirma o impetrante que tal exigência é

ilegal, vez que importa em quebra de sigilo bancário sem autorização judicial, bem como o obriga a produzir prova contra si mesmo. Aduz, ainda, que a Lei 10.174/2001 não poderia retroagir para regular situação jurídica já consolidada, somente tendo aplicação para o futuro.

2. O impetrado não foi obrigado a produzir prova contra ele próprio, pois, constatada a movimentação bancária sem que tenha sido declarada no imposto pelo investigado, está o agente do Fisco conferindo a ele oportunidade para que demonstre a licitude da origem da quantia, ficando ao impetrante facultado atender ou não ao chamado. O impetrante não foi coagido a entregar os documentos, mas apenas conferiu-lhe a possibilidade de apresentar provas em seu favor. Não houve abuso da autoridade, pois foi permitida a ampla defesa, conferindo-se a oportunidade ao impetrante de apresentar, ele mesmo, documentos fiscais em seu poder, como se depreende do termo de início de ação fiscal (fl. 11).

3. O sigilo bancário, a exemplo de outros direitos e garantias constitucionais, não se apresenta como absoluto, podendo ser afastado pela administração tributária, nas hipóteses previstas em lei.

4. É de se destacar, ainda, o conteúdo das notas taquigráficas (fls. 05/06) dos votos dos exmos. Desembargadores drs. Paulo Roberto de Oliveira Lima e Francisco Cavalcanti e Ridalvo Costa, no julgamento da arguição de inconstitucionalidade da apelação do MS nº 80.861-PE, no pleno do eg. TRF da 5ª Região, que, por maioria de votos considerou a constitucionalidade do art. 11, parágrafo 3º, da Lei nº 9.311/96 e o art. 5º, parágrafos 4º e 5º, da Lei Complementar nº 105/20018 (fls. 05/06).

5. A medida da Secretaria da Receita Federal, acioimada de ilegítima, foi tomada com fundamento nos parágrafos 2º e 3º do art. 11 da Lei nº 9.311/96, com alteração imposta pela Lei 10.174/2001. Tais dispositivos determinam que as instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da CPMF prestarão à SRF informações sobre os valores globais das operações dos contribuintes, sendo facultada a sua utilização pela Receita Federal para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário e seu lançamento, no âmbito do procedimento fiscal.

6. O art. 1º parágrafo 3º, III da Lei Complementar 105/2001

determina que não constitui violação do dever de sigilo o fornecimento das informações de que trata o parágrafo 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996.

7. A lei 10.174/2001 alterou o art. 11, parágrafo 3º, da Lei 9.311/96, para admitir a utilização das informações fiscais de que disponha a Receita Federal, o que, até então, não era permitido, sem que isso autorize a conclusão de que os dados concernentes a fatos anteriores estão acobertados de forma absoluta, pois não possui o indivíduo direito adquirido contra os meios de investigação que vierem a ser estabelecidos pela legislação, desde que não imponha condição mais gravosa no plano do direito material.

8. O conteúdo específico do princípio da irretroatividade é impedir que o estado sancione condutas que ao seu tempo eram lícitas, não impedir que o estado possa elaborar técnicas cada vez mais eficazes de investigação e de combate à criminalidade. (Precedentes TRF 2ª Região, HC - 2630 órgão julgador: Sexta Turma, fonte *DJU*, data: 05/03/2002, Relator(a) Juiz André Fontes, decisão por unanimidade).

9. A referida lei apenas possibilitou novos meios de investigação, garantindo o art. 144 do CTN, *in casu*, a sua aplicação e não havendo que se falar em ferimento ou violação a qualquer princípio constitucional. Posicionamento também esposado pelo MPF (fls. 52/54).

10. Sentença mantida. Apelação improvida.

(TRF 5ª Região: Primeira Turma, AMS nº 85348, Desembargador Federal Hélio Sílvio Ourem Campos, *DJ* de 03/12/2003, pg. 925).

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. SIGILO BANCÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. INFORMAÇÕES PRESTADAS POR INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS À RECEITA FEDERAL, RELATIVAS À CONTRIBUIÇÃO PROVISÓRIA SOBRE MOVIMENTAÇÃO OU TRSMISSÃO DE VALORES E DE CRÉDITOS E DIREITOS DE NATUREZA FINANCEIRA - CPMF. ART. 11 DA LEI Nº 9.311, DE 24.10.1996, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 10.174, DE 09.01.2001. LEI COMPLEMENTAR Nº 105, DE 10.01.2001. DECRETO Nº 3.724, DE 10.01.2001. DISCREPÂNCIA ENTRE A AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA E O VOLUME DA MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA DO CONTRIBUINTE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO

AOS INCISOS X E XII, DO ART. 5º, DA CF/88. AUTORIZAÇÃO CONTIDA NO ART. 145, PARÁGRAFO 1º, DA CF/88. APLICAÇÃO IMEDIATA DE NORMA PROCEDIMENTAL. CUMPRIMENTO DAS FORMALIDADES LEGAIS.

1. Do art. 5º, X e XII, da CF/88 não é possível extrair a existência de um direito constitucional ao sigilo bancário. No respeitante ao inciso X, é de se considerar que a proteção constitucional à privacidade (intimidade, vida privada, honra e imagem) dirige-se à liberdade individual de ser, estar e agir, alcançando a esfera exclusiva da pessoa, ou seja, o campo da personalidade que concentra informações de interesse unicamente do seu titular ou de um grupo de convivência estreita. As informações abarcadas pelo direito à privacidade são, assim, destituídas de repercussão social. As informações bancárias, por outro lado, a par de se referirem à propriedade e não à liberdade, não são compatíveis com a idéia de privacidade, na medida em que dizem respeito a distintas esferas de interesse: a do cliente da instituição financeira (pois são, de certo modo, manifestação do seu patrimônio material), a da própria instituição financeira (vinculadas que estão à captação de poupança) e a da coletividade (tendo em conta que são unidades composicionais do sistema bancário e econômico). Quanto ao inciso XII, garante ele a inviolabilidade do sigilo de comunicação dos dados e não a inacessibilidade aos próprios dados (segundo a melhor doutrina, os dados referidos na CF/88 são os dados informáticos: elementos de informação armazenados ou transmitidos por meios automáticos). Outra não poderia ser a conclusão, sob pena de inviabilizar qualquer tipo de investigação pautada na coleta de dados.

2. Ainda que se considere que o sigilo bancário encontra sede no texto constitucional – como espécie, seja do direito à privacidade, seja do direito à inviolabilidade do sigilo de dados –, não há como se admitir seja ele um direito absoluto. Sendo, o ordenamento jurídico, um conjunto coeso de normas amparadoras de diversos bens, no âmbito do qual não se tolera incongruidades, sob pena de esfacelamento da própria idéia de direito, devem ser afastadas as concepções absolutistas. “A determinação do âmbito de proteção de um direito pressupõe necessariamente a equação com outros bens, havendo possibilidade de o núcleo de certos direitos, liberdades e garantias poder vir

a ser relativizado em face da necessidade de defesa destes outros bens” (Canotilho). Assim, privacidade e sigilo de dados são passíveis de relativização, quando forem invocados de forma a ameaçar ou macular outros bens constitucionalmente protegidos. No caso, impor-se-á o sopeso de bens e interesses.

3. O sigilo bancário não se superpõe ao interesse público, considerado mesmo o princípio – imanente à ordem jurídica – da prevalência do interesse público sobre o interesse privado. Significa dizer que a proteção outorgada, pelo ordenamento jurídico, ao sigilo bancário não pode ser manipulada como impediente à concretização do interesse coletivo ou como instrumento destinado ao encobrimento de comportamentos ilícitos.

4. A legislação em exame – art. 11 da Lei nº 9.311/96, com a redação dada pela lei nº 10.174/2001, e a LC nº 105/2001 – não contém excessos, bem como não extrapolou os limites constitucionalmente fixados. Muito ao contrário, apreende-se a concretização de disposição explícita da constituição federal (parágrafo 1º, art. 145) e constata-se a preocupação do legislador com a particularização do procedimento e a definição dos elementos informativos a que deve ter acesso a administração tributária.

5. O alcance, pelo fisco, das informações bancárias dos contribuintes prescinde de autorização judicial. A permissão para o acesso aos valores globais referentes à CPMF encontra-se na Lei nº 9.311/96. De outro lado, a possibilidade de utilização desses dados pela receita federal, para fins de instauração de procedimento administrativo, destinado a verificar a existência de crédito tributário, está assente na Lei nº 10.174/2001 e presumido mesmo no parágrafo 1º, do art. 145, da CF/88. Nenhuma lógica ou utilidade teria admitir à administração tributária o acesso às informações bancárias do contribuinte – ou, como diz o texto constitucional, identificar “o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes” –, se tais elementos informativos não pudessem ser destinados à efetivação das funções que a eles são associadas (demonstração da capacidade econômica do contribuinte e promoção da igualdade tributária).

6. Não merece acolhida a alegação de que a Lei nº 10.174/2001 estaria sendo aplicada de modo retroativo, com ultra-je ao princípio da irretroatividade das leis, por fundamentar

procedimento fiscal concernente ao imposto de renda pessoa física com período de apuração referente ao ano de 1998. Note-se que o referido diploma legal disciplina o procedimento de fiscalização e não os fatos econômicos que deverão ser examinados. Trata-se de regra procedimental que tem aplicação imediata, diferentemente da norma material (atinentes à criação ou majoração de tributos, à fixação de penalidades), em relação à qual se impõe a proibição de retroação. Não se vislumbra prejuízo à coisa julgada, a direito adquirido ou a ato jurídico perfeito. O contribuinte não tem direito adquirido a uma forma específica de fiscalização. Não se diga, ainda, que o procedimento instituído é perdidoso ao contribuinte, de modo que a lei não poderia ser utilizada para fins de fiscalização quanto a fatos pretéritos a sua edição. A Lei nº 10.174/2001 não ocasiona lesão ao contribuinte, fixa procedimento técnico. Não há, na sua aplicação, presunção de culpa do contribuinte quanto à eventual não recolhimento de tributos. Tanto que o fisco, uma vez conhecidas as informações bancárias, promove o chamamento do contribuinte para que ele possa esclarecer a administração.

7. Não houve enxovalho à intimidade ou à vida privada. Nos documentos coligidos aos autos são apontados apenas valores globais. Não são indicadas preferências pessoais, opções de compras, relacionamentos íntimos. Demais disso, aos referidos dados não foi dada publicidade. As informações em comento, embora não amparadas pelo sigilo bancário, estão albergadas pelo sigilo fiscal. A lei cuidou de impor – inclusive com descumprimento apenado – o resguardo de tais informações contra a indiscrição de terceiros.

8. A razoabilidade, a proporcionalidade e a indispensabilidade do ato reputado coator estão evidenciadas pelo fato de que, a despeito de não ter apresentado declaração de imposto de renda, seja como isento, seja na forma de ajuste anual, o contribuinte movimentou, apenas no ano de 1998, mais de quinze milhões de reais.

9. Pelo não provimento da apelação.

(TRF 5ª Região: Quarta Turma, AMS 79118-RN, Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI, DJ de 02/09/2003, pág 652).

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 403.993-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO

Apelantes: MUNICÍPIO DE ACARI (RN), MUNICÍPIO DE NATAL
(RN), MUNICÍPIO DE CRUZETA (RN), MUNICÍPIO
DE SÃO JOSÉ DO SERIDÓ (RN), UNIÃO, ESTA-
DO DO RIO GRANDE DO NORTE E FUNDAÇÃO
NACIONAL DE SAÚDE - FUNASA

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª RE-
GIÃO

Advs./Procs.: DRS. JOSÉ MAURÍCIO DE ARAÚJO MEDEIROS E
OUTROS (1º APTE.), LAURO MOLINA E OUTROS
(2º APTE.), LEONARDO VASCONCELLOS BRAZ
GALVÃO E OUTROS (3º E 4º APTE.) E FRANCIS-
CO IVO CAVALCANTI NETTO E OUTROS (6º
APTE.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VALIDADE DA CITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE ACARI. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. TEMPESTIVIDADE DOS RECURSOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NA DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA FUNASA. COMBATE AO CÓLERA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. ATUAÇÃO DO ESTADO NO COMBATE À EPIDEMIA DO CÓLERA EM 1999. CAMPANHA INFORMATIVA. RECURSOS FINANCEIROS-ORÇAMENTÁRIOS. ATUAÇÃO DE AGENTES COMUNITÁRIOS DE SAÚDE. MORTES. FATALIDADES QUE OCORREM EM EPIDEMIAS. RECURSOS PROVIDOS.

- Recebimento da citação do Município de Acari pela Chefe de Gabinete do Prefeito e não pelo Edil. Irregularidade. Presente o réu a todos os atos do processo, com o pleno exercício da am-

pla defesa, não há nulidade, bem como não se configura a revelia no presente caso, em face da indisponibilidade do direito à saúde.

- Alegação de intempestividade dos Recursos do Estado do Rio Grande do Norte dos Municípios de Natal, Cruzeta e São José do Seridó. Interposição de embargos de declaração da sentença condenatória pela FUNASA. Os embargos de declaração suspendem os efeitos da decisão, pois interrompem o prazo para outros recursos até que eles sejam julgados. A sentença que deu provimento, em parte, aos embargos interpostos pela FUNASA foi publicada em 08.03.2006 (terça-feira). Data de início da contagem do prazo para a Apelação. Apelações do Município de Natal, Cruzeta e São José do Seridó interpostas, respectivamente, em 30.08.2005 e 27.09.2005, antes, inclusive, da oposição dos Embargos pela FUNASA. Apelação do Estado do Rio Grande do Norte datada de 07.03.2006. Tempestividade dos Recursos.

- O col. Supremo Tribunal Federal - STF já consagrou a legitimidade do Ministério Público Federal para ajuizar ação civil pública para defesa dos interesses individuais homogêneos, desde que presente o interesse social, nos termos do art. 127 da Constituição Federal vigente – Informativo nº 389, de 23 a 27 de maio de 2005.

- Legitimidade passiva da FUNASA, em face de sua condição de Autarquia da União especializada no combate a epidemias e propagadora do sanitário.

- A União Federal, a Fundação Nacional de Saúde - FUNASA, o Estado do Rio Grande do Norte e os vários Municípios que figuram na lide como litisconsortes, demonstraram que fizeram o que estava aos seus respectivos alcances para erradicar ou, ao menos para impedir a disseminação do cólera, em suas áreas de atenção.

- O falecimento de algumas pessoas do Estado, em face da doença, embora extremamente lamentável, não faz certo que tenha decorrido de ação ou de omissão do Poder Público, em feito a ensejar a indenização.

- Apelações e remessa necessárias providas.

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 às apelações e à remessa necessária, 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, 20 de maio de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

O Ministério Público Federal - MPF ajuizou ação civil pública contra a União Federal, a Fundação Nacional de Saúde - FUNASA, o Estado do Rio Grande do Norte, e os Municípios de Natal, Acari, Carnaúba dos Dantas, Cruzeta, Equador, Caicó, Jardim do Seridó, Ouro Branco, Parelhas, São Jorge do Sabugi, São José do Seridó, Santa Cruz e Serra Negra do Norte, objetivando a condenação dos réus a que: a) promovessem, através da mídia, campanha informativa onde se esclareça à população sobre a gravidade do contágio, demonstrando toda a extensão do problema relativo ao cólera; e b) realizassem amplos investimentos em saneamento básico, tais como tratamento de água, construção de fossas e sumidouros e instalações sanitárias e c) fossem as famílias das vítimas acometidas pela doença ("cólera"), em particular as dos falecidos, nos termos do artigo 37, § 6º, da CRFB, artigo 159 c/c o

artigo 1.059 do Código Civil Brasileiro - CCB, indenizadas, em *quantum* a ser objeto de liquidação de sentença por artigos, abrangendo o que as vítimas perderam e o que deixaram de lucrar.

Na sentença, o douto magistrado *a quo* julgou improcedentes: a) o primeiro pedido, porque o surto de cólera ocorrera em 1999 e, tendo a ação sido julgada em 2005, seria desnecessária a campanha informativa em face do decurso do tempo; b) o segundo pedido, em face da sua indeterminação e da reserva do possível (razoabilidade da pretensão deduzida e existência de disponibilidade financeira) sob o fundamento da impossibilidade efetiva das necessidades urbanas serem atendidas tão logo surgissem, fosse pelo decurso do tempo, fosse em face dos custos respectivos.

O terceiro pedido foi julgado procedente. Entendeu o douto julgador singular que as barreiras sanitárias, inclusive as de cunho informativo, poderiam ter sido antecipadas em período anterior à epidemia de cólera, a fim de oferecer subsídios mínimos à população do Estado do Rio Grande do Norte.

A União, a FUNASA e os Municípios Réus, foram condenados a indenizar as pessoas que foram acometidas pelo cólera, até a data da propositura da ação – fls. 1379/1417 e 1491/1492.

A União Federal apelou. Suscitou, em preliminar, a ilegitimidade do Ministério Público Federal para figurar no pólo ativo da ação, afirmando que não haveria direito difuso ou coletivo a serem protegidos.

Quanto ao mérito, requereu a reforma da sentença, sustentando não ter havido negligência do Poder Público Federal que, além de ter liberado dezenas de milhões de reais para combater a doença, emvidou todos os esforços possíveis no concernente ao oferecimento de informações à população, ressaltando que os casos de morte foram impossíveis de serem evitados. Foi dito, por fim, que a imposição do pagamento de indenização afrontaria o disposto no art. 13 da Lei nº 7.437/85 – fls. 1457/1473.

A FUNASA também apelou e arguiu, em preliminar, a ilegitimidade ativa do MPF para ajuizar a ação civil pública na defesa de interesses estritamente individuais.

Sustentou a própria ilegitimidade passiva, porque com a des-

centralização do âmbito de atuação de combate ao cólera, passou a ser de responsabilidade das Secretarias Estaduais de Saúde os combates às endemias.

No mérito, afirmou que inexistiria a sua responsabilidade subjetiva, decorrente de conduta omissiva, porque haver desenvolvido ações em parceria com os Municípios no que tange: à vigilância epidemiológica, à educação em saúde pública, à cooperação técnico-financeira, ao saneamento básico, às melhorias sanitárias domiciliares, e à construção de casas, tendo exercido todas as atribuições legalmente estabelecidas na área de saúde durante a epidemia de cólera, de forma que não se justificaria a condenação que lhe imposta – fls. 1521/1532.

O Estado do Rio Grande do Norte também apelou. Requereu a reforma da sentença para afastar a condenação que lhe foi imposta – a de indenizar as vítimas da doença – afirmando que alocou os recursos disponíveis pelo Estado para o combate à epidemia, em face da ausência de dotação orçamentária que lhe permitissem desenvolver, em relação aos tópicos já referidos, maiores esforços – fls. 1494/1496.

Na Apelação, o Município de Acari sustentou, em preliminar, a nulidade do processo, em face da ausência de citação válida e regular, isto porque, a pessoa que teria recebido a citação em nome da Edilidade, não era a representante legal do Município.

Quanto ao mérito sustentou a ausência de omissão do Poder Público, capaz de render ensejo ao surgimento de responsabilidade jurídica, eis que atuou ativamente no sentido de informar à população sobre a epidemia de cólera, com a distribuição de hipoclorito de sódio, a utilização massiva de agentes comunitários (para realizar visitas presenciais à população) e esclarecer acerca dos aspectos gerais do cólera, e da respectiva profilaxia, atuando de forma proativa no combate às doenças. Requereu, por fim, a reforma da sentença com a exclusão de sua responsabilidade – fls. 1419/1427.

Ao apelar, o Município de Natal aduziu não ter havido omissão no combate ao cólera, esclarecendo que requereu ao Ministério da Saúde a cifra de R\$ 1.700.000,00 (um milhão e setecentos mil reais) para a construção de fossas, sumidouros, e de 1.435 (um

mil, quatrocentos e trinta e cinco) banheiros em áreas periféricas da cidade, não obtendo, contudo, resposta à sua solicitação.

Ressaltou que, apesar da ausência de financiamento, tomou todas as providências necessárias para prevenir e combater a já mencionada epidemia; e afirmou que a omissão foi exclusiva da União. Por isso requereu a exclusão da própria responsabilidade – fls. 1433/1443.

Os Municípios de Cruzeta e de São José do Seridó, nos respectivos apelos, requereram a reforma da sentença, afirmando que os poucos casos de cólera registrados nas duas Comunas, deveriam ser considerados ‘casos fortuitos’. Esclareceram que, apesar de tomadas todas providências para o combate à epidemia, não se poderia evitar a ocorrência de mortes, em face da doença - fls. 1444/1448.

Nas contrarrazões, o MPF sustentou, em preliminar, a intempestividade dos recursos dos Municípios de Natal, Cruzeta e São José do Seridó, pelo que requereu que deles não se conhecesse.

No tocante à nulidade da citação, arguida pelo Município de Acari, afirmou que o mandado de citação havia sido recebido pelo então Prefeito, de forma que o ato citatório seria válido e regular. Consignou, ainda, que o col. Supremo Tribunal Federal - STF pacificou o entendimento acerca da legitimidade ativa do Ministério Público na defesa de interesses individuais homogêneos.

Com relação ao mérito, sustentou que tanto a União, como o Estado e os Municípios, não agiram de forma a controlar a epidemia, devendo responder pelos danos causados às vítimas. Foi requerido o improvimento das Apelações do Estado do Rio Grande do Norte, e dos Municípios – fls. 1476/1486 e 1546/1557.

Com vista, a douta Procuradoria da República opinou pela rejeição das preliminares suscitadas, e pelo desprovimento dos recursos, ressaltando que era do conhecimento público a existência da doença no País, não tendo havido ação eficaz na prevenção e no combate à doença – fls. 1568/1575.

É, no que importa, o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Compulsando os autos, penso que a sentença submetida a este Tribunal, por força dos recursos voluntários, e da remessa necessária, merece ser reformada.

Examino, pela ordem, as preliminares suscitadas.

O Município de Acari, sustentou, em preliminar, a nulidade do processo, em face da ausência de citação válida e regular, porque a pessoa que recebeu a citação em nome da edilidade não era o representante legal do Município.

Contudo, e de acordo com a certidão lavrada pelo Oficial de Justiça – fl. 108 – a citação foi datada e assinada pela Chefe de Gabinete da Prefeitura de Acari.

Em que pese o alegado vício, o Município Apelante compareceu a todos os atos do processo, fez-se presente, por seu(s) preposto(s) à audiência de instrução e julgamento (fl. 1188) e apresentou razões finais (fls. 1368/1370) não tendo requerido a declaração da nulidade da citação, o que somente ocorreu ao instante em que desafiou a apelação.

Comparecendo o réu em Juízo, sem arguir o eventual senão (relacionado ao ato citatório) na primeira oportunidade em que se manifestou nos autos, e não havendo prejuízo para a respectiva defesa, não há nulidade; por outro lado não se configura a revelia no caso sob foco, em face da indisponibilidade dos direitos em questão. Atento a estas peculiaridades, rejeito a preliminar.

Toante à suposta intempestividade das Apelações dos Municípios de Natal, Cruzeta, e São José do Seridó, não assiste razão ao Ministério Público Federal - MPF.

Após a prolação da sentença foram opostos embargos de declaração pela FUNASA em 13.02.2006 – fls. 1488/1489.

Os declaratórios suspendem os efeitos da decisão, pois interrompem o prazo para outros recursos até que sejam julgados.

A sentença que deu provimento, em parte, aos embargos foi publicada em 08.03.2006 (terça-feira) – fl. 325.

Foi a partir da referida data que se iniciou o prazo para a Apelação. Assim, tendo as Apelações do Município de Natal, e dos Municípios de Cruzeta e São José do Seridó sido interpostas, respectivamente, em 30.08.2005 e 27.09.2005, antes, inclusive, da oposição dos Embargos pela FUNASA, e pelo Estado do Rio Grande do Norte (datado de 07.03.2006) são tempestivos, portanto, os ditos recursos.

Razão não assiste à FUNASA, no que tange à alegada ilegitimidade passiva.

A teor do que se contém no sítio mantido pela Autarquia Federal, na rede mundial de computadores, a FUNASA é o ... *“órgão executivo do Ministério da Saúde, é uma das instituições do Governo Federal responsável em promover a inclusão social por meio de ações de saneamento”*, realizando, *“a prevenção e controle de doenças e agravos ocasionados pela falta ou inadequação nas condições de saneamento básico em áreas de interesse especial, como assentamentos, remanescentes de quilombos e reservas extrativistas”*, bem como, na *“na área de Engenharia de Saúde Pública, a Funasa detém a mais antiga e contínua experiência em ações de saneamento no país e atua com base em indicadores sanitários, epidemiológicos, ambientais e sociais”*, prestando *“apoio técnico e/ou financeiro no combate, controle e redução da mortalidade infantil e da incidência de doenças de veiculação hídrica ou causadas pela falta de saneamento básico e ambiental”*, sendo portanto, parte legítima para figurar no feito na qualidade de Autarquia da União especializada no combate às epidemias e propagadora do sanitarismo.

No tocante à suposta ilegitimidade do Ministério Público Federal para atuar no polo ativo da ação civil pública ajuizada para a defesa de interesses individuais homogêneos, razão não assiste aos Municípios Apelantes.

O colendo Supremo Tribunal Federal - STF já reconheceu a legitimidade do Ministério Público Federal para ajuizar Ação Civil Pública para defesa dos interesses individuais homogêneos, desde que presente o interesse social, nos termos do art. 127 da Constituição Federal/1988.

É isso o que se colhe do Informativo nº 389, de 23 a 27 de maio de 2005. Ali, e acerca da matéria, se estampou a seguinte decisão:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO *PARQUET* PARA DISCUTIR-LAS EM JUÍZO.

1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127).

2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III).

3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos.

4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos.

4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas.

5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal.

5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade ad causam, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação. (RE 163.231, Plenário, Rel. Maurício Corrêa, DJ29.06.01)

Com relação ao mérito, entendo que assiste razão aos apelantes:

Assim dispõem os arts. 196 a 198 da Constituição Federal:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Toante à indenização às vítimas e/ou sucessores, em caso de falecimento, cumpre saber se houve, ou não, omissão, no aporte dos recursos necessários ao combate ao cólera, perquirindo-se acerca da própria existência do dever de atender às exigências formuladas pelo Suplicante, na petição inicial, ou seja, avaliar se era ou não o caso de dar-se pela procedência da pretensão.

Segundo penso, o cólera é uma enfermidade que, a toda evidência, reclama a atuação de todos os agentes sociais para erradicá-la do território nacional.

Penso não ser razoável impor, com exclusividade, aos entes públicos, mais precisamente, à UNIÃO, ao Estado do Rio Grande do Norte e aos demais Municípios potiguares que figuram na relação processual, a responsabilidade pelos efeitos devastadores da doença em tela.

Cumpre que não se perca de vista uma realidade cultural relevante: em que pese o fato do País figurar no rol dos Emergentes¹, o Brasil ainda é um país do Terceiro Mundo com relação à Saúde e Educação, onde a maior parte da população não tem instrução suficiente para saber adotar medidas profiláticas singelas, e ao alcance de muitos, para impedir ou, pelo menos, diminuir a difusão da doença, a partir, por exemplo, de práticas de higiene, inclusive de higiene pessoal.

¹ Vozes autorizadas já questionam se o País deve mesmo seguir figurando no grupo dos emergentes (Brasil, Rússia, Índia, China e, para alguns, a África do Sul -Sudafrica). O que já se alardeia é que o País -pese não ter, ainda, recebido a terceira indicação para o 'Investment Grade'- ultrapassou os lindes comuns das economias ditas emergentes, alçando-se já para um patamar econômico mais além ...

Ressalte-se que cólera², diferentemente do ocorre com a dengue, que exige a colaboração da comunidade para evitar a manutenção de recipientes com água parada, necessita da atuação do Poder Público, a quem toca o ônus de atuar no combate e na prevenção dos surtos epidêmicos, na medida em que a afecção se manifesta ante à ausência ou a precariedade dos serviços básicos de saneamento e de outras providências de cunho estatal.

No caso sob exame, contudo, foram diversas as providências adotadas para afastar as drásticas consequências da epidemia/endemia. Foram firmados vários contratos de repasse entre os Municípios e a União Federal e entre a FUNASA e o ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE, com a atribuição dos recursos necessários ao combate dos agentes transmissores da doença – o vibrião colérico.

A União Federal comprovou os repasses de Convênios para os Municípios do Rio Grande do Norte, indicando que as verbas federais deveriam ser utilizadas nas unidades de saúde do Rio Grande do Norte e das entidades filantrópicas sediadas nos referidos Municípios, esclarecendo que a doença, devido à pronta ação das autoridades sanitárias do Estado, foi debelada no período compreendido entre maio/1998 e dezembro/1999 – fls. 340/640.

A FUNASA também esclareceu que efetivou todo o trabalho possível para a profilaxia e o combate ao cólera, através do desenvolvimento de ações de saneamento nos Municípios de Natal, com a liberação de recursos e a construção de melhorias que favorecessem as condições de higiene da população do Rio Grande do Norte – fls. 836/852.

² O cólera é uma infecção intestinal aguda causada pelo *Vibrio cholerae*, que é uma bactéria capaz de produzir uma enterotoxina que causa diarreia. Apenas dois sorogrupos (existem cerca de 190) dessa bactéria são produtores da enterotoxina, o *V. cholerae* O1 (biotipos “clássico” e “El Tor”) e o *V. cholerae* O139. O *Vibrio cholerae* é transmitido principalmente através da ingestão de água ou de alimentos contaminados. Na maioria das vezes, a infecção é assintomática (mais de 90% das pessoas) ou produz diarreia de pequena intensidade. Em algumas pessoas (menos de 10% dos infectados) pode ocorrer diarreia aquosa profusa de instalação súbita, potencialmente fatal, com evolução rápida (horas) para desidratação grave e diminuição acentuada da pressão sanguínea – ver <http://www.cives.ufrj.br/informacao/colera/col-iv.html>

O Estado do Rio Grande do Norte também realizou ações de vigilância epidemiológica e ambiental para combate não apenas ao cólera mas também a outras doenças (especialmente as que se correlacionam à veiculação hídrica) tendo encaminhado ao Ministério da Saúde a solicitação de recursos no valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) para combate a doenças diarreicas agudas e ao cólera, além de promover ações para monitoramento da água destinada ao consumo humano e a coleta de amostras de águas nos mananciais de risco, além de promover as informações, inclusive com a encenação de uma peça teatral para educar a população – fls. 53/60 e 61/76.

Para o combate ao cólera no Município de Caicó, a FUNASA aduziu que forneceu “... *esclarecimentos através de rádio e imprensa escrita bem como impresso, pesquisas em leitos de rios, fossas, esgotos a céu aberto*” e “*palestras educativas na Unidade e coleta de material para exame*”, ressaltando que “*o acompanhamento dos casos está sendo feito pelas três esferas de governo (Secretaria Municipal de Saúde de Caicó, IV ETAM e FNS-UM de Caicó)*” – fl. 29.

O referido Município também indicou as medidas tomadas para a profilaxia e o combate ao cólera, apresentando cópias dos panfletos informativos e das palestras realizadas para informar a população – fls. 183/190.

O Município de Natal também foi atuante no sentido de promover o combate à epidemia do cólera, fato, inclusive, noticiado pela imprensa local, que ressaltou que o Município disponibilizou “... *um batalhão de técnicos, agentes comunitários e do Programa de Saúde da Família*”, composto por “... *84 técnicos da vigilância sanitária, 160 agentes comunitários do Distrito Oeste e 166 do Distrito Norte*”. Em entrevista, a então Coordenadora de Vigilância Sanitária esclareceu que “*desde 1997 está engavetado no Ministério da Saúde um projeto de melhora sanitária para construção de 1.435 banheiros, orçado em R\$ 1.722 milhão*” – fl. 50.

Também apresentou cópia dos informativos e dos folhetos que foram distribuídos à população, bem como as medidas de saneamento, profilaxia e combate às doenças, tendo também disponibilizado à população o Disque-Cólera, para indicação e informações sobre as doenças – fls. 156/162 e 755/810.

O Município de Carnaúba das Dantas informou acerca da ausência de casos de cólera na Edilidade, no ano de 1999 – fl. 147.

O Município de Ouro Branco informou as medidas tomadas para a erradicação da doença, esclarecendo que apenas **um caso** foi registrado no Município no ano de 1999 – fls. 654/692.

O Município de Cruzeta também esclareceu que, embora o Município não tenha firmado convênio com a União Federal ou a FUNASA, adotou medidas contra o cólera que surtiram efeito, evitando a propagação da doença, como o trabalho educativo, com a participação de agentes comunitários e tratamento imediato dos casos que surgiram, **não tendo havido óbito por cólera no Município** – fls. 724/737.

O mesmo ocorreu com o Município de Parelhas (fls. 816/820) do Equador (fls. 867/889) e de Serra Negra do Norte (fls. 927/977).

O Município de São João do Seridó indicou também as medidas tomadas para o combate ao cólera, esclarecendo que foram adotados todos os cuidados quanto aos reservatórios de água que abasteciam a população local, ressaltando que a Subcoordenadoria da Vigilância Sanitária e os Agentes Comunitários de Saúde realizaram visitas domiciliares para orientar as pessoas no combate ao cólera, além de outras medidas destinadas a melhorar as condições sanitárias e de saúde da população – fls. 234/244 e 247/30.

Para a configuração da responsabilidade dos entes públicos, necessária se faz a presença dos pressupostos: ação ou omissão estatal; a ocorrência de dano; e o nexo de causalidade entre a ação ou omissão estatal e o dano, de sorte que, demonstrados tais requisitos, cabe ao Poder Público o ônus de indenizar o prejudicado.

Com a devida vênia, a quem possa entender de forma distinta, não se constata, em face do que há nos autos, que não ações de governo não tenham sido adotadas, ou que tenham ocorrido omissões do Poder Público.

Ao revés, as provas constantes dos vários volumes do processado, apontam para o fato de que as Comunas que figuram na relação processual efetivaram as providências necessárias à pro-

filaxia e ao combate à epidemia do cólera na medida de suas possibilidades orçamentárias e das disponibilidades de pessoal, cada um na sua esfera própria de atuação (federal, estadual e municipal).

O falecimento de algumas pessoas em face da doença, embora extremamente lamentável, não faz certo que foi decorrente de ação ou de omissão do Poder Público, em feito a ensejar a indenização.

Por esta razão, entendo não ser possível atribuir à União, ao Estado e aos Municípios do Rio Grande do Norte a responsabilidade por omissão pelo contágio e óbito de algumas pessoas, pelo cólera, em face da atuação conjunta na profilaxia e no combate à doença, ressaltando que a epidemia afligiu no ano de 1999 não apenas o Brasil, mas várias regiões do planeta, e em especial a Ásia.

Isto posto, dou provimento às apelações e à remessa necessária para excluir a condenação referente ao pedido de indenização do MPF.

Por se cuidar de ação civil pública, descabe cogitar-se da imposição ao Demandante dos ônus sucumbenciais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 433.921-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelante: CRIS NOGUEIRA DA SILVA
Apelada: UNIÃO
Advs./Procs.: DRS. HENRIQUE ARRUDA DORNELLAS CÂMARA E OUTROS (APTE.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SUBMISSÃO DE PACIENTE A MÚLTIPLAS CIRURGIAS. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. - Cabalmente demonstrado que a doença que

vítimou o autor foi corretamente tratada, não tendo havido qualquer erro médico a justificar a exigência de indenizações, correta a sentença que indeferiu a postulação.

- Ausente os requisitos para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado, dado que inexistente relação de causa e efeito entre o agir da Administração e o resultado danoso experimentado pelo recorrente.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 10 de junho de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Adoto o relatório que fiz (fl. 170) ao ensejo da primeira apelação. É que esta é a segunda vez em que estes autos sobem ao tribunal, em face de apelações. Julgada, originalmente, procedente a ação, recorreram ambas as partes: o autor, buscando o agravamento da condenação; a União, o indeferimento completo do pedido. Naquela oportunidade, a Turma julgadora anulou a sentença, determinando a reabertura da instrução e a realização de prova pericial.

Realizadas as diligências determinadas, nova sentença restou prolatada, desta feita, indeferindo a postulação. Daí a nova apelação que agora se examina, manejada pelo autor. Segundo o recorrente, a primeira sentença melhor julgou a lide, sendo demasia-

do o respeito que a segunda devotou ao laudo pericial que não mereceria louvor, mercê da insegurança das respostas.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

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

Realizada a prova pericial, apresenta-se fácil o desate da lide. No primeiro momento, a ação foi julgada procedente porque o juízo acreditou na versão fáctica da inicial e entendeu incidente a responsabilidade objetiva do Estado.

Já agora, depois da prova pericial, já não é possível crer-se na versão do autor. Desde o início o recorrente falseou a realidade, atribuindo a uma queda o aparecimento do tumor sub-orbital que o vitimou. Pretendia caracterizar a doença como consequência do serviço militar. Mas a perícia determinou que a causa da doença foi uma obstrução da glândula lacrimal, processo natural, embora raro, sem qualquer relação com o serviço militar e sem vinculação com eventual queda.

Depois, o recorrente procurou demonstrar o insucesso da primeira cirurgia, a existência de erro médico a quem atribuiu, inclusive, o esquecimento de artefactos de metais (sugerindo tesouras ou pinças) no interior do crânio do paciente. Tratava-se de versão surreal, incrível mesmo, daí minha preocupação com a realização de perícia. Esta esclareceu a impossibilidade do “esquecimento de uma tesoura ou pinça no interior do crânio de alguém”, concluindo que o achado mencionado em exame radiológico coincidia com grampos de fixação de placa de metal substitutiva do osso frontal do promovente.

Na esteira destas, todas as demais “verdades” da inicial viram-se transformadas numa versão inverídica ditada pelo desespero.

De fato, o autor se achou em situação gravíssima. Doente, transitoriamente incapacitado para o trabalho, com deformação importante, e submetido a seguidas cirurgias. Desesperado, procurou tirar vantagem de suas dores. Mas sem razão.

O recorrente não foi vítima de erro médico. Teve a desdita de sofrer mal grave e de difícil recuperação. Mas sequer relação de causa e efeito há entre o agir da Administração e o resultado danoso. Nem em face da responsabilidade objetiva do Estado a União pode ser condenada, donde ter agido com indiscutível acerto a sentença ao julgar improcedente o pedido.

Com tais observações, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 436.294-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO (CONVOCADO)
Apelante: MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA - PB
Apelado: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
Repte.: PROCURADORIA DO IBAMA
Advs./Procs.: DRS. JOCIELHA DE ALMEIDA ALVES E OUTROS (APTE.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AGRAVO RETIDO INTERPOSTO PELO MPF. CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO IBAMA CONTRA MUNICÍPIOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. SUCUMBÊNCIA DE ENTIDADES DE DIREITOS PÚBLICO. REEXAME NECESSÁRIO DA TOTALIDADE DA SENTENÇA. MANGUEZAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. CONSTRUÇÕES DE IMÓVEIS POR POPULARES. FALTA DE LICENÇA DOS MUNICÍPIOS. OMISSÃO DO DEVER DE FISCALIZAÇÃO. PRETENSÃO INIBITÓRIA. PROCEDÊNCIA. DEVER DE REPARAR EVENTUAIS DANOS AMBIENTAIS. INEXISTÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO DE ACORDO COM OS CRITÉRIOS LEGAIS. REDUÇÃO. DESCABIMENTO.

- Ação civil pública proposta pelo IBAMA visando que se determine aos municípios de João Pessoa e Cabedelo a fiscalização das construções indevidamente realizadas por populares na área de manguezal situada nas proximidades da Avenida Tancredo Neves e que os réus sejam condenados a repararem o meio ambiente através da construção de um parque ecológico.

- Indeferimento de perícia complementar “para identificar as áreas de devastação do mangue que ocorrem às margens do Rio Jaguaribe”. Interposição de dois agravos retidos, um pelo MPF e outro pelo IBAMA. Reiteração do recurso apenas pelo MPF. Não-conhecimento do agravo interposto pelo IBAMA. Conhecimento do agravo interposto pelo MPF, com seu improvimento pela falta de correlação lógica entre o objeto da causa e os fundamentos pelos quais a perícia complementar foi postulada. Prova desnecessária ao julgamento da causa que deve ser indeferida.

- Procedência parcial da ação para determinar os municípios a “fiscalizarem a área do manguezal situada no entorno da Av. Tancredo Neves no limite dos respectivos municípios, ficando obrigados a proibir construções imobiliárias nessa área, sob pena de multa de R\$ 1.000,00 (um mil reais) por cada imóvel novo construído”. Sucumbência recíproca. Apelação interposta somente pelo Município de João Pessoa. Reexame necessário quanto aos demais capítulos da sentença, tendo em vista que em relação a eles foi vencido o IBAMA ou o Município de Cabedelo, ambas pessoas jurídicas de direito público. Necessidade de reapreciação de toda sentença por este Tribunal.

- Perícia judicial que constatou a inexistência de construções irregulares na área de manguezal situada no entorno da Avenida Tancredo Neves no âmbito territorial do Município de Cabedelo.

Provimento da remessa necessária para julgar improcedente a ação proposta em face da referida municipalidade.

- Constatação pericial de que foram realizadas construções irregulares no manguezal dentro do território do Município de João Pessoa. Ausência de provas de que o ente municipal tem exercido com razoável grau de eficiência seu dever de proteger o meio ambiente localizado em sua zona urbana, conforme previsto nos artigos 23, VI, e 30, I e VIII, da Constituição Federal e no art. 22, parágrafo único, da Lei n. 4.771/65. Procedência da pretensão inibitória. Improvimento da apelação.

- As construções irregulares mencionadas na petição inicial foram soerguidas por particulares sem licença do ente municipal, o qual não pode ser responsabilizado civilmente por atos de terceiros. Pedido de condenação dos réus à construção de parque ecológico, o qual deve ser julgado improcedente porque a tutela reparatória deve ser postulada em face de quem praticou o ilícito causador do dano. Sentença que deve ser mantida também neste ponto, negando-se provimento ao reexame necessário.

- Honorários advocatícios fixados na sentença em 10% sobre o valor da causa R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Condenação respaldada no art. 20, § 4º, do CPC e em valor módico, aproximadamente R\$ 500,00 (quinhentos reais), se considerada a correção monetária. Inexistência de motivo para que se reduza o valor dos honorários. Apelo improvido.

- Apelação do Município de João Pessoa improvida e remessa necessária parcialmente provida apenas para se julgar improcedente a ação proposta em face do Município de Cabedelo.

ACÓRDÃO

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

Recife, 18 de maio de 2010 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA
CANUTO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO (Convocado):

O Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba julgou parcialmente procedente ação civil pública ajuizada pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) em face dos municípios de João Pessoa e Cabedelo, estando o dispositivo da sentença vazado nos seguintes termos: “*condeno os RR. a fiscalizarem a área do manguezal situada no entorno da Av. Tancredo Neves no limite dos respectivos municípios, ficando obrigados a proibir construções imobiliárias nessa área, sob pena de multa de R\$ 1.000,00 (um mil reais) por cada imóvel novo construído, restando indeferido o pedido relativo à realização de projeto para construção de parque ecológico, tendo em vista que essa questão não está adstrita ao controle jurisdicional, constituindo atividade administrativa discricionária dos entes municipais*” (fls. 289-295). Os réus ainda foram condenados ao pagamento de honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa, ante o disposto no art. 20, § 4º, do CPC.

Embora ambos os réus tenham sido intimados da sentença, como consta na certidão de fl. 295v., somente o Município de João Pessoa interpôs apelação (fls. 299-309).

O recorrente alega que, ao contrário do afirmado pelo IBAMA, não tem sido negligente ou omissivo no desempenho de suas atribuições de proteção do meio ambiente, tendo adotado várias me-

didadas para conter o avanço da ocupação desenfreada das áreas de proteção ambiental. Especificamente a área próxima à Avenida Tancredo Neves, destaca que consta no laudo pericial que “o município instalou cerca de arame, o que impede o acesso à área manguezal”. Prossegue afirmando que caberia ao IBAMA produzir projeto técnico na condição de órgão também responsável pela tutela do meio ambiente e que não pode ser responsabilizado por ocupações realizadas por terceiros, pessoas do povo, sem seu consentimento. Por fim, aduz que não poderia ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios em valor superior ao previsto no art. 20, § 3º, do CPC, devendo o juiz realizar uma apreciação equitativa, levando em consideração os esforços que tem expendido para controlar as construções e invasões indevidas nas áreas de proteção ambiental.

O IBAMA apresentou contrarrazões alegando que a competência para tutela do meio ambiente em áreas urbanas é dos entes municipais, sendo a atuação da União apenas supletiva, e que o Município de João Pessoa jamais conseguiu evitar a ocupação ilegal das áreas de proteção ambiental (fls. 315-319).

O MPF também contra-arrazoou o recurso (fls. 321-325). Começa requerendo que seja conhecido o agravo retido interposto às fls. 255-256 e, no mérito, pretende o improvimento da apelação.

A Procuradoria Regional da República da 5ª Região manifesta-se pelo não-conhecimento do agravo regimental interposto pelo próprio MPF às fls. 255-256 e pelo improvimento da apelação (fls. 334-343).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO (Relator Convocado):

O Juízo *a quo*, pela decisão de fl. 247, indeferiu pedido formulado pelo MPF para que fosse realizada perícia complementar. A decisão está embasada em dois fundamentos: os quesitos respondidos no laudo pericial dizem respeito a toda área de proteção ambiental descrita na petição inicial; e suficiência para julgamento da causa dos elementos probatórios existentes nos autos.

O MPF interpôs agravo retido contra referida decisão, alegando que após a propositura da ação houve incremento das invasões na área de mangue especificada na inicial (fls. 255-256). Da mesma forma, embora por outros fundamentos, o IBAMA interpôs idêntico recurso (fls. 261-265).

O art. 523, *caput* e § 1º, do CPC, dispõe que o agravo retido apenas será apreciado pelo Tribunal, preliminarmente ao julgamento da apelação, se a parte agravante o “requerer, expressamente, nas razões ou na resposta da apelação”. Referida ratificação do agravo retido é pressuposto para sua apreciação pelo Tribunal. Portanto, como apenas o MPF requereu expressamente em suas contrarrazões o julgamento do agravo retido, não se pode conhecer de idêntico recurso interposto pelo IBAMA.

Com essas considerações, entendo que o agravo retido interposto pelo MPF às fls. 255-256 merece ser conhecido, pelo que passo ao exame de seu mérito.

Esta ação civil pública tem caráter nitidamente inibitório, visto que a principal do IBAMA é obter um provimento jurisdicional pelo qual se determine aos municípios de João Pessoa e Cabedelo a fiscalização da área de mangue na Avenida Tancredo Neves e a proibição de construções nessa área de preservação permanente. A par dessa primeira pretensão, o IBAMA requereu que aos réus fossem compelidos a construir um parque ecológico ou a executar outro projeto ambiental numa área total de 7,0 ha., sendo 6,0 ha. no Município de João Pessoa e 1,0 ha. no de Cabedelo.

Pelo agravo retido de fls. 255-256, o MPF pretende a realização de perícia complementar “*para identificar as áreas de devastação do mangue que ocorrem às margens do Rio Jaguaribe, o qual corta a Avenida Airton Senna, tanto no lado de João Pessoa, como no lado de Cabedelo*”, conforme requerera às fls. 230-231. O pleito funda-se na ocorrência de novas invasões desde a propositura da ação em 1999.

Uma análise comparativa entre o objeto desta ação e as razões nas quais se fundam o pedido formulado pelo MPF para realização de perícia complementar revela a inexistência de relação lógica. A apreciação dos pedidos formulados na petição inicial in-

depende da identificação das “*áreas de devastação do mangue que ocorrem às margens do Rio Jaguaribe*”.

Como a perícia complementar pretendida pelo MPF é desnecessária ao julgamento da causa, sua produção foi corretamente indeferida pelo Juízo *a quo*, nos termos do art. 130 do CPC, pelo que entendo deva ser improvido o agravo retido de fls. 255-256.

A leitura da sentença revela que todas as partes foram parcialmente sucumbentes. Quanto à pretensão mandamental (de determinação para que se fiscalize e proíba construções na área do manguezal situada no entorno da Avenida Tancredo Neves), julgada procedente, os municípios de João Pessoa e Cabedelo foram vencidos; com relação à pretensão de condenação dos réus à construção de um parque ecológico ou à execução de outra obra ambiental, julgada improcedente, o IBAMA foi vencido. Ou seja, em todos os capítulos da sentença restou vencida uma pessoa jurídica de direito público, IBAMA ou os municípios.

Destarte, embora apenas um dos réus, o Município de João Pessoa, tenha interposto apelação, a parte da sentença por ele não impugnada – seja porque se sagrou vencedor, seja porque vencido foi o Município de Cabedelo – deve ser apreciada por força do reexame necessário, nos termos do art. 475, I, do CPC c/c art. 19 da Lei nº 7.47/85. Em suma, todos os capítulos da sentença devem ser analisados por esta Corte.

Consta na exordial que populares estão construindo irregularmente casas, residenciais e comerciais, na área de manguezal sediada no final da Avenida Tancredo Neves, sentido Centro-Retão de Manaíra, o que está levando à formação de um aglomerado denominado “Favela dos Ipês”, sem que os municípios de João Pessoa e de Cabedelo tenham adotado as providências cabíveis (fl. 03).

O Município de Cabedelo, desde a contestação (fls. 54-55), defende a regularidade ambiental das construções realizadas dentro de seus limites territoriais. Por outro lado, o Município de João Pessoa reconhece que pessoas do povo realizaram construções irregulares na área de mangue mencionada na inicial, mas defende que vem adotando as providências necessárias à solução desse problema (fls. 47-51 e 299-309).

Determinada a realização de perícia para identificação das áreas de ocupação do manguezal ao longo da Avenida Tancredo Neves foi produzido o laudo pericial de fls. 206-220. Das respostas dadas pelo perito depreende-se que no Município de João Pessoa houve supressão de 1,56 ha. de mangue em decorrência das ocupações irregulares (fl. 210, item 4.4), enquanto no Município de Cabedelo não foi identificada ocupação de manguezal (fl. 220, item 4.12). As respostas estão amparadas nos croquis apresentados pelo experto juntamente com o seu laudo (fls. 221-224).

Os assistentes do IBAMA apresentaram parecer técnico às fls. 235-238. No que interessa, comentando o item 4.13 do laudo pericial, os assistentes técnicos assim escreveram:

Com relação ao Município de João Pessoa não temos dados a confrontar com o índice apresentado pelo perito. Com relação a Cabedelo, concordamos que neste trecho especificamente não existe área de mangue ocupada com construções irregulares, porém não se pode deixar de registrar a ocupação irregular de manguezal no município de Cabedelo a exemplo da Comunidade Salinas do Ribamar (fl. 238).

Da análise dessas provas depreende-se que, nos limites territoriais do Município de Cabedelo, não foram identificadas ocupações e construções irregulares na área de mangue situada no entorno da Avenida Tancredo Neves. Isso foi corroborado pelos próprios analistas ambientais do IBAMA, que funcionaram neste processo como seu assistente técnico.

Na área de manguezal especificada na petição inicial, está provada a inexistência de ocupações e construções irregulares no território do Município da Cabedelo. Invasões em outras zonas, como indicado pelo assistente técnico do IBAMA, a exemplo da Comunidade Salinas do Ribamar, não é objeto desta causa e, portanto, não poder interferir em seu julgamento, sob pena de malferir-se o princípio dispositivo.

Nesse contexto, entendo que se deve dar provimento ao reexame necessário para julgar improcedente a ação em relação ao Município de Cabedelo.

Solução diversa merece a causa em relação ao Município de

João Pessoa. Tanto o laudo pericial quanto o parecer dos assistentes técnicos do IBAMA dão conta da existência de imóveis residenciais e comerciais construídos indevidamente na área de mangue descrita na inicial. Mais que isso, ao responder à indagação acerca das medidas de fiscalização adotadas pelo Município de João Pessoa contra os proprietários dos imóveis construídos na área de mangue próxima à Avenida Tancredo Neves, disse o perito que:

Não foi possível responder a este quesito, uma vez que após duas visitas à SEDURB - Secretaria do Desenvolvimento Urbano do Município mantido contato com um dos Diretores, este ficou de nos atender para informar as medidas adotadas pelo município, o que não aconteceu até a presente data (fl. 220, item 4.12).

Não consta nos autos nenhuma comprovação no sentido de que o Município de João Pessoa vem desempenhando satisfatoriamente sua atribuição legal e constitucional de tutelar o meio ambiente de sua zona urbana. A alegação desse réu, que se constitui em fato impeditivo do direito do autor, não encontra respaldo em nenhuma prova constante nos autos, de modo que deve ser considerada inverídica.

Apenas a título complementar, registro que embora a Constituição da República atribua competência administrativa concorrente à União, Estados, Distrito Federal e Municípios para tratar de questões ambientais, também prevê que os assuntos de interesse local devem ser solucionados pelos entes municipais, conforme disposto nos artigos 23, VI, e 30, I e VIII, da Constituição Federal. Nesse diapasão, a Lei n. 4.771/65, em seu art. 22, parágrafo único, estabelece que *“nas áreas urbanas, a que se refere o parágrafo único do art. 2º desta Lei, a fiscalização é da competência dos Municípios, atuando a União supletivamente”*.

As atribuições de coibir e de reprimir construções imobiliárias em áreas de mangue localizadas na zona urbana do Município de João Pessoa não cabem precipuamente à União ou ao IBAMA. Tais atividades são da competência da entidade municipal, que, ante a tutela constitucional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pode ser cobrado judicialmente para que atue de forma eficaz, no interesse de toda sociedade.

O Município de João Pessoa alega a ausência de responsabilidade civil pelas construções irregulares na área de mangue descrita na exordial, porquanto as mesmas teriam sido soerguidas por populares, sem seu consentimento. O argumento, que à primeira vista impressiona, procederia se por meio da ação civil pública se buscasse uma tutela ressarcitória em razão dos danos causados ao meio ambiente. Contudo, o que se pretende neste processo é impedir a continuação e a repetição de condutas lesivas ao meio ambiente, verdadeira tutela inibitória, que deve ser postulada em face de quem tem o poder-dever de agir com essa finalidade, no caso a própria municipalidade.

A questão foi brilhantemente enfrentada pelo nobre representante da Procuradoria Regional Federal da 5ª Região, que assim se manifestou:

Se estivesse em jogo uma tutela ressarcitória, própria de um discurso todo voltado para a responsabilidade civil, não teria dúvida em dizer que a parte-autora errara de alvo, pois, à luz de uma ponderada cadeia causal, não posso debitar as intervenções antrópicas naquele local ao ente federativo, mas sim aos particulares, de há muito à frente das construções irregulares.

Entretanto, a hipótese dos autos, antes de direcionada ao passado, parte de uma realidade inafastável, para a qual não pretende se voltar (veja-se, a propósito, a seguinte passagem da inicial: "... a situação naqueles locais de área de preservação permanente onde estão construídas as casa pode ser considerada como irreversível ..." – cf. fl. 03), o que significa dizer que não está aqui em questão o dano ambiental que até então a área sofreu, mas sim o futuro, no que pretende evitar a prática de novos ilícitos.

Isso, traduzido para o cenário mais atualizado das ações protetivas ao meio ambiente, significa uma tutela inibitória, que tem o sentido de evitar, doravante, novas lesões, não se pretendendo o dever de indenizar.

Nem mesmo se pode falar, aqui, em tutela de remoção de ilícito, que, como o próprio nome sugere, reclama o retorno do *status quo*, mas sem que se possa falar em ressarcimento, própria daquele outro tipo de tutela.

A propósito dessa distinção voltada para os remédios processuais do direito ambiental, nada melhor do que se valer

do magistério de Luciane Gonçalves Tessier (*in Tutelas Jurisdicionais do Meio Ambiente*, Ed. RT, 2004, pp.204/205), quando assim esclarece:

Quando se analisa o direito ambiental a ser protegido, podem ser constatadas situações em que o ambiente se encontra na iminência de ser violado, hipóteses em que a ilicitude já se perpetrou, casos em que, além da ilicitude, ocorreu efetiva lesão ao (dano) ambiental, ou ainda, situações em que o cidadão assiste à prática de atos geradores de uma exposição de riscos intoleráveis ao meio ambiente, sem que o Poder Público tome qualquer medida no exercício do poder de polícia...

...não se pretende aqui enaltecer um determinado tipo de tutela; ao contrário, o princípio da efetividade nos leva a respeitar suas variadas modalidades. Abstratamente, não pode eleger qual a tutela mais eficaz para o direito ao meio ambiente, pois a adequação de cada uma delas depende das situações concretas. Pensando nisso, deve-se trabalhar com as seguintes espécies de tutela: “tutela inibitória”; “tutela de remoção do ilícito” e “tutela ressarcitória na forma específica”.

Como se explicará adiante, a tutela inibitória tem por fim evitar a futura prática de um ilícito, portanto, deve atuar antes de sua ocorrência. A tutela de remoção do ilícito tem por fim afastar a situação de ilicitude, a fim de se resgatar a integridade do ordenamento. A tutela ressarcitória, diferentemente, não busca proteger a norma, mas sim recompor a lesão sofrida pelo titular do direito. Assim, consiste em tutela voltada ao dano e não ao ilícito.

In casu ao se lançar, como premissa da inicial, a irreversibilidade da situação – e o próprio órgão ministerial, em sua promoção, à fl. 60, deixa isso acentuado, ao fazer menção que, “da maneira como as coisas estão, pouco se pode fazer, simplesmente, porque no momento certo, nada se fez” – fica nítido o sentido inibitório que procurou se emprestar à tutela, não sendo o caso aqui de se eleger responsabilidade, senão de trabalhar pela prevenção, para o futuro, de novas situações impactantes no local.

Poder-se-ia até dizer que esse tipo de tutela, considerando-se, mais do que o ilícito, a persistência do dano, não seria o mais adequado para fazer face à situação, sendo o caso, ou de uma tutela de remoção, para afastar o ilícito,

ou até mesmo uma tutela ressarcitória, dados os efeitos detrimenstosos supostamente já suportados pela área ambiental impactada.

Entretanto, isso mais parece uma incursão indevida na estratégia de atuação do legitimado ativo, razão pela qual o que interessa presentemente é se cingir aos termos da inicial, no que expôs o cenário fático (agressão ambiental aos manguezais existentes no final da Av. Tancredo Neves, nos limítrofes dos municípios paraibanos de João Pessoa e Cabedelo) e daí deduziu aquele pedido que veio a ser acolhido na sentença (fiscalização da área), sem que em nenhum momento se falasse em tutela de ressarcimento.

Dentro dessa perspectiva, portanto, não vejo como acolher o apelo do Município de João Pessoa/PB, pois, em termos de tutela inibitória ambiental, o que importa saber é se esse ente federativo atua na prevenção do meio ambiente, e isso, quero acreditar, não há como afastar, considerando-se, de um lado, a obrigação difusa e geral ditada no art. 225 da Carta Magna, e, de outra banda, o próprio raio de competência desse ente federativo na preservação do meio ambiente, seja em sede constitucional (leia-se: art. 23, inciso VI, CF), seja em sede legal (só para exemplificar: art. 22, parágrafo único, da Lei nº 4.771/65), pouco importando se teria atuado com culpa ou se teria concorrido para o evento danoso.

Com a palavra, mais uma vez, a sempre lembrada Luciane Tessler (*op. cit.*, pp.232/236), quando assim pontifica:

A tutela inibitória tem como pressuposto, exclusivamente, a iminência da prática de um ilícito; não se preocupa com o dano ou com a culpa. Quando se pensa em tutela inibitória como tutela da norma é fácil se compreender em seus elementos. Se cabe ao juiz zelar pela integridade do ordenamento, pouco importa se quem está na iminência de violá-lo está agindo com culpa ou não, pois em qualquer caso caberá ao juiz impedir a violação

...

Em determinados casos de inibitória, conforme a natureza da obrigação, dever-se-á investigar se o demandado efetivamente consiste no titular do dever trazido pela norma para se realizar o juízo de imputabilidade do dever de proteção. Todavia, em matéria ambiental, tal perquirição torna-se despicienda, visto que o dever de pre-

servar o meio ambiente pertence a todos: trata-se de obrigação passiva universal ...

... a Constituição Federal estabeleceu, no art. 225, uma norma geral de garantia traduzida no dever genérico de inviolabilidade do meio ambiente, A tutela inibitória, por sua vez, concebida como modalidade de proteção da norma, tem por fim evitar a prática de ilícitos. Demonstrou-se que o ilícito ambiental é caracterizado pela violação da norma de proteção ao ambiente, prescindindo da demonstração da voluntariedade ou da culpabilidade.

Diante de tais premissas possível inferir a existência de uma obrigação genérica e objetiva à preventividade ambiental. Isso significa que todos tem o dever de evitar a prática de ilícitos ambientais e, como para a configuração do ilícito basta a infração ao dever genérico de inviolabilidade, todo aquele que a ameaçar a higidez ecológica está sujeito à tutela inibitória ambiental, independentemente de sua intenção”.

Na mesma toada, Sérgio Cruz Arenhart (*in Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*, Ed. RT, 2003, pp. 109/110), de quem se colhe a seguinte lição:

Em semelhantes formas de proteção, portanto, em que não se combate o dano, desnecessário e supérfluo é o questionamento a respeito deste, seja de sua ocorrência pretérita, seja de eventual futura incidência. Limitando-se a atuação jurisdicional a questionar a respeito da existência prévia ou da possibilidade de ocorrência futura do “ilícito”, sem nenhuma perquirição acerca de eventual prejuízo decorrente dele.

Especificamente a propósito da questão que aqui interessa, ou seja, da tutela inibitória, contenta-se o provimento judicial com a existência de ameaça do ilícito. A possibilidade de sua ocorrência no futuro é o suficiente para permitir a concessão de tutela do direito, a impedir que aquele venha a ocorrer. Esta é, com efeito, a lição precisa de Aldo Frignani, a dizer que “a ação inibitória é caracterizada pela presença de três condições: uma positiva (perigo de um prejuízo futuro) e duas negativas (prescinde-se do dano e prescinde-se da culpa)”.

Destarte, sendo o bastante tomar em consideração a tutela inibitória sob todos esses aspectos, fica incompreensível

vel entender que o Município de João Pessoa/PB não tenha nenhuma relação com a preservação do meio ambiente naquela área, tendo presente o sentido de dele se esperar, enquanto à frente do poder de polícia inerente ao planejamento urbano e à fiscalização das construções, em sede local, que venha se antecipar ao cometimento de novas agressões ambientais, perspectiva essa que, de resto, é extensiva ao Município de Cabedelo/PB, eis que, do que se colhe do laudo pericial (v. item 4.8 - fl. 219), a área geográfica do manguezal também lhe pertence, o que significa dizer que, à vista de uma tomada de consciência para o futuro, igualmente sobre esse último ente federativo recai o mesmo compromisso de prevenir ações antrópicas no aludido bem ambiental. (fls. 338-341).

Natureza diversa tem a pretensão condenatória do ente municipal à construção de um parque ecológico. Esse pedido não visa impedir a prática, continuação ou repetição do ilícito, mas a reparar o meio ambiente pelos danos causados com as construções indevidas no manguezal sediado no entorno da Av. Tancredo Neves. Trata-se de pleito nitidamente ressarcitório, a ser satisfeito por meio de reparação *in natura*.

Diante disso, e considerando o Município de João Pessoa não deu causa aos danos ambientais retratados na petição inicial, mostrar-se-ia descabida a sua condenação a reparar o meio ambiente através da construção de um parque ecológico, pelo que a sentença deve ser mantida também nesse ponto.

Finalmente, quanto à condenação em honorários advocatícios, deve a sentença ser reformada em relação ao Município de Cabedelo, tendo em vista que a ação está sendo julgada improcedente, e deve ser mantida quando ao Município de João Pessoa, tendo em vista que fixados de acordo com o art. 20, § 4º, do CPC e em valor módico (10% sobre o valor da causa, que é R\$ 5.000,00, totalizando aproximadamente R\$ 500,00, sem considerar a correção monetária).

Mercê do exposto, nego provimento à apelação interposta pelo Município de João Pessoa e dou parcial provimento à remessa necessária para julgar improcedente a ação proposta em face do Município de Cabedelo.

Diante da improcedência da ação ajuizada em face do Município de Cabedelo, inverte o ônus da sucumbência para condenar o IBAMA ao pagamento de honorários advocatícios de 10% sobre o valor atualizado da causa em favor do referido ente municipal.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 440.390-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
Apelados: ROBERTO FERREIRA DA COSTA E OUTROS
Repte.: PROCURADORIA DO INCRA
Advs./Procs.: DRS. MÁRCIO DE ANDRADE MORAES PINHEIRO E OUTROS (APDOS.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO INCRA. REJEIÇÃO.

- *Ação indenizatória. Desapropriação. Erro na delimitação do assentamento dos beneficiários, o qual se estendeu pelas propriedades limítrofes.*
- *Invasão da propriedade dos autores pelo MST. Queimada da cana e sua comercialização clandestina.*
- *Omissão do INCRA, por descumprimento de ordem judicial – Liminar determinando a comunicação aos assentados da real área desapropriada bem como, a retirada dos invasores.*
- *Relação de causalidade entre o dano e a omissão de tal Autarquia.*
- *Obrigação de reparar o dano material impingido aos demandantes.*
- *Apelação e remessa oficial improvidas.*

ACÓRDÃO

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

Recife, 25 de maio de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Trata-se de apelação de sentença da 7ª Vara Federal/PE que julgou parcialmente os pedidos, no sentido de condenar o INCRA a indenizar os autores pelos danos materiais causados em suas benfeitorias, em quantia a ser apurada em liquidação de sentença, em decorrência da invasão de integrantes do MST nos imóveis dos requerentes, queimando a cana que ali se encontrava e a comercializando clandestinamente.

O INCRA sustenta, preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* para figura no polo passivo da ação. No mérito, alega que os atos e fatos que deram azo à propositura da demanda aconteceram por culpa de terceiros ou por fato de terceiros. Por fim, verbera que não há nenhuma ação ou omissão do INCRA que tenha motivado os danos provocados aos apelados.

Contrarrazões apresentadas.

Parecer ministerial às fls. 211/213.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de ação indenizatória movida por particulares contra o INCRA em virtude de suas propriedades terem sido invadidas

por membros do MST, os quais efetuaram queimadas na cana, e a comercializaram clandestinamente.

A decisão monocrática registra:

Dirige-se a pretensão autoral ao pagamento de indenização pelos danos morais e materiais decorrentes do **assentamento indevido de beneficiados em área superior à desapropriada** (Engenho Canzanza, proc. nº 98.20493-8), adentrando, indevidamente, nos imóveis limítrofes Tundá, Macujé e Caraúna, dos quais os autores são proprietários e/ou arrendatários. Pleiteiam, assim, a indenização pelos danos causados pelos assentados, ao atarem fogo nas lavouras de cana-de-açúcar dos requerentes, comercializando-as, sendo o INCRA o responsável por tais prejuízos (a União já foi excluída da lide), uma vez que foi judicialmente determinado ao INCRA que comunicasse aos assentados os limites da propriedade Canzanza.

Pontifica o art. 37, §6º, da Carta Magna de 1988, que responderão as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Cuida-se de regra aplicada em casos de atos comissivos do Estado, pois, em se tratando de conduta omissiva, o dano não foi causado pelo agente público, invocando-se a teoria da responsabilidade subjetiva.

Como adverte Celso Antonio Bandeira de Mello, “se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impugna obstar ao evento lesivo”.

Em sede de responsabilidade estatal decorrente de ato omissivo, além do dano causado a terceiro e do nexo de causalidade, exige-se a comprovação da conduta dolosa ou culposa, numa das três vertentes da culpa, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a culpa do serviço, ou seja, quando o Estado não funciona (quando tem que funcionar), funciona mal ou funciona atrasado.

Observa-se, em caso de responsabilidade por omissão, a existência de um comportamento ilícito, pois o Estado, devendo agir e em conformidade com determinados padrões, não atua ou atua de forma insuficiente para combater o evento lesivo. É o que ocorre, por exemplo, no comportamento material de terceiros cuja atuação lesiva não foi impedida pelo Poder Público, embora pudesse e devesse fazê-lo.

Exime-se o Estado do dever de indenizar, na hipótese de responsabilidade subjetiva, quando o dano é inevitável (força maior), sendo frustrados quaisquer esforços para impedi-lo. A culpa da vítima não se consubstancia propriamente em excludente da responsabilidade estatal, mas do nexos causal entre a ação ou omissão estatal e o prejuízo verificado. A culpa concorrente, de seu turno, não afasta da responsabilidade do Estado, mas atenua o *quantum* indenizatório, “a ser decidido na proporção em que cada qual haja participado para a produção do evento”.

No caso em desluzte, tendo em vista que **o fundamento da alegada responsabilidade estatal é a omissão do INCRA em cumprir obrigação imposta por meio de decisão judicial, de informar aos assentados os limites entre o Engenho Canzanza e os imóveis dos requerentes, devem ser aplicadas as regras inerentes à responsabilidade do Estado por omissão e, portanto, subjetiva, em que não há presunção de culpa.**

Perlustrando os autos, verifico a presença do requisito culpa, na vertente ausência de cumprimento de ordem judicial, negligenciado o dever de informar aos assentados os limites do imóvel desapropriado, evitando, assim, a ocorrência de prejuízos aos proprietários/possuidores dos imóveis limítrofes.

Penso estar presente o nexos etiológico entre a omissão estatal e a invasão dos assentados nos imóveis dos requerentes.

Passo a verificar a presença do requisito dano. Como ceção, o dano representa a lesão de qualquer bem jurídico, incluindo-se nesse conceito o dano moral e o dano material. A reparação dos danos morais e materiais sofridos encontra guarida no art. 5º, V e X, da Carta Magna em vigor, possibilitando-se a acumulação de indenizações por tais danos oriundas do mesmo fato, a teor do enunciado da Súmula 37 do STJ.

O dano pecuniário caracteriza-se pela diminuição do patrimônio, entendido esse como o conjunto de relações jurídicas do indivíduo, apreciáveis em dinheiro. Por seu turno, o dano moral revela-se pela violação ao direito à dignidade, que se espalha por todos os outros direitos personalíssimos, tais como a intimidade, a privacidade, a honra, a imagem e a liberdade.

No que toca ao prejuízo material, constata-se que **foram colacionados aos autos documentos que comprovam a efetiva diminuição do patrimônio experimentada pelos autores**. Houve demonstração das perdas financeiras, mormente, pelos depoimentos tomados em audiência de instrução, quando se evidenciou a invasão dos integrantes do Movimento dos Sem-Terra nos imóveis dos requerentes, queimando a cana que ali se encontrava e a comercializando clandestinamente.

O valor da indenização, destarte, deve ser correlato aos prejuízos efetivamente sofridos pelos requerentes, devendo corresponder ao valor pecuniário de toda a cana queimada e comercializada indevidamente pelos assentados, pertencente aos autores, eis que plantada nos imóveis Tundá, Caraúna e Macujé, os quais não foram objeto de desapropriação; quantum esse a ser apurado em sede de liquidação de sentença.

Por outro lado, entendo que o dano moral alegado não resta evidenciado, não tendo os prejuízos suportados pelos requerentes ultrapassado a esfera patrimonial dos mesmos.

Em se tratando pedido de indenização por danos morais, entendo que o direito que lhe serve de fundo é a ofensa à preservação da imagem, da honra ou da privacidade.

Reputo pertinente transcrever jurisprudência compilada por Rui Stocco, em sua obra sobre responsabilidade civil, a respeito de sua conceituação:

Dano moral. Lição de Aguiar Dias: o dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão abstratamente considerada. Lição de Savatier: dano moral é todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária. Lição de Pontes de Miranda: nos danos morais a esfera ética da pessoa é que é ofendida: o dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser

humano, não lhe atinge o patrimônio. (TJRJ 1ª C. - Ap. - Rel. Carlos Alberto Menezes Direito.

Para que surja a obrigação de indenizar, é fundamental que se demonstre a presença de 03 (três) elementos básicos: a configuração de um dano, a atuação da demandada e o nexo de causalidade entre o dito comportamento e o dano.

Nesse contexto, embora tenha causado prejuízos e aborrecimentos à parte autora, a conduta do INCRA não chegou a atingir a esfera personalíssima dos autores, interferindo, tão-somente, em sua situação econômica, nem há provas de que os requerentes tenham sofrido danos de ordem pessoal, em sua imagem, honra ou privacidade, a fundamentar uma indenização dessa natureza.

No caso sob luzes, não há prova idônea que evidencie qualquer dano moral decorrente da conduta da parte ré. Destarte, não se desincumbiram os autores do ônus que lhe cabia, qual seja, de fazer prova de suas assertivas, razão pela qual deve ser indeferido tal pleito.

Isto posto, julgo parcialmente procedentes os pedidos veiculados na inicial, pelo que extingo o processo com resolução do mérito (art. 269, I, do CPC), para condenar o INCRA a indenizar os autores pelos danos materiais causados em suas benfeitorias, em quantia a ser apurada em liquidação de sentença.[...] (grifo nosso)

O parecer ministerial é pela reforma de tal *decisum*.

A questão embora aparentemente complexa é de fácil deslinde. É que, analisando-se os fatos e provas elencados nos autos, percebe-se claramente, que os danos sofridos pelos autores, decorreram de dois aspectos, quais sejam: a) por errônea identificação da área desapropriada – o INCRA assentou os beneficiados em uma área de 718,75 hectares, como se toda essa extensão pertencesse ao Engenho Canzanza, sem se aperceber que parte desta área já não pertencia mais ao referido Engenho; e b) omissão do INCRA, por desobediência a decisão judicial – liminar concedida em sede de medida cautelar – que lhe havia imposto a obrigação de comunicar aos assentados os limites da propriedade desapropriada e o ônus de remover aqueles que estivessem invadindo as propriedades dos demandantes.

Note-se que a referida liminar foi concedida em 17/11/2000 e que em 04/12/2000 os autores peticionaram ao juízo solicitando a aplicação de multa diária ao INCRA pelo descumprimento da ordem judicial. À fl. 55 consta certidão emitida pela Polícia Civil de Pernambuco, datada de 03/01/2001, dando conta que integrantes do MST atearam fogo em mais de 05 hectares de cana da propriedade denominada Sítio Tunda, de propriedade de um dos autores.

Tais observações as faço para, reconhecendo a irreparabilidade da decisão guerreada, adotar por razões de decidir os mesmos fundamentos nela dispendidos, pelo que NEGO PROVIMENTO à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 461.057-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO
Apelantes: GILVAN CALDAS DE SÁ BARRETO E FAZENDA NACIONAL
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. FERNANDO ANTONIO MALTA MONTENEGRO E OUTROS

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA INCIDENTE SOBRE AS DIFERENÇAS DO PERCENTUAL DE 11,98%. TRIBUTO QUE NÃO FOI RECOLHIDO PELA FONTE PAGADORA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA SUJEITO AO PAGAMENTO DE JUROS DE MORA E MULTA. RESPONSABILIDADE DO CONTRIBUINTE QUE AUFERIU A RENDA.

- Embora o não recolhimento do imposto de renda a tempo e a modo tenha sido motivado por deliberação da fonte pagadora, o Tribunal Regio-

nal do Trabalho da 6ª Região (por entender equivocadamente que as parcelas atinentes à URV - 11,98% teriam natureza indenizatória) tal erro não afasta a responsabilidade do autor/apelante (contribuinte) pelo pagamento integral do tributo, inclusive pelas obrigações acessórias, ou seja, juros e multa moratória.

- Uma vez que a administração tributária procedeu ao posterior lançamento, de ofício, do tributo, gerando a necessidade de pagamento pelo contribuinte (magistrado) deve haver a aplicação dos juros de mora, pela simples razão de que a tributação e, conseqüentemente, a paga do tributo, não foram efetuados no momento devido, independentemente do motivo alegado para tanto, e a teor do art. 161 do Código Tributário Nacional. Precedente da Terceira Turma no julgamento da REOMS nº 98554-AL, Relator Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, em 15/4/2010.

- Cabível a inclusão de multa moratória de 75% (setenta e cinco por cento). O Pleno deste Tribunal já decidiu pelo cabimento desta penalidade. Precedente da egrégia Terceira Turma: "...Embora o não recolhimento do imposto de renda tenha sido motivado por decisão da fonte pagadora, no caso o TRE-AL, o Pleno desta Corte, em recente julgamento, entendeu pelo cabimento da multa moratória. Embargos Infringentes na AC 324630, Des. Lázaro Guimarães, DJU-II de 02 de maio de 2008...." (TRF 5ª R., AMS100772, Rel. Desembargador Federal Vladimir Carvalho, 3ª T., julg. 30/10/2008, publ. 02/12/2008)

- Apelação do autor improvida e Apelação da Fazenda Nacional provida. Honorários advocatícios de R\$ 1.000,00 (um mil reais), a serem pagos pelo autor, fixados de forma equitativa, a teor do disposto no art. 20, § 4º, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação do autor e dar provimento à apelação da Fazenda Nacional, 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 maio de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Ação ordinária de desconstituição de débito fiscal, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela formulada por GILVAN CALDAS DE SÁ BARRETO, em face da União Federal.

O autor exerce as suas funções de Desembargador Federal do Trabalho, junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, com sede na cidade de Recife, e jurisdição sobre o Estado de Pernambuco.

Diz que: a) recebeu a Notificação de Lançamento, referente à constituição do crédito tributário, atrelado ao Imposto de Renda, do período de 1994/1996 (calendário) – exercícios de 1995/1997; b) foi-lhe imputado o pagamento dos juros sobre valores referentes ao Imposto de Renda, incidente sobre as verbas por recebidas, a título da URV, no percentual de 11,98%, cujo recolhimento não foi procedido, pelo TRT/PE, com base no entendimento de que o referido tributo não seria incidente; c) com o pagamento do Imposto de Renda, em atraso, passaram a ser devidos juros de mora; mas seria ilegal o fato de que lhe esteja a ser exigido o pagamento dos referidos juros, já que a decisão de não recolher o imposto teria partido do TRT/PE e não dele próprio, por ser o Tribunal

a a fonte pagadora e, conseqüentemente, o responsável pelo recolhimento do Imposto de Renda Retido na Fonte, espécie da qual a exação é parte, com fulcro nas disposições do Parágrafo Único do art. 45, do Código Tributário Nacional - CTN.

Foi dito, também, que não houve a retenção do Imposto de Renda, sobre os referidos valores, por conta da decisão administrativa do TRT 6ª Região, que entendeu terem tais verbas natureza indenizatória e que, em virtude disto, ao ensejo da elaboração da Declaração do Imposto de Renda – Pessoa Física, enquadrou tais débitos como rendimentos isentos e não tributáveis, enquanto o setor do TRT, responsável pela prestação de informações ao Fisco, equivocadamente, enquadrou tais valores como rendimentos tributáveis, tendo sido tal senão o fato desencadeador da lavratura do auto de infração de fls., ele, em face da “diferença” supostamente não recolhida.

Após discorrer sobre a questão posta, e sobre os respectivos aspectos jurídicos, requereu:

... a concessão da TUTELA ANTECIPADA (art. 273, I, e § 7º, c/c art. 461, ambos do CPC), a fim de determinar à ré, por meio da Receita Federal, que se abstenha de iniciar qualquer execução contra o autor com base na dívida em apreço e para que retire o nome do autor na dívida ativa da união e/ou do cadastro de inadimplentes (CADIN) correspondente a essa mesma dívida, e, ao final, o julgamento da presente ação pela sua PROCEDÊNCIA *IN TOTUM* a fim de:

1) Anular e desconstituir o lançamento fiscal em referência, correspondente ao processo nº 10480 008131/2001-22, assim como absolvendo-se o autor do valor respectivo, determinando a extinção e o arquivamento de todo o processo administrativo fiscal e a extinção do processo executivo judicial acaso já instaurado, sendo o nome do autor excluído da dívida ativa da união e/ou do cadastro de inadimplentes (CADIN) correspondente à suposta dívida relatada nesta petição;

2) Acaso, não seja este o entendimento de Vossa Excelência, requer seja o autor isentado da responsabilidade pelo crédito referente ao processo nº 10480 008131/2001-22, sendo declarada a responsabilidade exclusiva da fonte pagadora pela retenção do imposto de renda, com a con-

sequente isenção do pagamento do imposto e seus acréscimos pelo autor, desconstituindo-se o lançamento fiscal correspondente ao processo nº 10480 008131/2001-22 em relação ao autor, determinando a extinção e o arquivamento de todo o processo administrativo fiscal e a extinção do processo executivo judicial contra o autor, acaso já instaurado, sendo o nome do autor excluído da dívida ativa da união e/ou do cadastro de inadimplentes (CADIN) correspondente à suposta dívida relatada nesta petição;

3) Não sendo este, por igual, o entendimento de Vossa Excelência, requer sejam excluídos do lançamento os juros de mora e a multa de ofício. (fls. 24/25).

Na contestação – fls. 174/184 –, a ré sustentou que: a) A quantia recebida pelo autor se referiu a saldo de remuneração em razão da URV e, sendo recomposição salarial, não possuiria a natureza indenizatória abrangida pela Resolução nº 245/2002 do Supremo Tribunal Federal - STF; b) o auto de infração impugnado diria respeito à irregularidade na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda, e não à ausência de retenção do imposto; c) por ser obrigação do contribuinte, uma eventual ausência de retenção do imposto na fonte, não o eximiria de declarar tal rendimento; d) a consulta formulada pela Associação dos Magistrados Trabalhistas - AMATRA, a respeito da não incidência dos juros de mora e da multa, de ofício, não beneficiaria o autor, posto que o artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal/88 somente autoriza a Associação a representar, judicial ou extrajudicialmente, os Associados, quando expressamente autorizada para tanto, o que não teria sido comprovado nos autos.

Réplica às fls. 187/188.

Na sentença – fls. 193/202 –, o nobre Magistrado monocrático assim decidiu:

... **julgo procedente, em parte, o pedido**, nos termos do art. 269, I, do CPC, apenas para anular parcialmente o lançamento fiscal e determinar a exclusão dos juros e da multa no que se refere ao lançamento fiscal previsto no processo nº 10480.008131/2001-22. Como expressado acima, o valor do principal sofrerá apenas a incidência do IPCA-E. Além disso, a inscrição no CADIN só poderá ser efetuada em relação ao débito restante, de acordo com as

orientações fixadas acima.

34. Devido à sucumbência recíproca, as custas serão rateadas e cada parte arcará com os honorários dos seus patronos.

35. Sentença não sujeita ao duplo grau de jurisdição (art. 475, § 2º, do CPC).

36. Como o pedido de antecipação de tutela está pendente, aproveito o ensejo para suspender parcialmente a exigibilidade do crédito tributário, na parte que versa sobre os juros e multa. Via de consequência, só poderá haver cobrança do principal e da correção monetária pelo IPCA-E. A relevância do fundamento foi acima exposta. A urgência é evidente, na medida em que se trata de débito inscrito em dívida ativa. (fls. 201/202). (grifo do original).

O autor apelou – fls. 204/222. Requereu a reforma do julgado, na parte em que lhe foi desfavorável, e renovou, basicamente, as teses já expostas na petição inicial, além de pedir a inversão do pagamento das custas e a condenação da ré em honorários advocatícios, na base de 20% (vinte por cento), sobre o valor da dívida cobrada.

A ré também apelou – fls. 226/233; requereu a reforma do julgado, naquilo em que lhe foi desfavorável, destacando que não haveria motivo para excluir os juros de mora do lançamento fiscal, devendo a correção monetária incidir pela taxa SELIC, e ser a multa, aplicada de ofício.

Contrarrazões do autor, às fls. 237/238; as da ré, estão às fls. 240/244. Dispensei a revisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

O TRT/PE é um órgão autônomo revestido de independência orçamentária e administrativa, e administra os recursos que lhe são disponibilizados, inclusive no que se refere ao pagamento de pessoal e ao recolhimento dos tributos inerentes à sua atividade.

No exercício das suas funções, no âmbito da sua discricionariedade, o TRT/PE é exatamente **a fonte pagadora**, caracteriza-

da no art. 45, parágrafo único, do Código Tributário Nacional - CTN, sendo no caso, o responsável tributário, *verbis*:

Art. 45. Contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o artigo 43, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis.

Parágrafo único. A lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam.

Pois bem. No caso concreto, embora o não recolhimento do Imposto de Renda a tempo e a modo tenha sido motivado por deliberação da fonte pagadora (por entender equivocadamente que as parcelas atinentes à URV – 11,98% têm natureza indenizatória), tal erro não afasta a responsabilidade do autor/apelante (contribuinte) pelo pagamento integral do tributo, inclusive pelas obrigações acessórias, ou seja, juros e multa moratória.

Uma vez que a administração tributária procedeu ao posterior lançamento de ofício do tributo, exurgindo daí, a necessidade de recolhimento do tributo, pelo contribuinte, deve haver a aplicação dos juros de mora, pela simples razão de que a tributação e, consequentemente, o pagamento, não foram efetuados no instante devido, independentemente do motivo alegado para tanto (Precedente da Terceira Turma no julgamento da REOMS nº 98554-AL, Relator Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, em 15/4/2010) .

A propósito, e só para rememorar, transcrevo o art. 161 do Código Tributário Nacional, que respalda a cobrança de juros no caso de atraso no pagamento do tributo:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

Em relação ao outro pedido da apelante/Fazenda Nacional, de inclusão de multa de ofício, entendo que merece acolhida. Acompanho o recente julgado do Pleno deste Tribunal, que decidiu pelo cabimento desta penalidade. Transcrevo:

Tributário e processual civil. Embargos infringentes em apelação cível. Imposto de renda. Horas extras. funcionários da Petrobrás. Indenização de horas trabalhadas - IHT. Caráter remuneratório. Incidência. Multa de 75%. Lei 9.430/96. SELIC. Legitimidade. Precedentes. Embargos providos (EINFAC 324630, Rel. Desembargador Federal Lázaro Guimarães, DJU-II 02 de maio de 2008].

Este entendimento já foi, inclusive adotado pela egrégia Terceira Turma desta Corte, no julgamento da AMS100772, cujo teor se assemelha ao que se aprecia nos autos. Transcrevo:

Tributário. Mandado de segurança. Multa moratória cobrada pelo fisco. Imposto de renda pessoa física. Verba auferida a título de conversão dos vencimentos em URV. Índice de 11,98%. Tributo não recolhido pela fonte pagadora (TRE-AL). Embora o não recolhimento do imposto de renda tenha sido motivado por decisão da fonte pagadora, no caso o TRE-AL, o Pleno desta Corte, em recente julgamento, entendeu pelo cabimento da multa moratória. Embargos Infringentes na AC 324630, des. Lázaro Guimarães, DJU-II de 02 de maio de 2008. Apelação e remessa oficial providas.

(TRF 5ª R., AMS100772, Rel. Desembargador Federal Vladimir Carvalho, 3ª T., julg. 30/10/2008, publ. 02/12/2008)

No que se refere ao índice a ser aplicado, a título da referida multa, entendo cabível o percentual de 75% (setenta e cinco por cento), consoante regulamentação específica do Imposto de Renda e jurisprudência sobre o assunto:

TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO. PARCELAMENTO DE DÉBITO FISCAL. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. INOCORRÊNCIA. PARCELAMENTO PRECEDIDO DE AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA DE MORA. PERCENTUAL DEVIDO. JUROS DE MORA PELA SELIC. POSSIBILIDADE.

Descaracterizada a denúncia espontânea quando há a confissão da dívida seguida de pedido de parcelamento do débito. Precedentes. Os parcelamentos foram precedidos “medida de fiscalização relacionados com a infração”, nos termos do parágrafo único do artigo 138 do CTN, o que exclui a espontaneidade da denúncia. Em relação à multa, a mesma decorre do lançamento de ofício, sendo esta

distinta da multa de mora, e foi cobrada com supedâneo no artigo 728 do Regulamento do Imposto de Renda então vigente (Decreto nº 85.450/80), sendo devido o percentual de 50%, posteriormente majorada para 75% pelo RIR de 1999 - Decreto nº 3.000). Penso que a multa aplicada não se afigura excessiva, já que o percentual alto serve para desestimular o contribuinte a praticar novamente condutas não fundamentadas em lei, conforme precedentes desta Turma (AC 1229578 e AC 1159844). O § 1º do artigo 161 do CTN que determina a incidência dos juros de mora sobre o débito fiscal não pago no vencimento, fixa a taxa de um por cento ao mês, somente para a hipótese de ausência de lei disciplinadora da matéria. Previsão legal a amparar a aplicação da taxa SELIC. Apelação da autora desprovida. (TRF 3ª R., AC 839017, Rel. Juiz Rubens Calixto, 3ª T., julg. 10/12/2009, publ. 12/01/2010). (grifei).

TRIBUTÁRIO. PEDIDO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO COM ANULAÇÃO DA AUTUAÇÃO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. DEFESA GARANTIDA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. VALIDADE DA AUTUAÇÃO. ALTERAÇÃO LUCRO REAL. NEGATIVA. TAXA SELIC. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA.

1. Segundo a apelante não haveria na autuação o dispositivo de lei que determina a incidência da correção monetária. Destacou que não existe contrato de mútuo em tais casos e salientou que a correção monetária não constitui renda.

2. Não afastamento da presunção de veracidade da autuação diante da clareza da disposição legal, em mera interpretação literal, chega-se à conclusão da inviabilidade do afastamento da variação relativa à correção monetária do ativo para efeito de determinar-se o lucro real e a variação da correção monetária decorrente do mútuo, por força de lei, integra o lucro real, não há como afastar a incidência tributária.

3. É fato verdadeiro que a União reconheceu que não houve a capitulação legal da infração não tendo ocorrido prejuízo que levasse à nulidade do auto de infração, considerando a descrição de modo preciso dos fatos no auto de infração.

4. Aplicação do artigo 29 do decreto lei artigo 29 do Decreto-Lei 2.341/87 estabelecendo que as despesas operacio-

nais relativas à remuneração dos dirigentes somente são dedutíveis quando não superem o limite previsto referido dispositivo legal, o motivou a autuação fiscal.

5. (...).

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. CSLL. LIMITES QUANTITATIVOS. CONSTITUCIONALIDADE. RESTOU PACIFICADO EM JURISPRUDÊNCIA, COM O JULGADO DO STF, A CONSTITUCIONALIDADE DAS LIMITAÇÕES QUANTITATIVAS À COMPENSAÇÃO DOS PREJUÍZOS, NOS TERMOS DAS LEIS NºS 8.981, 9.065 E 9.249, TODAS DE 1995; - AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO (Agravo de Instrumento - 27940, DJU 05.08.2002, Rel Des Fed Paulo Roberto Oliveira Lima.)”

6.”(...)O Pleno desta Corte, em recente julgamento, entendeu pelo cabimento da multa de 75%. Precedente: Embargos Infringentes na AC 324630, des. Lázaro Guimarães, DJU-II 02 de maio de 2008.”

7. A taxa SELIC corresponde à remuneração dos valores devidos ao Fisco, servindo para corrigir tanto os débitos quanto os créditos que a União possui. Logo, a taxa SELIC é aplicada para remunerar o valor real dos créditos e débitos tributários, sendo isonomicamente aplicada ao Estado e ao contribuinte. A taxa SELIC corresponde à remuneração dos valores devidos ao Fisco, servindo para corrigir tanto os débitos quanto os créditos que a União possui. Logo, a taxa SELIC é aplicada para remunerar o valor real dos créditos e débitos tributários, sendo isonomicamente aplicada ao Estado e ao contribuinte.

8. Apelação não provida.

(TRF 5ª R., AC357499, Rel. Desembargador Federal Frederico Azevedo – Convocado, 2ª T., julg. 06/10/2009, publ. 28/10/2009). (Grifei).

Ante o exposto, nego provimento à apelação do autor, e dou provimento à apelação da Fazenda Nacional, para julgar improcedente o pedido, e manter hígido o lançamento fiscal. Custas, *ex lege*. Honorários advocatícios de R\$ 1.000,00 (um mil reais), a serem pagos pelo autor, fixados de forma equitativa, e em atenção ao disposto no art. 20, § 4º, do CPC.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 463.299-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Apelante: JORNAL CORREIO DA PARAÍBA LTDA.
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Adv./Proc.: DR. GLÁUCIO MANOEL DE LIMA BARBOSA (APTE.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMPRESA JORNALÍSTICA. AQUISIÇÃO DE PAPEL COM IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 150, VI, D, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REVENDA A TERCEIRO SEM O REGISTRO ESPECIAL PREVISTO NO DECRETO-LEI Nº 1.593/77 E INSTRUÇÕES NORMATIVAS 71 E 159 DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. ILÍCITO FISCAL. LEGITIMIDADE DA AUTUAÇÃO. APLICAÇÃO DO CONJUNTO NORMATIVO VIGENTE À ÉPOCA DO FATO. COMINAÇÃO PELA MORA DO CONTRIBUINTE. TAXA SELIC. LEGALIDADE. APELAÇÃO IMPROVIDA.

- A imunidade tributária prevista no artigo 150, IV, d, da Constituição Federal, abrange o papel importado para ser usado na produção de livros, jornais e periódicos. Não abrange os insumos que são repassados pelo importador em transações comerciais a terceiros não autorizados, para suposta utilização com o mesmo fim para o qual recebeu o benefício fiscal, sob pena de desvirtuamento da sua finalidade precípua.

- A Instrução Normativa nº 71, de 24.08.2001, editada pela Secretaria da Receita Federal, estabelece a obrigatoriedade de inscrição no registro especial instituído pelo Decreto-Lei nº 1.593/77, como condição para utilização ou comercialização, por parte de fabricantes, distribuidores, importadores, empresas jornalísticas ou editoras e as gráficas que realizarem operações com papel destinado à impressão de livros, jornais e

periódicos. Tais preceitos foram mantidos nos artigos 1º e 2º da Instrução Normativa SRF nº 159, de 16.05.2002.

- As transações envolvendo transferência de papel imune na forma prevista na legislação tributária somente pode ser feita a terceiro que seja detentor de registro especial concedido pelas autoridades fiscais, sob pena de aplicação das penalidades estipuladas pela não apresentação das DIF-papel nos prazos e formas previstas na legislação de regência.

- Hipótese em que o apelante infringiu a legislação tributária, ao transferir para terceiro, sem prévia anuência da Secretaria da Receita Federal, parte do papel importado com imunidade tributária, alienando o material para um terceiro, que por sua vez o revendeu para outras empresas do setor editorial e jornalístico, o que implica em flagrante descumprimento do Regulamento Aduaneiro. Restou comprovado e inclusive foi confessado pela apelante que a empresa intermediária que comprou o papel à apelante, para revender a terceiros, não detinha a inscrição no registro especial previsto nas Instruções Normativas da nº 71 e 159 da SRF, autorização esta que somente foi obtida vários meses após a lavratura do Auto de Infração atacado pela apelante.

- Inexistência de irregularidade na aplicação da legislação invocada pelo Fisco na autuação da apelante. O regramento aplicado pela Fazenda Nacional no caso presente era o conjunto de Instruções Normativas em vigor à época dos fatos e do procedimento fiscalizatório, onde taxativamente se exigia a autorização especial do Fisco para a realização de operações da espécie que ensejou a autuação sob discussão.

- No que pertine à aplicação da taxa SELIC como fator para cominação pela mora do pagamento

das dívidas de natureza tributária, a nossa jurisprudência já se encontra pacificada no sentido de admitir a utilização dessa Taxa como índice de correção monetária e de juros de mora, a partir da Lei nº 9.250/95, tanto nas operações ativas quanto passivas do Fisco, desde que não cumulado com outro índice de correção.
- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 18 de maio de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de apelação cível interposta pelo JORNAL CORREIO DA PARAÍBALTA. contra sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal da Paraíba, nos autos da Ação Anulatória de débito fiscal com Pedido de Tutela Antecipada – Processo nº 2008.82.00.002200-4, que julgou improcedente o pedido inicial, no qual o autor objetivava a suspensão do crédito tributário objeto do Auto de Infração nº 11618.003409/2001-35, lavrado em virtude do não recolhimento de Imposto de Importação pela empresa ora apelante.

Na condição de empresa do setor jornalístico no Estado da Paraíba, o demandante pretende desconstituir o referido Auto de Infração, lavrado em outubro de 2001 em decorrência de irregularidade fiscal, sob o argumento de que seria beneficiário da imunidade constitucional em relação ao papel importado que é utilizado na impressão do periódico que publica.

O Julgador de primeiro grau ressaltou que “o benefício da imunidade tributária de índole constitucional não é absoluto, eis que está sujeito à comprovação (obrigação acessória – art. 113 do CTN) da destinação do papel importado e, no caso em exame, a empresa para a qual fora vendido parte do papel importado pelo autor não era à época da autuação registrada na Receita Federal e nem exercia a atividade de gráfica ...”.

Em suas razões, o apelante alega, em síntese, que: (a) a cobrança de Imposto de Importação objeto do Auto de Infração nº 11618.003409/2001-35 é ilegal, visto que como empresa jornalística é beneficiária da imunidade constitucional em relação ao papel utilizado na impressão de seus periódicos; (b) em virtude de haver adquirido papel em excesso para sua utilização, transferiu parte do produto importado para a empresa Papier Comércio e Representações Ltda., o qual seria também utilizado para a impressão de jornais e periódicos, de forma que não há desvio do objetivo da imunidade tributária na forma prevista no artigo 150, VI, *d*, da Constituição Federal; (c) a imunidade tributária constitucional possui caráter objetivo e incide sobre o produto e não sobre o sujeito, o que impossibilita o surgimento da obrigação tributária e, por decorrência, da constituição e cobrança do tributo de importação; (d) a empresa Papier Comércio e Representações Ltda. é detentora do registro especial exigido para o distribuidor de papel imune, destinado à impressão de livro, jornais e periódicos, na forma exigida no artigo 1º da Instrução Normativa SRF nº 71/2001; (e) à época da autuação a empresa já operava com a finalidade de comercializar papel para jornal há bastante tempo, e o registro especial foi obtido através de Ato Declaratório da Receita Federal apenas cinco meses após a autuação fiscal, em virtude do lapso de tempo decorrido entre a postulação e o deferimento da autorização especial; (f) a legislação fiscal aplicada deve ser aquela vigente à época da importação do papel, sendo vedada a aplicação das Instruções Normativas da SRF editadas após o fato gerador; (g) a inaplicabilidade da taxa SELIC na fixação dos juros de mora, uma vez que essa taxa não pode ser utilizada como taxa de juros moratórios legais, por se constituir uma forma de se cobrar correção monetária mais juros sem previsão constitucional.

Com estes argumentos, o apelante requer a reforma da sentença, para que seja decretada a inexigibilidade da dívida objeto do auto de infração em questão, bem como a desconstituição do auto e o cancelamento de qualquer restrição apresentada contra a apelante com base no mencionado débito.

Contrarrazões apresentadas pela Fazenda Nacional (fls. 515/518).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Trata-se de apelação cível interposta pelo JORNAL CORREIO DA PARAÍBALTA. contra sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal da Paraíba, que julgou improcedente a pretensão de suspensão do crédito tributário relativo a Imposto de Importação relativo a aquisição de papel para impressão de periódicos, sob o argumento de que a matéria prima em questão não goza de tal privilégio fiscal porque não foi dada a devida destinação ao produto adquirido com imunidade.

O ponto controverso da lide diz respeito à possibilidade de estender a imunidade tributária constante do artigo 150, IV, *d*, da Constituição Federal, quando os insumos importados para ser usados na produção de livros, jornais e periódicos não chegam a ser utilizados pelo importador e são repassados em transações comerciais a terceiros, para suposta utilização com o mesmo fim para o qual recebeu o benefício fiscal.

É cediço que a imunidade de livros, jornais, periódicos e do papel destinado à sua impressão, expressa na Constituição Federal diz respeito apenas aos insumos destinados à produção do material cultural, o que exclui da abrangência da benesse constitucional o material importado quando há desvirtuamento da sua finalidade precípua.

Conforme consta do auto de infração (fls. 29/37), a apelante infringiu a legislação tributária ao transferir para terceiro, sem prévia anuência da Secretaria da Receita Federal, parte do papel im-

portado com imunidade tributária, alienando o papel importado com benefício fiscal para a empresa Papier Comércio e Representações Ltda., que por sua vez o revendeu para outras empresas do setor editorial e jornalístico.

As notas fiscais acostadas aos autos comprovam que o papel foi repassado de fato para outras empresas do setor editorial e jornalístico, o que supostamente leva à conclusão de que seria utilizado na impressão de jornais e periódicos.

Entretanto, no caso presente há de se analisar se a transação comercial que envolveu o repasse a terceiros do excedente de papel comprado pela apelante está eivado de alguma ilicitude fiscal para dar azo à autuação ora contestada.

De acordo com os documentos trazidos aos autos o procedimento de importação foi feito pela apelante dentro das exigências legais e amparada na imunidade fiscal prevista na Constituição Federal e regulamentada nos normativos internos da SRF.

Em virtude de não necessitar de toda a matéria prima adquirida no exterior, a apelante vendeu o excedente no mercado interno a terceiro, no caso a empresa Papier Comércio e Representações Ltda.

A Instrução Normativa nº 71, de 24.08.2001, editada pela Secretaria da Receita Federal, estabelece a obrigatoriedade de inscrição no registro especial instituído pelo Decreto-Lei nº 1.593/77, como condição para utilização ou comercialização, por parte de fabricantes, distribuidores, importadores, empresas jornalísticas ou editoras e as gráficas que realizarem operações com papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos.

Assim disciplina a referida IN em seus artigos 1º e 10, *verbis*:

Art. 1º Os fabricantes, os distribuidores, os importadores, as empresas jornalísticas ou editoras e as gráficas que realizarem operações com papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos estão obrigados à inscrição no registro especial instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 1.593, de 21 de dezembro de 1977, não podendo promover o despacho aduaneiro, a aquisição, a utilização ou a comercialização do referido papel sem prévia satisfação dessa exigência.

Art. 10. Fica instituída a Declaração Especial de Informações Relativas ao Controle do Papel Imune (DIF- Papel Imune), cuja apresentação é obrigatória para as pessoas jurídicas de que trata o art. 1º.

Tais preceitos foram mantidos nos artigos 1º e 2º da Instrução Normativa SRF nº 159, de 16.05.2002, nos seguintes termos:

Art. 1º. Aprovar o programa gerador da Declaração Especial de Informações Relativas ao Controle do Papel Imune (DIF-Papel Imune), versão 1.0, cuja apresentação é obrigatória para fabricantes, distribuidores, importadores, empresas jornalísticas ou editoras e gráficas que realizarem operações com papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos.

(...)

Art. 2º. A apresentação da DIF - Papel Imune deverá ser realizada pelo estabelecimento matriz, contendo as informações referentes a todos os estabelecimentos da pessoa jurídica que operarem com papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos.

Parágrafo único. A apresentação da DIF-Papel Imune é obrigatória, independente de ter havido ou não operação com papel imune no período.

Insta destacar que a não apresentação da DIF por parte do sujeito passivo traz como consequência a aplicação das sanções previstas na mesma legislação.

No caso em tela restou comprovado e inclusive foi confessado pela apelante que a empresa intermediária que comprou o papel à apelante, para revender a terceiros, não detinha a inscrição no registro especial previsto nas Instruções Normativas da SRF, autorização que somente foi obtida vários meses após a lavratura do Auto de Infração ora atacado.

É inconteste que as transações envolvendo transferência de papel imune na forma prevista na referida legislação somente pode ser feita a terceiro que seja detentor do aludido registro especial, sob pena de aplicação das penalidades estipuladas pela não apresentação das DIF-papel nos prazos e formas previstas na legislação de regência.

Além de não deter o registro especial da Receita Federal, a empresa Papier Comércio e Representações Ltda., terceira adquirente do papel importado pelo apelante, reconhecidamente não exercia atividade gráfica ou de jornal à época das transações, de sorte que não se enquadrava como representante de fábrica estrangeira para estar legitimada a adquirir e revender papel importado com imunidade tributária, o que implica em flagrante descumprimento do Regulamento Aduaneiro, podendo ser interpretado até como uma forma de burla à legislação tributária.

Nesse contexto, ainda que posteriormente a Papier Comércio e Representações Ltda tenha obtido a autorização especial do Fisco para comercializar papel com imunidade tributária, é de se reconhecer que à época da transação comercial feita entre essa revendedora e a editora jornalística ora apelante não existia autorização das autoridades fiscais para tal fim. Este fato é que deve ser levado em conta na análise da conduta da Fazenda no procedimento fiscalizatório, para se concluir pela legitimidade da aplicação das penalidades encartadas no Auto de Infração nº 11618.003409/2001-35, lavrado em decorrência das infrações fiscais em que incorreu a apelante.

Também não procede a alegação de que os normativos legais aplicados na autuação não são aplicáveis ao caso concreto, tendo em vista que o regramento aplicado pela Fazenda Nacional no caso presente era o conjunto de Instruções Normativas em vigor à época dos fatos e do procedimento fiscalizatório, onde taxativamente se exigia a autorização especial do Fisco para a realização de operações da espécie que ensejou a autuação sob discussão.

No que pertine à aplicação da taxa SELIC - Sistema Especial de Liquidação e de custódia como fator para cominação pela mora do pagamento das dívidas de natureza tributária, a nossa jurisprudência já se encontra pacificada no sentido de admitir a utilização dessa Taxa como índice de correção monetária e de juros de mora, a partir da Lei nº 9.250/95, tanto nas operações ativas quanto passivas do Fisco, desde que não cumulada com outro índice de correção.

A respeito, transcrevo os seguintes precedentes do colendo STJ:

TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. MATÉRIA APRECIADA SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC.

1. É legítima a aplicação da taxa SELIC na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

2. Orientação reafirmada pela Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.111.175/SP, submetido ao rito do art. 543-C do CPC.

3. Agravo Regimental não provido.

(STJ. *DJEDATA*: 04/03/2010. AGA 200900618674. AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1173965. Relator Min. Hermann Benjamin. *DJEDATA*: 04/03/2010. Unânime).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. TESE DOS “CINCO MAIS CINCO”. LEI COMPLEMENTAR 118/2005. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NOS ERESP 644.736/PE. PRIMEIRA SEÇÃO RATIFICOU ENTENDIMENTO. RESP 1.002.932/SP SUBMETIDO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. PRONUNCIAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC (RESP 1.111.175/SP).

1. A Corte Especial, na Arguição de Inconstitucionalidade no REsp 644.736/PE, acolheu o incidente para reconhecer a inconstitucionalidade da expressão “observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.107, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional”, constante do art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005 (entendimento ratificado pela Primeira Seção, no REsp 1.002.932/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009, *DJ* de 18.12.2009, submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008).

2. A Primeira Seção desta Corte, em 10 de junho de 2009, no julgamento do REsp 1.111.175/SP, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, reafirmou o entendimento de que deve ser aplicada a taxa Selic, a partir de 1º.1.1996, como índice de atualização monetária dos débitos e créditos tributários, não podendo, todavia, ser cumulada com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Recurso especial provido.
(STJ. Segunda Turma. REsp 200901015630. REsp - RECURSO ESPECIAL - 1142328. Relatora Min. ELIANA CALMON. DJE DATA: 04/03/2010. Unânime).

Desta forma, inexistente qualquer ilegalidade na utilização da taxa SELIC como índice para cominar a mora do contribuinte no caso em análise.

Assim, não tendo a apelante apresentado nenhuma prova capaz de infirmar a legalidade das exigências fiscais em apreço, merece ser mantida a sentença recorrida em todos os seus termos.

Isso posto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 465.824-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelantes: MIRIAN LIMA BRILHANTE BARBOSA E OUTRO E UNIÃO
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ FERREIRA DA SILVA E OUTRO (1ºS APTES.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. APELAÇÃO DA FAZENDA NACIONAL E DOS PROMOVENTES CONTRA SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, EM DECORRÊNCIA DA DEMISSÃO DO SERVIDOR, POSTERIORMENTE CONSIDERADA ILEGAL, QUE O PRIVOU DOS VENCIMENTOS POR MAIS DE VINTE ANOS, ARBITRANDO O RESSARCIMENTO EM DEZ VEZES O VALOR INTEGRAL DA PENSÃO DEVIDA AOS DEPENDENTES DO SERVIDOR E HONORÁRIOS

ADVOCATÍCIOS EM VINTE POR CENTO SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO.

- A União Federal pugna pela redução do montante arbitrado, defendendo a tese da culpa do servidor, por inassiduidade, além de pretender a minoração da verba honorária.

- Demonstrado o liame causal entre a ilegalidade do ato administrativo e os danos sofridos pelo servidor, inegável o direito ao ressarcimento material, já conferido pela sentença que determinou a implantação da pensão por morte aos dependentes, com o pagamento retroativo dos valores suprimidos.

- O arbitramento da indenização por danos morais deve pautar-se pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sem perder de vista o caráter sancionatório e educativo de tal condenação. Neste sentido, considero excessivo o montante fixado pelo douto julgador, pelo que o reduzo para cinquenta mil reais, levando em conta que o servidor ficou mais de vinte anos sem vencimentos, sem aposentadoria, e passível da sanção máxima da demissão por justa causa. Precedentes deste Tribunal: AC 418.542-CE, 2ª Turma, Des. Paulo Gadelha, julgado em 24 de novembro de 2009, e AC 371.382-PE, 1ª Turma, des. Rogério Fialho Moreira, julgado em 20 de agosto de 2009.

- Redução dos honorários advocatícios para dez por cento sobre o valor da condenação, em respeito aos parâmetros fixados no § 4º do art. 20 do CPC, e em sintonia com recente acórdão desta eg. 3ª Turma: AC 454.879-PE, Des. Geraldo Apoliano, julgado em 03 de dezembro de 2009.

- Não prospera a irresignação dos promoventes que pretendiam a elevação da indenização, atrelando-a aos valores suprimidos do autor, já garantidos pela sentença da lavra da 7ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, que determinou o

pensionamento e o pagamento retroativo, fls. 521-532.

- Apelação da União provida, em parte, para reduzir o valor indenizável, fixando-o em cinquenta mil reais, minorando, também, os honorários advocatícios para dez por cento sobre o valor da condenação. Recurso dos particulares improvido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 20 de maio de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Trata-se de apelações contra sentença que julgou procedente pedido de indenização por danos morais, decorrente da conduta da União Federal que privou o servidor público, Francisco Júlio Nogueira Barbosa, policial rodoviário federal, ex-esposo e pai dos promoventes, condenando o ente público ao pagamento de indenização no montante de dez vezes o valor integral da pensão, a cada um dos autores, por entender caracterizado o liame causal entre a ilegalidade do ato administrativo e os prejuízos subjetivos do servidor e, conseqüentemente, dos autores.

Sustentam os promoventes que o servidor público estivera afastado do trabalho, desde maio de 1984, amparado por sucessivas licenças médicas e que, a despeito de tal causa, respondera a vários procedimentos administrativos, após os quais foi concluída sua ausência injustificada, com a penalidade da demissão por jus-

ta causa. Entretanto, a Administração, reconhecendo a ilegalidade da apuração, anulou tal medida punitiva e determinou nova perícia médica, mas, esta providência já alcançou o servidor falecido. Desse modo, o servidor e seus dependentes ficaram privados dos vencimentos por mais de vinte anos (maio de 1984 até o óbito - janeiro de 2003), pelo que requerem a majoração da indenização arbitrada, em sintonia com o total de vencimentos suprimidos.

A União Federal, por sua vez, defende a existência de prova de que o servidor não era assíduo ao trabalho, conforme registrado nos assentamentos funcionais e que os valores suprimidos já foram reembolsados aos promoventes, pela sentença que lhes concedeu a pensão por morte, de modo que entende ser excessivo o montante indenizável que, na realidade, atingiria a cifra de milhões, vez que o salário do servidor tinha o patamar acima dos sete mil reais. Por fim, pretende a redução dos honorários advocatícios, em atendimento à regra do § 4º do art. 20 do CPC.

Ambos recorrentes responderam aos recursos da parte adversa, defendendo suas teses, respectivamente, às fls. 535-540 e 553-556.

Sentença não submetida ao reexame necessário.

Dispensada a revisão. Em pauta.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

O cerne da controvérsia reside na aferição do liame causal entre a demissão do policial rodoviário federal, por justa causa, cujo ato, ao final, fora revogado pela Administração, e os prejuízos por ele suportados, de ordem material (supressão dos vencimentos) e moral, para fins de indenização.

Os danos materiais já foram recompostos pela sentença proferida pela 7ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, que determinou tanto a implantação da pensão por morte do servidor, em favor dos seus dependentes, bem como o pagamento dos valores não percebidos pelo instituidor do benefício, fls. 521-532.

Já para a aferição dos prejuízos extrapatrimoniais, onde reside a irresignação dos apelantes, deve-se observar que se trata de uma recomposição pecuniária, em resposta a atos que atingem a honra do indivíduo, representando ofensa aos princípios de ordem moral, como aqueles que se referem à liberdade, à profissão, ao respeito, à psique, à saúde, ao nome, à pessoa ou sua família, ao crédito, à vida do indivíduo etc., exposto a uma situação humilhante, vexatória ou degradante. Não é necessário que o indivíduo experimente prejuízo econômico para se aferir o valor a ser pago a título de indenização por danos morais.

Para a fixação do valor da reparação, considera-se o vexame, a dor suportada pela vítima, em busca de uma compensação, ainda que de ordem financeira, para os dissabores experimentados, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para que a reparação seja o suficiente para inibir práticas reiteradas de ilegalidade, sem que se transforme noutra polo de enriquecimento ilícito de quem sofreu a afronta ao direito.

Com base nestas premissas, destaco precedente jurisprudencial da lavra do min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, que assim expôs sobre o dano moral no REsp 259.816/RJ:

(...)

III - O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, recomendando-se que, na fixação da indenização a esse título, o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico da parte autora e, ainda, ao porte econômico da ré, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso (...).

O douto magistrado, analisando as peculiaridades dos danos imateriais, arbitrou-os em dez vezes o valor integral da pensão, a ser pago a cada um dos autores, ex-esposa e filho do servidor, fl. 510.

Considerando-se que a pensão, tomada como parâmetro pelo douto julgador, equivaleria, aproximadamente, ao mesmo valor dos vencimentos do servidor e este total, em 2008, giraria em torno

dos sete mil reais, como consta na ficha financeira de fl. 550, reputo demasiado o montante arbitrado, visto que, além de receber o justo pensionamento pela morte do servidor, e o pagamento retroativos dos vencimentos não pagos ao mesmo, como assegurado na sentença de fls. 521-532, os autores receberiam mais de cento e cinquenta mil reais, a título de indenização por danos morais.

Assim, para manter a coerência e a harmonia com precedentes similares julgados por este Tribunal, adequando o abalo sofrido pelo autor e sua família, com o caráter didático endereçado à ré, ora apelante, reduzo a indenização para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a exemplo dos seguintes julgados, abaixo destacados:

[1] Administrativo. Processo Administrativo Disciplinar. Servidor punido com demissão. Comissão processante integrada por servidor não estável no serviço público. Nulidade ofensa ao disposto no artigo 149 da Lei 8.112/90. Responsabilidade civil do estado. Ação de indenização por danos morais. Majoração do valor arbitrado na sentença. Circunstâncias especiais do caso. Antecipação dos efeitos da tutela. Manutenção da decisão que determinou a reintegração imediata do servidor ao cargo.

1. No que se verifica o vício formal a justificar a nulidade do processo administrativo disciplinar, é incontroverso o fato de que o INSS permitiu que o servidor público não estável integrasse a comissão processante que concluiu pela demissão do servidor.

2. Configurada ofensa à exigência contida no artigo 149 da Lei 8.112/90, por cuja dicção a estabilidade do trio processante deve constituir-se garantia processual de independência funcional, a inobservância de tal preceito contraria o devido processo legal administrativo e é causa de nulidade absoluta do processo instaurado, a qual dispensa a demonstração do efetivo prejuízo, acobertada pela presunção de veracidade *jure et de jure* da primeira parte do mencionado dispositivo legal.

3. Nulidade do processo administrativo disciplinar cuja comissão processante é integrada por servidor não estável. Precedentes jurisprudenciais.

4. Violação de direito personalíssimo, no caso, sendo devida a indenização pela ocorrência do dano moral, identificado nos efeitos nefastos sobre a pessoa do autor, sobretudo pelo tempo que este permaneceu afastado do serviço

público, mais de cinco anos, e ainda as privações e humilhações inerentes à situação por ele vividas.

5. Destoa da razoabilidade o valor fixado na sentença, não condizente a propiciar a compensação satisfatória pelo dano moral sofrido, nem demonstrado ser apto a inibir a repetição da conduta do órgão previdenciário. A análise das circunstâncias do caso contribui para a adequada fixação do valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de danos morais.

6. Mantida a decisão que antecipou os efeitos da tutela, para determinar a imediata reintegração do autor ao cargo do qual foi afastado, não se vislumbrando prejuízo ao erário nem perigo da irreversibilidade da decisão.

7. Honorários advocatícios na forma arbitrada na sentença, em 15% sobre o valor da condenação.

8. Apelação do autor provida. Remessa oficial e apelação do INSS não providas (AC 418.542-CE, 2ª Turma, des. Paulo Gadelha, julgado em 24 de novembro de 2009).

[2] Administrativo. Responsabilidade civil. Demissão de servidor público. Anulação judicial do ato administrativo. Reintegração. Danos morais e materiais.

1. 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.

2. 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.

3. 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.

4. 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 denexo 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.

5. 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.

6. 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.

7. 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.

8. 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.

9. 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 Fede-

ral 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).

10. 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.

11. 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).

12. 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 \$ 30.000,00 o *quantum* indenizatório arbitrado a título de indenização por danos morais.

(AC 371.382-PE, 1ª Turma, des. Rogério Fialho Moreira, julgado em 20 de agosto de 2009).

Portanto, reduzo a indenização por danos morais para o patamar de cinquenta mil reais, pelas razões acima expostas.

Quanto à pretensão de redução da verba honorária, fixada em vinte por cento sobre o valor da condenação, assiste razão à União Federal, considerando os parâmetros da apreciação equitativa expostos pelo § 4º do art. 20 do CPC, tais como o zelo do profissional, a natureza da causa, o lugar da prestação do serviço etc., pelo que a reduzo para dez por cento sobre o valor da condenação, em sintonia com precedentes desta egrégia 3ª Turma, a exemplo da AC 454.879-PE, Desembargador Geraldo Apoliano, julgado em 03 de dezembro de 2009.

Não procede a irresignação dos promoventes que pretendem atrelar o montante indenizável ao patamar dos vencimentos não pagas ao servidor, posto que tais parcelas já asseguradas aos dependentes do instituidor do benefício e a intenção do ressarcimento não guarda, necessariamente, relação com os prejuízos materiais.

Por tais razões, dou provimento, em parte, à apelação da União Federal, para reduzir a indenização por danos morais ao montante de cinquenta mil reais, bem como a verba honorária para dez por cento sobre o valor da condenação e negar provimento ao recurso dos promoventes, mantendo, no mais, a sentença de procedência combatida.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 475.002-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Apelante: EDUARDO CAETANO BRANDÃO FERREIRA DA SILVA
Apelada: UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. THAÍS MALTA BULHÕES E OUTROS (APTE.)

EMENTA: CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. ESTUDANTE APROVADO EM CONCURSO. DISPENSADO/EXONERADO. AUSÊNCIA DE DIPLOMA E CERTIFICAÇÃO DO CURSO PELO MEC. CURSO DE GRADUAÇÃO DE FARMÁCIA DA UFAL APENAS AUTORIZADO SEM O RECONHECIMENTO DO MEC. CONHECIMENTO DA AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO QUANDO DA REALIZAÇÃO DO CONCURSO. POSSIBILIDADE DA UFAL TER REQUERIDO O RECONHECIMENTO EM DATA ANTERIOR. DANO MORAL EXISTENTE. AUSÊNCIA DE DANO MATERIAL.

- *Apelação interposta por EDUARDO CAETANO BRANDÃO FERREIRA DA SILVA contra sentença prolatada em sede de ação ordinária que julgou parcialmente procedente o pedido deduzido na inicial, condenando a UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS-UFAL a pagar indenização por danos morais no valor de R\$ 7.000,00, devolvendo as custas processuais antecipadas e pagar-lhe honorários advocatícios no percentual de 20% do valor da condenação.*

- *Sendo o apelante estudante da primeira turma de graduação da UFAL natural o conhecimento pelo mesmo de que o curso ainda não possuía reconhecimento pelo MEC. Observe-se que da requisição do registro pela UFAL, em novembro de 2003, até o reconhecimento do mesmo em 27.01.2005 decorreu aproximadamente 1 ano e 2 meses. Assim, ao realizar o concurso, o apelante, que estava no último ano da graduação, tinha conhecimento de que a instituição ainda não possuía o registro e que, por certo, havia alguns trâmites burocráticos a serem cumpridos, o que, invariavelmente, demandaria um certo período de tempo. Tal compreensão se dá ainda em virtude de que o autor colou grau antecipadamente em 17.03.2004 e tomou posse em 20.04.2004, ou seja, sabia o recorrente que em 30 dias era bastante difícil que a UFAL obtivesse o registro do curso, e que lhe fosse entregue o referido diploma.*

- *Como asseverou o magistrado singular: “à UFAL não seria jurídico nem justo atribuir-lhe a culpa pela exoneração do cargo, nem tampouco responsabilizá-la pelos danos materiais dela decorrentes, pois, reafirmo, era notório perante os concluintes da primeira turma do curso de farmácia que a expedição do diploma, devidamente registrado, ocorreria logicamente após a conclusão do curso, e num período diferenciado e*

mais alongado do que noutros cursos, dado o processo de reconhecimento”.

- Não há incongruência na sentença que reconhece devida a indenização por dano moral, em relação ao apelante, que exigiu atuação mais rápida e persistente da UFAL, em virtude de que esta poderia ter requerido o reconhecimento do curso antes de novembro de 2003, vez que o autor, formado a partir de 2004, somente obteve o reconhecimento do curso em janeiro de 2005, impedindo-lhe a inscrição no conselho devido e o desempenho da profissão por mais de um ano. Assim, verificado dano moral.

- Os critérios norteadores da aferição da reparação moral são basicamente a proporcionalidade e a razoabilidade da conduta e do dano dentro da realidade fática do caso concreto. Ou seja, deve-se considerar a condição econômica e social da parte autora e do réu; o grau de culpa da conduta ilícita; a concorrência de negligência/imprudência da parte autora; a capacidade das partes; o intuito de lucro da medida; a má-fé de terceiro beneficiário ou do réu; excludentes de responsabilidade subjetiva (mas que não afete a objetividade da responsabilização); a situação institucional das partes, autora e ré; as demais particularidades que envolvem cada caso concreto. Partindo destas considerações, e destacando que a parte ré não agiu de má-fé, entendo razoável o valor fixado pelo magistrado singular no quantum de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) a título de reparação moral.

- Contudo, em virtude de ter participado do concurso em época em que sabia que a universidade ainda não tinha registro pelo MEC, e conseqüentemente, não possuía diploma e inscrição no conselho, não verifico, em conformidade com o entendimento do magistrado singular, existência de dano material resultante da conduta da

***UFAL na exoneração do autor.
- 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 e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 1º de junho de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de apelação interposta por EDUARDO CAETANO BRANDÃO FERREIRA DA SILVA contra sentença prolatada em sede de ação ordinária que julgou parcialmente procedente o pedido deduzido na inicial, condenando a UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS-UFAL a pagar indenização por danos morais no valor de R\$ 7.000,00, devolvendo as custas processuais antecipadas e pagar-lhe honorários advocatícios no percentual de 20% do valor da condenação.

Nas suas razões recursais, relatou inicialmente o recorrente que concluiu o curso de graduação em Farmácia pela UFAL em 23.03.2004 e por ter sido aprovado em concurso público em Aracaju-SE, colocou grau antecipadamente em 17.03.2004. Sendo assim, foi devidamente convocado em 20.04.2004 a tomar posse, mormente em que deveria apresentar documentação no prazo de 30 dias, dentre outras, diploma ou certificado de conclusão do curso de graduação, devidamente registrado e fornecido pela instituição de ensino, reconhecida pelo MEC, bem como registro no órgão de classe específico – Conselho Federal de Farmácia. Ocorre que teve sua inscrição provisória indeferida tendo em razão da falta de registro do curso no Ministério da Educação. Assim, foi

desligado o cargo público e foi informado que somente em 14.11.2003 a UFAL realizou o pedido de inscrição do curso. Aduz que somente em 27.01.2005 é que registrou o diploma, tendo recebido em 23.05.2005. Defende: a) que houve demora no pedido de registro do curso pela UFAL ao MEC, visto que somente o requereu em novembro de 2003, quando poderia tê-lo feito a partir do segundo ano de funcionamento, consoante resolução CNE/CES 22/02; b) ligação entre a UFAL e a causa de afastamento do autor, tendo em vista que não foi requerido o registro do curso no momento oportuno; c) o MEC reconheceu o curso em 24.01.2005, ou seja, o processo durou apenas 1 ano, logo, se a Autarquia tivesse requerido antes, o curso já estaria reconhecido; d) existência de dano material, em face da perda do emprego, bem como danos emergentes e lucros cessantes. Segue argumentando neste sentido, requerendo indenização por danos materiais no valor de R\$ 613.611,03, que auferiria em sua categoria profissional, face à omissão da apelada. Afirmou a incongruência no *decisum* que deferiu danos morais e indeferiu danos materiais. Requereu majoração do valor arbitrado a título de danos morais, aduzindo que o valor deferido foi muito baixo diante do dano sofrido.

Não foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

A hipótese é de Apelação interposta por EDUARDO CAETANO BRANDÃO FERREIRA DA SILVA contra sentença prolatada em sede de ação ordinária que julgou parcialmente procedente o pedido deduzido na inicial, condenando a UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL a pagar indenização por danos morais no valor de R\$ 7.000,00, devolvendo as custas processuais antecipadas e pagar-lhe honorários advocatícios no percentual de 20% do valor da condenação.

Compulsando os autos, verifico que a sentença submetida a esta Corte por força de recurso apelatório, deve ser mantida. Ao analisar a questão posta à apreciação judicial, o douto *decisum*

recorrido decidiu a espécie dos autos, dentre outros, com os seguintes fundamentos:

É fato incontroverso nestes autos que o autor, ao ingressar na primeira turma do curso de Farmácia da Universidade Federal de Alagoas, tinha conhecimento de que o mesmo estava com o seu funcionamento meramente autorizado pelo Ministério da Educação. O reconhecimento do curso, uma vez dependente logicamente do desenvolvimento exitoso das atividades acadêmicas, somente ocorreria posteriormente pelo MEC.

O curso, em suma, estava autorizado, porém, ainda não reconhecido, sendo certo que os estudantes que ingressam em curso nestas condições assumem o risco do processo de reconhecimento. Embora tenham confiado nos propósitos e qualidade acadêmica da UFAL, na condição de precursores, tinham conhecimento de que algumas dificuldades naturais costumam exsurgir em tal processo. A propósito, a testemunha Zenaldo Porfírio da Silva, na condição de professor do curso de Farmácia desde sua criação, em 1999, e como coordenador do mesmo, assinalou que “todos os alunos de primeira turma do curso da UFAL e das turmas seguintes foram cientificados pela universidade que o curso de farmácia estava simplesmente autorizado a funcionar e que o reconhecimento do curso e dos respectivos diplomas somente ocorreria após encerrada a primeira turma”(cf. fls. 274/275).

O autor, esperançoso e entusiasmado com sua nova profissão, antes mesmo de conclusão do curso, submeteu-se a concurso público para o cargo de Assistente Farmacêutico do Município de Aracaju, tendo colado grau antecipadamente (17/03/04), de modo a poder assumir o aludido cargo. Ocorreu, porém, que tal investidura deu-se sob condição, pois ausentes o diploma registrado e a inscrição no conselho profissional.

Na realidade, analisando-se a matéria atentamente aos deveres judicantes de serenidade e razoabilidade, verifica-se que o açodamento do autor, embora natural e normal nos jovens universitários, na busca do primeiro emprego, não se contextualizou na situação legal do curso de farmácia, pois integrando a primeira turma, tinha conhecimento de que o reconhecimento ainda adviria e que demoraria algum tempo, de sorte que sua situação jurídico-aca-

dêmica era diferenciada dos demais cursos universitários já reconhecidos.

O desligamento ou exoneração do autor do cargo público referenciado, devido a não-apresentação do diploma registrado e da inscrição no conselho profissional, não pode ser atribuído exclusivamente à UFAL, mormente em razão da proximidade, ou mesmo antecedência, com que o autor disputou e foi investido no cargo (antes mesmo da conclusão coletiva do curso). O autor, assim, revelou obstinação, determinação e cultura ao participar do certame antes mesmo da conclusão do curso e obter êxito, sendo aprovado e classificado, contudo, as dificuldades burocráticas com a investidura eram previsíveis dada a recentíssima conclusão do curso e o aguardo de seu reconhecimento pelo MEC.

A UFAL não seria jurídico nem justo atribuir-lhe a culpa pela exoneração do cargo, nem tampouco responsabilizá-la pelos danos materiais dela decorrentes, pois, reafirmo, era notório perante os concluintes da primeira turma do curso de farmácia que a expedição do diploma, devidamente registrado, ocorreria logicamente após a conclusão do curso, e num período diferenciado e mais alongado do que noutros cursos, dado o processo de reconhecimento. O autor foi empossado em 20/04/2004 no cargo público, e noticia que dias depois foi exonerado pela ausência do diploma registrado e inscrição no conselho, sendo manifesto que, ainda que o curso estivesse devidamente reconhecido, tal intervalo de tempo não seria suficiente à expedição do diploma, que exige a aferição da vida acadêmica do concluinte. *In casu*, como assinalado, a expectativa natural era que demorasse mais tempo em face do reconhecimento postulado. O autor, na contramão da situação legal do curso e suas peculiaridades, entendeu que a não expedição do diploma dias após a conclusão do curso configuraria ato lesivo e danoso, o que não se apresenta evidenciado em face das razões supramencionadas.

No que tange ao dano moral, entendo que a situação assume contornos diversos, pois o autor, ao contrário dos demais concluintes, sentiu os efeitos de ingressar num curso ainda não reconhecido e, a partir daí, passou a exigir da UFAL uma atuação mais forte, até mesmo porque, como assinalou, pretendia disputar outros concursos públicos e ingressar na atividade privada. A UFAL, por sua

vez, confirmou que somente requereu o reconhecimento do curso em novembro de 2003, ou seja, cinco meses antes da conclusão do curso, quando, em sua peça constatória, transcreveu portaria ministerial de n^o 877/97, que lhe permitia fazê-lo a partir do segundo ano de funcionamento do curso, ou, nos termos da Resolução CNE 22/2002, após cumprido 50% de seu projeto curricular (cf. fl. 150).

Alega a UFAL que tais atos infralegais conferem-lhe mero poder, e não dever, pois este fora cumprido com o pedido de reconhecimento apresentado ao MEC antes da conclusão do curso, em novembro de 2003.

É cediço em direito administrativo que, em se tratando de atividade administrativa, o poder conjuga-se ao dever, de modo que a UFAL, ciente de que o processo de reconhecimento demora alguns meses, poderia tê-lo feito antecipadamente, a partir do segundo ano de funcionamento do curso ou quando cumprido 50% do projeto curricular, providência esta que, caso adotada, não teria retardado a expedição do diploma registrado. Assim, entendo que, em face de tais previsões infralegais o pedido de reconhecimento, somente feito em novembro de 2003, foi o responsável maior pelo atraso na expedição do diploma, e gerou consequências para o autor, pois tendo o mesmo manifestado interesse concreto no exercício da profissão, haja vista a prestação de concurso ainda quando acadêmico, a expedição do diploma, somente em janeiro de 2005, como consequência do reconhecimento do curso, imprimiu-lhe uma espera angustiada, sofrida, desassossegadora e intranquilizadora, que se me mostra suficientemente apta a lesionar suas emoções e sentimentos, cabendo a devida reparação estatal.

Configurado o dano moral, é importante frisar-se que sua reparação não objetiva acréscimos patrimoniais, mas sim propiciar ao autor a minoração do sofrimento experimentado, pelo que reputo justa e suficiente a importância de R\$ 7.000,00 (sete mil reais).

De fato, verifica-se que, sendo o apelante estudante da primeira turma de graduação da UFAL, natural o conhecimento pelo mesmo de que o curso ainda não possuía reconhecimento pelo MEC. Observe-se que da requisição do registro pela UFAL, em novembro de 2003, até o reconhecimento do mesmo em 27.01.2005

decorreu aproximadamente 1 ano e 2 meses. Assim, ao realizar o concurso, o apelante, que estava no último ano da graduação, tinha conhecimento de que a instituição ainda não possuía o registro e que, por certo, havia alguns trâmites burocráticos a serem cumpridos, o que, invariavelmente, demandaria um certo período de tempo. Tal compreensão se dá ainda em virtude de que o autor colou grau antecipadamente em 17.03.2004 e tomou posse em 20.04.2004, ou seja, sabia o recorrente que em 30 dias era bastante difícil que a UFAL obtivesse o registro do curso, e que lhe fosse entregue o referido diploma.

Por sua vez, a Portaria 877/97 e a Resolução do CNE 22/2002 possibilitam o requerimento a partir do cumprimento de 50% do projeto curricular, contudo, o teor das mesmas não induzem a uma obrigação, senão a uma faculdade da Universidade em solicitar o requerimento com brevidade.

Não há incongruência na sentença que reconhece devida a indenização por dano moral, em relação ao apelante, que exigiu atuação mais rápida e persistente da UFAL, em virtude de que esta poderia ter requerido o reconhecimento do curso antes de novembro de 2003, vez que o autor, formado a partir de 2004, somente obteve o reconhecimento do curso em janeiro de 2005, impedindo-lhe a inscrição no conselho devido e o desempenho da profissão por mais de um ano. Assim, verificado dano moral.

Os critérios norteadores da aferição da reparação moral são basicamente a proporcionalidade e a razoabilidade da conduta e do dano dentro da realidade fática do caso concreto. Ou seja, deve-se considerar a condição econômica e social da parte autora e do réu; o grau de culpa da conduta ilícita; a concorrência de negligência/imprudência da parte autora; a capacidade das partes; o intuito de lucro da medida; a má-fé de terceiro beneficiário ou do réu; excludentes de responsabilidade subjetiva (mas que não afete a objetividade da responsabilização); a situação institucional das partes, autora e ré; as demais particularidades que envolvem cada caso concreto. Partindo destas considerações, e destacando que a parte ré não agiu de má-fé, entendo razoável o valor fixado pelo magistrado singular no *quantum* de **R\$ 7.000,00 (sete mil reais)** a título de reparação moral.

Contudo, em virtude de ter participado do concurso em época em que sabia que a Universidade ainda não tinha registro pelo MEC, e conseqüentemente, não possuía diploma e inscrição no conselho, não verifico, em conformidade com o entendimento do magistrado singular, existência de dano material resultante da conduta da UFAL na exoneração do autor.

Diante do exposto, nego provimento à apelação e mantenho a sentença em todos os seus termos.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 486.146-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelados: PERFIL MODAS LTDA. E OUTRO
Advs./Procs.: DRS. LAERT NASCIMENTO ARAÚJO (APTE.) E SANDRO MEZZARANO FONSECA E OUTRO (APDOS.)

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. NUMERÁRIO TRANSFERIDO DE CONTA CORRENTE PARA INTEGRALIZAR MONTANTE DE PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. ALEGAÇÃO DE DESVIO. INOCORRÊNCIA. DANO MATERIAL. INEXISTÊNCIA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. VALOR DA INDENIZAÇÃO.

- Não há de se falar em extravio de numerário bancário, quando, das provas colacionadas aos autos, verifica-se que o valor transferido da conta corrente de uma das autoras passou a figurar, na mesma data da operação, no extrato do Certificado do Plano de Previdência Privado da segunda autora.

- Tem valor probante o documento eletrônico enviado pelo Consultor Comercial da Caixa Se-

guros, através do sítio <http://caixaserguros>, onde se verifica o extrato demonstrativo de todas as contribuições efetuadas, no período questionado, documento esse, inclusive, que foi utilizado por uma das autoras, quando requereu, junto à ré, a unificação dos títulos (Certificados de Previdência Privada) e valores ali existentes.

- Em razão da modalidade do Fundo de Previdência Privada a que aderiu a autora (CAIXA FIC Previdência Multi RV 30), verifica-se que parte dos valores por ela depositados a este título era direcionada à aplicações financeiras, ficando sujeita, portanto, às variações do Mercado de Capitais.

- É de ser afastada, igualmente, qualquer ilação de que a autora, titular do Certificado de Previdência Privada, sendo pessoa que se dedica à atividade empresarial, afeita, portanto, aos negócios, tivesse desconhecimento das peculiaridades do referido título de investimento, sobretudo porque é de levar-se em consideração a correspondência por ela enviada ao gerente de sua agência bancária, através da qual notícia que houvera solicitado a transferência da previdência variável para a de renda fixa.

- Em decorrência das características do Fundo de Previdência Privada escolhido, a ré/apelante não pode ser responsabilizada pelo alegado prejuízo material suportado pela autora/apelada.

- É de ser mantida, contudo, a condenação no pagamento de indenização por danos morais, uma vez que a ré, na condição de prestadora de um serviço ao consumidor, a teor do que dispõe o art. 3º, § 2º, c/c o art. 6º, III, ambos do CDC, sem qualquer razão plausível, deixou de fornecer, de forma eficiente e eficaz, as informações solicitadas pela autora/apelada, concernentes ao paradeiro dos valores por ela questionados, fazendo-se necessário que recorresse ao Judiciário

***para reivindicar o que entendia ser de direito.
- Em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e nos termos dos precedentes deste Tribunal, é de ser reduzido valor da indenização por danos morais para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).
- Apelação parcialmente provida.***

ACÓRDÃO

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

Recife, 18 de maio de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Cuida-se de apelação interposta pela Caixa Econômica Federal contra sentença que, julgando procedente ação de indenização por danos morais e materiais proposta por PERFIL MODAS LTDA. e MARIA OLIVEIRA, condenou a apelante a ressarcir as autoras em R\$ 54.000,00 (cinquenta e quatro mil reais), a título de danos materiais, bem como fixou a indenização por danos morais em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) (fls. 73/81)

Irresignada, alega a recorrente, em preliminar, a nulidade da sentença, em razão da omissão do julgado quanto a primeira autora (PERFIL MODAS LTDA.); da inobservância do princípio da ampla defesa e da impossibilidade do ônus da prova.

Quanto ao mérito, aduz que não deu causa ao prejuízo suportado pelas apeladas, uma vez que foi a segunda recorrida quem escolheu a modalidade do Plano de Previdência Privada oferecido pela Caixa Vida e Previdência, em que 30% (trinta por cento) da

aplicação feita estava sujeita às variações do mercado de capitais. Assim, o desaparecimento da importância de R\$ 54.000,00, que foi transferida da conta corrente da primeira apelada como aporte ao Plano de Previdência Privada da segunda recorrida, decorreu da brusca e profunda queda das aplicações, no início do semestre de 2008. Pugna, por fim, pela improcedência do pleito, uma vez que as provas documentais existentes nos autos são suficientes para demonstrar o que por ela é alegado (fls. 92/113).

Contrarrazões, às fls. 122/132.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Passo, inicialmente, ao exame das preliminares suscitadas pela recorrente.

Sobre a preliminar de nulidade da sentença, por ter sido omissa, em sua parte dispositiva, em relação à primeira autora, entendendo que não merecem prosperar as alegações da recorrente.

É que, conquanto se verifique, na parte dispositiva do *decisum*, ausência de referência à primeira autora, PERFIL MODAS LTDA, tal omissão não se torna óbice à conclusão de que o comando sentencial também lhe foi favorável, na medida que o pedido formulado na inicial, por ambas as autoras, foi julgado procedente em sua totalidade, condenando a ré, ora apelante, no pagamento de indenização por danos materiais e morais, por alegado erro em transação bancária.

Quanto ao alegado cerceamento de defesa, verifico que também não assiste razão à CEF, uma vez que lhe foi oportunizado o contraditório, nos termos das normas processuais. (fls. 39/69)

No tocante à irresignação da apelante sobre o cabimento da inversão do ônus da prova, as suas razões recursais não merecem acolhimento, uma vez que a matéria discutida nestes autos envolve relação de consumo, sendo, portanto, aplicáveis ao caso as normas do Código de Defesa do Consumidor.

Rejeito, portanto, as preliminares suscitadas pela apelante.

Passo ao exame do mérito.

A presente ação de indenização por danos morais e materiais se embasa em fato, segundo o qual houve o extravio da importância de R\$ 54.000,00 (cinquenta e quatro mil reais) da conta bancária da primeira autora, PERFIL MODAS LTDA., cuja transferência havia sido autorizada pelo seu representante legal para integralizar o Fundo de Previdência Privada de titularidade da segunda autora, Sra. MARIA OLIVEIRA.

Entendeu o MM. Juiz *a quo* que, em face do que preconiza o CDC, aplicável à hipótese dos autos, a CEF, ora apelante, não se desincumbiu do ônus da prova e, por conseguinte, deve responder pelos prejuízos de ordem material e moral suportados pelas autoras/apeladas, devendo-lhes ressarcir a importância questionada, bem como lhes pagar o valor de R\$ 10.000,00, a título de danos morais.

Em que pesem os judiciosos fundamentos do *decisum* sob exame, de fls. 73/81, verifico, todavia, que merece acolhida as razões recursais da apelante.

É que, examinando os documentos que instruem a presente ação, constato que a Caixa Econômica Federal, ao apresentar a sua contestação, trouxe à colação documento eletrônico enviado pelo Consultor Comercial da Caixa Seguros, (fl. 56), onde se verifica o extrato demonstrativo de todas as contribuições efetuadas, no período compreendido entre 14/9/2007 e 20/08/2008, referentes ao Certificado de Previdência Privada de titularidade da segunda autora/apelada, de nº 9477900, onde se constata que, no dia 21/8/2008, o valor da última contribuição paga corresponde à quantia de R\$ 54.000, 00 (cinquenta e quatro mil reais) que, conforme se depreende dos documentos que foram anexados aos autos pelas próprias autoras, de fls. 13 e 15/16, houvera sido transferida da conta bancária da primeira autora, no dia anterior, ou seja, em 20.8.2008.

Vale ressaltar que, diferentemente do que entendeu o MM. Juiz *a quo*, o documento acima referido, de fl. 56, tem valor probante a contestar o alegado pelas autoras/apeladas, haja vista que se tra-

ta de documento eletrônico, fornecido através do sítio <http://caixa-seguros>, o qual, inclusive, foi utilizado pela segunda autora, Sra. Maria Oliveira, quando requereu, junto à ré, a unificação dos títulos e valores existentes, a partir de 27/9/2007, em seu Certificado de Previdência Privada de nº 009477900.

Assim ocorrendo, é forçoso reconhecer que não houve o alegado extravio da importância de R\$ 54.000,00 (cinquenta e quatro mil reais), que foi transferida da conta bancária da primeira autora com a finalidade de servir de aporte financeiro ao Certificado de Previdência Privada de nº 009477900, de titularidade da segunda autora, administrado pela seguradora CAIXA - VIDA E PREVIDÊNCIA.

Quanto à questionada rentabilidade dos valores depositados no referido Certificado de Previdência Privada, observa-se, a partir do exame do documento de fl. 17, que, em razão da modalidade de aplicação a que aderiu a sua titular, a segunda autora (CAIXA FIC Previdência Multi RV 30)¹, não se trata de um simples plano de previdência, mas de um plano misto, no qual, parte dos valores depositados é direcionada a aplicações financeiras, ficando sujeita às variações do Mercado de Capitais.

Desta forma, merece guarida a irrisignação da apelante, quando alega que o percentual de 30% em renda variável do referido certificado, em decorrência da crise financeira que afligiu o Mercado de Capitais no segundo semestre do ano de 2008, sofreu brusca e profunda queda no mercado financeiro, causando, por conseguinte, prejuízo à autora/apelada.

Por oportuno, é de salientar-se, que a espécie de fundo de aplicação variável adotado no referido Certificado de Previdência Privada, de nº 9477900, era do conhecimento de sua titular, Sra. Maria Oliveira, consoante se depreende da correspondência por ela enviada ao gerente de sua agência bancária, (Ag. 1733), atra-

¹ Fundos com até 30%, em renda variável, destinados a clientes com perfil arrojado. Carteira composta por até 30% dos recursos aplicados em renda variável (ações), e o restante em títulos de renda fixa: Caixa FIC Previdência Multi RV30 e Caixa FIC Previdência Personal Multi RV30. *In*, <http://www.caixavidaprevidencia.com.br/>

vés da qual noticia que houvera solicitado “a transferência da previdência variável para a renda fixa” (fls. 29).

Para corroborar tal afirmação, é digno de registro o fato de que os valores correspondentes ao Certificado nº 9477900 foram transferidos para o Certificado de nº 009603998, vigente a partir de 29/10/2008, em que se verifica que o tipo de aplicação escolhido corresponde a 100% em renda fixa (CAIXA FIC Previdência RF1), consoante se depreende dos documentos acostados, às fls. 21 e 47 destes autos.

Por derradeiro, verifico que a segunda autora, Sra. Maria Oliveira, é pessoa que se dedica à atividade empresarial, afeita, portanto, aos negócios, de modo que é de ser afastada qualquer ilação de que ela tivesse desconhecimento das peculiaridades do seu Certificado de Previdência Privada.

Destarte, não vejo como possa a ré/apelante ser responsabilizada pelo alegado prejuízo material suportado pela segunda autora/apelada.

Quanto à condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais, todavia, tenho que não merece reforma o *decisum* sob exame.

É que, sem qualquer razão plausível, deixou a ré, na qualidade de prestadora de um serviço ao consumidor, a teor do que dispõe o art. 3º, § 2º, c/c art. 6º, III, ambos do CDC, fornecer, de forma eficiente e eficaz, as informações solicitadas pela segunda autora/apelada, concernentes ao paradeiro dos questionados R\$ 54.000,00 (cinquenta e quatro mil reais), sendo preciso recorrer ao Judiciário para reivindicar o que entendia ser de direito.

Ademais, como bem observou o MM. Juiz *a quo*, a ré/apelante, em resposta à solicitação de esclarecimentos formulada pela segunda autora, procurou, despropositadamente, intimidar a requerente, noticiando sobre a possibilidade de encaminhamento de cópia do dossiê à Receita Federal. (doc. fl./28)

Configurado, assim, o dano moral provocado pela conduta desidiosa da ré/apelante, é devida a sua reparação perante a ofendida, através do pagamento de uma indenização pecuniária adequada, cujo valor fixado pelo julgador monocrático, em R\$ 10.000,00

(dez mil reais), deve ser reduzido para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, nos termos dos precedentes deste Tribunal.

Com estas considerações, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação da CEF, para, reformando a sentença, condená-la, apenas, ao pagamento de indenização por danos morais em favor da autora Sra. Maria Oliveira, sendo fixado a este título o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Sem condenação em honorários advocatícios, em face da sucumbência recíproca.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 496.455-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelado: VICENTE ALBERTO SOARES FILGUEIRAS SOTTO-MAYOR
Adv./Proc.: DR. VICENTE ALBERTO SOARES FILGUEIRAS SOTTO-MAYOR (APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. ENFITEUSE DE IMÓVEL PERTENCENTE A UNIÃO. TERRENO DE MARINHA. FORO, TAXA DE OCUPAÇÃO E LAU-DÊMIO. AUMENTO COM BASE NO VALOR DE MERCADO DO IMÓVEL. LEI Nº 9.636/98. ALTERAÇÃO NO MODO DE AFERIÇÃO DO VALOR DEVIDO EM RAZÃO DA ENFITEUSE SOBRE OS TERRENOS DE MARINHA. APLICAÇÃO APENAS ÀS ENFITEUSES CONSTITUÍDAS APÓS A SUA VIGÊNCIA.

- O Decreto-Lei de nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, dispõe sobre os bens imóveis da União. Dentre os bens descritos, encontram-se os terrenos de marinha e seus acrescidos.

- O art. 20, VII, da Constituição prevê que os terrenos de marinha e seus acrescidos, dentre outros, são bens da União.

- Embora tenha o Código Civil em vigor, em seu art. 2.038, vedado a constituição de enfiteuses e subenfiteuses e subordinando as existentes, até a sua extinção, às disposições do CC anterior, de 1916 e leis posteriores, o fez em relação ao contrato de enfiteuse entre particulares. Contudo, a enfiteuse administrativa (utilização de terras públicas regida pelo Decreto-Lei 9.760/46 e leis modificadoras), permanece em vigor por força do art. 49, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que estatui o seguinte: “a enfiteuse continuará sendo aplicada aos terrenos de marinha e seus acrescidos, situados na faixa de segurança, a partir da orla marítima”.

- Em relação ao valor do foro, cobrado em razão da enfiteuse, o art. 101 do Decreto-Lei 9.760/46, assim estabelece: “Art. 101 - Os terrenos aforados pela União ficam sujeitos ao foro de 0,6% (seis décimos por cento) do valor do respectivo domínio pleno, que será anualmente atualizado”.
(destacado)

- A taxa de ocupação na forma disciplinada pelo Decreto-Lei nº 2.398, de 1987, dispõe, no seu art. 1º: “Art. 1º A taxa de ocupação de terrenos da União (será) calculada sobre o valor do domínio pleno do terreno, anualmente atualizado pela Secretaria do Patrimônio da União ...” (destacado)

- Tanto na enfiteuse quanto na ocupação, a legislação restringe o reajuste anual do valor apenas à atualização monetária. Não se pode falar em reavaliação do imóvel, ou ainda em valor de mercado, o que acarretaria a alteração do valor do imóvel não autorizado por lei. (Precedentes do STF, STJ e TRF 5ª Região).

- A Lei nº 9.636 de 15 de maio de 1998 e suas alterações posteriores (Leis nºs 9.821/99; 10.852/2004; 11.481/2007, dentre outras), que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, altera dispositivos dos Decretos-Leis nºs 9.760/46, e do Decreto/Lei nº 2.398/87, além de regulamentar o § 2º do art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

- Estabelece o art. 12 da Lei nº 9.636/98: “Art. 12. Observadas as condições previstas no § 1º do art. 23 e resguardadas as situações previstas no inciso I do art. 5º do Decreto-Lei nº 2.398, de 1987, os imóveis dominiais da União, situados em zonas sujeitas ao regime enfiteútico, poderão ser aforados, mediante leilão ou concorrência pública, respeitado, como preço mínimo, o valor de mercado do respectivo domínio útil, estabelecido em avaliação de precisão, realizada, especificamente para esse fim, pela SPU ou, sempre que necessário, pela Caixa Econômica Federal, com validade de seis meses a contar da data de sua publicação”. (Destacado)

- Inquestionavelmente a referida lei acarretou alteração no modo de aferição do valor devido em razão da enfiteuse sobre os terrenos de marinha. Contudo, não se pode desconsiderar que as alterações procedidas não podem retroagir às situações anteriormente constituídas. Vale dizer, as enfiteuses procedidas anteriormente à vigência da Lei 9.636, de 15 de maio de 1998 devem continuar regidas pela legislação vigente à época de sua constituição, considerando que a lei nova produz efeito imediato e geral, mas deve respeitar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, nos exatos termos em que estabelece a LICC.

- O próprio artigo 12 da Lei nº 9.636/98 é enfático ao determinar sejam resguardadas situações pre-

téritas, no caso, as situações previstas no inciso I do art. 5º do decreto-Lei nº 2.398, de 1987.

- O texto da lei refere-se a futuros regimes enfiteuticos, quanto expressamente afirma que “os imóveis dominiais da União, situados em zonas sujeitas ao regime enfiteutico, poderão ser aforados...”. Por fim, a referida Lei nº 9.636/98, em seu art. 53, não revogou o art. 101 do Decreto-Lei 9.760/46, nem tampouco o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.398, de 1987 que regulamentavam o valor do foro e da taxa de ocupação cobrados em razão da enfiteuse.

- O valor cobrado a título de laudêmio, conforme textualmente previsto no § 1º do art. 102 do DL 9.760/46 a sua incidência se dará sobre “o domínio pleno do terreno e benfeitorias”. (Destacado)

- Conclui-se, portanto que a cobrança do Foro, da Taxa de ocupação e do laudêmio deverá ser procedida nos termos da legislação de regência, nos seguintes termos: a) será calculada sobre o valor do domínio pleno do terreno, anualmente atualizado pela Secretaria do Patrimônio da União, em relação às enfiteuses anteriores a vigência da Lei nº 9.636 de 15 de maio de 1998; b) em relação ao valor cobrado a título de laudêmio, a sua incidência se dará sobre “o domínio pleno do terreno e benfeitorias”.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 10 de junho de 2010 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

A Fazenda Nacional apela da sentença que julgou procedente em parte o pedido deduzido na inicial apenas para declarar a nulidade da majoração dos foros e das taxas de ocupação dos terrenos da União, em favor do autor, em relação aos exercícios de 2005 a 2009, autorizando apenas a correção monetária dos valores com base no exercício de 2004, até que a reavaliação dos terrenos atenda ao devido processo legal.

A Fazenda Nacional, em suas razões de recurso (fls. 83/94), defende em síntese:

a) a legalidade da atualização da taxa de ocupação dos terrenos de marinha, nos moldes prescritos na Lei 9.636/1998;

b) a majoração do foro anual foi realizada com base na atualização do valor do terreno de marinha situado no bairro de casa forte, que, como é sabido, é um dos bairros mais valorizados de Recife. A correção dos valores visou, tão-somente, assegurar a invariabilidade do valor para o poder público, que não pode receber quantia meramente simbólica pela utilização de bens públicos;

c) a atuação da Gerência Regional do Patrimônio da União - GRPU, na atualização de valor se deu em conformidade com as exigências dos Órgãos de Controle Interno e Externo da União, através de avaliação técnica realizada por empresa especializada, contratada pela Secretaria do Patrimônio da União;

d) inexistência de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos na Lei 9.784/1999, que disciplina o processo administrativo no âmbito federal. Imaginar que a administração tivesse que notificar pessoalmente todos os possuidores de terreno de marinha quando fosse atualizar o valor anualmente cobrado em razão da enfiteuse, acarretaria ofensa direta ao princípio da eficiência. Ademais houve ampla divulgação do ato administrativo, em jornal de grande circulação na região metropolitana do Recife.

Ao final, requer o provimento de seu apelo, de modo a reformar a sentença julgando-se totalmente improcedente a pretensão

do apelado.

Contrarrazões oferecidas às fls. 98/120.

É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

O Decreto-Lei de nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, dispõe sobre os bens imóveis da União. Dentre os bens descritos, encontram-se os terrenos de marinha e seus acrescidos.

Destaque-se que o referido Decreto-Lei foi recepcionado pela nova ordem Constitucional estabelecida pela Constituição Federal de 1988, no quanto o art. 20, VII, da Constituição prevê que os terrenos de marinha e seus acrescidos, dentre outros, são bens da União.

O mesmo Decreto-Lei nº 9.760/46, em seu art. 2º, conceitua terrenos de marinha, nos seguintes termos:

São terrenos de marinha, em uma profundidade de 33 (trinta e três) metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar-médio de 1831.

Assim, por terrenos de marinha pode-se entender as áreas banhadas pelas águas do mar ou dos rios navegáveis que, em sua foz, se estendem à distância de 33 metros para a área terrestre, contados da linha do preamar-médio de 1831, nos termos do Decreto-Lei referido, esclarecendo-se, que o “preamar-médio” referido no Decreto-Lei nº 9.760/1946 corresponde à localização física, no solo, da marcação média atingida pelas água por ocasião da maré-cheia.

Importa registrar, conforme afirma José dos Santos Carvalho Filho¹ que “algumas áreas dos terrenos de marinha se tornam urbanas ou urbanizáveis por aquiescência do Governo Federal, passando a ser permitido o uso privado”.

¹ *In Manual de Direito Administrativo*, 19ª Edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro 2008, p. 1054.

Frise-se assim que, muito embora os terrenos de marinha sejam de propriedade exclusiva da União, conforme previsão Constitucional, pode esta, a seu exclusivo alvedrio, permitir a utilização, por terceiro, do domínio útil do bem, vale dizer, do direito de posse, uso e gozo do imóvel, o que se chama de enfiteuse ou aforamento ou, até mesmo a transferência para terceiros desse “domínio útil”, mediante alienação ou transmissão por sucessão dos terrenos de marinha, mantendo-se, entretanto, em favor da União, o domínio direto.

Cumpra ainda esclarecer, quanto a enfiteuse, que muito embora tenha o Código Civil em vigor, em seu art. 2.038, vedado a constituição de enfiteuses e subenfiteuses e subordinando as existentes, até a sua extinção, às disposições do CC anterior, de 1916 e leis posteriores, o fez em relação ao contrato de enfiteuse entre particulares, contudo, a enfiteuse administrativa (utilização de terras públicas regida pelo Decreto-Lei 9.760/46 e leis modificadoras), permanece em vigor por força do art. 49, § 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que estatui o seguinte: “a enfiteuse continuará sendo aplicada aos terrenos de marinha e seus acrescidos, situados na faixa de segurança, a partir da orla marítima”.

Atente-se que para remunerar a utilização da enfiteuse sobre os terrenos de marinha, a Secretaria do Patrimônio da União (SPU), realiza anualmente a cobrança do chamado “foro”, ao passo que havendo a alienação do terreno de marinha, necessário se impõe o pagamento de determinada quantia denominada de “laudêmio”.

A cobrança do foro, nos termos da redação originária do art. 101 do Decreto-Lei 9.760/46 equivalia a 0,6% do valor do respectivo domínio pleno. Tal redação restou alterada pela Lei nº 7.450/85, que passou a estabelecer a sua cobrança no mesmo percentual de 0,6% do valor do respectivo domínio pleno, inovando, contudo quando acrescentou que esse valor “será anualmente atualizado”.

A do laudêmio encontrava-se disciplinada no § 1º do art. 102 do DL 9.760/46, correspondente ao valor de 5% incidente sobre o valor do domínio pleno do terreno e benfeitorias. Contudo, referido dispositivo legal, restou expressamente revogado por força do Decreto-Lei 2.398/1987 (art. 9º), que dispõe sobre foros, laudê-

mios e taxas de ocupação relativas a imóveis de propriedade da União.

Por outro lado, em havendo simples direito precário do possuidor sobre o imóvel, mediante ocupação, exige-se do ocupante, o pagamento anual do que se denomina “taxa de ocupação”.

A cobrança da taxa de ocupação, por sua vez, rege-se pelo disposto no art. 127 do DL nº 9.760/1946. Contudo, cumpre ressaltar que o DL nº 2.398/1987, em seu art. 9º, expressamente revogou os §§ 1º e 2º, do art. 127 do DL nº 9.760/46, passando a regular tal cobrança o seu art. 1º, (posteriormente também revogado e disciplinado pelo DL de nº 2.422/88, em seu art. 1º).

Assim, na vigência do disposto no DL 9.760/46 o valor da taxa de ocupação correspondia a 1% sobre o valor do domínio pleno do terreno; na vigência do DL 2.398/87, igualmente calculada sobre o valor do domínio pleno do terreno, anualmente atualizado pelo SPU, com o percentual, a partir do exercício de 1988 de: 2% para as ocupações já inscritas e para aquelas cuja inscrição seja requerida, ao SPU, até 31.03.1988 e 5% para as ocupações cuja inscrição seja requerida ou promovida *ex officio*, a partir de 1º de abril de 1988 e, finalmente, na vigência do DL 2.422/88, a taxa de ocupação passou a ser cobrada, igualmente sobre o valor do domínio pleno do terreno, no percentual de 2% para as ocupações já inscritas e para aquelas cuja inscrição seja requerida, ao SPU, até 30 de setembro de 1988.

Os valores cobrados aos titulares de domínio útil em terrenos de marinha, seja a título de foro, taxa de ocupação ou laudêmio, equivalem a receitas patrimoniais em benefício da União, de que cuida a Secretaria de Patrimônio da União Federal (SPU), ressaltando que tais cobranças não se confundem com tributos, sendo, consideradas preço público, por corresponderem à chamada “receita própria” do Estado.

Após as considerações acima, cumpre de ora perquirir acerca da legalidade de majoração dos valores, nos moldes em que vem sendo cobrados pela União, a título de foro ou taxa de ocupação e laudêmio.

A legislação de regência ao se referir à incidência dos percen-

tuais apontados a título de pagamento do preço público cobrado aos titulares de domínio útil em terrenos de marinha, a ensejar o pagamento de foro ou taxa de ocupação, foram expressos ao afirmar sua incidência “sobre o domínio pleno”, conforme acima destacado. De outro modo, quanto ao valor cobrado a título de laudêmio, a legislação referida, textualmente previu sua incidência sobre “o domínio pleno do terreno e benfeitorias”, conforme igualmente acima destacado.

O domínio pleno pertence ao proprietário do bem imóvel e, nos moldes trazidos pelo Direito Civil, compreende o domínio direto e útil, nos seguintes termos: o Domínio direto diz respeito ao direito de dispor do imóvel, enquanto que o Domínio útil, ao direito de utilizar ou usufruir do imóvel.

Em relação ao valor do foro, cobrado em razão da enfiteuse, o art. 101 do Decreto-Lei 9.760/46, assim estabelece:

Art. 101 - Os terrenos aforados pela União ficam sujeitos ao foro de 0,6% (seis décimos por cento) do valor do respectivo domínio pleno, que será anualmente atualizado. (destaquei)

A taxa de ocupação na forma disciplinada pelo Decreto-Lei nº 2.398, de 1987, dispõe, no seu art. 1º:

Art. 1º A taxa de ocupação de terrenos da União (será calculada sobre o valor do domínio pleno do terreno, anualmente atualizado pela Secretaria do Patrimônio da União ... (destaquei)

Importa registrar as lições do Professor Caio Mário da Silva Pereira² que – muito embora se refira à enfiteuse na forma disciplinada pelo Código de Civil de 1916 –, em relação aos Direitos e deveres do senhorio direto, doutrina:

Tem o senhorio direito às pensões anuais estipuladas no ato constitutivo; e invariáveis, não obstante a valorização futura da coisa ou o aumento da rentabilidade decorrentes de sua exploração. São duas ordens de direitos totalmente

² Pereira, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro, Forense. 1997. pp. 175/176.

distintas – a percepção do foro e a exploração do imóvel. Pela mesma razão, não se pode aliviar o enfiteuta do pagamento do foro, ou postular a redução dos frutos, ou qualquer outra causa determinante da diminuição dos benefícios auferidos do domínio útil (Clóvis Beviláqua). Se ele baixar ao ponto de não convir o aforamento, o enfiteuta poderá abdicar do seu direito, conforme visto em o parágrafo anterior.

Muito embora se esteja cuidando de enfiteuse de terras públicas, penso ser coerente adotar como parâmetro o mesmo tratamento dado à enfiteuse entre particulares, no sentido de reconhecer o direito da União, na qualidade de detentora do domínio direto ou propriedade do bem imóvel, às pensões ânuas estipuladas no ato constitutivo e, invariáveis, não obstante a valorização futura da coisa ou o aumento da rentabilidade, decorrentes de sua exploração e, independentemente da realidade do mercado, posicionamento este que se coaduna com a legislação pertinente à matéria.

Registre-se que os argumentos expostos, refutam a tese que defende a possibilidade de reavaliação dos imóveis da União em consonância com os valores de mercado, desde que tal procedimento seja precedido de oportunidade de defesa a cada interessado.

Assim, verifica-se que tanto na enfiteuse quanto na ocupação, a legislação restringe a atualização anual do valor apenas à atualização monetária. Desta feita, não se pode falar em reavaliação do imóvel, ou ainda em valor de mercado, o que acarretaria a alteração do valor do imóvel não autorizado por lei.

O STF assim já decidiu, conforme se lê do precedente abaixo colacionado:

EMENTA: - Aforamento de imóvel da União. Atualização prevista pela Lei nº 7.450-85, superveniente à constituição do aforamento, ao dar nova redação ao art. 101 do Decreto-lei nº 9.760-46. Providência legítima, na medida em que se ativer aos índices da correção monetária, mas inconciliável com a garantia do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da Carta de 1988 e art. 153, § 3º, da pretérita), quando venha a refletir a valorização do domínio pleno, resultante de fatores outros que não a simples desvalorização da

moeda. Recurso extraordinário parcialmente provido, a fim de ser julgada, em parte, procedente a ação, para excluir, das importâncias exigidas ao enfiteuta, a parcela porventura excedente do foro inicial, monetariamente corrigido, conforme se vier a apurar, em liquidação.

(RE 143856 / PE - Pernambuco, Recurso Extraordinário, Relator(a): Min. Octavio Gallotti, Julgamento: 29/10/1996 Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: DJ 02-05-1997 PP-16566, Ement Vol-01867-01 PP-00111)

Neste mesmo sentido é a orientação do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do Acórdão adotado no julgamento do Recurso Especial nº 642.604-RJ, Relator o Ministro César Asfor Rocha, onde se lê na ementa:

ENFITEUSE. FORO. BASE DE CÁLCULO. VALOR DO DOMÍNIO PLENO. REAJUSTAMENTO ANUAL. ART. 101 DO DECRETO-LEI 9.760/1946, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 7.450/1985. IMPOSSIBILIDADE.

- A norma legal que permite a atualização anual do foro aplica-se a todos os contratos de aforamento, inclusive aqueles firmados anteriormente à vigência da Lei nº 7450/85. Precedentes.

- Afigura-se descabida, todavia, a modificação anual do valor do domínio pleno de imóvel aforado a particular pela União, sobre o qual é calculado o valor do foro, posto que este último é invariável.

- Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 642604/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 03/08/2006, DJ04/09/2006, p. 274)

Esta egrégia Corte igualmente vem se posicionando em relação a matéria, confira-se:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TAXA DE OCUPAÇÃO. IMÓVEL DA UNIÃO. TERRENO DE MARINHA. FORO. ATUALIZAÇÃO. MODIFICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. VALOR DE MERCADO DO IMÓVEL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Considerando que o *writ* não tem por fundamento irregularidade cometida na aplicação do critério de reajuste valor de mercado do imóvel, o que demandaria dilação probató-

ria, mas a ilegalidade em si da utilização desse critério, evidencia-se a adequação da via eleita. Preliminar rejeitada.

2. Cinge-se a questão em verificar a possibilidade de reavaliação do imóvel e majoração do foro anual em valor superior à atualização monetária.

3. Consoante já decidiu o STF, a atualização prevista pela Lei nº 7.450-85, superveniente à constituição do aforamento, ao dar nova redação ao art. 101 do Decreto-lei nº 9.760-46, é providência legítima, na medida em que se ativer aos índices da correção monetária, mas inconciliável com a garantia do ato jurídico perfeito, quando venha a refletir a valorização do domínio pleno, resultante de fatores outros que não a simples desvalorização da moeda (Primeira Turma, RE nº 143.856/PE, Min. Octávio Gallotti, j. 29 out. 1996, *DJ*02/05/97, p. 16.566).

4. Precedentes: STJ, REsp 642.604/RJ, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 03/08/2006, *DJ* 04/09/2006, p. 274; TRF 5ª Região, Primeira Turma, AC nº 429342/PE, Des. Federal Frederico Azevedo, j. 29 maio 2008, unânime, *DJ* 14 jul. 2008, p. 133.

5. Agravo retido, apelação e remessa oficial improvidos. (TRF 5ª Região, APELREEX 2492-PE, Relator: Desembargador Francisco Cavalcanti, data do julgamento: 29.01.2009)

Ementa: TAXA DE OCUPAÇÃO PELO USO DE BEM IMÓVEL DA UNIÃO. TERRENO DE MARINHA. FORO. ATUALIZAÇÃO. MODIFICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. VALOR DE MERCADO DO IMÓVEL. EFETIVAÇÃO DO DEPÓSITO INTEGRAL DO VALOR COBRADO. ARTIGO 151, II, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

I. A atualização dos valores do foro/taxa de ocupação deve corresponder à compensação correlativa à desvalorização da moeda, sendo vedado que venha a refletir a valorização do domínio pleno. Precedentes: TRF 5ª Região, AMS nº 753/PE, desta Relatoria, Pleno, unânime, julg. 12.09.2001; TRF 5ª Região, AMS nº 98.600/PE, Des. Federal Élio Siqueira, *DJ*01/04/08, p. 378; Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 212.060/RJ, Rel. Min. César Asfor Rocha, julg. 27.11.2001; e Supremo Tribunal Federal, RE nº 143.856/PE, Rel. Min. Octávio Gallotti, julg. 29.10.96.

II. A efetivação de depósito judicial do valor integral cobra-

do possibilita a suspensão de qualquer cobrança por parte da ré e de qualquer medida como a de inscrição do nome do demandante no cadastro de proteção ao crédito.

III. Apelação parcialmente provida, para que o reajuste da taxa de ocupação do imóvel em apreço, seja pela correção monetária, pelos índices oficiais, a partir do ano de 2005, com a devolução do valor depositado à maior, quantia esta que será calculada quando da execução da sentença, suspendendo a cobrança do tributo em questão, ante o depósito integral do débito, até a resolução final da lide.

(Tribunal Regional Federal - 5ª Região, Classe AC - Apelação Cível Número do Processo: 2008.83.00.014374-0, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, Data Julgamento: 14/04/2009)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. TAXA DE OCUPAÇÃO. AUMENTO ACIMA DO VALOR DA INFLAÇÃO. VALOR DE MERCADO DO IMÓVEL. IMPOSSIBILIDADE.

- A União sustenta a legalidade do aumento de 265% da taxa de ocupação imputada ao impetrante alegando que o *quantum* cobrado pela taxa de ocupação decorre da incidência de um percentual sobre o domínio pleno do imóvel, cujo valor de mercado, modificado em decorrência da necessária atualização, repercutirá na elevação do valor da taxa.

- A matéria suscitada nas razões do agravo retido se confundem com o próprio mérito da demanda, merecendo análise juntamente com as questões alegadas na apelação.

- O entendimento jurisprudencial dominante neste e. Tribunal é no sentido de ser indevido o aumento do montante atribuído à taxa de ocupação dos terrenos de marinha com base no valor de mercado do imóvel, devendo tal reajuste se basear apenas nos índices utilizados para fazer face à desvalorização da moeda (Precedentes: AMS 101512-PE, Primeira Turma, Relator: Desembargador Federal Ubaldo Cavalcante; AC 429342-PE, Primeira Turma, Relator: Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo - Convocado; AC 98600-PE, Terceira Turma, Relator: Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho - Convocado; AGTR 77967-PE, Quarta Turma, Relatora: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli; AGTR 77846-PE, Quarta Turma, Relator: Desembargador Federal Marcelo

Navarro). Agravo retido improvido.

Apelação e remessa obrigatória improvidas.

(Tribunal Regional Federal - 5ª Região, Classe: AMS - Apelação em Mandado de Segurança, Número do Processo: 2006.83.00.012259-4, Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena, Data Julgamento: 13/11/2008)

Contudo, imprescindível ressaltar que a Lei nº 9.636 de 15 de maio de 1998 e suas alterações posteriores (Leis nºs 9.821/99; 10.852/2004; 11.481/2007, dentre outras), que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, altera dispositivos dos Decretos-Leis nºs 9.760/46, e do Decreto/Lei nº 2.398/87, além de regulamentar o § 2º do art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Referida Lei, na Seção IV, que cuida do aforamento, em seu art. 12, reza textualmente:

Art. 12. Observadas as condições previstas no § 1º do art. 23 e resguardadas as situações previstas no inciso I do art. 5º do Decreto-Lei nº 2.398, de 1987, os imóveis domaniais da União, situados em zonas sujeitas ao regime enfiteutico, poderão ser aforados, mediante leilão ou concorrência pública, respeitado, como preço mínimo, o valor de mercado do respectivo domínio útil, estabelecido em avaliação de precisão, realizada, especificamente para esse fim, pela SPU ou, sempre que necessário, pela Caixa Econômica Federal, com validade de seis meses a contar da data de sua publicação. (destaquei)

Inquestionavelmente a referida lei acarretou alteração no modo de aferição do valor devido em razão da enfiteuse sobre os terrenos de marinha. Contudo, igualmente não se pode desconsiderar que as alterações procedidas não podem retroagir às situações anteriormente constituídas. Vale dizer, as enfiteuses procedidas anteriormente à vigência da Lei 9.636, de 15 de maio de 1998 devem continuar regidas pela legislação vigente à época de sua constituição, considerando que a lei em vigor tem efeito imediato e geral, mas deve respeitar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, nos exatos termos em que estabelece a LICC.

Ademais, o próprio artigo 12 transcrito é enfático ao resguardar situação pretérita, no caso, as situações previstas no inciso I do art. 5º do Decreto-Lei nº 2.398, de 1987.

Perceba-se, que o texto da lei refere-se a futuros regimes enfiteuticos, quanto expressamente afirma que “os imóveis dominiais da União, situados em zonas sujeitas ao regime enfiteutico, poderão ser aforados...”. Por fim, a referida Lei nº 9.636/98, em seu art. 53, não revogou o art. 101 do Decreto-Lei 9.760/46, nem tampouco o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.398, de 1987 que regulamentavam o valor do foro e da taxa de ocupação cobrados em razão da enfiteuse.

Por fim, esclareça-se que outra sorte terá quando o valor cobrado for a título de laudêmio, vez que, conforme textualmente previsto no § 1º do art. 102 do DL 9.760/46 a sua incidência se dará sobre “o domínio pleno do terreno e benfeitorias”.

Entendo que em relação ao domínio pleno, deve-se proceder com o mesmo raciocínio anterior, quanto ao valor do domínio pleno, vale dizer, autorizada encontra-se apenas a atualização anual do valor, monetariamente, não se admitindo, nesta hipótese, falar em reavaliação do imóvel devendo, de outra feita, em relação às benfeitorias, levar-se em conta o valor de mercado.

Conclui-se, portanto que a cobrança do Foro, da Taxa de ocupação e do laudêmio, deverá ser procedida nos termos da legislação de regência, nos seguintes termos:

a) será calculada sobre o valor do domínio pleno do terreno, anualmente atualizado pela Secretaria do Patrimônio da União, em relação às enfiteuses anteriores a vigência da Lei n.º 9.636 de 15 de maio de 1998; e

b) em relação ao valor cobrado a título de laudêmio, a sua incidência se dará sobre “o domínio pleno do terreno e benfeitorias”.

Nestes termos, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 497.277-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO PINTO DE AZEVEDO (CONVOCADO)
Apelante: FRANCISCO JÚNIOR LOPES TAVARES E OUTROS
Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, UNIÃO, MUNICÍPIO DE CARIDADE - CE
Advs./Procs.: DRS. CRISTIANE DE OLIVEIRA FERREIRA (APTE.) E CARLA LEITE DA ESCÓSSIA (3º APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA AFAS-TADA. AÇÃO DE IMPROBIDADE. EVIDÊNCIAS DE MALVERSAÇÃO DO DINHEIRO PÚBLICO. CARACTERIZAÇÃO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS DA LEI 8429/92. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

- Rejeitada a assertiva de que a sentença tomou como base os relatórios do Tribunal de Contas dos Municípios e do TCU, que não teriam garantido o princípio da ampla defesa aos requeridos. Deve-se lembrar a independência das esferas de julgamento administrativo e judicial e que eventual vício do referido processo administrativo deve ser debatido em local próprio. Preliminar de nulidade de sentença não conhecida.

- Todo o agir da Administração Pública dentro dos três poderes está preso aos ditames da lei, sendo esta o seu suporte e limite. Note-se que a Constituição Federal não abarca o vocábulo administração apenas para os órgãos do Poder Executivo, já que o Legislativo e o Judiciário, mesmo tendo funções precípuas expressamente definidas na Carta Magna, chegam a desempenhar funções administrativas instrumentais necessárias para que os seus órgãos possam exercer os seus encargos típicos.

- Jungida a atividade do servidor público por prin-

cípios constitucionais, notadamente o da finalidade e o da moralidade administrativa, tem ele o dever de boa administração e de prática da probidade administrativa, derivada do interesse público e do dever de ética, que deve permear a relação jurídica entre ele e a Administração, sempre visando, no desempenho de suas funções, à impessoalidade, à razoabilidade e à eficiência.

- Constituída a probidade administrativa na norma pela qual o servidor público deve pautar sua conduta, tanto no aspecto subjetivo quanto no objetivo, sua violação caracteriza o instituto da improbidade administrativa, regulado na Lei nº 8.429/92. Tal diploma normativo, por seu turno, elenca, nos incisos de seus artigos 9, 10 e 11, as diversas condutas tidas como atos de improbidade, divididos estes em atos que importam enriquecimento ilícito, atos que causam prejuízo ao erário, e atos que atentam contra os princípios da administração pública. Também cuida a Lei de cominar, em seu art. 12, as respectivas sanções para os atos de improbidade.

- Estão configurados os devidos pressupostos para a punição dentro das normas insertas na lei de improbidade administrativa.

- A condenação do agente público que contribuiu, para a consumação de lesão causadora de prejuízos ao interesse público não se mostra excessiva, pois se deve exigir de todos os administradores da coisa pública, principalmente daqueles que ocupam cargos de hierarquia superior, máximo rigor e extrema ética na gestão dos bens e serviços públicos, sendo que no caso deve-se considerar que os réus, com as condutas praticadas, infringiram os artigos 9º, 10º e 11º da Lei de Improbidade Administrativa, passando a sofrerem então as sanções do art. 12 da mesma lei.

- Apelação não provida. Preliminar rejeitada.

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, rejeitar as preliminares e negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator.

Recife, 15 de junho de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO PINTO DE AZEVEDO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO PINTO DE AZEVEDO (Convocado):

Trata-se de apelação cível interposta pelos particulares contra sentença que ao julgar ação de improbidade administrativa absolveu o réu Antônio José da Silva, tendo condenado ainda Francisco Junior Lopes Tavares, Maria Rivanda Passos Botelho, Francisco Ozório Rocha Lopes e José Ribamar Leitão Arruda em tipos da lei de improbidade.

Apelação dos particulares condenados alegando em síntese que a sentença não conseguiu individualizar todos os fatos tidos como ímprobos e criminosos, passando a fazer uma dissertação sobre o que foi apurado pelo Tribunal de Contas do Município sem o contraditório e a auditoria do TCU e em informações prestadas no decorrer do inquisitorial, uma vez que não foi concluído o relatório final do inquérito civil público, de atos que consideram ímprobos tendo impingido de modo indiscriminadamente aos requeridos, sem sequer identificar quais os ordenadores de despesas e os responsáveis pelos respectivos atos, adentrando inclusive em despesas realizadas com recursos próprios, sem competência da autoridade federal para a fiscalização. Destaca que a improbidade administrativa mais do que um ato ilegal, deve traduzir de modo necessário, a falta de boa-fé e a desonestidade, pede a anulação da sentença por não terem os requeridos apresentado as devidas

provas e no mérito pedem a reforma da sentença.

Contrarrrazões do MPF em fls 540/548. Contradita da União em fls. 550/557.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO PINTO DE AZEVEDO (Relator Convocado):

Trata-se de apelação cível interposta pelos particulares contra sentença que ao julgar ação de improbidade administrativa absolveu o réu Antônio José da Silva, tendo condenado ainda Francisco Junior Lopes Tavares, Maria Rivanda Passos Botelho, Francisco Ozório Rocha Lopes e Jose Ribamar Leitão Arruda em tipos da lei de improbidade.

A ação de improbidade foi ajuizada em desfavor de Francisco Junior Lopes Tavares, ex-prefeito do município de Caridade no Ceará, Maria Rivanda Passos Botelho, então secretária da Educação e Cultura do município em questão, nos exercícios de 2001/2004, Francisco Ozório Rocha Lopes, secretário de administração e finanças no exercício 2001/2004, José Ribamar Leitão Arruda, presidente da comissão de licitação e Antônio José da Silva, servidor do almoxarifado à época dos fatos.

Não se faz presente a inépcia da inicial, vez que esta destaca com exatidão os fatos que deram ensejo ao ajuizamento do presente feito, havendo a juntada precisa de extensa documentação que oferta a possibilidade de apreciação do pleito ministerial como ação que atenta contra a probidade administrativa.

Todo o agir da Administração Pública dentro dos três poderes está preso aos ditames da lei, sendo esta o seu suporte e limite. Note-se que a Constituição Federal não abarca o vocábulo administração apenas para os órgãos do Poder Executivo, já que o Legislativo e o Judiciário, mesmo tendo funções precípuas expressamente definidas na Carta Magna, chegam a desempenhar funções administrativas instrumentais necessárias para que os seus órgãos possam exercer os seus encargos típicos.

Sem dúvida todo servidor público está submetido, no exercí-

ção do cargo ou função, a deveres e obrigações regidos pelo princípio da legalidade, que por sua vez está vinculado a outros princípios fundamentais estabelecidos na Constituição e em leis ou regulamentos, dentre os quais se destacam o princípio da finalidade e o da moralidade administrativa.

Assim, junta-se que está a atividade do servidor público a esses princípios, tem ele o dever de boa administração e de prática da probidade administrativa, derivada do interesse público e do dever da ética, que deve permear a relação jurídica entre ele e a Administração, sempre visando, no desempenho de suas funções, à impessoalidade, à razoabilidade e à eficiência

Constituída a probidade administrativa na norma pela qual o servidor público deve pautar sua conduta, tanto no aspecto subjetivo quanto no objetivo, sua violação caracteriza o instituto da improbidade administrativa, regulado na Lei nº 8.429/92. Tal diploma normativo, por seu turno, elenca, nos incisos de seus artigos 9, 10 e 11, as diversas condutas tidas como atos de improbidade, divididos estes em atos que importam enriquecimento ilícito, atos que causam prejuízo ao erário, e atos que atentam contra os princípios da administração pública. Também cuida a Lei de cominar, em seu art. 12, as respectivas sanções para os atos de improbidade.

Todavia, as condutas descritas na Lei não compõem um rol exaustivo das diversas roupagens que os atos de improbidade podem adquirir. A Lei não teve (e nem poderia ter) tal pretensão, pois que multifárias as condutas do servidor que podem consubstanciar um ato de improbidade. Na verdade, as situações nela descritas podem ser concretizadas por um número infinito de condutas.

Nesse ponto, deve-se considerar o art. 4º da Lei 8.429/92, que, aplicável a todos os atos de improbidade administrativa, assim dispõe:

Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

Em linha de interpretação deste dispositivo, destaco a precisalção de Fábio Medina Osório:

O art. 4º da lei bem revela, de modo explícito, que os princípios constitucionais da administração pública integram a tipicidade de todo e qualquer ato de improbidade administrativa. Não há que se cogitar, por exemplo, de que o art. 11 aparentemente não cuidaria do princípio da impessoalidade, eis que não o mencionou expressamente. Todos os tipos se integram, em primeiro lugar, ao art. 37, *caput*, da Carta de 1988 e a toda doutrina do desvio de poder, que fornece o substrato teórico para a conceituação dos atos de improbidade. Não se pode analisar os dispositivos da Lei 8.429/92 de forma estanque, isolados um dos outros, ou de modo dissociado dos princípios constitucionais. A lei se insere em um sistema que fornece as bases dogmáticas e teóricas necessárias à sua operacionalização¹.

Assim, por não comportar a improbidade administrativa uma conceituação apriorística e abstrata, assume relevância o exame do caso concreto, através do qual, analisadas as condutas praticadas pelo agente público, será verificada a subsunção dessas aos comandos da Lei de Improbidade Administrativa.

Em verdade, existe a necessidade de controle da Administração Pública efetivado internamente, dentro dos misteres inseridos pela Carta de 1988, ou externamente pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, pelo Judiciário e pelo Ministério Público.

Dentro desta ótica, é preciso combater a improbidade administrativa caracterizada principalmente pela corrupção dentro da Administração Pública, que promove o desvirtuamento da coisa pública, afrontando os princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito, com a obtenção de vantagens pessoais em detrimento das funções e empregos públicos exercidos.

A Lei 8.429/92, que rege a matéria, reúne normas dos mais variados campos de direito, que busca coibir as mais diversas formas de improbidade administrativa.

¹ Improbidade Administrativa. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

Possível a legitimação do MPF para o ajuizamento da ação na esteira do disposto no artigo 129, III, da Carta Maior, que lhe dá poderes de agir na defesa da moralidade administrativa.

Os réus buscam responsabilizar o Sr. Francisco Junior Lopes Tavares, então Prefeito do Município, a quem caberia ordenar as despesas do ente federativo.

Segundo a peça de apelação, o Sr. Jose Ribamar Leitão de Arruda destaca que à época dos fatos era o presidente da Comissão de Licitação, não sendo responsável pela aquisição dos kits escolares e transporte escolar e pela realização dos cursos de capacitação. Entretanto as irregularidades atribuídas ao requerido ocorreram nos procedimentos licitatórios para aquisição dos referidos kits e transporte, assim como para a realização do curso.

A sentença destacou determinados aspectos, "(...) coincidência entre as datas de entrega dos convites a empresas participantes e a data de autuação do procedimento de licitação(26.06.2002); ausência de documentos comprobatórios da realização de pesquisas de preços por parte da Prefeitura Municipal, em desacordo com o inciso IV do artigo 43, da Lei 8.666/93; ausência de análise prévia da minuta dos contratos, conforme determina o parágrafo único do artigo 38 da Lei 8.666/93, ausência de rubrica pela comissão de licitação e pelos licitantes, nos documentos de habilitação e propostas de preços, como determinado pelo parágrafo segundo do artigo 43 da Lei 8.666/93, existência de cláusula editalícia prevendo atualização financeira e desacordo com inciso III, parágrafo único, do artigo 1º e 2º da Lei 10.192, de 14 de fevereiro de 2001, inexistência nos arquivos da Prefeitura Municipal de Caridade da 1ª via de todas as notas fiscais comprobatórias das despesas, em descumprimento do previsto no Decreto 93.872/86 e em cláusula do convênio: Nota Fiscal 170, de 19.07.2002, no valor de R\$ 9.275,00, emitida pela empresa INEPAS e nota fiscal 197, data de 26.07.2002, no valor de R\$ 17.350,20, emitida pela empresa A.J.D. Araujo ME, ausência de atesto na Nota Fiscal 170, de 19.07.2002, emitida pela empresa INEPAS, confirmando a realização do curso de formação continuada de professores, conforme previsto no inciso III, parágrafo segundo, do artigo 63 da Lei 4.320/64 e decisões TCU 653/96 e 472/99, falta de apresentação da do-

cumprimento de kits escolares, não sendo possível verificar se o material adquirido com recursos do convênio foi entregue às escolas do ensino pré-escolar, não discriminando na nota fiscal 197, de 26 de julho de 2002, emitida pela empresa A.J.D Araujo ME, no valor de R\$ 17.350,20, dos produtos fornecidos, descumprimento do edital do convite 041/2002 e do contrato firmado entre a Prefeitura Municipal de Caridade e a empresa INE-PAS, vencedora da licitação, tendo sido observado que o número de alunos e a carga horária foram inferiores às pactuadas em contrato”.

São mencionadas outras irregularidades com a assertiva de que a sentença tomou como base os relatórios do Tribunal de Contas dos Municípios e do TCU, que não teriam garantido o princípio da ampla defesa aos requeridos. Deve-se lembrar a independência das esferas de julgamento administrativo e judicial. Note-se ademais, que eventual vício do referido processo deve ser debatido em local próprio.

O relatório da CGU de fls 102/144 dos autos deixa ver uma quantidade enorme de irregularidades que não foram atacadas de maneira sólida pelos requeridos nestes autos.

É de se ressaltar que o referido relatório foi iniciado com base em denúncias de malversação de verbas federais pelo Prefeito Municipal referentes a fundos orçamentários, convênios federais e desvio de recursos do FUNDEF no período de 2001 a 2004. As conclusões demonstram a prática do mau uso da coisa pública pelos gestores ora apelantes.

Sem dúvida configurados estão os devidos pressupostos para a punição dentro das normas insertas na lei de improbidade administrativa.

Deve-se considerar que, dentre as inúmeras consequências negativas geradas pela improbidade administrativa, destaca-se o descrédito dos administrados em relação à atuação de seus administradores, fazendo com que sociedade reclame uma atuação eficaz do Poder Judiciário contra os atos de improbidade praticados pelos agentes públicos.

Nesse sentido, a responsabilização por atos de improbidade

deve obedecer aos ditames do § 4º do art. 37 da Constituição Federal, que estabelece, de maneira não taxativa, as sanções aplicáveis: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e na gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

A forma e a gradação exigidas pela Constituição Federal para a aplicação de sanções em virtude da prática de ato de improbidade administrativa estão previstas nos artigos 5º, 6º e 12 da Lei 8.429/92. E o parágrafo único deste último artigo determina que, na fixação das penalidades previstas na Lei, o Juiz deverá levar em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Por sua vez, o dano causado pelo ato de improbidade, segundo já assentado pelo egrégio Supremo Tribunal Federal Supremo Tribunal Federal, “*pode atingir não só o patrimônio material do Poder Público, como também a moralidade administrativa, patrimônio moral da sociedade*”. (RE 172.212-6/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 27.03.98).

As penalidades aplicáveis estão previstas nos incisos I, II, e III do art. 12, que dispõem:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor

do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

A condenação do agente público que contribuiu, mesmo que culposamente ou de modo leviano, para a consumação de lesão causadora de prejuízos ao interesse público não se mostra excessiva, pois se deve exigir de todos os administradores da coisa pública, principalmente daqueles que ocupam cargos de hierarquia superior, máximo rigor e extrema ética na gestão dos bens e serviços públicos.

Dessa forma, considerando que os réus, com as condutas praticadas, infringiram os artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa; considerando as sanções cominadas no art. 12 supra; considerando o período em que os réus passaram à frente da unidade o qual tem direta implicação na duração das condutas de caráter omissivo; considerando ainda a relevância dos bens públicos atingidos e a dificuldade, no caso, de se aquilatar os danos causados (dificuldade, diga-se, que decorre da própria natureza destes, que tendem a se prostrar no tempo); e, por outro lado, considerando que não foi investigada uma possível ascensão patrimonial do agente em virtude dos atos de improbidade cometidos, tenho por razoável a manutenção da sentença.

Note-se que a responsabilidade dos réus deve ser aferida dentro da culpabilidade de cada um, devendo-se destacar que boa parte do aqui colacionado os réus aproveitaram-se do cargo ocu-

pado, passando a lesar a coisa pública de várias maneiras, inclusive com o benefício direto a conhecidos.

Dessa maneira, mantenho a sentença e nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.519-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO PINTO DE AZEVEDO (CONVOCADO)
Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MARCOS ANTÔNIO DE ALMEIDA BATISTA RAMOS
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. ADEMAR RIGUEIRA NETO E OUTROS (2º APTE.)

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO. ART. 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO TRIBUTÁRIO PARA CADASTRO NA UFPB. PRELIMINAR REJEITADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. ART. 16 DO CÓDIGO PENAL. INOCORRÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONSCIÊNCIA DA FALSIDADE DA CERTIDÃO. CRIME FORMAL. INEXIGÊNCIA DE RESULTADO. MANUTENÇÃO DA PENA. PRESCRIÇÃO. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA. ART. 333, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO PENAL. PROVAS INDICIÁRIAS. ART. 239 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

- Deve ser rejeitada a preliminar de cerceamento de defesa, ao caso, não se aplica a tese de arrependimento posterior a que alude o art. 16 do Código Penal, tendo em vista a natureza formal dos delitos praticados, em que não há produção

de resultado bastando a simples prática do núcleo da ação típica. Precedente do STJ, HC 47922/PR.

- A materialidade e a autoria se inferem da documentação acostada às fls. 47/520, documentos e depoimentos que levam ao convencimento da prática do crime de uso de documento falso, art. 304 do Código Penal.

- Tenho como impertinente a alegação do apelante de que os débitos da empresa haviam sido extintos, haja vista que a própria razão da existência da certidão falsa foi, justamente, o pagamento das obrigações tributárias após a diminuição fraudulenta dos valores devidos em benefício desta.

- O fato da autoridade que assinou a CND saber ou não da irregularidade não afasta a responsabilidade do apelante, que ao usar o documento para cadastro na UFPB tinha consciência de sua falsidade, pois foi oriundo de pagamento cujos valores foram fraudulentamente diminuídos, dessa maneira, agiu livre e conscientemente, o que caracteriza o dolo da sua conduta.

- No concernente à alegação de inexistência de prejuízo à UFPB, em sendo o delito de uso de documento falso do tipo formal, não se exige a produção de um resultado material ou o exaurimento com a materialização do benefício ilícito, a constatação da CND em nome da empresa (fl. 284), cujo apelante é o responsável sem, entretanto, se constatar o auferimento de qualquer vantagem é suficiente para a configuração do crime.

- No que concerne à alegação de exasperação da pena-base do crime de uso de documento falso, tenho com razoável a quantificação da pena-base considerando-se, no caso concreto, com circunstância judicial do crime, a que alude o art. 59 do Código Penal, a lesão à fé pública, em vista do

que, nego provimento à apelação de Marcos Antonio de Almeida Batista mantenho a sentença neste tópico.

- Diante da pena aplicada ao apelante para o crime de uso de documento falso, 1 (um) ano, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias, manifesta-se a ocorrência da prescrição retroativa nos termos dos arts. 110 c/c 109, V, do Código Penal, a pena em concreto prescreve em 4 (quatro) anos. Embora não conste dos autos o exato momento da apresentação da CND falsa, infere-se que tenha sido apresentada no segundo semestre de 1998 (fls. 283/284). Dessa maneira, da época do fato, 1998, até o recebimento da denúncia 07/01/2004 (fl. 25), foram ultrapassados mais de 5 (cinco) anos, tempo superior ao previsto nos referidos artigos.

- O conjunto de elementos indiciários, aponta de forma segura no sentido de que o apelante tenha favorecido os servidores da PFN-PB, tendo assim, logrado benefício indevido de ver diminuído substancialmente a sua dívida para o fisco. Dos autos, verifica-se que o réu, como administrador da empresa, tinha conhecimento do valor devido ao fisco, não se podendo supor que a dívida tenha sido diminuída de forma aleatória ou pelo acatamento das simplórias alegações do requerimento administrativo (fl. 159).

- O acusado sabia do montante dos débitos com a Receita Federal, tendo sido beneficiado com a fraude, essa conclusão é reforçada através de indícios no fato de que após o estouro do esquema de fraudes da PFN-PB, os beneficiários do esquema ilegal, inclusive a empresa PLANC, terem se apresado em resignadamente, regularizar os débitos tributários através de adesão ao REFIS ou ao PAES, como se verifica no depoimento do Procurador-Chefe da PFN-PB João José Ramos da Silva na ação penal 2003.82.00.010554-4 (fl. 30).

- Diante dessas provas indiretas, porém, plausíveis e harmônicas, bem afinadas com a idéia de indícios, a que alude o art. 239 do Código de Processo Penal, tenho por procedente o recurso do Ministério Público Federal para a condenar o acusado Marcos Antonio de Almeida Baptista pelo crime de corrupção ativa, art. 333 c/c parágrafo único do Código Penal.

- Apelação criminal de Marcos Antônio de Almeida Batista Ramos parcialmente provida para decretar a extinção da punibilidade pela prescrição em relação ao crime de uso de documento falso e apelação criminal do Ministério Público Federal para condená-lo pelo crime de corrupção ativa.

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 maioria, dar parcial provimento à apelação criminal de Marcos Antônio de Almeida Batista Ramos, decretar a extinção da punibilidade pela prescrição em relação ao crime de uso de documento falso e dar provimento à apelação criminal do Ministério Público Federal, nos termos do voto do Relator.

Recife, 1º de junho de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO PINTO DE AZEVEDO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO PINTO DE AZEVEDO (Convocado):

Trata-se de apelações criminais interpostas pelo Ministério Público Federal e por Marcos Antônio de Almeida Batista Ramos,

contra sentença na Ação Penal nº 2004.82.00.0010797-1 (fls. 929/936), que julgou procedente a denúncia, reconhecendo a prática do crime previsto no art. 304, do Código Penal para condenar o réu à pena de 1 (um) ano, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão e multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito: prestação de serviços à comunidade e multa substitutiva.

Narram os autos, que o apelante, Marcos Antônio de Almeida Batista Ramos, supostamente, em 24/07/1998, ofereceu vantagem indevida a Antônio Tavares de Carvalho e a Edson de Mendonça Rocha, à época, servidores da Procuradoria da Fazenda Nacional na Paraíba, para obter a redução dos débitos fiscais referentes às inscrições de dívida ativa que totalizavam R\$ 70.573,77 (setenta mil quinhentos e setenta e três reais e setenta e sete centavos), para o valor de R\$ 2.577,51 (dois mil, quinhentos e setenta e sete reais e cinquenta e um centavos), valor este que foi quitado e emitida indevida Certidão Negativa de Débito - CND, apresentada posteriormente pelo acusado à Universidade Federal da Paraíba - Divisão de Material e da Pró-Reitoria Administrativa, para cadastro para futuras licitações (fl. 239).

O Ministério Público Federal em suas razões de recurso alega (fls. 939/948), em síntese, que o conjunto probatório demonstra que o cancelamento indevido dos débitos tributários culminando com a expedição de Certidão Negativa de Débitos, auferidos por Marcos Antônio de Almeida Batista Ramos e por sua empresa só foi obtido pelo fornecimento de vantagem indevida aos servidores públicos Antônio Tavares de Carvalho e Edson de Mendonça Rocha, requerendo a condenação do mesmo no crime de corrupção ativa previsto no art. 333 do Código Penal.

Marcos Antônio de Almeida apresentou contrarrazões à apelação do Ministério Público Federal (fls. 950/956), alegando:

a) não ter praticado o crime de corrupção ativa, por não ser o único interessado na redução da dívida da empresa PLANC, que tem ainda dois sócios;

b) que ao analisar a prova reunida o juiz não encontrou qualquer elemento de convicção sério e capaz de autorizar, com segu-

rança, a formação de um juízo condenatório do crime de corrupção ativa, requerendo a manutenção da sentença nesta parte.

Por sua vez, Marcos Antônio de Almeida Batista Ramos interpôs recurso de apelação argumentando (fls. 959/965):

Preliminarmente:

a) nulidade por cerceamento de defesa por violação aos arts. 59, 68 do Código Penal, 381 do Código de Processo Penal e 5º, LIV, LV e 93, IX, da Constituição Federal, por não ter sido apreciado pelo Juiz a tese de arrependimento posterior, art. 16 do CP, o que implicaria em uma substancial redução da pena;

b) falta de fundamentação da sentença que foi fixada em patamar acima do mínimo legal, uma vez que o Juiz, quando da apreciação das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, justificou a exasperação da pena base porque foi atingida, “diretamente a fé pública”, tendo em vista que a infração do art. 304, do CP só se aperfeiçoa quando este bem jurídico é lesionado e sendo essencial ao delito não pode servir para agravar a reprimenda.

No mérito, argumenta:

a) que naquele tempo os débitos da PLANC haviam sido extintos, não havendo falsidade no documento, pois as informações dele constantes eram fidedignas, não tendo ficado demonstrado que a autoridade que assinou a CND sabia da irregularidade.

b) a inexistência de prejuízo à UFPB, haja vista não ter logrado o réu qualquer vantagem direta ou indireta, servindo, tão-somente, para efetivação de cadastro, requerendo ao final a absolvição do crime de uso de documento falso.

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões alegando, preliminarmente (fls. 969/974):

a) da não aplicação da minorante do art. 16 ao crime de uso de documento falso que, por ser formal, independe de resultado danoso;

b) que o Juiz sopesou corretamente as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, quando considerou a intensidade do dolo do apelante em atingir a fé pública, devendo o acusado ter oposto embargos de declaração no momento oportuno.

No mérito alega:

a) que foi demonstrado que os débitos da empresa PLANC se encontravam inscritos na Dívida Ativa, foram cancelados fraudulentamente, possibilitando a emissão de certidão negativa;

b) que o apelante tinha conhecimento da ilicitude, pois sabia existir débitos com a União, agindo dolosamente ao apresentar documento falso à UFPB.

O Procurador da Regional de República ofertou parecer assim ementado (fls. 984/988):

EMENTA: PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. CORRUPÇÃO ATIVA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS.

1. A causa de diminuição de pena prevista no artigo 16 do Código Penal aplica-se aos crimes patrimoniais, não incidindo nos casos de crimes formais de uso de documento falso.

2. O cancelamento indevido das inscrições da empresa Planejamento, Construções e Incorporações, permitiu a emissão a favor do acusado, de certidão negativa quanto à Dívida Ativa da União, comprovando o oferecimento de vantagem ilícita.

3. Indícios múltiplos, concatenados de elementos positivos, são suficientes para dar base a uma decisão condenatória.

4. Parecer pelo provimento do recurso de apelação interposto pelo *Parquet* e pelo e pelo improvimento do recurso interposto pelo réu.

Relatado, vão os autos ao eminente Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO PINTO DE AZEVEDO (Relator Convocado):

Analiso primeiro as preliminares levantadas pela defesa do apelante Marcos Antônio de Almeida Batista Ramos.

Deve ser rejeitada a preliminar de cerceamento de defesa, pois, não se aplica ao caso, a tese de arrependimento posterior a que alude o art. 16 do Código Penal, tendo em vista a natureza formal

dos delitos praticados, em que não há produção de resultado bastando a simples prática do núcleo da ação típica.

Assim, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Ementa

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. SENTENÇA CONDENATÓRIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. SÚMULA 267/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO. APRESENTAÇÃO POR EXIGÊNCIA DE AUTORIDADE POLICIAL. IRRELEVÂNCIA. CRIME IMPOSSÍVEL. NÃO-OCORRÊNCIA. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. CRIME PATRIMONIAL OU COM EFEITO PATRIMONIAL. AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. NÃO-OCORRÊNCIA. REVALORAÇÃO DE CADA UMA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. EXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NA VIA ELEITA. AFASTAMENTO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. MANUTENÇÃO DA PENA-BASE. *REFORMATIO IN PEJUS*. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. (...)

6. Para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 16 do Código Penal, exige-se que o crime praticado seja patrimonial ou possua efeitos patrimoniais, sendo incabível na hipótese de crime de uso de documento falso.

(...)

10. Ordem parcialmente concedida para que o Tribunal de origem, relativamente ao delito de estelionato, proceda, como entender de direito, ao recálculo da pena-base fixada, levando em consideração as circunstâncias judiciais desfavoráveis por ele retiradas.

(Acórdão unânime da Quinta Turma do STJ NO HC 47922/PR, Relator(a) Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data do Julgamento: 25/10/2007, Data da Publicação/Fonte: DJ 10/12/2007, p. 401) (sem os grifos no original)

Demais disso, o juiz é obrigado a decidir de forma fundamentada não estando amarrado, porém, a decidir a causa sob crivo de uma ou de outra lei, ao talante do jurisdicionado.

Quanto à segunda preliminar de nulidade da sentença pela

exasperação indevida no cálculo da pena-base, deve ser apreciada depois do exame do mérito, pois, em sendo acolhida, acarretará a diminuição da pena-base e não a anulação da sentença.

Em relação ao mérito da apelação de Marcos Antônio de Almeida Batista Ramos, a materialidade e a autoria se inferem da documentação acostada às fls. 47/520, documentos e depoimentos que levam ao convencimento da prática do crime de uso de documento falso, art. 304 do Código Penal.

Prosseguindo na análise do mérito, tenho como impertinente a alegação de Marcos Antônio de que os débitos da PLANC - Planejamento, Construção e Incorporação Ltda., empresa cujo apelante é o sócio responsável pela administração, haviam sido extintos, haja vista que a própria razão da existência da certidão falsa foi, justamente, o pagamento das obrigações tributárias após a diminuição fraudulenta dos valores devidos em benefício desta.

O apelante ao lançar mão do documento, tinha consciência de que este não representava a realidade, pois sabia do valor total inscrito na dívida, uma vez que representava a empresa e administrava, principalmente, a questão tributária, como se verifica de seu depoimento (fl. 220):

QUE, em razão da formação profissional do declarante é o responsável pela parte tributária da empresa;

Também não se sustenta, a alegação de que os débitos da PLANC haviam sido extintos e que não ficou demonstrado que a autoridade que assinou a CND sabia da irregularidade.

O fato da autoridade que assinou a CND saber ou não da irregularidade não afasta a responsabilidade do apelante, que ao usar o documento para cadastro na UFPB tinha consciência de sua falsidade, pois foi oriundo de pagamento cujos valores foram fraudulentamente diminuídos, demonstrando dessa maneira, que agiu livre e conscientemente, caracterizando o dolo da sua conduta.

No concernente a alegação de inexistência de prejuízo à UFPB, em sendo o delito de uso de documento falso do tipo formal, não se exige a produção de um resultado material ou o exaurimento com a materialização do benefício ilícito. A constatação da CND em nome da empresa (fl. 284), cujo apelante é o responsável,

mesmo sem a constatação do auferimento de qualquer vantagem é suficiente para a configuração do crime.

No que concerne à alegação de exasperação da pena-base do crime de uso de documento falso, tenho com razoável a quantificação da pena-base considerando-se, no caso concreto, com circunstância judicial do crime, a que alude o art. 59 do Código Penal, a lesão à fé pública, em vista do que, nego provimento à apelação de Marcos Antônio de Almeida Batista e mantenho a sentença neste tópico.

Diante da pena aplicada ao apelante para o crime de uso de documento falso, 1 (um) ano, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias, manifesta-se a ocorrência da prescrição retroativa nos termos dos arts. 110 c/c 109, V, do Código Penal, a pena em concreto prescreve em 4 (quatro) anos. Embora não conste dos autos o exato momento da apresentação da CND falsa, infere-se que tenha sido apresentada no segundo semestre de 1998 (fls. 283/284).

Dessa maneira, da época do fato, 1998, até o recebimento da denúncia 07/01/2004 (fl. 25), foram ultrapassados mais de 5 (cinco) anos, tempo superior ao previsto nos referidos artigos.

Passo à análise da apelação do Ministério Público Federal.

A douta sentença absolveu o réu Marcos Antônio de Almeida Batista do crime de corrupção ativa, nos termos do art. 386, II, do Código Penal, ao argumento de que não há prova de que tenha oferecido ou prometido vantagem indevida a servidores da Procuradoria da Fazenda Nacional na Paraíba PFN-PB, beneficiando-se com a redução indevida de débitos tributários, sendo, inclusive, emitida Certidão Negativa de Débitos.

Com a devida vênia, o conjunto de elementos indiciários, aponta de forma segura no sentido de que o apelante tenha favorecido os servidores da PFN-PB, tendo assim, logrado benefício indevido de ver diminuído substancialmente a sua dívida para o fisco.

Ficou comprovado nos autos que o valor dos débitos fiscais chegavam a R\$ 70.573,77 (setenta mil quinhentos e setenta e três reais e setenta e sete centavos), e foram reduzidos para o valor de R\$ 2.577,51 (dois mil, quinhentos e setenta e sete reais e cinquenta e um centavos).

Dessa, quitação indevida, foi emitida Certidão Negativa de Débito - CND fraudulenta, apresentada posteriormente pelo acusado à Universidade Federal da Paraíba - Divisão de Material e da Pró-Reitoria Administrativa, para cadastro para futuras licitações (fl. 239).

Dos autos, verifica-se que o réu, como administrador da empresa tinha conhecimento do valor devido ao fisco, não se podendo supor que a dívida tenha sido diminuída de forma aleatória ou pelo acatamento das simplórias alegações do requerimento administrativo (fl. 159).

O acusado sabia do montante dos débitos com a Receita Federal, tendo sido beneficiado com a fraude; essa conclusão é reforçada através de indícios no fato de que após o estouro do esquema de fraudes da PFN-PB, os beneficiários do esquema ilegal, inclusive a empresa PLANC, terem se apressado em resignadamente, regularizar os débitos tributários através de adesão ao REFIS ou ao PAES, como se verifica no depoimento do Procurador-Chefe da PFN-PB, João José Ramos da Silva, na Ação Penal 2003.82.00.010554-4 (fl. 30).

... ao assumir a chefia da PFN/PB, a testemunha foi procurada por quase todos os contribuintes envolvidos com os fatos relacionados com as irregularidades investigadas, dentre as quais o cancelamento dos débitos tributários, o pagamento a menor dos créditos da Fazenda Nacional e a aceitação de títulos “podres” como pagamento do tributo, no objetivo de regularizar sua situação para com a Fazenda Nacional; informa a testemunha que, à exceção de um contribuinte, todos os demais a procuraram de foram resignada, demonstrando claramente o conhecimento sobre a irregularidade dos pagamentos então realizados; muitos de tais contribuintes aderiram aos programas REFIS ou PAES, outros chegaram a pagar tributos à vista e uns fizeram o parcelamento normal;

Em consonância com esse fato, após a redução indevida dos créditos tributários, em 06/07/1998 e 23/07/1998, aparecem nas contas correntes dos servidores envolvidos na fraude Antônio Tavares de Carvalho e Edson de Mendonça Rocha diversos depósitos, cujos valores são relacionados com a alteração indevida do sistema da Dívida Ativa, fato confirmado outro servidor envolvido, Ricardo Cezar Ferreira de Lima (fls. 452/453):

Que, pelo cancelamento o interrogado recebia valores variados em dinheiro, do próprio Dr. Antônio Tavares; Que, variavam entre duzentos, trezentos e quinhentos reais, no entanto o interrogado já chegou a receber do Dr. ANTÔNIO TAVARES até R\$ 1.000,00 (mil reais) ...

Portanto, diante dessas provas indiretas, porém, plausíveis e harmônicas, bem afinadas com a idéia de indícios, a que alude o art. 239 do Código de Processo Penal, tenho por procedente o recurso do Ministério Público Federal para a condenar o acusado Marcos Antonio de Almeida Baptista pelo crime de corrupção ativa, art. 333 c/c parágrafo único do Código Penal.

Passando à aplicação da pena-base tenho que neste crime as circunstancia judiciais lhes são favoráveis, devendo a pena-base ser aplicada em grau mínimo, no caso 2 (dois) anos.

Em seguida aplicando a qualificadora do parágrafo único do art. 333 do Código Penal, pois, em razão da vantagem ou promessa, os funcionários da PFN-PB, praticaram ato ilícito (redução da dívida e emissão indevida de CND) infringindo dever funcional, com foi o caso, aplico a exasperação de 1/3 (um terço), ou 8 (oito) meses, tornado-a pena definitiva em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses face a ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes e de causas de aumento ou de diminuição da pena, a ser cumprida em regime aberto, art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Condeno-o, também à pena de multa no valor de 200 (duzentos) dias-multa, sendo cada dia-multa na razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo da época dos fatos, nos termos do art. 49 do Código Penal.

Dos autos verifica-se que o condenado cumpre com as condições previstas no art. 44 do Código Penal, motivo pelo qual, converto a pena corporal em duas pena restritivas de direito a cargo do juiz da execução.

Tecidas essas considerações, dou parcial provimento à apelação de Marcos Antônio de Almeida Batista Ramos decretar a extinção da punibilidade pela prescrição em relação ao crime de uso de documento falso e dou provimento à apelação do Ministério Público Federal para condená-lo pelo crime de corrupção ativa.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.948-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E RICARDO ANTÔNIO BRANDÃO CAMPOS
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. JORGE RAIMUNDO VALENÇA TELES DE MENEZES E OUTRO

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PECULATO EM DETRIMENTO DE EMPRESA PÚBLICA FEDERAL - CEF. CONTINUIDADE DELITIVA. ARTIGO 312 C/C 71 DO CÓDIGO PENAL. CONDUTA PERPETRADA POR EMPREGADO DA CEF NA FUNÇÃO DE GERENTE DE AGÊNCIA. EQUIPARAÇÃO A FUNCIONÁRIO PÚBLICO. (CP, ART. 327). DEMISSÃO NA SEARA ADMINISTRATIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. RECURSO DA ACUSAÇÃO: PERDA DE EMPREGO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. RESGUARDO À MORALIDADE E PROIBIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS. EFEITO PERMANENTE DA CONDENAÇÃO. PRESENÇA DOS REQUISITOS OBJETIVOS (CP, ART. 92, I, A): PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A 01 ANO E CONDUTA QUE VIOLOU DEVER FUNCIONAL. DECRETAÇÃO DA PERDA DE EMPREGO. POSSIBILIDADE. MOTIVAÇÃO ESPECÍFICA (DISCRICIONARIEDADE) CONJUGADA COM OS REQUISITOS OBJETIVOS. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA: ESTADO DE NECESSIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. ABSOLVIÇÃO (CPP, ART. 386, VI). IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. RAZOABILIDADE. MANUTENÇÃO

- Configura-se o delito do artigo 312 do Código

Penal, quando o agente, aproveitando-se da qualidade de empregado de empresa pública federal - CEF, na condição de gerente de agência, apropria-se de valores pertencentes à aludida instituição bancária pública, desviando-os em proveito próprio.

- Apropriação de valores existentes em conta poupança de clientes por empregado da Caixa Econômica Federal caracteriza o crime de peculato, eis que equiparado a funcionário público (CP, art. 327). Precedente do TRF-3ª Reg. ACR nº 8393/SP.

- Conjunto probatório robusto e harmônico que comprova a autoria e materialidade delituosas.

- A perda de cargo ou função pública é efeito específico da condenação, não automático, que reclama motivação adequada. Embora a lei penal se refira expressamente a cargo ou função pública (CP, art. 92, I), é possível a decretação da perda do emprego mantido junto à administração pública indireta da União, tendo em vista não haver dúvidas de que fora a intenção do legislador extirpar dos quadros da administração pública (qualquer que seja o regime de trabalho), aquele que causou dano ao erário.

- A demissão na seara administrativa não impede a perda do emprego, enquanto efeito específico da condenação (CP, art. 92, I, a), uma vez considerada a independência das esferas, especialmente, tendo em conta que a determinação revela-se necessária para obstar eventual reintegração.

- Nos crimes de peculato, a importância do bem jurídico protegido vai além da questão meramente patrimonial, uma vez que a norma penal incriminadora visa tutelar a moralidade e a probidade dos agentes públicos, que não estariam devidamente resguardados se se permitisse, v.g., a permanência do empregado da CEF (equipara-

do a funcionário público – CP, art. 327) infrator no exercício de suas funções (gerente de agência) ou mesmo permitindo o seu reingresso na instituição bancária pública.

- A decretação da perda de cargo público demanda motivação específica (discricionariedade) conjugada com os requisitos objetivos (CP, art. 92), presentes na hipótese: a) pena privativa de liberdade superior a 01 ano; b) violação de dever funcional para com a administração pública – no caso – empresa pública federal (CEF).

- Acolhe-se o recurso da acusação, considerando a pena aplicada e a conduta do acusado, que causou quebra de confiança no desempenho dos seus deveres funcionais, além de prejuízo considerável à CEF, para declarar a perda do emprego (CP, art. 92, I, a) exercido na referida instituição bancária pública pelo acusado, como efeito da condenação.

- Pauta o estado de necessidade, a razoabilidade – o agente sacrifica bem de terceiros em favor do seu, por ser o único meio de que dispunha naquele momento. Se o fato não é razoável, é ilícito.

- Rejeita-se a tese da defesa de ocorrência de excludente de ilicitude (estado de necessidade) a autorizar a absolvição.

- Dosimetria com observância dos critérios legais do art. 59 do Código Penal, que se confirma: 02 anos e 08 meses de reclusão, em regime aberto, substituída por restritivas de direitos.

- Apelação do Ministério Público Federal provida.

- Apelação do réu improvida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar provimento à apelação do MPF para declarar a perda de emprego público exercido pelo acu-

sado na CEF, como efeito permanente da condenação (CP, art. 92, I, a), e negar provimento à apelação do réu, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 13 de maio de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de apelações criminais interpostas pelo Ministério Público Federal (fls. 386/397) e pelo acusado RICARDO ANTÔNIO BRANDÃO CAMPOS (fls. 462/471) contra sentença (fls. 361/376) da lavra do Exmo. Sr. Juiz Federal FREDERICO WILDSON DA SILVA DANTAS, da 7ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas, que, julgando procedente em parte a denúncia, condenou o acusado pela prática do crime previsto no 312 do Código Penal (Peculato), à pena final de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão (pena base = 02 anos, majorada de 1/3 (= 8 meses) em face da causa especial de aumento prevista no Artigo 71 do Código Penal – continuidade delitiva), inicialmente em regime aberto (Artigo 59 c/c 33, § 3º, do Código Penal), e 30 (trinta) dias-multa.

Ao final, substituiu a pena de reclusão por duas penas restritivas de direito (prestação de serviço à comunidade e prestação pecuniária).

Segundo a denúncia, o acusado RICARDO ANTÔNIO BRANDÃO CAMPOS, na condição de gerente-geral da Agência da Caixa Econômica Federal, em Coruripe/Alagoas, no período compreendido entre 1999 a 2000, agiu da seguinte maneira:

1) inicialmente, o acusado, diante de clientes que tinham apenas contas-poupança, providenciava, sem o conhecimento do titular, a abertura de conta-corrente, onde era concedido um crédito-rotativo - CROT, que abastecia a conta recém aberta;

2) para tal prática, providenciava a confecção de contratos de

Crédito Rotativo, Cheque Azul, falsificando a assinatura do titular neste documento público;

3) diante da abertura dos diversos Créditos Rotativos (CROTs) passava a transitar dinheiro de uma conta para outra, eletronicamente, utilizando-se dos Terminais de Vídeo, oportunidade em que ficava registrado a sua matrícula como funcionário da CEF autorizador da transação, não havendo necessidade de transitar a informação pelo Caixa Executivo. O trânsito tinha por objetivo cobrir eventual extrapolação do limite de crédito.

4) em alguns casos, depois de extrapolado o limite de crédito já fraudulentamente concedido ao cliente, levava a efeito o acusado a confecção de Contrato Particular de consolidação, confissão e renegociação da dívida e outras obrigações, oportunidade em que renegociava a dívida do correntista, confeccionando, ainda, como garantia do empréstimo, nota promissória em favor da CEF;

5) parte do dinheiro fictamente concedido aos correntistas e movimentado entre contas com titularidades diversas, tinha por destinação final a conta poupança nº 211701337555-5, de titularidade do acusado;

6) identificou-se, ainda, a concessão fraudulenta de um financiamento habitacional com recursos do FGTS, também subtraído em favor do acusado.

O Ministério Público Federal tipificou a conduta do acusado nos crimes previstos nos artigos 299, § 2º, c/c 312, § 1º, do Código Penal, em continuidade delitiva (CP, art. 71) e concurso material (CP, art. 69), em face de ter subtraído de contas de terceiros, sem autorização do titular, valores que eram creditados em conta de sua titularidade, valendo-se, inclusive, do cargo público que ocupava na CEF.

O primeiro apelante, Ministério Público Federal, pugna pela reforma da sentença condenatória tão-somente para que se declare de forma expressa a perda de emprego público que era exercido pelo acusado na CEF, nos termos do artigo 92, I, a, do Código Penal – efeito secundário específico da condenação.

O segundo apelante, o acusado Ricardo Antônio Brandão, pugna pela reforma da sentença com o fim de ser absolvido, adu-

zindo para tanto que: 1) agiu sob o manto do estado de necessidade (CP, artigos 23 e 24), em virtude de sua esposa, à época dos fatos, estar atravessando por problemas graves e sérios de saúde, que o levou, inclusive a tomar dinheiro emprestado a agiotas.

Alternativamente, pugna pela reforma da sentença, no que se refere à dosimetria da pena, alegando que houve excesso no *quantum* aplicado e que não se atendeu a norma prevista no artigo 59 do Código Penal.

Contrarrazões apresentadas pela acusação (fls. 490/494) rechaçando a tese de estado de necessidade, bem como refutando a alegação de excesso na aplicação da pena. Ausentes as contrarrazões pela defesa.

Parecer Ministerial (fls. 499/515), ofertado pelo Exmo. Sr. Procurador Regional da República, Dr. Fábio George Cruz da Nóbrega, que opinou pelo não provimento do recurso do réu e pelo provimento do recurso do MPF, no sentido de ser declarada expressamente, como um dos efeitos da sentença, a perda de cargo público que era exercido pelo condenado na Caixa Econômica Federal - CEF.

É o que havia de relevante para relatar.

Encaminhem-se os autos ao eminente Senhor Desembargador Federal Revisor, nos termos regimentais

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

RICARDO ANTÔNIO BRANDÃO CAMPOS foi condenado pela prática do crime previsto no 312 do Código Penal (Peculato), à pena final de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão (pena base = 02 anos, majorada de 1/3 (= 8 meses) em face da causa especial de aumento prevista no artigo 327, § 2º, do Código Penal), inicialmente em regime aberto (artigo 59 c/c 33, § 3º, do Código Penal), e 30 (trinta) dias-multa.

Ao final, teve a pena de reclusão substituída por duas penas restritivas de direito (prestação de serviço à comunidade e prestação pecuniária).

O primeiro apelante, Ministério Público Federal, pugna pela reforma da sentença condenatória tão-somente para que se declare de forma expressa a perda de emprego público que era exercido pelo acusado na CEF, nos termos do artigo 92, I, a, do Código Penal – efeito secundário específico da condenação.

O segundo apelante, o acusado Ricardo Antônio Brandão, pugna pela reforma da sentença com o fim de ser absolvido, aduzindo para tanto que: 1) agiu sob o manto do estado de necessidade (CP, artigos 23 e 24), em virtude de sua esposa, à época dos fatos, estar atravessando por problemas graves e sérios de saúde, que o levou, inclusive a tomar dinheiro emprestado a agiotas.

Alternativamente, pugna pela reforma da sentença, no que se refere à dosimetria da pena, alegando que houve excesso no ‘quantum’ aplicado e que não se atendeu a norma prevista no Artigo 59 do Código Penal.

Passo à análise.

Segundo a denúncia, o acusado RICARDO ANTÔNIO BRANDÃO CAMPOS, na condição de gerente-geral da Agência da Caixa Econômica Federal, em Coruripe/Alagoas, no período compreendido entre 1999 a 2000, agiu da seguinte maneira:

1) Inicialmente, o acusado, diante de clientes que tinham apenas contas-poupança, providenciava, sem o conhecimento do titular, a abertura de conta-corrente, onde era concedido um crédito-rotativo - CROT, que abastecia a conta recém aberta;

2) para tal prática, providenciava a confecção de contratos de Crédito Rotativo, Cheque Azul, falsificando a assinatura do titular neste documento público;

3) diante da abertura dos diversos Créditos Rotativos (CROTs) passava a transitar dinheiro de uma conta para outra, eletronicamente, utilizando-se dos Terminais de Vídeo, oportunidade em que ficava registrado a sua matrícula como funcionário da CEF autorizador da transação, não havendo necessidade de transitar a informação pelo Caixa Executivo. O trânsito tinha por objetivo cobrir eventual extrapolação do limite de crédito;

4) em alguns casos, depois de extrapolado o limite de crédito já fraudulentamente concedido ao cliente, levava a efeito o acusa-

do a confecção de Contrato Particular de consolidação, confissão e renegociação da dívida e outras obrigações, oportunidade em que renegociava a dívida do correntista, confeccionando, ainda, como garantia do empréstimo, nota promissória em favor da CEF;

5) parte do dinheiro fictamente concedido aos correntistas e movimentado entre contas com titularidades diversas, tinha por destinação final a conta poupança nº 211701337555-5, de titularidade do acusado;

6) identificou-se, ainda, a concessão fraudulenta de um financiamento habitacional com recursos do FGTS, também subtraído em favor do acusado.

INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO RETROATIVA

Os fatos, segundo a denúncia, ocorreram durante o período de 1999 a 2002.

A denúncia foi recebida (fls. 77/78) em 14 de julho de 2005.

O acusado foi condenado à pena de 02 anos e 08 meses de reclusão, e conforme se verifica da sentença (fls.360/376) a pena base foi de 02 anos e a majoração dos 08 meses se deu em face da causa especial de aumento da continuidade delitiva, prevista no artigo 71 do Código Penal, conforme registro na própria ementa da sentença e em face de o juiz ter se limitado a apenas tal causa especial de aumento em detrimento da prevista no artigo 327, § 2º, do Código Penal.

Fixada a pena em 02 anos e 8 meses de reclusão, dos quais 08 meses decorreram da causa de aumento do crime continuado, para fins de contagem do prazo prescricional, deve ser considerada apenas a pena de 02 (dois) anos de reclusão (pena-base), conforme enunciado da Súmula nº 497 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Súmula 497. Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação.

Como destacado acima, a acusação manejou seu apelo tão-somente para que se declare de forma expressa a perda de cargo público que era exercido pelo acusado na CEF, nos termos do ar-

tigo 92, I, a, do Código Penal – efeito secundário específico da condenação, inexistindo na peça recursal (fls. 386/397) irresignação no tocante à pena aplicada na sentença, tendo ocorrido, desta forma, o trânsito em julgado da sentença em relação à própria dosimetria da pena, seja a privativa de liberdade, como a restritiva de direito e multa.

Tratando-se de sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação o instituto da prescrição regula-se pela pena aplicada, a teor do artigo 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal, que dispõe:

Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido o seu recurso, regula-se pela pena aplicada.

§2º - A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa.

Por sua vez, o artigo 109 do mesmo diploma legal estabelece o seguinte:

Art.109 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art.110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominado ao crime, verificando-se:

I - IV (*omissis*)

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois)

Se entre a data dos fatos (ano de 2002) até a do recebimento da denúncia (14 de julho de 2005) – fls.77/78, **não se conta lapso superior a 04 anos**, em face da pena-base aplicada (02 anos) não se computando o acréscimo da continuidade delitiva (CP, art.71) – enunciado da Súmula nº 497 do STF, não há que se falar em ocorrência de prescrição e por conseguinte em extinção da punibilidade.

Passo à análise do mérito das apelações interpostas.

AUTORIA E MATERIALIDADE DELITUOSAS

Anterior à análise do mérito do recurso da acusação, que se cinge à declaração expressa da perda de cargo público, impõe-se a verificação acerca da autoria e materialidade delitivas.

O acusado foi condenado pelo crime de Peculato (CP, art. 312) em face de, na condição de funcionário da empresa pública federal - CEF, e em razão da função de gerente que ali exercia, ter se apropriado de valores pertencentes ao órgão público em que trabalhava.

Os fatos são incontroversos. Confira-se excertos do interrogatório do acusado, em juízo (fls. 107/11):

(...) que foi Gerente Geral da Caixa Econômica Federal, Agência Coruripe, situada no município de Coruripe/AL, durante o período de 1999 a 2003 (...); que foi despedido da CEF, por justa causa, no ano de 2003, tendo inclusive ingressado com ação judicial para ser reintegrado à aludida empresa pública, porém não obteve êxito (...).

Que o interrogando quer esclarecer que, quanto ao desvio de valores, temporariamente, de empréstimos concedidos a terceiros para sua conta corrente na própria CEF, deveu-se a um fato que ocorreu na sua família, decorrente de uma cirurgia a que teve que se submeter a sua esposa, da qual decorreram sequelas e o interrogando teve que providenciar recursos adicionais para dar-lhe o atendimento devido, considerando que o plano de saúde da CEF não cobriu inteiramente o tratamento necessário, inclusive a sua esposa teve que deslocar-se até o Estado de São Paulo para realizar um tratamento especializado, que lhe custou valores que excederam a sua disponibilidade naquele momento, e não podendo o interrogando valer-se de empréstimos junto à instituição a que servia, viu-se compelido a recorrer a um agiota, na cidade de Delmiro Gouveia, onde ainda servia como gerente, quando a sua esposa necessitou do tratamento aqui reportado (...).

Que, em função dessa crise familiar e financeira, viu-se inadimplente com o referido agiota, cujo nome prefere não declinar, o qual passou a ameaçá-lo de morte, e também aos seus dois filhos, que residiam e estudavam em Aracaju, caso não lhe pagasse a dívida (...).

Que a situação financeira tornou-se insustentável e o interrogando não mais conseguiu efetuar pagamentos ao agiota, tendo pensado, a essa época, em comunicar tal situação à superintendência da CEF e afastar-se da Gerência que ocupava, o que, infelizmente, não fez, tendo optado por apelar para alguns clientes da CEF, que eram seus conhecidos, aos quais contou a sua necessidade, momentânea, de recursos, obtendo autorização verbal para utilizá-los, vez que dispunham de crédito rotativo em conta corrente (...).

Por sua vez, as testemunhas arroladas pela acusação positivamente a narrativa da denúncia:

depoimento da testemunha Carlos Roberto de Lima Sá, Economiário – Caixa Econômica Federal (fls. 264/265):

(...) que o acusado abria contas correntes de clientes que já tiveram contas correntes, mas que não eram movimentadas com frequência; que o réu se utilizava dos documentos já constantes nos cadastros da CAIXA e que os contratos eram assinados por ele próprio, o acusado, ou sequer eram assinados; que o acusado utilizava créditos para poder transferir o dinheiro para sua própria conta-corrente, ficando um registro eletrônico que vinha a ser o número da matrícula do acusado; que o acusado utilizava-se desse recurso por um longo período, já que era gerente da agência; que até hoje recebe reclamações de clientes; que, quando a conta passava a ter saldo negativo, o réu se utilizava de outros expedientes para cobrir os excessos das contas e quando não tinha mais condições de fazer as transferências, liquidava as contas e deixava a dívida para a CAIXA (...); que o réu fez um empréstimo para cobrir as contas e esse empréstimo nunca foi pago; que muitas vezes o acusado usava terminais de outros funcionários da CAIXA, abusando da confiança deles em virtude de sua condição de gerente geral para efetuar transferência para sua própria conta-corrente; que o montante geral do prejuízo da CAIXA chegou a algo em torno de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) (...).

depoimento da testemunha Jailson de Farias Silva – à época dos fatos Prestador de Serviços na CEF na função de auxiliar de processamento (fls. 295/296):

(...) que nessa função trabalhava com Conformidade Legal e Normativa; que no exercício de suas funções constatou várias irregularidades na Conformidade Legal de contratos, aberturas de contas, dossiê dos clientes, etc.; que ao constatar as irregularidades automaticamente repassava as ocorrências para seu supervisor; (...) passado algum tempo, começaram a desconfiar de algum funcionário que tivesse alto nível de acesso aos dados (...), que notou várias contas faltando documentos essenciais, tais como: contratos, fichas de abertura de contas, falta de documentos pessoais do cliente; que comunicou ao setor de cobrança do banco em Maceió; (...) que teve uma leve suspeita do acusado, porém todos não acreditavam em sua culpa em razão de sua conduta retilínea no banco (...); que posteriormente o pessoal de Maceió apontou o réu como autor do golpe (...).

Os depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação são uníssonos em corroboração a acusação. Comprovou-se na instrução que as irregularidades perpetradas pelo acusado, como o fim de desviar os valores das contas de clientes em seu proveito próprio, consistiam em falsificação de documentos para a abertura de conta-corrente, sem conhecimento dos respectivos titulares, nas quais era concedido um crédito rotativo - CROT, além do desvio desses numerários para sua própria conta e para outras de titularidades diversas, objetivando a cobertura de outras transferências indevidas.

Para ocultar tais condutas, efetuava a renegociação da dívida, mediante contratos e notas promissórias falsificadas.

Frise-se que, conforme dito pelas testemunhas, funcionários da CEF (economiários e prestadores de serviço), que havia cópias de extratos de clientes com conta poupança, transformada em conta corrente, com disponibilidade de crédito rotativo e que o dinheiro disponibilizado no crédito rotativo era transferido para outras contas e quando o correntista tinha seu nome inscrito nos órgãos de restrição ao crédito, por 'estourarem' tais créditos e não pagar, procuravam o banco para reclamar, declarando que as contas eram do tipo poupança e já estavam encerradas há muito tempo (*sic* – depoimento fl. 296).

Constatou-se, ainda, a liberação fraudulenta de recursos do FGTS para habitação.

Ou seja, as condutas perpetradas por um gerente da CEF, que se presume ser conhecedor das normas e da licitude das operações bancárias, não se mostram inofensivas à sociedade e à própria administração pública.

Colhem-se da sentença recorrida, a seguinte narrativa (fl. 368):

(...) De fato, nem todo o dinheiro obtido mediante empréstimos irregulares foram transferidos para a conta-poupança do denunciado, contudo, isso não é suficiente para afastar a alegação de que o réu procedeu a todas as irregularidades descritas na inicial.

Isso porque segundo apurado ao longo da sindicância, a abertura de contas e crédito rotativo, bem como as transferências de valores eram sempre realizadas mediante o sistema informatizado da Caixa, cujo acesso é condicionado à apresentação de senha de uso pessoal do servidor. No caso em epígrafe, a abertura de contas-correntes sem documentos obrigatórios, a concessão de crédito rotativo e as transferências realizadas entre contas abertas irregularmente foram realizadas, em quase sua totalidade, com o uso da senha do denunciado (cf. fls.09/43 do volume nº 06 em apenso).

Ressalte-se que as movimentações foram tantas e em tão variadas datas que não é possível atribuí-las a um eventual descuido do denunciado que, acessando o sistema com sua senha pessoal e afastando-se momentaneamente do terminal, permitiu que terceiro procedesse às transferências em seu nome. Uma análise cuidadosa dos documentos que instruem a denúncia geram a convicção de que somente o próprio denunciado pode ter sido o responsável pelos fatos narrados na inicial acusatória.

Até porque, as testemunhas ouvidas administrativamente asseveraram que inexistiu promiscuidade no uso de senhas pessoais de acesso ao sistema informatizado. (Cf. fl. 24 do volume nº 06 em apenso).

As testemunhas ouvidas em sede administrativa reconheceram como sendo do denunciado as assinaturas apostas aos contratos de crédito rotativo, termos de renegociação de dívida, notas promissórias, cheques emitidos em

nome de correntistas (cf. fls.07/08 e 51 do volume nº 06 em apenso). (...).

O crime teve como consequência comprovada apenas a sua normal decorrência, qual seja, a lesão à Administração Pública, consubstanciada no desfalque do patrimônio da CEF e, subsidiariamente, aos particulares lesados.

O artigo 312 do Código Penal fixa para o delito de peculato a pena de reclusão de 02 (dois) a 12 (doze) anos e multa.

Trata-se de um tipo penal especial de apropriação indébita cometido por funcionário público *ratione officii*. O agente, arbitrariamente, faz sua ou desvia, em proveito próprio ou de terceiro, a coisa móvel que possui em razão do cargo, seja ela pertencente ao Estado ou a Particular, ou esteja sob sua guarda ou vigilância.

O objeto jurídico tutelado é a Administração Pública. Secundariamente, protege-se o patrimônio do particular, quando o objeto material lhe pertence (RT 528:396).

A reparação do dano não exclui o crime, podendo reduzir a pena em quantidade variável (CP, Art. 16) ou atenuá-la genericamente.

Crimes funcionais são aqueles que se encontram descritos nos artigos 312 a 316 do Código Penal.

A condição do acusado, empregado da CEF, ocupando emprego público, com cargo de chefia (Gerente de Agência), deve ser analisada nos termos do que dispõe o artigo 327 do Código Penal, que conceitua a figura do funcionário público para efeitos penais, *in verbis*:

Art. 327 Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

§ 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocu-

pantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Assim, havendo o acusado, na condição de gerente da agência da empresa pública federal - CEF, apropriado-se, de modo continuado, de valores pertencentes aos cofres de tal empresa pública, mediante ardil utilizado nas contas correntes e de poupança de clientes da citada instituição bancária pública, configura-se o crime de peculato, previsto no artigo 312 do Código Penal.

Quanto à possibilidade de um empregado de empresa pública federal, como é considerada a Caixa Econômica Federal, perfazer o crime de peculato, confira-se o seguinte julgado:

PENAL. PECULATO. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA. EQUIPARAÇÃO. TIPICIDADE. CARACTERIZAÇÃO. AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA ESTELIONATO E APROPRIAÇÃO INDÉBITA. AFASTAMENTO. COAÇÃO MORAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. MANUTENÇÃO. IMPROVIMENTO DO RECURSO.

1. Apropriação de valores existentes em conta poupança de clientes por funcionário da Caixa Econômica Federal caracteriza o crime de peculato, eis que equiparado à funcionário público. O crime de peculato nada mais é do que a apropriação indébita qualificada pelo fato de ser o agente funcionário público. Desclassificação afastada.

2. É de ser afastada a desclassificação do delito de peculato (art. 312 do CP), para o estelionato (art. 171 do CP), eis que se trata de crime cometido por agente que exercia cargo público, na Caixa Econômica Federal, além de que o artifício utilizado pelo agente não seria capaz de enganar.

3. Comprovada autoria e materialidade delitiva e presente o elemento subjetivo, consistente no dolo genérico, impõe-se a manutenção da condenação.

4. Não basta à configuração da coação moral irresistível a mera versão do acusado, sob pena de banalização do instrumento de exclusão de culpabilidade, que somente deve incidir em casos especialíssimos, ou seja, nas hipóteses em que efetivamente o agente teve a sua vontade suprimida.

5. Pena-base acima do mínimo legal ante a gravidade do delicto, a personalidade do réu e as consequências do delicto. Manutenção do *quantum* fixado.

6. Improvimento do recurso.

(TRF-3ª Região, Classe: ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 8393. Processo: 199903990001094 UF: SP. Órgão Julgador: 2ª Turma, Data da decisão: 12/11/2002)

A norma do artigo 327 do Código Penal é de extensão, conceituando a elementar “funcionário público” contida em várias incriminações. Por isso é norma penal incriminadora. Sua interpretação deve ser restritiva, não podendo ser alargada.

Nesse sentido, DAMASIO E. DE JESUS, *in Código Penal anotado*, Editora Saraiva, 1991, comentando o artigo 327 do Código Penal, registra:

Existem duas correntes a respeito da disposição: 1ª) restritiva: entende que o parágrafo contém: a) uma equiparação; b) uma causa de aumento de pena. A equiparação e a causa de aumento de pena têm aplicação restrita aos sujeitos que menciona: devem ser “ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público. Nesse sentido: JTACrimSP, 67:383; RT, 564:356. De modo que somente são funcionários públicos, sofrendo a causa de aumento de pena dos crimes previstos no Capítulo I, as pessoas expressamente mencionadas, as que ocupam cargos em comissão ou exercem função de direção ou assessoramento nas entidades indicadas. Os outros, por exemplo, os que não exercem função de direção etc., não são funcionários públicos; 2ª) ampliativa: para essa orientação, o novo § 2º do art. 327 permite interpretação no sentido de que todos os funcionários das entidades indicadas, exerçam posição de comando ou não, são funcionários públicos para os efeitos penais. A causa de aumento de pena, contudo, aplica-se somente às pessoas expressamente apontadas (as que ocupam cargos de comando, etc.). Nossa posição: a primeira.

Indiscutível, pois, a equiparação do acusado, empregado da CEF, como funcionário público para efeitos penais.

Resta, agora, a seguinte indagação, poderá um empregado de empresa pública ter declarada a perda de emprego na administração indireta?

RECURSO DA ACUSAÇÃO
DECLARAÇÃO EXPRESSA DA PERDA DE CARGO PÚBLICO
(CP, art. 92, I, a)

Comprovada a autoria e materialidade delitivas, comungo do entendimento exposto na sentença recorrida, seja na sua parte fático-jurídico, como na dispositiva, mormente na sua conclusão pela procedência da denúncia.

O acusado foi condenado pela prática do crime previsto no art. 312 do Código Penal (Peculato), à pena final de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão [pena base = 02 anos, majorada de 1/3 (= 8 meses) em face da causa especial de aumento prevista no artigo 71 do Código Penal (continuidade delitiva)], inicialmente em regime aberto (Artigo 59 c/c 33, § 3º, do Código Penal), e 30 (trinta) dias-multa.

Referida pena de reclusão foi substituída por duas penas restritivas de direito (prestação de serviço à comunidade e prestação pecuniária).

A acusação manejou seu apelo tão-somente para que se declare de forma expressa a perda de cargo público que era exercido pelo acusado na CEF, nos termos do artigo 92, I, a, do Código Penal – efeito secundário específico da condenação.

Não há na peça recursal (fls. 386/397) irresignação no tocante à pena aplicada na sentença, tendo ocorrido, desta forma, o trânsito em julgado para a acusação em relação à própria dosimetria da pena, seja a privativa de liberdade, como a restritiva de direito e multa.

A doutrina penal leciona que os efeitos que a condenação criminal projeta dividem-se em efeitos principais e efeitos secundários (de natureza penal ou extrapenal).

O efeito principal da condenação é a imposição da pena (privativa de liberdade, restritiva de direitos ou de multa) ao autor do crime ou da contravenção.

Os efeitos secundários de natureza penal afetam a situação criminal do condenado (v.g. revogação de *sursis* ou livramento condicional concedido em condenação anterior; interrupção do prazo de prescrição da pretensão executória do crime anterior (CP, art. 117, VI); gera reincidência (CP, arts. 63 e 64).

Os efeitos secundários de natureza extrapenal afetam a vida do condenado no âmbito civil, administrativo e político. Dividem-se em efeitos genéricos e efeitos específicos.

Os efeitos secundários de natureza extrapenal genéricos estão previstos no artigo 91 do Código Penal e são automáticos, não dependem, portanto, de declaração na sentença condenatória. Os efeitos específicos, tratados no Código Penal no artigo 92, por sua vez, não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

Nesse sentido RUI STOCO e outros, *in Leis Penais e sua Interpretação Jurisdicional*. São Paulo: Ed. RT, 6ª edição, 1997, registra:

A perda de cargo ou função pública é efeito de natureza administrativa da condenação criminal. A perda de mandato eletivo tem natureza política. Em ambos os casos é cabível a declaração judicial desses efeitos em virtude de crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, no exercício do cargo, função ou mandato. Até a vigência da Lei nº 9.268/96, que deu nova redação ao inc. I do art. 92 do CP, a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, somente poderia ser decretada como efeito da condenação nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública, quando a pena aplicada fosse superior a quatro anos (...). A nova redação do inc. I, do art.92, (...) impôs maior rigor na matéria. Quando de tratar de crime praticado com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública, e a pena privativa de liberdade, for igual ou superior a 1 ano, terá lugar a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo. Nos demais casos, incidirão os efeitos previstos no inciso I do art. 92, desde que a pena seja superior a quatro anos (...).

Constata-se do depoimento do acusado (fls.31/36) na Polícia Federal e no interrogatório, em juízo (fls.282/287), que o mesmo foi demitido da Caixa Econômica Federal em razão dos fatos noticiados na denúncia. Confira-se trecho dos depoimentos:

depoimento do acusado na Polícia Federal (fl. 32):
(...) que o interrogado trabalha para CEF no período compreendido entre 1977 a 2003, exercendo a função de gerente geral em Coruripe/AL, de 1999 a 2002 (...).

depoimento do acusado em Juízo (fls. 107/111): (...) que foi Gerente Geral da Caixa Econômica Federal, Agência Coruripe, situada no município de Coruripe/AL, durante o período de 1999 a 2003 (...); que foi despedido da CEF, por justa causa, no ano de 2003, tendo inclusive ingressado com ação judicial para ser reintegrado à aludida empresa pública, porém não obteve êxito (...); que quanto às testemunhas arroladas pela acusação, somente tem restrições a fazer ao Sr. Carlos Roberto de Lima Sá, presidente da Comissão Apuradora dos fatos aqui em exame, vez que entende que exagerou nas suas conclusões quando da sindicância que resultou na demissão do interrogando (...).

O Exmo. Sr. Juiz Federal de primeiro grau, ao apreciar os embargos de declaração opostos pelo MPF (fls. 379/380) contra a sentença (fls.360/376) no sentido de reconhecer a omissão apontada e negar-lhes efeitos modificativos, consignou (fls. 382/383):

(...) O Ministério Público Federal sustenta, ainda, que a sentença atacada não apreciou o pedido formulado em sede de alegações finais no sentido de aplicar ao réu pena de perda de cargo público, nos termos do artigo 92, I, do CP.
(...)

Quanto à alegada omissão, de fato a sentença atacada não apreciou o pedido formulado no sentido de aplicar ao réu também a pena de perda de cargo ou emprego público. Isso porque, conforme depoimento de fls. 31/36 e interrogatório de fls. 282/297, o denunciado foi demitido da Caixa Econômica Federal em razão dos fatos narrados na denúncia, não sendo possível excluir dos quadros de servidores da Caixa quem não mais o integra (...)

Impõem-se algumas considerações: **Cargo público** é o lugar

instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas, para ser provido e exercido por um titular, na forma da lei (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998). **Função Pública** é a atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais (Hely Lopes Meirelles, obra citada).

Dos conceitos acima apontados, importa frisar que a demissão implica no desligamento do serviço ativo, com a consequente perda de seu cargo e sua função pública. É a hipótese dos autos.

Frise-se que o *animus* do acusado em retornar aos quadros da CEF infere-se do ajuizamento da ação judicial manejada com o objetivo de alcançar a sua reintegração. Nesse sentido, confira-se trecho do interrogatório do acusado (fls.107/11):

(...) que foi Gerente Geral da Caixa Econômica Federal, Agência Coruripe, situada no município de Coruripe/AL, durante o período de 1999 a 2003 (...); que foi despedido da CEF, por justa causa, no ano de 2003, tendo inclusive ingressado com ação judicial para ser reintegrado à aludida empresa pública, porém não obteve êxito (...).
Destaquei.

Contudo, o Magistrado Federal não declarou a perda de cargo público em face de o acusado já ter sido demitido dos quadros da CEF, conforme sentença proferida nos embargos de declaração (fls. 382/383).

Discordo desse entendimento, em face de restar clara a intenção do acusado de retornar aos quadros da CEF, conforme se constata do teor dos seus depoimentos, seja na Polícia Federal, ou em juízo, quando afirmou que ajuizou uma ação de reintegração, pretensão que não teve sucesso.

Frise-se, ademais, que a perda de cargo público, função pública ou mandato eletivo, enquanto efeito específico da condenação, não se confunde com a proibição do exercício de cargo, função, atividade pública ou mandato eletivo, pois, estas, se constituem em interdição temporária de direitos (CP, art. 47, I), espécie de pena restritiva de direitos (CP, art. 43, V), substitutiva da privativa

de liberdade nos crimes dolosos, quando não superior a 4 anos ou culposos (CP, art. 44, I).

A perda de cargo público é efeito permanente da condenação, já que o condenado ainda que reabilitado, jamais poderá ocupar o cargo, função ou mandato anterior.

Dispõe o artigo 92 do Código Penal:

Artigo 92. São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a 1 (um) ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

(...)

Parágrafo único. Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

Vê-se do referido comando legal que a perda de cargo público dar-se-á quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a 1 (um) ano, nos crimes praticados com violação de dever para a com a administração pública, hipótese que ocorreu no caso concreto, vez que o acusado foi condenado a uma pena de 02 anos e 08 meses de reclusão pela prática de crime de peculato, com violação de dever para com a Administração Pública.

Os crimes funcionais são aqueles que se encontram descritos nos artigos 312 a 316 do Código Penal. Assim, as expressões cargo e função pública devem ser analisadas nos termos do que dispõe o art. 327 do Código Penal, que conceitua a figura do funcionário público para efeitos penais.

Agiu o acusado na condição de empregado da CEF, na função de gerente, que lhe permitiu facilmente acesso aos valores creditados ilícitamente em contas correntes de sua titularidade e de terceiros, particulares lesados pelo crime perpetrado, que na sua objetividade jurídica protege o Estado e, subsidiariamente, o particular lesado pela conduta.

O Exmo. Sr. Juiz Federal reconheceu tal fato: que o acusado agiu com violação de dever funcional para com a Administração

Pública. Nesse sentido, confirmam-se excertos da sentença recorrida (fl. 371), *in verbis*:

(...) A situação do réu é agravada devido a sua condição de chefe da agência.

É que a lei entende merecedora de maior reprimenda a conduta dos chefes e diretores dos órgãos da administração pública direta ou indireta que praticam ilícitos contra a Administração Pública, visto que, nesses casos, a quebra do dever de probidade e lealdade repercute de forma mais aguda. Não se tratam de simples funcionários, mas de indivíduos que, por sua posição de preeminência, deviam zelar com mais afinco pelos bens do Estado.

Além do que, a condição de chefia importa na atribuição de certas prerrogativas aos ocupantes dessas posições, prerrogativas essas que facilitam o acesso do funcionário aos bens públicos e que, se mal utilizadas, terminam por causar graves prejuízos ao erário. No caso do réu, a sua condição de chefia permitiu-lhe acesso aos valores creditados ilicitamente em contas bancárias sua e de terceiros. (...).

Os requisitos necessários à declaração de perda de cargo público estão presentes, no caso ora exame: 1) pena privativa de liberdade superior a 01 ano e 2) violação de dever funcional para com a administração pública – no caso – empresa pública federal (CEF).

Ocorre que a decretação da perda de cargo público demanda motivação específica conjugada com os requisitos objetivos supracitados e com previsão legal (CP, art. 92). É a discricionariedade que detém todo Juiz para aplicá-la ou não conforme a situação concreta, que na hipótese dos presentes autos convergem para a decretação da perda de emprego exercido pelo acusado junto à CEF, que sem sombra de dúvida com sua ação delituosa agiu com quebra do dever de probidade e lealdade para com a Administração Pública, além das circunstâncias do crime que se reputam negativamente em face do grau de elaboração no cometimento do delito, o esmero, a sistematização e a cautela na sua execução que lograram êxito em burlar, com eficiência, os sistemas de controle da citada empresa pública federal.

Nos crimes de peculato, a importância do bem jurídico prote-

gido vai além da questão meramente patrimonial, uma vez que a norma penal incriminadora visa tutelar a moralidade e a probidade dos agentes públicos.

Ademais, tais bens jurídicos (moralidade e probidade), tutelados pela norma, não estariam devidamente resguardados se se permitisse a permanência do empregado da CEF infrator no exercício de suas funções públicas (de gerente de agência) ou mesmo permitindo o seu reingresso à instituição bancária.

Confira-se o que leciona CEZAR ROBERTO BITENCOURT, *in Tratado de Direito Penal – Parte Geral*, volume 1, Saraiva, 2003:

Os efeitos específicos da condenação, não automáticos, dependentes de motivação na sentença, são os seguintes:

a) perda de cargo, função pública ou mandato eletivo. Essa previsão não se destina exclusivamente aos chamados crimes funcionais (arts. 312 a 347 do CP), mas qualquer crime que um funcionário público cometer com violação de deveres que a sua condição de funcionário impõe, cuja pena de prisão aplicada seja igual ou superior a um ano, ou, então, a qualquer crime praticado por funcionário público, cuja pena aplicada seja superior a quatro anos de prisão.

A Lei nº 9.268/96 afastou a injustificada proteção da impunidade de servidores delinquentes, que havia sido consagrada pela Reforma Penal de 1984, distinguindo das hipóteses em que a condenação criminal de funcionário público pode acarretar a perda da função pública, como efeito específico da condenação (...) É imprescindível que a infração penal tenha sido praticada com abuso de poder ou violação de dever inerente ao cargo, função ou atividade pública. É necessário que o agente, de alguma forma, tenha violado os deveres que a qualidade ou condição de funcionário público lhe impõe. (...).

E no que se refere a perda de cargo público, registrou referido autor, na obra acima citada:

No entanto, ao contrário do que afirmam alguns penalistas, a perda não pode abranger qualquer cargo, função ou atividade eventualmente exercidos pelo condenado. Ao contrário, deve restringir-se somente àquele(a) no exercí-

cio do(a) qual praticou o abuso, porque a interdição pres-supõe que a ação criminosa tenha sido realizada com abuso de poder ou violação de dever que lhe é inerente (...).

Vê-se no caso ora exame que o acusado, empregado da CEF, exercendo suas atividades em função de confiança – gerente de agência, além de ser equiparado a funcionário público para efeitos penais (CP, art. 327), com a conduta perpetrada tipificou crime funcional, previsto no artigo 312 do CP (Peculato), com violação a dever funcional e com pena superior a 01 ano de reclusão.

O que há de se decidir é se, fazendo a lei penal expressa referência a cargo ou função pública (CP, art. 92, I), seria possível a decretação da perda do emprego mantido junto à administração pública indireta da União.

Ora, penso perfeitamente possível, tendo em vista não haver dúvidas de que fora a intenção do legislador extirpar dos quadros da administração pública (qualquer que seja o regime de trabalho), aquele que causou dano ao erário.

Vê-se dos autos que a ação do acusado violou dever funcional e a credibilidade da administração pública.

Em relação à possibilidade da perda de emprego, hipótese dos autos, vez que o acusado era empregado da empresa pública federal (CEF), vê-se do seguinte julgado emanado do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

PENAL. PECULATO. ART. 312, *CAPUT*, PRIMEIRA FIGURA, DO CP. APROPRIAÇÃO DE VALORES RECEBIDOS DE MENSALIDADE DE PRODUTOS. **FUNCIONÁRIO DOS CORREIOS**. AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. VALIDADE DA PROVA PROVENIENTE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. **PERDA DO EMPREGO PÚBLICO**.

1. Existência do peculato demonstrada, especialmente, pelos relatórios do procedimento administrativo, que mostram o recebimento de 136 mensalidades de carnês do Baú da Felicidade e a falta de contabilização/apropriação dos valores correspondentes, o que reduziu em prejuízo aos Correios, que teve de ressarcir a empresa.

2. Autoria indubitosa, visto que a agência em questão era,

consoante designação da EBCT, unipessoal, ou seja, contava com um funcionário apenas, o acusado, que era chefe e atendente, sendo o responsável pelo único subcaixa da unidade, contando com auxílio de estagiários exclusivamente na triagem e entrega de correspondências.

3. Na hipótese, o dolo evidencia-se da própria conduta, pois difícil crer que o réu tenha agido sem intenção de assenhoramento ao não contabilizar e não recolher aos cofres dos Correios os valores das mensalidades recebidas.

4. A condenação não tem por base apenas elementos da fase administrativa, e, sim, também, o interrogatório do réu e os testemunhos coligidos, o que é plenamente válido, uma vez que vige o princípio do livre convencimento.

5. A perda do emprego público é efeito específico da condenação, não automático, que reclama motivação adequada, o que se verifica no caso.

6. A exoneração na seara administrativa não impede a perda do emprego público enquanto efeito específico da condenação (art. 92, I, a, do CP), uma vez considerada a independência das esferas, especialmente, tendo em conta que a determinação na sentença penal revela-se necessária para obstar eventual reintegração.

(TRF-4ª REGIÃO, ACR 9272/RS, 7ª TURMA, Rel. Des. Federal TADAAQUI HIROSE, 08/04/2008). Grifos acrescidos.

Com tais considerações, comprovadas a autoria e materialidade delituosas do crime de peculato em detrimento da CEF e em virtude de o acusado ter agido com quebra do dever de probidade e lealdade àquela instituição bancária pública, e em face de estarem presentes os requisitos necessários à declaração de perda de emprego (pena de reclusão superior a 1 ano e violação de dever funcional), **acolho o recurso do MPF** para nos termos do artigo 92, I, a, do Código Penal, **declarar a perda do emprego** exercido pelo acusado RICARDO ANTÔNIO BRANDÃO CAMPOS junto à empresa pública federal - Caixa Econômica Federal.

RECURSO DA DEFESA

O acusado Ricardo Antônio Brandão, pugna pela reforma da sentença com o fim de ser absolvido, aduzindo para tanto que: 1) agiu sob o manto do estado de necessidade (CP, artigos 23 e 24),

em virtude de sua esposa, à época dos fatos, estar atravessando problemas graves e sérios de saúde, que o levou, inclusive a tomar dinheiro emprestado a agiotas.

Alternativamente, pugna pela reforma da sentença, no que se refere à dosimetria da pena, alegando que houve excesso no *quantum* aplicado e que não se atendeu a norma prevista no artigo 59 do Código Penal.

Estado de Necessidade

Na atual vigência do Código de Processo Penal, o artigo 386 prevê:

Art. 386. O Juiz absolverá o réu mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - V (...)

VI- existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts.20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência.

Por sua vez, o Código Penal, dispõe:

Art. 23 - Não há crime quando o Agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II-III (...)

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

O alegado estado de necessidade não restou comprovado, nem mesmo para colocar em dúvida a absoluta ausência de condições financeiras alegada pelo réu, capaz de justificar o crime de tamanha potencialidade lesiva à sociedade.

Pauta o estado de necessidade, a razoabilidade – o agente sacrifica bem de terceiros em favor do seu, por ser o único meio de que dispunha naquele momento. Se o fato não é razoável, é ilícito.

A situação vivenciada pelo acusado, acaso tivesse sido provada, de miserabilidade e penúria não justifica a prática de crime,

que não pode ser exculpado em razão de dificuldades financeiras enfrentadas pelo agente.

Nesse sentido, confirmam-se os precedentes, inclusive, desta Corte:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA E AUSÊNCIA DE POTENCIAL CONHECIMENTO DA ILICITUDE DO FATO. EXCLUSÃO DE CULPABILIDADE. INOCORRÊNCIA. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE.

(...) O tráfico de drogas não pode ser exculpado em razão de dificuldades financeiras supostamente enfrentadas pelo traficante. A tese de inexigibilidade de conduta diversa – como fator de exclusão da culpabilidade – somente se mostra cabível em situações excepcionalíssimas, quando nenhuma outra atitude poderia ser esperada do agente.

Precedentes

(TRF 5ª Região, ACR nº 3777/PE, DJ: 01/02/2005)

PENAL. FLAGRANTE DELITO. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 12 C/C ART.18, INCISO I, DA LEI Nº 6368/76. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL E INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. ÔNUS DA PROVA.

- Comprovadas a materialidade e a autoria do crime, com a prisão do denunciado no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro, portando em sua bagagem 3.000g de cocaína com destino à Europa, impõe-se a condenação, já que nenhuma justificativa existe em seu favor.

Não há falar, sem efetiva demonstração, em coação moral irresistível ou inexigibilidade de conduta diversa. O ônus da prova, no processo penal, incumbe à parte que alega o fato constitutivo, modificativo ou extintivo de direito, cabendo, portanto, à defesa demonstrar a ocorrência efetiva de causas excludentes do crime ou de pressuposto para a imposição da pena (...).

(TRF 2ª Região, ACR 2873/RJ, DJU 15/01/2002)

Ainda assim, a defesa não fez provar, a teor do artigo 156 do Código de Processo Penal, os requisitos necessários para aplicação da excludente do artigo 24 do Código Penal, que exige a demonstração da impossibilidade de afastamento do perigo por qualquer outro meio.

Ademais, quanto à reprovabilidade da conduta, restou comprovado nos autos que o acusado, à época do fatos, economiário da CEF, na função de gerente de agência, pessoa capaz, que podia ter se determinado de forma diversa daquela praticada, não estando acobertado por qualquer causa de exclusão da culpabilidade.

Coação moral irresistível

Quanto à alegação de estaria sendo coagido por um agiota, em face de ter contraído um empréstimo, não caracteriza a excluyente prevista no artigo 22 do Código Penal – coação irresistível, mormente quando o acusado admitiu a responsabilidade pelos atos delituosos perpetrados, na condição de chefe de uma Agência da CEF.

É certo que, não é qualquer coação que afasta a responsabilidade penal do coato, mas apenas a coação irresistível.

Nelson Hungria ensina que a coação é irresistível “quando não pode ser vencida pelo coagido, suprimindo-lhe a possibilidade física ou a liberdade de agir contra a vontade do coator”.

Daí o entendimento da doutrina de que apenas da coação moral irresistível cuida o art. 22 do Código Penal. *Verbis*:

Art.22. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

É que, no caso de coação física irresistível, na verdade, o que se tem é ausência de conduta (comissiva ou omissiva) por parte do coagido, dado que suprimida, inteiramente, sua liberdade de fazer ou não fazer – é retirada qualquer possibilidade de opção entre agir e omitir-se.

Por outro lado, se a coação for resistível, não estará afastada a responsabilidade penal do coagido, mas sua pena será atenuada em função dessa circunstância (CP, art. 65, inciso III, letra c, 1ª parte).

No caso sob exame, não há provas nos autos, por parte da defesa, vez que era seu o ônus, da suposta ameaça realizada

pela pessoa do agiota, de quem o acusado teria pedido um empréstimo.

Quanto a este aspecto, confira-se:

PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES COM O EXTERIOR. RECONHECIMENTO DE COAÇÃO MORAL, IRRESISTÍVEL, EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE NÃO COMPROVADA NOS AUTOS. INADIMISSIBILIDADE.

- Laudo pericial comprovou a natureza entorpecente da substância apreendida e a autoria e demais circunstâncias fático-delitivas ficaram evidenciadas nos autos.

- A alegação de ter a ré praticado a conduta sob coação moral irresistível não se coaduna com o conjunto probatório, nem tampouco restou provada nos autos.

- Apelação a que se nega provimento.

(TRF3/5ª TURMA - ACR Processo: 95030847338 - UF: SP - DJ22/10/1996).

Grifos acrescidos.

É firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que, para a configuração da causa excludente de culpabilidade ora analisada, é necessário que o acusado faça prova nos autos da coação moral, de forma invencível, irresistível, apta a ensejar juízo negativo de culpabilidade. Eis recentes julgados que anotam o referido posicionamento:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. COAÇÃO IRRESISTÍVEL NÃO CONFIGURADA. INTERNACIONALIDADE. PROVAS. PENA-BASE REDUZIDA. CONFISSÃO RECONHECIDA DE OFÍCIO. DOSIMETRIA REFORMADA. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1 - Materialidade e autoria comprovadas.

2 - As testemunhas arroladas pela acusação confirmaram, tanto em juízo quanto na sede da Delegacia, os fatos narrados na denúncia: a constatação da existência de pacotes no fundo das malas detectadas pela máquina do raio-x, a abordagem do réu na aeronave, a abertura das malas e a confissão do réu no momento do flagrante. (...)

(...)

4 - A alegada coação moral irresistível não restou comprovada, nem mesmo para colocar em dúvida a insuperável forma de agir do réu, capaz de justificar

crime de tamanha hediondez. A prova da alegada excludente é ônus da defesa, que não logrou êxito em demonstrar a ameaça alegada pelo réu por quaisquer meios.

5 - O argumento de que desconhecia a natureza e a quantidade da droga transportada, em nada o aproveita, uma vez que, consciente de que se tratava de entorpecentes, consentiu e assumiu o risco do objeto transportado.

(...)

(TRF - Terceira Região - Apelação Criminal - ACR 200861190007175/SP, Segunda Turma, DJ 28/05/2009 - Relator: Desembargador Federal Cotrim Guimarães)

PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. BENEFÍCIO DO RECURSO EM LIBERDADE. PROVA. ESTADO DE NECESSIDADE. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. PENA. TRANSNACIONALIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. SUBSTITUIÇÃO DE PENA.

- Pedido de soltura que é sumariamente repelido, não se prestando o benefício do recurso em liberdade para o cancelamento de efeitos de prisão em flagrante.

- Materialidade e autoria provadas no conjunto processual.

- A figura do estado de necessidade requisita a exposição do agente a perigo atual, como tal não se entendendo situação que não se vincula direta e imediatamente à oportunidade de prática de qualquer delito em particular mas à possibilidade genérica de obtenção de recursos teoricamente necessários com violações à ordem jurídico-penal.

- Arguição de coação moral irresistível desacompanhada de provas e baseada apenas em declarações do réu que não merecem credibilidade. Alegação rejeitada.

(...)

(TRF - Terceira Região - Apelação Criminal - ACR 2007611900020680/SP, Quinta Turma, DJ 19/05/2009 - Relator: Desembargador Federal Peixoto Júnior).

Diante de tais considerações, não verifico a ocorrência de qualquer causa excludente da culpabilidade do denunciado, que é imputável, tinha consciência da ilicitude de sua conduta e, nas circunstâncias em que ocorreram os fatos era possível exigir-lhe

comportamento diverso, pois reúne aptidão e capacidade de auto-determinação para decidir-se pelo direito e contra o crime.

Rejeito, pois, a alegação de absolvição em face de ter agido sob estado de necessidade e de ocorrência de excludente da culpabilidade, pelo reconhecimento de coação moral irresistível, vez que não comprovada pela defesa do acusado, tampouco presente nas provas coligidas.

Exacerbação da pena

Não merece ser acolhida a tese de que houve exacerbação da pena aplicada.

O acusado foi condenado pela prática do crime previsto no 312 do Código Penal (Peculato), à pena final de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão [pena base = 02 anos, majorada de 1/3 (= 8 meses) em face da causa especial de aumento prevista no artigo 71 do Código Penal (continuidade delitiva)], inicialmente em regime aberto (artigo 59 c/c 33, § 3º, do Código Penal), e 30 (trinta) dias-multa.

A pena-base, no caso ora em exame (02 anos de reclusão), igual a pena mínima cominada ao tipo, mostrou-se necessária e justa em face de os fatos citados e sua evidente repercussão nas circunstâncias judiciais, que se mostraram favoráveis ao acusado.

A majoração da pena em 1/3 (08 meses) se deveu ao fato de o Juiz ter se limitado, nos termos do artigo 68, parágrafo único, do Código Penal, a aplicar apenas o aumento da continuidade delitiva (CP, art. 71), uma vez que também incidiu a causa de aumento do artigo 327, § 2º, do CP (agente ocupante de cargo de chefia em empresa pública).

Desse modo, houve a preponderância das circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, e a pena se houve com parcimônia (pena base = 02 anos majorada de 1/3 (08 meses) pela continuidade delitiva), em regime aberto, e substituída por restritiva de direitos.

Com tais considerações, não há que se falar em exacerbação da pena, e no que tange à aplicação da pena-base, o réu faz jus à fixação da mesma no patamar mínimo de 02 anos de reclusão,

como imposta na sentença recorrida, em virtude de que as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis, devendo a sentença ser mantida nesta parte.

O magistrado aplicou a pena-base em 02 anos de reclusão, majorando-a de 1/3 em face da continuidade delitiva (CP, artigo 71), tornando-a definitiva em 02 anos e 08 meses de reclusão, fato que condiz com o sistema trifásico para a fixação da pena-base disposto no CP, art. 68, que estabelece como última fase as causas especiais de aumento e de diminuição de pena, como ocorre com a continuidade delitiva – CP, art. 71.

É sabido que o Magistrado não está adstrito a pedido das partes, podendo fundamentar sua decisão livremente, de acordo com a sua convicção e lastreado na prova dos autos, aplicando as sanções cabíveis e quantificando as penas de detenção e reclusão dentro dos limites mínimo e máximo, inclusive quanto às causas de aumento e diminuição das penas.

Destarte, sendo as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, faz-se imperioso a fixação da pena no mínimo legal. Nesse sentido, confira-se:

PENAL. ESTELIONATO. FRAUDE NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DOSIMETRIA. PENA-BASE EXACERBADA. REDUÇÃO.

1. Comprovado que o réu cometeu o crime de estelionato, através da utilização de documentos sabidamente falsos para obtenção fraudulenta de benefício previdenciário, é de se confirmar a sentença condenatória pela prática do delito (art. 171, § 3º, do CP).

2. As circunstâncias judiciais, quando favoráveis em seu conjunto ao acusado, autorizam a fixação da pena-base no patamar mínimo fixado pelo dispositivo legal.

3. Apelação parcialmente provida.

(TRF-1ª Região, ACR 200339000108668, 3ª TURMA, REL. DES. FEDERAL CONVOCADO CÉSAR CINTRA FONSECA; 04/03/2008)

Ex positis, nego provimento à apelação do réu, confirmando a sentença condenatória, inclusive, no quanto da dosimetria da pena (02 anos e 08 meses de reclusão, em regime aberto, substituída por restritivas de direitos), e dou provimento ao recurso do Ministé-

rio Público Federal para, nos termos do artigo 92, I, a, do Código Penal, como efeito permanente da condenação penal, declarar a perda de emprego exercido pelo acusado RICARDO ANTÔNIO BRANDÃO CAMPOS junto à empresa pública federal - Caixa Econômica Federal.

Com o trânsito em julgado, deve o Juiz das Execuções Penais determinar a expedição de Ofício à Superintendência da Caixa Econômica Federal no Estado de Alagoas, comunicando a perda de emprego público exercido pelo acusado junto àquela instituição bancária pública.

É o meu voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.740-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelantes: TÁCIO JOSÉ DA SILVA, ENOCK FREITAS DOS SANTOS
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. SÉRGIO SANTANA DA SILVA (1º APTE.), SÉRGIO SANTANA DA SILVA (2º APTE.)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. FRAUDE À LICITAÇÃO. ART. 96, III, DA LEI Nº 8.666/1993. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. FORNECIMENTO DE MATERIAIS (CARTUCHOS E TONERS DE IMPRESSORAS) EM DESCONFORMIDADE COM O PREVISTO NO PROCESSO DE LICITAÇÃO – PREGÃO PRESENCIAL. DOLO CONFIGURADO. CONHECIMENTO SOBRE A QUALIDADE DOS MATERIAIS. PREJUÍZO NÃO CONFIGURADO. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA TENTADO. ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. REDUÇÃO DAS PENAS PRIVATIVA DE LIBERDADE E DE MULTA.

- *As provas que compõem os autos dão conta da materialidade do delito. Com efeito, a análise dos documentos existentes no processo administrativo em apenso, principalmente do laudo merceológico, comprova a prática do delito previsto no art. 96, III, da Lei 8.666/1993, demonstrando que os apelantes forneceram cartuchos e toners de impressoras em desconformidade com o pactuado perante a Justiça Federal de Pernambuco. A autoria fica evidenciada nos depoimentos prestados pelos acusados às fls. 30/33 e pelas testemunhas (fls. 44, 57/58 e 62/63).*
- *À vista do produzido na instrução processual, não existem dúvidas sobre o fato ou sua autoria, não logrando a defesa desincumbir-se de demonstrar a ausência do elemento volitivo substanciado pelo dolo.*
- *A constatação da ausência de prejuízo financeiro, em decorrência do não pagamento dos referidos materiais, permite a desclassificação do crime para a forma tentada, como vaticina o art. 14, II, do CP, reduzindo, por conseguinte, a pena em um terço, haja vista que o iter criminis se aproximou muito do momento consumativo, tornando a pena corporal definitiva em dois anos de detenção.*
- *Em decorrência da redução da pena privativa de liberdade, aplicando a mesma proporcionalidade, reduz a pena de multa em um terço resultando em 60 dias-multa, mantendo-se inalterados o valor dos dias-multa como consignado no édito condenatório e os demais efeitos decorrentes da condenação, aí incluída a substituição da pena privativa de liberdade.*
- *Parcial provimento à apelação criminal apenas para reduzir as penas privativas de liberdade e de multa.*

ACÓRDÃO

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

Recife, 10 de junho de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se apelação criminal interposta por ENOCK FREITAS DOS SANTOS e TÁCIO JOSÉ DA SILVA, qualificados nos autos, subscrita pelo Advogado Dr. SÉRGIO SANTANA DA SILVA, contra sentença do MM. Juiz Federal Substituto da 4ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, Dr. ALLAN ENDRY VERAS FERREIRA, que julgou procedente a ação penal nº 2007.83.00.002181-2, condenando-os pela prática do crime previsto no art. 93, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, à pena da de três anos de detenção e multa, em regime inicialmente aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito.

Informam os autos, que os apelantes, responsáveis pela empresa H & G COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA., supostamente, forneceram cartuchos de impressoras em desconformidade com o que se comprometeram entregar à Justiça Federal de Pernambuco, em decorrência de licitação, Pregão Presencial nº 36/2006, realizado em 13/09/2006.

No ato de recebimento do material contratado, foram constatadas anormalidades em cartuchos das marcas Lexmark e Kyocera, em vista disso foi instaurado processo administrativo e constatando-se depois que os aludidos materiais não eram novos, mas cartuchos recarregados e remanufaturados, em consequência, não houve o pagamento.

Em suas razões o apelante alega (fls. 111/116): a) não há elementos nos autos que demonstre a conduta dolosa dos apelantes pois haviam adquirido os materiais de fornecedor terceirizado e que não tinham conhecimento técnico para aferir a sua qualidade, pairando dúvidas que afastam a tipicidade impondo-se a absolvição; b) ausência de prejuízo, pois não houve o pagamento, em se tratado de crime que exige o auferimento de vantagem.

O Ministério Público Federal, em ato subscrito pelo Procurador da República Dr. LUCIANO SAMPAIO GOMES ROLIM (fls. 119/125), apresentou contrarrazões pugnando pela manutenção sentença alegando: a) improcedente a alegação de ausência de dolo, pois, os apelantes tinham consciência que os produtos oferecidos não eram originais, dado verificado ainda no processo administrativo, com as informações prestadas pelas empresas Lexmark e TN Industrial Ltda; b) a possibilidade da redução da pena imposta, haja vista que o não pagamento possibilitou a não consumação da fraude, ocorrendo, na realidade crime tentado.

O Procurador Regional da República, Dr. WELLINGTON CABRAL SARIVA, ofereceu parecer assim ementado (fls. 1052/1056):

PENAL. FRAUDE A LICITAÇÃO (ART. 96 DA LEI Nº 8.666/93). DOLO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO PARA O ERÁRIO. TENTATIVA. PROVAS SUFICIENTES. PENA DE MULTA.

Os fatos contidos na denúncia, confirmados na instrução demonstram a prática dolosa do crime de fraude a licitação. O laudo pericial merceológico e os demais documentos dos autos fazem prova plena da materialidade e da autoria do crime. Os réus forneceram à Justiça Federal cartuchos reaproveitados para impressoras, com diversas e visíveis discrepâncias em relação aos cartuchos novos, mesmo depois de advertidos por outro licitante.

O dolo extrai-se das circunstâncias do evento e não necessariamente do psiquismo do autor. A sentença demonstrou de foram fundamentada que o apelante agiram com consciência e vontade de praticar o ilícito.

Nos crimes do art. 96 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, o prejuízo deve ser econômico, em geral consistente no pagamento de valor indevido pela administração pública. Se o não pagamento decorreu de circunstâncias

alheias à vontade dos agentes, há crime tentado (art. 14, II, do Código Penal).

Quando a pena-base privativa de liberdade for imposta no mínimo legal, a pena de multa tampouco pode ser superior ao menor patamar previsto.

Nada impede que, pela aplicação de causas especiais de aumento ou diminuição, o quantitativo final de dias-multa seja fixado de forma fracionada.

Relatei.

Dispensada a revisão conforme a parte final do parágrafo único do art. 197 do RITRF5.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

As provas que compõem os autos dão conta da materialidade do delito. Com efeito, a análise dos documentos que compõem o processo administrativo que repousa às fls. 05 /204 do apenso, principalmente do laudo merceológico de fls. 187/202, a indicar a prática do delito previsto no art. 96, III, da Lei 8.666/1993¹, demonstrando que os apelantes, responsáveis pela empresa H & G COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA., forneceram cartuchos e *toners* de impressoras em desconformidade com o que se comprometeram entregar à Justiça Federal de Pernambuco.

A autoria fica evidenciada nos depoimento prestada pelos acusados em juízo às fls. 30/33 e pela testemunha fl. 44, e, no inquérito policial fls. 57/58 e 62/63.

Passo à análise das alegações da apelação.

Não se sustenta a alegação de que não há dolo na conduta

¹ Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

(...)

III - entregando uma mercadoria por outra;

(...)

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

dos apelantes em virtude do desconhecimento da qualidade dos materiais fornecidos por terceiro, pois a própria adesão ao certame licitatório já pressupõe, de início, a noção de que o vendedor saiba que o produto vendido esteja de acordo com as exigências do objeto da ata de registro de preços, em que há a descrição pormenorizada dos itens pretendidos pela Administração.

Diga-se de passagem, que esse conhecimento sobre o fato é bem anterior remontando à apuração da irregularidade dos materiais com a remessa de amostra para a Lexmark, constatou através de perícia falsificação/adulteração (fls. 16/24 do apenso).

À vista do produzido na instrução processual, ao contrário do alegado, não existem dúvidas sobre o fato ou sua autoria, não logrando a defesa desincumbir-se de demonstra a ausência do elemento volitivo consubstanciado pelo dolo.

A constatação da ausência de prejuízo de prejuízo em decorrência do não pagamento dos referidos materiais se lhes aproveitada na possibilidade de diminuição do *quantum* da sanção penal desclassificando o crime para a forma tentada, como vaticina o art. 14, II, do CP².

Em se tratando de crime que exige o auferimento de vantagem e o conseqüente prejuízo aos cofres públicos, no caso, o recebimento dos valores pelos licitantes como paga dos materiais adulterados, não se ultimou por causas alheias a suas vontades, não se perfectibilizando o *iter criminis* devendo a conduta se desclassificada para a modalidade tentada.

Tal é verificado no judicioso parecer do nobre Procurador Regional da República (fls. 132/133):

Aduz ainda a defesa, desta feita com parcial razão, que

² Art. 14 - Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

(...)

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

inexistiu prejuízo econômico decorrente da conduta dos réus. De fato, o memorando de fls. 54-55, do supervisor de licitações e contratos da Seção Judiciária de Pernambuco, informa que não houve pagamento pela compra do material fornecido pela empresa dos acusados, pois a fraude foi descoberta em tempo hábil a impedir a consumação do delito.

Consoante as bem lançadas contrarrazões à apelação, o prejuízo econômico do poder público constitui elemento objetivo do tipo, indispensável para caracterizar o delito. Doutrina e jurisprudência acompanham esse posicionamento:

(...)

Por isso, com razão a Procuradoria da República de Pernambuco ao anuir à reforma parcial da sentença. A conduta dos acusados não se consumou, por circunstância alheia à vontade deles, em decorrência da anulação do empenho para aquisição dos toners remanufaturados e do cancelamento da correspondente ata de registro de preços.

Na forma do art. 14, II, do CP, se o crime não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente, deve ser punido na modalidade tentada, com a pena correspondente ao crime consumado com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um terço a dois terços. A redução da pena privativa de liberdade deve atingir igualmente a de multa. Há precedente do Superior Tribunal de Justiça, no qual se pretendeu assegurar exatamente a congruência entre os critérios aplicados na dosimetria de ambas as penas (sem destaque no original):

No mesmo sentido tem-se pronunciado a jurisprudência como atestam os seguintes arestos:

PENAL. FRAUDE, MEDIANTE CONLUÍO DOLOSO, AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, COM O INTUITO DE OBTER, PARA A COOPERATIVA QUE AMBOS OS RÉUS INTEGRAM, VANTAGEM DECORRENTE DA ADJUDICAÇÃO DO OBJETO DA LICITAÇÃO. ART. 90 DA LEI 8.666/93. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A MODALIDADE TENTADA, EM VIRTUDE DA REVOGAÇÃO DA LICITAÇÃO. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DA 3ª TURMA DO TRF/1ª REGIÃO. *ITER*

CRIMINIS NÃO CONCLUÍDO. ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL.

I - Prática do crime previsto no art. 90 da Lei nº 8.666/93, resultante do fato de que um dos réus, na qualidade de Presidente e representante legal da Cooperativa dos Profissionais de Saúde e Segurança do Trabalho - COOPS-SET (signatária de uma das propostas), e o outro, na condição de médico (signatário de outra proposta e associado da Cooperativa), fraudaram o caráter competitivo do procedimento licitatório promovido pela Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba - CODEVASF, cujo objeto consistia na execução de serviços de saúde ocupacional, mediante ajuste dos preços lançados nas respectivas propostas, com a intenção de que o último, pessoa física, saindo-se vencedor do certame, viesse a repassar à Cooperativa a execução do objeto.

II - Autoria e materialidade comprovadas, não se limitando a comprovação do conluio doloso ao simples fato de que ambos os réus pertenciam à mesma Cooperativa, mas à demonstração inequívoca do propósito de fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para a Cooperativa que integram, a vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

III - Desclassificação do crime para a modalidade tentada, em virtude da revogação da licitação. Aplicação do entendimento da 3ª Turma do TRF/1ª Região: “Se o agente não consegue, apesar dos atos praticados, fraudar a licitação, não concluindo o *iter criminis*, ocorre a tentativa, (CP. Art. 14, II.)” (Apelação Criminal nº 2002.34.00.011858-2/DF, Relator Desembargador Federal Tourinho Neto, 3ª Turma do TRF/1ª Região, unânime, DJU de 25/02/2005, p. 13).

IV - Apelações improvidas.

(Acórdão unânime do TRF1 no ACR 2004.34.00.012394-8/DF, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES, Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA, Publicação: 24/04/2009 e-DJF1 p. 33, Data da Decisão: 24/03/2009) (sem os grifos no original)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 96, II, DA LEI Nº 8.666/93. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA E DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. TENTATIVA. TRANCA-

MENTO DE AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. JUSTA CAUSA PARA O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

I - A denúncia individuou a conduta atribuída ao paciente, prevista no art. 96, II, da Lei nº 8.666/93, havendo indícios suficientes de autoria e materialidade a justificar a instauração de ação penal, com o objetivo de apurar a prática do delito a ele imputado. A descrição constante da denúncia é clara, possibilitando ao acusado o exercício de seu direito à ampla defesa.

II - Em face do desmembramento do feito originário, restou prejudicada a alegação de inépcia da denúncia, sob o argumento de não demonstração do liame subjetivo entre o paciente e o outro acusado.

III - Insubsistente a pretensão do impetrante de caracterizar a denúncia como inepta.

IV - Embora os tipos previstos no art. 96 da Lei nº 8.666/93 exijam a comprovação de prejuízo à Fazenda Pública para sua consumação, não se pode descartar, em tese, a possibilidade de crime tentado (art. 14, II, do Código Penal), se o não pagamento ao paciente decorreu de circunstâncias alheias a sua vontade.

V - Presença de justa causa para o prosseguimento da ação penal, inexistindo constrangimento ilegal a ser reparado pela via do *habeas corpus*.

VI - Ordem de *habeas corpus* denegada.

(Acórdão unânime no HC 2744/CE, Origem Tribunal Regional Federal - 5ª Região, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relatora Desembargadora Federal MARGARIDA CANTARELLI, Data Julgamento 15/05/2007, Documento nº: 135689, publicações FONTE: DIÁRIO DA JUSTIÇA - data: 30/05/2007 - página: 901 - nº 103 - ano: 2007) (sem os grifos no original)

Traçado esse panorama, entendo razoáveis as ponderações do Ministério Público Federal trazidas em suas contrarrrazões e acompanhadas do lúcido parecer do Procurador Regional da República que neste órgão oficia para desclassificar a conduta dos acusados para a modalidade tentada, na forma do art. 14, II, do CP, para reduzir a pena em um terço, haja vista que o *iter criminis* se aproximou muito do momento consumativo, tornando a pena corporal definitiva em dois anos de detenção.

Prosseguindo, em decorrência da redução da pena privativa de liberdade, aplicando a mesma proporcionalidade, reduzo a pena de multa em um terço resultando em 60 dias-multa, mantendo-se inalterados o valor dos dias-multa como consignado no édito condenatório e os demais efeitos decorrentes da condenação, aí incluída a substituição da pena privativa de liberdade.

Tecidas essas considerações, dou parcial provimento à apelação criminal.

Assim voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.110-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ (CONVOCADO)
Apelantes: FRANCISCO RENATO ALVES PESSOA, DIEGO FREITAS PESSOA E JOSIMAR DE OLIVEIRA LIMA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMISSORA DE RADIODIFUSÃO. FUNCIONAMENTO SEM OUTORGA DO PODER PÚBLICO. ART. 70. LEI Nº 4.117/1962. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO NAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E CÍVEL. APLICABILIDADE. ABSOLVIÇÃO DOS RÉUS. ART. 386, VI, CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. LACRE DE EQUIPAMENTOS. ÓBICE AO FUNCIONAMENTO. QUEBRA. ART. 336, CÓDIGO PENAL. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. FRAUDE PROCESSUAL. ART. 347, CÓDIGO PENAL, CONJUNTO PROBATÓRIO. INIMPUTABILIDADE DA PRÁTICA DELITIVA A UM DOS DENUNCIADOS. INALTERAÇÃO DE SITUAÇÃO. DOCUMENTOS NÃO APRESENTADOS POR SUA DEFESA. ABSOLVIÇÃO. ART.

386, VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. QUALIFICAÇÃO DOS DEMAIS RÉUS, CUJA DEFESA APRESENTOU DOCUMENTAÇÃO QUESTIONADA, DISSONANTE COM O ALEGADO. POTENCIALIDADE LESIVA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO.

- “Não é socialmente útil a apenação de tal conduta, que deve ser punida apenas na esfera administrativa. Não deve o aparelho punitivo do Estado ocupar-se com lesões de pouca importância, insignificantes e sem adequação social. O direito penal somente deve incidir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico” (TRF1, 3ª T., RCCR-1999.01.00.089918-0, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, DJU 05.10.2001).

- A jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal, no tocante à aplicabilidade do princípio da insignificância, vem buscando eliminar da seara penal condutas irrelevantes, de pouca expressão e que possam, de algum modo, ser repassadas ou sancionadas por outras vias menos gravosas, reservando-se o direito penal para os casos de real gravidade, evitando a punição por atos menores.

- Decorrido lapso superior ao previsto na Lei Penal para verificar-se a prescrição da pretensão punitiva estatal, entre o recebimento da denúncia e a prolação da sentença, é de ser declarada extinta a punibilidade, a teor dos arts. 109, VI, c/c 110, § 2º, e 119, todos do Código Penal, no tocante à conduta descrita no art. 336, Código Penal.

- Pelo conjunto probatório constante dos autos, bem como não ter sido apresentada por sua defesa, mas dos demais, a peça contestada no adiamento à denúncia, ensejando a tipificação da conduta descrita no art. 347 do Código Penal, não há como imputar ao réu a prática delitativa perquirida.

- Em contraposição, diante da condição intelectual e administrativa dos réus que apresentaram a documentação eivada de fraude processual, não merece qualquer reparo a sentença que os condenou por tal ação reprovável penalmente.**
- Extinta a punibilidade quanto à conduta descrita no art. 336, Código Penal, julgando-se prejudicados os recursos a ela respectivos.**
- Apelação manejada por Josimar de Oliveira Lima provida.**
- Apelação interposta por Francisco Renato Alves Pessoa e Diego Freitas Pessoa parcialmente provida, mantida a condenação quanto à ação delitiva capitulada no art. 347 Código Penal.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal, em que são partes as acima mencionadas, acordam os desembargadores federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em julgar extinta a punibilidade quanto à conduta delitiva descrita no art. 336 do Código Penal; dar provimento à apelação manejada por Josimar de Oliveira Lima e dar parcial provimento à apelação interposta por Francisco Renato Alves Pessoa e Diego Freitas Pessoa, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 15 de junho de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ (Convocado):

Cuida-se de apelação interposta contra sentença, proferida em 24 de julho de 2009 (fls. 720/739, v. 4), que julgou procedente a denúncia para condenar os réus JOSIMAR DE OLIVEIRA LIMA, FRANCISCO RENATO ALVES PESSOA e DIEGO FREITAS PES-

SOA, pelo cometimento das ações delitivas capituladas nos arts. 71, Lei 4.117/1962, e 336, Código Penal, c/c art. 71, Código Penal, e no art. 347 c/c art. 69, ambos do Código Penal, à pena privativa de liberdade fixada, ao final, em 2 (dois) anos e 15 (quinze) dias de detenção, substituída por duas penas restritivas consistentes em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e em prestação pecuniária, de 2 (dois) salários mínimos, a entidades públicas ou privadas, a critério do juízo das execuções penais, e, ainda, à pena de multa de 30 (trinta) dias multa, cada qual valendo em 1/10 (um décimo) do salário mínimo.

Diz a denúncia (fls. 332/344, v. 3), consubstanciada em Auto de Infração e Termo de Interrupção de Serviço, lavrados em 5 de novembro de 2003, que os acusados mantiveram em funcionamento emissora de radiodifusão, denominada Rádio Apostólica FM, sem outorga do Poder Público, bem como violaram lacres colocados nos equipamentos por fiscais da ANATEL.

Em aditamento, foi imputada ainda fraude processual, tendo em vista as afirmações contidas nas defesas prévias de que o funcionamento da emissora estaria amparado por decisão judicial, quando outra seria a beneficiária de tal medida, e não a de responsabilidade dos acusados (fls. 469/473, v. 3).

A denúncia foi recebida em 26 de junho de 2007 (fl. 345, v. 3) e seu aditamento em 29 de novembro de 2007 (fls. 480/481, v. 3).

Nas razões de apelo apresentadas por FRANCISCO RENATO ALVES PESSOA e DIEGO FREITAS PESSOA (fls. 755/763, v. 4), alegam ausência de dolo (arts. 70, Lei nº 4.117/62, e 347, Código Penal), atipicidade da conduta (art. 70, Lei nº 4.117/62), ausência de comprovação da autoria quanto à retirada dos lacres (art. 336, Código Penal) e inexistência de fraude processual (art. 347, Código Penal).

JOSIMAR DE OLIVEIRA LIMA, às fls. 766/781 (v. 4), alega, em preliminar, cerceamento de defesa e, no mérito, a não autoria dos delitos a ele imputados.

Em suas contrarrazões (fls. 783/794, v. 4), o Ministério Público Federal requer o improvimento do recurso.

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

O *Parquet* Federal, em parecer de fls. 801/813 (v. 4), opina no sentido de serem improvidas as apelações formuladas.

É o relatório.

Dispensada a revisão, *ex-vi* art. 197, parágrafo único, parte final, da vigente redação do Regimento Interno desta egrégia Corte, inclua-se o feito em pauta para julgamento.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ (Relator Convocado):

Os réus JOSIMAR DE OLIVEIRA LIMA, FRANCISCO RENATO ALVES PESSOA e DIEGO FREITAS PESSOA apelam da sentença que os condenou pela prática da ação delitiva indicada nos artigos 71 Lei 4.117/1962, e 336 do Código Penal, c/c art. 71 do Código Penal, e no art. 347 c/c art. 69, ambos do Código Penal.

Nas razões de apelo manejadas pelos réus FRANCISCO RENATO ALVES PESSOA e DIEGO FREITAS PESSOA, o primeiro aduz que, ao adquirir os equipamentos da Rádio Apostólica FM, foi informado de que esta teria seu funcionamento amparado em decisão judicial liminar e, por ser pessoa leiga, confiou na informação que lhe fora repassada, especialmente tendo em vista a existência de uma advogada acompanhando o caso, não havendo porque presumir a má-fé do mesmo e, assim, restaria ausente o dolo.

No tocante ao crime tipificado no art. 336, Código Penal, alegam ambos os apelantes que o douto Magistrado *a quo* baseou-se na inferência de que, sendo os réus responsáveis pelo funcionamento da rádio, a eles pertenceria o poder de determinação quanto à retirada dos lacres, não podendo tal entendimento fundar uma condenação penal, eis que essa deve ser baseada no princípio do Direito Penal da Culpabilidade. Assim, inexistindo prova da autoria, pugnam pela sua absolvição.

Por fim, quanto à acusação de realização de fraude processual, capitulada no art. 347, Código Penal, alegam ter agido sob orientação de seu advogado, procurando uma associação que já

tivesse amparo judicial para o funcionamento da emissora de rádio, acrescentando que, ao contratar os serviços do profissional do Direito, o primeiro apelante o fez por necessidade de apoio profissional em relação às questões jurídicas que fogem da esfera do conhecimento de uma pessoa leiga.

JOSIMAR DE OLIVEIRA LIMA, em suas razões recursais, suscita preliminarmente o cerceamento de defesa, tendo em vista haver requerido, em sede de diligências, a realização de exame grafotécnico no documento de fl. 401, para aferir se partira de seu punho a assinatura ali constante, pugnano pela nulidade do processo à partir da decisão de indeferimento daquela diligência.

No mérito, a não autoria dos crimes a ele imputados, tendo em vista que, à época da fiscalização, nominada na denúncia, realizada pela ANATEL em 5 de novembro de 2003, já não possuía qualquer tipo de participação na denominada Rádio Apostólica FM ou nas associações a que era vinculada, havendo vendido a rádio, com todos os seus equipamentos e em período anterior à referida fiscalização, ao corréu FRANCISCO RENATO ALVES PESSOA, deixando, a partir de então, de ter qualquer envolvimento com o funcionamento da emissora de rádio ou das associações.

Por fim, quanto ao delito de fraude processual, não pode ser atribuído ao apelante por não ser ele o autor da suposta conduta criminosa, consubstanciada nos documentos acostados às fls. 401/437, que objetivariam arquivar a ação penal, e sim os demais corréus. Assim, não havendo os dito documentos sido acostados aos autos pela defesa do ora apelante, não tendo qualquer participação com tal fato, não pode ele ser acusado pela prática de uma conduta a qual não deu causa.

Antes de passar à análise dos apelos, forçoso apreciar a possível ocorrência do lapso prescricional, para cada delito, à luz do que prevê o art. 119, Código Penal.

Aos três réus, ora apelantes, foram fixadas as seguintes penas-base, para cada uma das condutas delitivas a eles imputadas, sendo exasperada tão somente diante da continuidade delitiva (aplicável às condutas descritas nos arts. 70 da Lei nº 4.117/1962 e 336 do Código Penal) e concurso material (quanto ao art. 347, Código Penal):

Art. 70, Lei nº 4.117/1962 - pena-base de 1 (um) ano de detenção, fixando-se, ao final, em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção;

Art. 336, Código Penal - pena-base de 1 (um) mês de detenção, fixando-se, ao final, em 3 (três) meses de detenção;

Art. 347, Código Penal - 3 (três) meses de detenção, fixando-se, ao final, em 9 (nove) meses de detenção.

Ainda que se considerasse a pena final, sem a devida observância à Súmula nº 497/STF que prevê não se computar o acréscimo decorrente da continuidade delitiva, observa-se a manutenção dos prazos prescricionais indicado no art. 109 c/c art. 110, § 1º, ambos do Código Penal, qual seja:

Art. 70, Lei nº 4.117/1962 - art. 109, V, CP, em 4 (quatro) anos, por a pena aplicada ser igual ou superior a 1 (um) ano, e inferior a 2 (dois) anos;

Art. 336, Código Penal - art. 109, VI, CP, em 2 (dois) anos, por a pena aplicada ser inferior a 1 (um) ano;

Art. 347, Código Penal - art. 109, V, CP, em 2 (dois) anos, por a pena aplicada ser inferior a 1 (um) ano;

Houve o trânsito em julgado para o Ministério Público Federal.

Entre a data do recebimento da denúncia, em 26 de junho de 2007 (condutas descritas nos arts. 70, Lei nº 4.117/1962, e 336, Código Penal) e a data da prolação da sentença, em 24 de julho de 2009, transcorreu lapso superior a 2 (dois) anos, operando-se a prescrição, levando à extinção da punibilidade quanto à conduta delitiva contida no art. 336 do Código Penal, persistindo, porém, a pretensão punitiva quanto à contida no art. 70 da Lei nº 4.117/1962.

De igual sorte se tomada como base a data do fato (auto de infração datado de 5 de novembro de 2003) e o recebimento da denúncia.

Em relação à conduta capitulada no art. 347, Código Penal, inserta no aditamento à denúncia, esta foi recebida em 29 de novembro de 2007, sendo o lapso entre tal ato e a prolação da sentença de 1 (um) ano e 6 (seis) meses, inferior ao exigido na Lei Penal, pelo que persiste a pretensão punitiva estatal quanto a ela.

Superada tal situação, devendo ser reconhecida a extinção da punibilidade para os réus, no tocante à conduta delitativa capitulada no art. 336 do Código Penal, pela prescrição, passo à análise das demais ações delitivas.

No tocante à descrita no art. 70 da Lei nº 4.117/1962, em que os apelantes alegam ausência de dolo e atipicidade da conduta, assim se encontra ali capitulado:

Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta lei e nos regulamentos.

Com o advento da Lei nº 9.612/1998, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, teve-se a revogação da Lei nº 4.117/1962, ressalvada a matéria penal, ao mesmo tempo em que determinou, expressamente, a necessidade de autorização para o funcionamento das denominadas rádios comunitárias.

Contudo, há que se reconhecer não ser socialmente útil sua apenação, notadamente quando possível de ser punida na esfera administrativa.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. ART. 70 DA LEI Nº 4.117/62. RÁDIO COMUNITÁRIA. BAIXA FREQUÊNCIA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGAL. ATIPICIDADE. PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO IMPROVIDO.

1. Instalação e funcionamento de rádio comunitária de baixa frequência (baixa potência de transmissão), sem a autorização do Ministério das Comunicações. Equipamento apreendido e desativado.

2. Inexistência de dolo e de qualquer dano aos serviços que a legislação de regência busca tutelar.

3. Ausência de autorização de funcionamento que se caracteriza como mera irregularidade administrativa. Recurso em Sentido Estrito improvido.

(TRF5, 3ªT., RSE-582/CE, Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano, ac. un. 07.10.2004, DJU 16.11.2004).

CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. RÁDIO COMUNITÁRIA. FUNCIONAMENTO SEM AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO. AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA. DOLO INEXISTENTE. ATIPICIDADE DA CONDUTA.

1. Não incide a hipótese prevista no artigo 70 da Lei 4.711/62 sobre os serviços de radiodifusão, notadamente o comunitário, sem fins lucrativos e prestado a determinada comunidade e de que resulta comprovada a utilização de equipamentos.

2. No caso, há que se reconhecer a inexistência de dolo. Nessas circunstâncias, a falta de outorga do poder estatal caracteriza, quanto muito, infração de natureza simplesmente administrativa, e como tal deve ser reconhecida.

3. Apelação não provida.

(TRF5, 3ª T., ACR-4925/CE, Rel. Des. Federal Paulo Gadelha, ac. un. 15.03.2007, *DJU* 27.04.2007).

PENAL. UTILIZAÇÃO DE TELECOMUNICAÇÕES. RÁDIO COMUNITÁRIA. BAIXA FREQUÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

1. O crime de utilização de telecomunicações, previsto na Lei nº 4.117, de 27/08/92, não se caracteriza quando o aparelho dado como instalado é de baixa potência e alcance, sem demonstração de interferência nas telecomunicações.

2. Não é socialmente útil a apenação de tal conduta, que deve ser punida apenas na esfera administrativa. Não deve o aparelho do Estado ocupar-se com lesões de pouca importância, insignificantes e sem adequação social. O direito penal somente deve incidir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico.

3. Improvimento do recurso.

(TRF1, 3ª T., RCCR-1999.01.00.089918-0, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, ac. un. 28.08.2001, *DJU* 05.10.2001).

Tal jurisprudência encontra respaldo no posicionamento adotado pelo Excelso Pretório, que vem considerando, quanto ao princípio da insignificância, sua subdivisão em quatro aspectos: a) mínima ofensividade da conduta; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade; d) inexpressividade da lesão jurídica (STF, 2ª T., HC-94765/RS, Rel. Min. Ellen Greice, j. 09.09.2008). Outras decisões no mesmo entendimento

em sede de *habeas corpus* tiveram como relatores os Ministros Eros Roberto Grau e Carmen Lúcia. Ou seja, o princípio da insignificância busca eliminar da seara penal condutas irrelevantes, de pouca expressão material e que possam, de algum modo, ser repassadas ou sancionadas por outras vias menos gravosas ao cidadão (esferas cíveis, administrativas e disciplinares), e com isso reservar-se ao direito penal apenas os casos de real gravidade, evitando a punição por atos menores.

Assim, vejo assistir razão aos apelantes para afastar a condenação imposta quanto à ação descrita no art. 70 da Lei nº 4.117/1962.

Passo à última ação delitiva, a alegada fraude processual (art. 347 do Código Penal).

Os apelantes Francisco Renato Alves Pessoa e Diego Freitas Pessoa aduzem a sua inexistência, enquanto que o apelante Josimar de Oliveira Lima a não autoria, em vista de os documentos ensejadores do aditamento à denúncia não terem sido acostados aos autos pela sua defesa, não tendo, assim, qualquer participação com o fato.

Neste ponto, necessário observar o aditamento à denúncia (fls. 469/473, v. 3), *verbis*:

Defesa Prévia dos acusados FRANCISCO RENATO ALVES PESSOA e DIEGO FREITAS PESSOA, às fls. 396/400, seguida da documentação de fls. 401/437 alegando, em síntese, inculpabilidade ou inocência dos acusados, pois a rádio ASSOCIAÇÃO COMUNITÁRIA APOSTÓLICA PASTORAL é a mesma rádio de nome ASSOCIAÇÃO DOS AMIGOS DE PACUJÁ, e esta estaria amparada por decisão judicial. Anexa cópia da liminar concedida a uma rádio de mesmo nome, mas, como veremos, com esta não se confunde.

Juntam, outrossim, parecer do Procurador Federal junto à ANATEL no sentido de arquivar o procedimento administrativo de nº 53560.002840/2006, tendo por base a existência de uma medida liminar, arguida pelos interessados, que amparava a conduta.

Contudo, é de se ressaltar que, conforme certidão que dormita à fl. 458 dos autos, malgrado as rádios possuam o

mesmo nome, suas personalidades jurídicas não se confundem. A primeira criada tem razão social ASSOCIAÇÃO DOS AMIGOS DE PACUJA e nome e fantasia RÁDIO COMUNITÁRIA DELTA, esta foi amparada, por certo espaço de tempo, por medida liminar de funcionamento. A liminar concedida foi agravada, tendo o TRF da 5ª Região dado provimento ao agravo em 05 de abril de 2001, cessando os efeitos da medida. A segunda rádio, de responsabilidade dos denunciados neste feito, tem razão social ASSOCIAÇÃO COMUNITÁRIA APOSTÓLICA PASTORAL e nome de fantasia ASSOCIAÇÃO DOS AMIGOS DE PACUJÁ.

Reitere-se que realmente existiu uma medida liminar, concedida em 09 de agosto de 2000, nos autos do processo cautelar de nº 2000.81.00.011606-6 concedida a outra rádio com o mesmo nome de responsabilidade dos denunciados. Desta cautelar foram intentadas duas ações principais, para manter a medida. A primeira de nº 2000.81.00.023771-8, onde não figurava, como autora, qualquer rádio de nome Amigos de Pacujá, e foi julgada improcedente em 05 de fevereiro de 2002. A segunda, de nº 2000.81.00.023772-0, onde constava, dentre outras, uma rádio de razão social ASSOCIAÇÃO COMUNITÁRIA AMIGOS DE PACUJÁ, e de nome de fantasia RÁDIO COMUNITÁRIA DELTA (segundo certidão de fl. 458). Esta segunda ação teve a inicial indeferida e foi definitivamente extinta em 07 de junho de 2002.

Registre-se que, em hipótese alguma, a rádio beneficiada em 09 de agosto de 2000 com a liminar pode ser a mesma rádio de responsabilidade dos acusados na denúncia ora aditada. Isso porque, a constituição da rádio ASSOCIAÇÃO COMUNITÁRIA APOSTÓLICA PASTORAL ocorreu depois que a medida fosse deferida, ou seja, em 23 de novembro de 2000, a liminar foi dada, enfatize-se, em 09 de agosto do mesmo ano.

Além disso, os diretores da rádio, incluindo o Sr. Josimar de Oliveira Lima, que desde o início alega não ter responsabilidade com a emissora, pois a teria vendido em 2003, decidiram em 2005, quase um ano após o recebimento da denúncia que iniciou o presente feito, mudar o nome de fantasia da rádio para ASSOCIAÇÃO COMUNITÁRIA AMIGOS DE PACUJÁ.

Com a mudança, adrede preparada, os réus peticionaram junto à ANATEL, alegando estarem sob o pálio de liminar

judicial, e conseguiram arquivar o procedimento que lá tramitava. Ademais, juntaram a mesma documentação nestes autos, no curso do processo, objetivando alcançar o arquivamento do feito por atipicidade da conduta, mesmo estando cientes que estavam induzindo em erro o julgador, pois tratam-se, indubitavelmente, de rádios diversas.

Antes de prosseguir com a análise dos apelos, forçoso, neste momento, apreciar a preliminar suscitada por JOSIMAR DE OLIVEIRA LIMA, eis que presente relevante ligação com a matéria ora em comento.

Aduz cerceamento de defesa o indeferimento, em sede de diligências, do seu pedido para a realização de exame grafotécnico no documento acostado à fl. 401, que ensejaram o aditamento da denúncia, a fim de ser aferida a autenticidade da assinatura que lhe é atribuída.

O douto Magistrado *a quo*, ao indeferir o pedido de exame pericial, fundou na ausência de justificativa que demonstrasse a sua necessidade, bem como em provável inconclusividade do aludido exame por se tratar de cópia reprográfica, mencionando, ainda, tratar-se de documento que teve firma reconhecida em cartório, o que goza de fé pública.

Ainda que se possa afirmar pela probabilidade de ser verídica a assinatura aposta no documento de fl. 401, datado de 03 de janeiro de 2005, mostra-se ele dissonante com o conjunto probatório contido nos autos, tal como o Termo de Representação nº 0001CE20030318, à fl. 04 (v. 1), datado de 17 de novembro de 2003, isto é, anterior àquele, onde já consta como local de instalação da rádio o endereço para o qual, o documento antes citado e cronologicamente posterior, indica a aprovação da mudança da sede.

O representante da rádio indicado na documentação oriunda da fiscalização da ANATEL, Francisco Domingos de Souza, coordenador de atividades musicais, assim noticia em suas declarações à autoridade policial (fl. 54):

(...) JOSIMAR permaneceu como presidente da associação até janeiro de 2003, quando então assumiu DIEGO FREITAS PESSOA, tendo comprado de JOSIMAR a rádio

em questão; QUE, durante o período que lá presta serviço, apenas existia a rádio em funcionamento; QUE a associação não tinha nenhuma atividade, tendo sido apenas constituída para que se conseguisse autorização judicial para funcionamento da rádio (...)

Ainda quanto à questão do endereço, veja-se o termo de declarações prestadas pelo corrêu Diego Freitas Pessoa, também à autoridade policial (fl. 68):

(...) QUE na época em que seu genitor adquiriu os equipamentos da emissora pertencente à Associação Comunitária Apostólica Pastoral, que era presidida pelo senhor JOSIMAR, o FERNANDO foi quem permaneceu na programação musical e só depois é que o declarante, com estudante de comunicação social, passou a se interessar pelo assunto; QUE pelo que tem conhecimento a emissora apostólica que pertencia à Associação Comunitária Apostólica Pastoral, quando da venda passou a pertencer a Associação Beneficente Cultural dos Apóstolos da Comunidade, estabelecida na Avenida Santos Dumont, nº 304, sala 1206, Bairro Centro, nesta Capital, já quando pertencia a Associação anterior era instalada na sala 1003 do mesmo endereço (...).

Mais uma vez, tem-se que a referida Associação Comunitária Apostólica Pastoral, quando da negociação da rádio, em 2003, já era sediada na sala 1003, em idêntico endereço para o qual viria, a teor do documento de fl. 401, datado de janeiro de 2005, a se transferir, op que demonstra pairar dúvidas quanto a sua autenticidade, carecendo da submissão a exame pericial.

Acrescente-se que a juntada do documento aos autos não partiu da defesa do ora apelante JOSIMAR DE OLIVEIRA LIMA, mas sim dos corrêus FRANCISCO RENATO ALVES PESSOA e DIEGO FREITAS PESSOA, o qual ensejaria questionamento por provável condução de culpabilidade desses para aquele.

A finalizar, se o resultado do exame grafotécnico, por se tratar de cópia reprográfica, poderia vir a restar inconclusivo, não há notícia nos autos da possibilidade de solicitar seu original, ou averiguar sua existência.

Contudo, se de um lado vislumbro possível cerceamento da defesa para o ora apelante JOSIMAR DE OLIVEIRA LIMA, de outro, pelo conjunto probatório elencado anteriormente, não tenho como imputar a ele a prática delitiva indicada no aditamento à denúncia, pelo que o absolvo a teor do art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Quanto aos demais apelantes, não se mostra crível que FRANCISCO RENATO ALVES PESSOA, qualificado como empresário no ramo de transporte e turismo, sócio-proprietário da empresa RDN Viagens Ltda., em Fortaleza/CE, e da Pousada Neblina, em Ubajara/CE, não buscou assegurar-se da veracidade da autorização judicial para funcionamento da rádio, “*como lhe comunicara JOSIMAR*” (fl. 71), ou mesmo obter informações da regular situação da emissora junto ao Ministério das Comunicações ou observado, como apontado no aditamento à denúncia, a dissonância nas datas de constituição da associação e de concessão da liminar.

Assim, com relação a FRANCISCO RENATO ALVES PESSOA e DIEGO FREITAS PESSOA, não merece reparos a sentença no que tange à ação capitulada no art. 347 do Código Penal, pelo que mantenho a condenação.

Posto isso, declaro extinta a punibilidade (art. 107, IV, CP) quanto à conduta descrita no art. 336, Código Penal, em vista de se haver consumado a prescrição da pretensão punitiva estatal (art. 109, VI, c/c 110, § 2º, e 119, CP), julgando, neste ponto, prejudicadas as apelações; dou provimento às apelações quanto à conduta descrita no art. 70 da Lei nº 4.117/1962, absolvendo os réus; e, quanto à ação tipificada no art. 347 do Código Penal, dou provimento ao apelo manejado por JOSIMAR DE OLIVEIRA LIMA, para absolvê-lo, e nego provimento ao recurso formulado por FRANCISCO RENATO ALVES PESSOA e DIEGO FREITAS PESSOA mantendo, quanto a estes, a condenação imposta em 1º grau.

É como voto.

**APELAÇÃO EM MANDADO
DE SEGURANÇA Nº 93.858-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: UNIÃO
Apelado: SINDICATO DOS SERVIDORES PUBLICOS FEDERAIS NO ESTADO DE PERNAMBUCO - SINDSEP/PE
Advs./Procs.: DRS. RICARDO ESTÊVÃO DE OLIVEIRA E OUTROS (APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. PROCURADORA REGIONAL DA UNIÃO DA 5ª REGIÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. PRELIMINAR REJEITADA. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL FEDERAL. GREVE. DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE. OMISSÃO LEGISLATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI Nº 7783/89. ENTENDIMENTO SEDI-MENTADO PELO STF. DESCONTO NOS VENCIMENTOS DOS DIAS PARALISADOS. POSSIBILIDADE. CONVERSÃO DO DESCONTO EM COMPENSAÇÃO DAS HORAS NÃO TRABALHADAS. ACORDO. ENTENDIMENTO DO TST.

- Na esteira do entendimento que vem sendo firmado pelo e. STJ, “considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado e não o superior que o recomenda ou baixa normas para a sua execução ...”. (REsp nº 658779-PR, 1ª Turma, Relator: Ministro Luiz Fux, DJU de 27.06.2005, pág.: 245). Sendo assim, no caso em foco, considerando que os servidores substituídos têm vínculo funcional com a Advocacia Geral da União, outra pessoa não poderia ocupar a posição de autoridade coatora senão a Procuradora Regional da União da 5ª Região, chefe da AGU, eis que a ordem para

a efetivação dos descontos na remuneração dos substituídos partirá dela. Preliminar rejeitada.

- O direito de greve dos servidores públicos foi constitucionalmente assegurado pelo art. 37, VII, da Magna Carta, dispositivo este que, em razão de sua eficácia limitada, traz em seu bojo a exigência de lei ordinária para regular o modo de atuação desse direito e suas consequências. Acontece que, até os dias atuais, o legislador ordinário ainda não se desincumbiu desse dever de criar uma lei, stricto sensu, prevendo as condições para o exercício do direito de greve pelo servidor público.

- Em razão dessa omissão legislativa, deve-se aplicar aos servidores públicos civis, de forma analógica, a Lei nº 7783, de 28 de junho de 1989 - que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral (celetistas) previsto no art. 9º, da CF -, enquanto não editada lei ordinária pelo Poder Legislativo disciplinando o direito de greve dos servidores estatutários. Esse entendimento, inclusive, vem sendo acolhido pelo e. STF em diversos julgados, a exemplo da ADI 3235-AL e do MI 708-DF.

- Conforme entendimento sufragado pelo c. TST, o qual se baseia na aplicação da Lei nº 7783/89, o exercício do direito de greve impõe a suspensão do contrato de trabalho e, nesse caso, mesmo que a greve seja declarada legal, é cabível o desconto pelos dias parados, pois não há a prestação de serviços pelo empregado. Aderem a essa regra geral duas exceções: quando haja acordo entre as partes ou comprovação de que o empregador tenha contribuído decisivamente para que houvesse a paralisação, como nos casos de atraso no pagamento dos salários e de prática de lock out (recusa por parte do empregador em ceder aos trabalhadores os instrumentos de tra-

balho necessários para o desempenho de suas atividades). Na hipótese de acordo, possibilita-se a conversão do desconto dos dias parados em compensação das horas não trabalhadas, no intuito de que o trabalhador não sofra redução em sua remuneração.

- Essa possibilidade de acordo também está prevista na Lei nº 7.783/89, que, em seu art. 7º, disciplinou a necessidade de que todas as relações obrigacionais, no curso do período de greve, sejam regidas por acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.

- Aos sindicatos e associações cumpre o dever de zelar pelos direitos dos integrantes de suas categorias e, diante de um quadro de greve, laborar no intuito de fazer acordos com os órgãos aos quais os grevistas estão vinculados em prol do direito desses trabalhadores de compensar os dias parados e, assim, não sofrer redução em suas remunerações resultante do desconto desses dias.

- Na hipótese sub judice, por não ter havido resolução do conflito na via administrativa, através de acordo, o sindicato autor entendeu por bem impetrar o presente mandado de segurança visando a um pronunciamento judicial sobre a greve dos servidores, ora substituídos. Nesse caso específico, o desconto é legítimo, ainda que fosse reconhecida a legalidade da greve, até mesmo porque não há provas de ter ocorrido algo semelhante ao lock out trabalhista ou ter a AGU contribuído, de alguma forma, para a paralisação dos serviços.

- Ressalva-se, no entanto, a possibilidade de celebração de acordo para a compensação das horas não trabalhadas.

- Preliminar rejeitada.

- Apelação e remessa obrigatória providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, dar provimento à apelação e à remessa obrigatória, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 10 de junho de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

A UNIÃO interpôs recurso de apelação contra sentença, às fls. 161/166, da lavra do MM Juiz Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, exarada nos autos do presente Mandado de Segurança Coletivo impetrado contra a Procuradora Regional da União da 5ª Região.

O douto sentenciante, ao julgar a contenda, concedeu a segurança *declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade do Decreto nº 1.480/95 e determinando que não ocorram os descontos dos dias parados, por força da greve, sob a condição da reposição, mediante jornada complementar, como já estipulado na liminar* (fl. 165).

Entendeu o ilustre magistrado que, se não houve a edição de lei complementar para regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, também não pode a Administração se valer de mero decreto – nº 1480/95 – para estabelecer penalidades ao servidor que aderir a movimentos grevistas. Assim, determinou que não sejam efetivados os descontos dos dias não trabalhados, desde que haja a reposição desse período, limitada a 2 (duas) horas diárias, conforme estabelecido na decisão liminar.

Nas razões de sua apelação, a União alega, em preliminar, a

ilegitimidade passiva da autoridade coatora – a Procuradora Regional da União –, eis que o ato impugnado fora praticado pelo Secretário de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, por intermédio do Ofício-Circular nº 05/SRH/MA, de 20.07.2005. Pugna, portanto, pela extinção do feito sem apreciação do mérito. Ainda suscita a regularidade e a legalidade dos descontos pelos dias não trabalhados, em face do disposto no Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União. Por fim, suscita questão de ordem, qual seja, a apreciação da constitucionalidade do Decreto nº 1480/95 pelo Pleno deste e. Tribunal, através de incidente de inconstitucionalidade, acaso acolhida a tese defendida na sentença.

Contrarrazões opostas pelo sindicato autor às fls. 194/196.

Relatei.

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

O presente *writ*, de caráter coletivo, foi impetrando pelo SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS NO ESTADO DE PERNAMBUCO contra a PROCURADORA REGIONAL DA UNIÃO DA 5ª REGIÃO visando a não efetivação, na remuneração dos substituídos, dos descontos relativos aos dias por eles não trabalhados, em razão de terem aderido a movimento grevista.

Antes de adentrar no exame do mérito da demanda, faz mister trazer a lume a discussão acerca da legitimidade da autoridade coatora, suscitada pela União nas razões de sua apelação.

Aduz a recorrente que a legitimidade para figurar na condição de autoridade coatora no processo em comento seria do Secretário de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, por ter sido ele a pessoa responsável pela expedição do ato impugnado, qual seja, o Ofício-circular nº 05/SRH/MP, que objetivava informar aos Dirigentes de Recursos Humanos dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional sobre a participação dos servidores públicos federais em movimentos grevistas. Neste documento, a Administração esclareceu que tal situação seria considerada como falta ao trabalho, não po-

dendo ser objeto de abono, compensação ou cômputo para fins de contagem de tempo de serviço ou de qualquer vantagem, até que seja editada a lei a que faz menção o art. 37, VII, da Magna Carta.

Sobre quem deve figurar na posição de autoridade coatora, o e. STJ entendeu que “*Considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado e não o superior que o recomenda ou baixa normas para a sua execução... Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado, e responde pelas suas consequências administrativas...*” (Hely Lopes Meirelles in “*Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data*”, 13ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p, 34) por isso que **só pode ocupar o pólo passivo do Mandado de Segurança a autoridade que praticou o ato, diretamente, e que possui atribuições para desfazê-lo.** [grifei] (REsp nº 658779-PR, 1ª Turma, Relator: Ministro Luiz Fux, DJU de 27.06.2005, pág.: 245).

Portanto, autoridade coatora não é quem recomenda ou baixa normas para a execução do ato impugnado, mas sim quem pratica ou ordena a prática desse ato e que tem atribuições para desfazê-lo.

Destarte, no caso em foco, considerando que os servidores substituídos têm vínculo funcional com a Advocacia Geral da União, outra pessoa não poderia ocupar a posição de autoridade coatora senão a Procuradora Regional da União da 5ª Região, chefe da AGU, eis que a ordem para a efetivação dos descontos na remuneração dos substituídos partirá dela.

Para corroborar a tese aqui defendida, trago à colação o seguinte aresto, proferido pelo egrégio TRF da 1ª Região em situação que muito se assemelha à presente:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO DE GREVE. DESCONTO DE FALTAS. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO SECRETÁRIO DE RECURSOS HUMANOS DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. ATO IMPUGNADO DO DIRETOR DO CEFET/RN. PRE-

CEDENTES DO TRF/1ª REGIÃO.

1. No mandado de segurança, considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que edita normas para sua execução. No caso em tela, o Secretário de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão é parte manifestamente ilegítima *ad causam*, tendo em vista que os substituídos do Sindicato-impetrante são servidores do Centro Federal de Educação Tecnológica do Rio Grande do Norte - CEFET/RN, a quem cabe, por seus representantes legais, responder em Juízo pelas demandas intentadas pelos seus servidores contra seus atos.
2. O ato impugnado foi praticado pelo Diretor Geral do CEFET/RN, que é uma autarquia federal, dotada de personalidade jurídica própria e autonomia patrimonial, administrativa e financeira, sendo o responsável, junto ao SIAPE, pela coordenação, execução e supervisão das operações de inclusão e exclusão de dados no cadastro e pela confecção da folha de pagamento de seus servidores.
3. Os servidores substituídos têm vínculo funcional com o CEFET/RN, não detendo o Secretário de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão legitimidade para responder pela elaboração da folha de pagamento dos mesmos, conforme entendimento jurisprudencial assente nesta Primeira Turma (AMS 2002.34.00.012131-0/DF, Rel. Des. Federal José Amílcar Machado, *DJ* de 26/02/2004, AMS 2001.34.00.019559-9/DF, Rel. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, *DJ* de 11/04/2005, p. 23).
4. Os ofícios expedidos pelo Secretário de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, nos quais se determina sejam observados os termos dos Decretos nºs 1.480/95 e 3.506/2000, que dispõem sobre os procedimentos a serem adotados em razão da greve dos servidores, configuram meras recomendações, de caráter geral, cuja execução fica a cargo da autoridade que detém competência funcional para a prática do ato impugnado, que, no caso, é o Diretor-Geral do CEFET/RN.
5. Apelação da União provida apenas para acolher a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* do Secretário de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento,

Orçamento e Gestão, e julgar extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, ficando prejudicada a remessa oficial.

(AMS 200034000194082, JUÍZA FEDERAL SÔNIA DINIZ VIANA (CONV.), TRF1 - PRIMEIRA SEÇÃO, 01/10/2007)

E mesmo que se considere ilegítima a autoridade coatora identificada na petição inicial, não se pode esquecer de mencionar que o e. STJ já firmou entendimento no sentido da aplicação da Teoria da Encampação quando o impetrado, nas suas informações, a despeito de alegar a ilegitimidade passiva *ad causam*, adentra no mérito da ação. Neste caso, o vício processual que porventura pudesse existir resta sanado.

Sobre o tema, colhem-se inúmeras ementas proferidas por aquele Sodalício, a exemplo da adiante elencada:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE QUE DEFENDEU O MÉRITO DO ATO IMPUGNADO. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*.

1. A essência constitucional do Mandado de Segurança, como singular garantia, admite que o juiz, nas hipóteses de indicação errônea da autoridade impetrada, permita sua correção através de emenda à inicial ou, se não restar configurado erro grosseiro, proceder a pequenas correções de ofício, a fim de que o *writ* cumpra efetivamente seu escopo maior.

2. Destarte, considerando a finalidade precípua do mandado de segurança que é a proteção de direito líquido e certo, que se mostre configurado de plano, bem como da garantia individual perante o Estado, sua finalidade assume vital importância, o que significa dizer que as questões de forma não devem, em princípio, inviabilizar a questão de fundo gravitante sobre ato abusivo da autoridade.

Consequentemente, o Juiz, ao deparar-se, em sede de mandado de segurança, com a errônea indicação da autoridade coatora, deve determinar a emenda da inicial ou, na hipótese de erro escusável, corrigi-lo de ofício, e não extinguir o processo sem julgamento do mérito.

3. A errônea indicação da autoridade coatora não implica ilegitimidade *ad causam* passiva se aquela pertence à mesma pessoa jurídica de direito público; porquanto, nesse caso não se altera a polarização processual, o que

preserva a condição da ação.

4. Deveras, a estrutura complexa dos órgãos administrativos, como só ocorre com os fazendários, pode gerar difi-culdade, por parte do administrado, na identificação da autoridade coatora, revelando, *a priori*, aparência de propositura correta.

5. Aplica-se a teoria da encampação quando a autoridade apontada como coatora, ao prestar suas informações, não se limita a alegar sua ilegitimidade, mas defende o mérito do ato impugnado, requerendo a denegação da segurança, assumindo a *legitimatío ad causam* passiva.

6. Precedentes da Corte: RMS 17802 / PE, 2ª Turma, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ de 20/03/2006; RMS 18418/MG, 6ª Turma, Rel. Ministro Paulo Medina, DJ de 02/05/2006; ROMS 15262/TO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 02/02/2004; AIMS 4993/DF, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 19/02/2001.

7. Recurso especial provido para reconhecer a legitimidade passiva do Chefe do Posto Fiscal de Cambará/PR. (REsp nº 724172-PR, Primeira Turma, Relator: Ministro LUIZ FUX, DJU de 02.10.2006, pág.: 229)

Por tais argumentos, rejeito a preliminar de ilegitimidade pas-siva da autoridade coatora e passo ao exame do mérito.

Assim voto.

VOTO MÉRITO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

O direito de greve dos servidores públicos foi constitucionalmente assegurado pelo art. 37, VII, da Magna Carta, dispositivo este que, em razão de sua eficácia limitada, traz em seu bojo a exigência de lei ordinária para regular o modo de atuação desse direito e suas consequências.

Eis a redação da mencionada norma de índole constitucional:

Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qual-quer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Fe-deral e dos Municípios obedecerá aos princípios de legali-dade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiên-cia e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda

Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

A necessidade de lei, portanto, tem como finalidade estabelecer condições e limites para o exercício do direito de greve e não impedir a utilização desse meio, que, na maior parte das vezes, visa a melhores condições laborativas e salariais, sendo uma das poucas armas de proteção à dignidade profissional de que goza o trabalhador estatal ou privado.

Acontece que, até os dias atuais, o legislador ordinário ainda não se desincumbiu desse dever de criar uma lei, *stricto sensu*, prevendo as condições para o exercício do direito de greve pelo servidor público, dificultando, assim, a essa classe de trabalhadores, a prática desse direito. Criou sim, no intuito de suprir tal omissão legislativa, o Decreto nº 1480/95 para vigorar enquanto não editada a mencionada lei.

Esqueceu-se, no entanto, o legislador que a norma constitucional previu a imprescindibilidade de fixação dos critérios e diretrizes do direito de greve dos servidores públicos por lei *stricto sensu*. Portanto, o mencionado decreto, ao estabelecer o desconto dos dias parados, erigiu-se em regulamento autônomo, vedado pela Constituição.

Nesse toar, impende afirmar que, numa situação como a que ora se apresenta, outra solução não poderia ser mais adequada senão a de se aplicar aos servidores públicos civis, de forma análoga, a Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989 – que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral (celetistas) previsto no art. 9º, da CF –, enquanto não editada lei ordinária pelo Poder Legislativo disciplinando o direito de greve dos servidores estatutários.

Não se trata, pois, de suprir a omissão legislativa quanto à regulamentação do direito de greve dessa classe de servidores com a Lei nº 7.783/89, mas sim de se utilizar dessa norma legal como subsídio para a situação dos servidores públicos federais que, em razão de mora legislativa, vêm sofrendo restrições e constrangimentos no exercício desse direito constitucionalmente asse-

gurado; e somente até que sobrevenha lei específica para regular tal questão.

Essa interpretação tem sido adotada pelo e. STF em julgados proferidos pelo Tribunal Pleno em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade e de Mandado de Injunção, conforme se extrai das ementas adiante transcritas:

EMENTA:

1. Ação Direta de Inconstitucionalidade.
2. Parágrafo único do art. 1º do Decreto estadual n.º 1.807, publicado no Diário Oficial do Estado de Alagoas de 26 de março de 2004.
3. Determinação de imediata exoneração de servidor público em estágio probatório, caso seja confirmada sua participação em paralisação do serviço a título de greve.
4. Alegada ofensa do direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VII) e das garantias do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV).
5. Inconstitucionalidade.

6. O Supremo Tribunal Federal, nos termos dos Mandados de Injunção n.ºs 670/ES, 708/DF e 712/PA, já manifestou o entendimento no sentido da eficácia imediata do direito constitucional de greve dos servidores públicos, a ser exercido por meio da aplicação da Lei nº 7.783/89, até que sobrevenha lei específica para regulamentar a questão.

7. Decreto estadual que viola a Constituição Federal, por (a) considerar o exercício não abusivo do direito constitucional de greve como fato desabonador da conduta do servidor público e por (b) criar distinção de tratamento a servidores públicos estáveis e não estáveis em razão do exercício do direito de greve.

8. Ação julgada procedente. (Grifei)
(STF, ADI 3235-AL, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, *DJe* de 12.03.2010).

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTI-

TUCIONAL PARA APECIAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS NºS 7.701/1988 E 7.783/1989.

1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).

1.1. No julgamento do MI nº 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia *erga omnes*, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; v) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; vi) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador.

1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções “normativas” para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes: MI no 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 14.11.1991; MI no 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 27.3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, *DJ* 26.6.1992; MI no 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ* 24.5.2002; MI no 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 17.12.2002; e MI no 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 20.6.2003.

2. O MANDADO DE INJUNÇÃO E O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF.

2.1. O tema da existência, ou não, de omissão legislativa quanto à definição das possibilidades, condições e limites para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis já foi, por diversas vezes, apreciado pelo STF. Em todas as oportunidades, esta Corte firmou o entendimento de que o objeto do mandado de injunção cingir-se-ia à declaração da existência, ou não, de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. Precedentes: MI no 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 22.11.1996; MI no 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 2.8.2002; e MI no 485/MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 23.8.2002.

2.2. Em alguns precedentes (em especial, no voto do Min. Carlos Velloso, proferido no julgamento do MI no 631/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 2.8.2002), aventou-se a possibilidade de aplicação aos servidores públicos civis da lei que disciplina os movimentos grevistas no âmbito do setor privado (Lei nº 7.783/1989).

3. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. MORA JUDICIAL, POR DIVERSAS VEZES, DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. RISCOS DE CONSOLIDAÇÃO DE TÍPICA OMISSÃO JUDICIAL QUANTO À MATÉRIA. A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO. LEGITIMIDADE DE ADOÇÃO DE ALTERNATIVAS NORMATIVAS E INSTITUCIONAIS DE SUPERAÇÃO DA

SITUAÇÃO DE OMISSÃO.

3.1. A permanência da situação de não-regulamentação do direito de greve dos servidores públicos contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado democrático de Direito (CF, art. 1º). Além de o tema envolver uma série de questões estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos, a ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira “lei da selva”.

3.2. Apesar das modificações implementadas pela Emenda Constitucional nº 19/1998 quanto à modificação da reserva legal de lei complementar para a de lei ordinária específica (CF, art. 37, VII), observa-se que o direito de greve dos servidores públicos civis continua sem receber tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais.

3.3. Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo.

3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial.

3.5. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2º).

4. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. REGULAMENTAÇÃO DA LEI DE GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL (LEI Nº 7.783/1989). FI-

XAÇÃO DE PARÂMETROS DE CONTROLE JUDICIAL DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL.

4.1. A disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, quanto às “atividades essenciais”, é especificamente delineada nos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989. Na hipótese de aplicação dessa legislação geral ao caso específico do direito de greve dos servidores públicos, antes de tudo, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 9º, *caput*, c/c art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua a todos os cidadãos (CF, art. 9º, § 1º), de outro. Evidentemente, não se outorgaria ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição, ou não, da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderia adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderia deixar de reconhecer direito previamente definido pelo texto da Constituição. Considerada a evolução jurisprudencial do tema perante o STF, em sede do mandado de injunção, não se pode atribuir amplamente ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado. Tal premissa, contudo, não impede que, futuramente, o legislador infraconstitucional confira novos contornos acerca da adequada configuração da disciplina desse direito constitucional.

4.2 Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão somente no sentido de que se aplique a Lei nº 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII).

4.3 Em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, contudo, não se pode afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao tribunal competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de “serviços ou atividades essenciais”, nos termos do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989. Isso ocorre porque não

se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses “serviços ou atividades essenciais” seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos “essenciais”.

4.4. O sistema de judicialização do direito de greve dos servidores públicos civis está aberto para que outras atividades sejam submetidas a idêntico regime. Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado, há outros serviços públicos, cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989. Para os fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989 é apenas exemplificativa (*numerus apertus*).

5. O PROCESSAMENTO E O JULGAMENTO DE EVENTUAIS DISSÍDIOS DE GREVE QUE ENVOLVAM SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DEVEM OBEDECER AO MODELO DE COMPETÊNCIAS E ATRIBUIÇÕES APLICÁVEL AOS TRABALHADORES EM GERAL (CELETISTAS), NOS TERMOS DA REGULAMENTAÇÃO DA LEI Nº 7.783/1989. A APLICAÇÃO COMPLEMENTAR DA LEI Nº 7.701/1988 VISA À JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS QUE ENVOLVAM OS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NO CONTEXTO DO ATENDIMENTO DE ATIVIDADES RELACIONADAS A NECESSIDADES INADIÁVEIS DA COMUNIDADE QUE, SE NÃO ATENDIDAS, COLOQUEM “EM PERIGO IMINENTE A SOBREVIVÊNCIA, A SAÚDE OU A SEGURANÇA DA POPULAÇÃO” (LEI Nº 7.783/1989, PARÁGRAFO ÚNICO, ART. 11).

5.1. Pendência do julgamento de mérito da ADI nº 3.395/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, na qual se discute a competência constitucional para a apreciação das “ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (CF, art. 114, I, na redação conferida pela EC nº 45/2004).

5.2. Diante da singularidade do debate constitucional do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional nos âmbitos federal, estadual e municipal, devem-se fixar também os parâmetros institucionais e constitu-

cionais de definição de competência, provisória e ampliada, para a apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores públicos civis.

5.3. No plano procedimental, afigura-se recomendável aplicar ao caso concreto a disciplina da Lei nº 7.701/1988 (que versa sobre especialização das turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos), no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF.

5.4. A adequação e a necessidade da definição dessas questões de organização e procedimento dizem respeito a elementos de fixação de competência constitucional de modo a assegurar, a um só tempo, a possibilidade e, sobretudo, os limites ao exercício do direito constitucional de greve dos servidores públicos, e a continuidade na prestação dos serviços públicos. Ao adotar essa medida, este Tribunal passa a assegurar o direito de greve constitucionalmente garantido no art. 37, VII, da Constituição Federal, sem desconsiderar a garantia da continuidade de prestação de serviços públicos – um elemento fundamental para a preservação do interesse público em áreas que são extremamente demandadas pela sociedade.

6. DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIAÇÃO DO TEMA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS NºS 7.701/1988 E 7.783/1989.

6.1. Aplicabilidade aos servidores públicos civis da Lei nº 7.783/1989, sem prejuízo de que, diante do caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao juízo competente a fixação de regime de greve mais severo, em razão de tratarem de “serviços ou atividades essenciais” (Lei nº 7.783/1989, arts. 9º a 11).

6.2. Nessa extensão do deferimento do mandado de injunção, aplicação da Lei nº 7.701/1988, no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF.

6.3. Até a devida disciplina legislativa, devem-se definir as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal. Assim, nas condições acima especificadas, se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2º, I, a, da Lei nº 7.701/1988). Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6º da Lei nº 7.701/1988). Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também por aplicação analógica do art. 6º da Lei nº 7.701/1988). As greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais.

6.4. Considerados os parâmetros acima delineados, a par da competência para o dissídio de greve em si, no qual se discuta a abusividade, ou não, da greve, os referidos tribunais, nos âmbitos de sua jurisdição, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade de que esse juízo se reveste. Nesse contexto, **nos termos do art. 7º da Lei nº 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servi-**

dores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho (art. 7º da Lei nº 7.783/1989, *in fine*).

6.5. Os tribunais mencionados também serão competentes para apreciar e julgar medidas cautelares eventualmente incidentes relacionadas ao exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, tais como: i) aquelas nas quais se postule a preservação do objeto da querela judicial, qual seja, o percentual mínimo de servidores públicos que deve continuar trabalhando durante o movimento paradedista, ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação; ii) os interditos possessórios para a desocupação de dependências dos órgãos públicos eventualmente tomados por grevistas; e iii) as demais medidas cautelares que apresentem conexão direta com o dissídio coletivo de greve.

6.6. Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria.

6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis. (Grifei)

(STF, MI 708-DF, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 31.10.2008)

A teor do art. 2º da Lei nº 7783/89, considera-se legítimo exercício do direito de greve a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador.

Por seu turno, o art. 7º dessa mesma legislação determina que, observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.

Em se considerando tais regramentos legais, resta evidente que a greve importa na suspensão do contrato de trabalho, na pa-

realização da prestação de serviço pelo empregado ao empregador, legitimando, assim, o desconto desses dias do valor da remuneração devida aos trabalhadores grevistas.

Não se pode conceber o direito de greve de outra forma, eis que, não havendo trabalho por parte do empregado, mesmo quando a greve é declarada legal, não há o que lhe ser pago a título de contraprestação. Essa é a regra geral.

Diante desse quadro, apenas duas hipóteses são admitidas, a título de exceção, no intuito de permitir o pagamento desses dias parados. São elas: quando haja acordo entre as partes ou comprovação de que o empregador tenha contribuído decisivamente para que houvesse a paralisação, como nos casos de atraso no pagamento dos salários e de prática de *lock out* (recusa por parte do empregador em ceder aos trabalhadores os instrumentos de trabalho necessários para o desempenho de suas atividades).

Esse o entendimento que vem sendo sedimentado no seio do e. Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento de causas desse jaez, bem mais afetas a essa justiça especializada.

Eis alguns precedentes do egrégio TST:

I - RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELO SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS METALÚRGICAS, MECÂNICAS E DE MATERIAL ELÉTRICO DE SÃO PAULO, MOGI DAS CRUZES E REGIÃO. DIS-SÍDIO COLETIVO DE GREVE. DETERMINAÇÃO DE COMPENSAÇÃO DOS DIAS DE PARALISAÇÃO.

Hipótese em que o Tribunal Regional declarou a legalidade da greve e determinou a compensação pelos empregados grevistas dos dias em que houve a paralisação dos serviços, adotando postura mais branda do que aquela normalmente adotada nesta Corte Superior em situações semelhantes: desconto dos valores correspondentes aos dias em que houve a paralisação dos serviços. A jurisprudência desta Seção Normativa firmou-se no sentido de que a paralisação dos trabalhos em decorrência de greve importa em suspensão do contrato de trabalho (art. 7º da Lei nº 7.783/89), razão por que, não havendo trabalho, mesmo que declarada a legalidade da greve, não deve ser pago o período não trabalhado, salvo acordo diverso entre as partes ou comprovação de que o empregador, por meio de

conduta recriminável ou inerte, tenha contribuído decisivamente para que houvesse a paralisação, como nas situações de atraso no pagamento dos salários e prática de *lock-out* (art. 17, parágrafo único, da Lei de Greve), não verificadas no caso concreto. Recurso ordinário a que se nega provimento. **CLÁUSULAS INDEFERIDAS NO ACÓRDÃO NORMATIVO (CESTA BÁSICA. TICKET-REFEIÇÃO).** Ausência de impugnação do fundamento adotado no acórdão recorrido para indeferimento da pretensão de instituição das cláusulas: inviabilidade de atuação do poder normativo da Justiça do Trabalho, para fixação de cláusulas típicas da data-base, na vigência de convenção coletiva, não desrespeitada pela empresa. Inobservância do disposto no art. 514, inc. II, do Código de Processo Civil. Incidência da Súmula nº 422 desta Corte. Recurso ordinário de que não se conhece, no particular.

II - RECURSO ADESIVO INTERPOSTO PELA ELETRO MÉDICA BRASILEIRA IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA. DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE. PEDIDO CONTRAPOSTO DE INSTITUIÇÃO DE CLÁUSULAS DE NATUREZA ECONÔMICA (CESTA BÁSICA, TICKET-REFEIÇÃO, PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS). SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. CUSTAS PROCESSUAIS.

Decisão recorrida em que se julgaram parcialmente procedentes as pretensões referentes ao dissídio coletivo de greve e o pedido contraposto de fixação de cláusulas de natureza econômica e, por conseguinte, se fixaram as custas processuais a cargo da empresa suscitante. Conformidade com o disposto nos arts. 789, § 4º, da CLT e 67 e 68 da atual Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho. Recurso adesivo a que se nega provimento.

(TST, RODC 2025900-28.2007.5.02.0000, Ministro Fernando Eizo Ono, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, *DEJT* 28.05.2010).

DISSÍDIO COLETIVO ORIGINÁRIO.

I - DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE. ATIVIDADE ESSENCIAL. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DA DATA-PREV.

A partir de interpretação sistemática do artigo 114, § 3º, da Constituição Federal, a Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho concluiu que a alteração

trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 não atribuiu legitimidade exclusiva ao Ministério Público do Trabalho para o ajuizamento de dissídio coletivo de greve em atividade essencial, tendo apenas reforçado a legitimidade do *Parquet* na tutela do interesse público. De outro lado, nada recomenda restringir a legitimidade do empregador em discutir o movimento em face da garantia de acesso à Justiça. Logo, a legitimidade é concorrente entre o Ministério Público do Trabalho e os sindicatos ou empresas para ajuizar dissídio coletivo de greve (RODC-61300-97.2008.5.09.0909, Rel. Min. Fernando Eizo Ono, certidão de julgamento publicada em 16/11/2009). **Preliminar que se rejeita. GREVE. ABUSIVIDADE. ACORDO DE CONTINGÊNCIA DE FUNCIONAMENTO DURANTE A GREVE.** Não se configura a abusividade da greve deflagrada após o esgotamento da negociação referente ao ajuste do contingente mínimo de funcionamento durante a greve, nos termos do artigo 9º da Lei nº 7.783/89. Ainda que haja cláusula de acordo coletivo de trabalho prevendo o aludido ajuste, se demonstrada a real iniciativa na solução negociada, mediante propostas razoáveis e compatíveis com a prestação do serviço, a impossibilidade de se chegar a bom termo não implica, por si só, a abusividade do movimento. **PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COLETIVA.** O registro em ata dos exaustivos debates sobre os anseios dos empregados e as possibilidades econômicas da empresa afasta a alegação de abusividade da greve por falta de negociação coletiva prévia. Inteligência do artigo 3º da Lei nº 7.783/89, que autoriza a greve ante a frustração da negociação coletiva. **Pedido de declaração de abusividade de greve que se julga improcedente. DIAS PARADOS.** Em virtude da suspensão do contrato de trabalho, a Seção de Dissídios Coletivos firmou entendimento no sentido da possibilidade dos descontos dos dias de paralisação, ressalvadas as hipóteses de o empregador contribuir decisivamente, mediante conduta recriminável, para que a greve ocorra, como, por exemplo, atraso do pagamento de salários e lockout; e por acordo entre as partes. Não se tratando de qualquer dessas exceções, autoriza-se o desconto dos dias parados. **PRECEDENTE NORMATIVO 82 DO TST.** Constatada a não abusividade da greve, concede-se, a requerimento da Federação, a garantia de que cogita o Precedente Normativo 82 do TST. Dissídio coletivo de greve

parcialmente procedente.

II - DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA ECONÔMICA. SUPERVENIENTE CELEBRAÇÃO DE ACORDO COLETIVO DE TRABALHO.

A requerimento das partes que informam a celebração de acordo coletivo de trabalho, julga-se extinto o processo de dissídio coletivo de natureza econômica, com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, III, do CPC.

PRELIMINARES. FALTA DE COMUM ACORDO. ARTIGO 114, PARÁGRAFO SEGUNDO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INÉPCIA DA INICIAL POR IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE COM DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA ECONÔMICA.

Prejudicadas as preliminares ante a celebração de acordo coletivo de trabalho e a extinção do processo.

(TST, DC 2173626-89.2009.5.00.0000, Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, *DEJT* 28.05.2010).

Nessas hipóteses excepcionadas pelo entendimento pretoriano, havendo acordo, faculta-se a conversão do desconto dos dias parados em compensação das horas não trabalhadas, no intuito de que o trabalhador não sofra redução em sua remuneração.

Essa possibilidade de acordo também está prevista na Lei nº 7783/89, que, em seu art. 7º, disciplinou a necessidade de que todas as relações obrigacionais, no curso do período de greve, sejam regidas por acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.

O que se espera, portanto, é que as entidades de classe ajam em prol do direito dos seus associados no fito de obter a solução menos gravosa para os trabalhadores diante da deflagração de uma greve. Ocorrerão situações que poderão ser reguladas por acordo, convenção, laudo arbitral ou, por último e nas hipóteses de insucesso nas tentativas de negociação anteriores, por decisão judicial, onde o Poder Judiciário se utilizará de sua potestade para resolver o conflito de interesses das partes envolvidas.

Na hipótese *sub judice*, por não ter havido resolução do conflito na via administrativa através de acordo, o sindicato autor entendeu por bem impetrar o presente mandado de segurança visando

a um pronunciamento judicial sobre a greve dos servidores, ora substituídos, última instância no rol de instrumentos previstos no art. 7º da Lei nº 7783/89 que são colocados à disposição dos envolvidos na greve para pôr um ponto final às suas divergências.

Nesse caso específico, o desconto é legítimo, mesmo que reconhecida a legalidade da greve, já que não houve a prestação do serviço pelos substituídos e eles não chegaram a um acordo para solução do conflito e compensação do horário. Ademais, não há provas de ter ocorrido algo semelhante ao *lock out* trabalhista ou ter a AGU contribuído, de alguma forma, para a paralisação dos serviços.

A possibilidade de desconto do dia não trabalhado do servidor público civil federal, inclusive, está previsto no art. 44 da Lei nº 8112/90, de teor:

Art. 44. O servidor perderá:

I - a remuneração do dia em que faltar ao serviço, sem motivo justificado;

Cumpramos ressaltar, mais uma vez, que aos sindicatos e associações cumpre o dever de zelar pelos direitos dos integrantes de suas categorias e, diante de um quadro de greve, laborar no intuito de fazer acordos com os órgãos aos quais os grevistas estão vinculados em prol do direito desses trabalhadores de compensar os dias parados e, assim, não sofrer redução em suas remunerações resultante do desconto desses dias. A jurisprudência trabalhista e a legislação correlata permitem tal solução.

Por todos esses argumentos, três situações podem se apresentar: a remuneração dos substituídos ter sido paga integralmente durante o período de greve, ter havido o desconto dos dias parados e, ainda, ter havido a compensação das horas não trabalhadas para evitar o desconto. Na primeira hipótese, o valor que foi pago a maior – relativo aos dias de greve – deverá ser devolvido ao Erário conforme os critérios estabelecidos no art. 46, § 1º, da Lei nº 8.112/90; na segunda hipótese, não se verifica qualquer irregularidade, eis que tal ato se mostra consentâneo com o entendimento ora defendido; e, por fim, na terceira e última hipótese, tendo havido a compensação das horas não trabalhadas, não há mais que se falar em desconto.

Por fim, ressalva-se a possibilidade de celebração de acordo para a compensação das horas não trabalhadas.

Por tais fundamentos, rejeito a preliminar e, no mérito, dou provimento à apelação e à remessa obrigatória para denegar a segurança.

Assim voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 7.294-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Embargados: CECÍLIA LUÍS DE SOUSA E OUTROS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. MARIA LÚCIA SOARES DE ALBUQUERQUE
MARQUES E OUTROS (EMBDOS.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. DIREITO À REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO. ADICIONAL DE RISCO (40%) RECONHECIDO PELA JUSTIÇA DO TRABALHO. DECADÊNCIA.

- 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.

- Os benefícios dos recorrentes foram concedidos entre 1982 a 1994, 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 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. Aplicação analógica dos precedentes deste Tribunal e do STJ sobre a aplicação da Lei Complementar nº 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 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 possuir regra expressa em sentido contrário, o que não possui. In casu, o direito à revisão dos benefícios previdenciários, para incluir o percentual de 40% (quarenta por cento), relativo ao adicional de risco reconhecido por força de decisão proferida no âmbito da Justiça do Trabalho, encontra-se caduco, tendo em vista que a ação somente foi ajuizada em 11.07.2008.

- Embargos acolhidos, atribuindo-lhes efeitos infringentes, para dar provimento à remessa ofi-

cial, reconhecendo a decadência do direito de revisar o ato de concessão do benefício, julgando prejudicada a apelação do INSS.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, acolher os embargos de declaração, para dar provimento à remessa oficial, reconhecendo a decadência e julgando prejudicada a apelação do INSS, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 13 de julho de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão que negou provimento à apelação do INSS e deu provimento, em parte, à remessa oficial.

No recurso, sustenta o INSS, ora embargante, que a decisão vergastada foi omissa, quando não se pronunciou sobre a ocorrência da decadência do direito de incluir o percentual de 40% (quarenta por cento) relativo ao adicional de risco reconhecido por força de decisão judicial no âmbito da Justiça do Trabalho, no cálculo do salário de benefício. Requer, alfim, que o recurso seja conhecido e provido, atribuindo-lhe efeito infringente.

Em mesa para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Os embargos de declaração possuem abrangência limitada aos casos em que haja obscuridade ou contradição na sentença

ou acórdão, ou quando for omitido ponto sobre o qual se devia pronunciar o Juiz ou Tribunal (art. 535 do CPC).

Na espécie, verifica-se que o acórdão embargado não se manifestou sobre o instituto da decadência, quando apreciou a remessa oficial. Deste modo, passo a suprir a omissão apontada.

A questão da decadência do direito de revisão do benefício, cujas DIBs remontam entre 1982 a 1994 (fls. 180, 202, 222, 257 e 277), pode se apreciada a qualquer tempo, sendo certo que, por se tratar de matéria de ordem pública, pode até mesmo 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 sua 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.

Os benefícios dos embargados foram concedidos entre 1982 a 1994, 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 644736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007) - Excerto do voto do Ministro LUIZ FUX noREsp 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 possuisse regra expressa em sentido contrário, o que não possui.

In casu, o direito à revisão dos benefícios previdenciários, para incluir o percentual de 40% (quarenta por cento), relativo ao adicional de risco reconhecido por força de decisão proferida no âmbito da Justiça do Trabalho, encontra-se caduco, tendo em vista que a ação somente foi ajuizada em 11.07.2008 (fl. 03).

Diante de todo o exposto, acolho os embargos de declaração, atribuindo-lhes efeitos infringentes, para dar provimento à remessa oficial, reconhecendo a decadência do direito a revisar o ato de concessão do benefício, julgando prejudicada a apelação do INSS.

É como voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA

6233-SE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt	13
6329-PE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt	34

AGRAVO DE INSTRUMENTO

103710-CE	Rel. Des. Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá (Convocado)	45
106380-PE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha	63

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA

18-CE	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria	72
-------	--	----

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR

4160-SE	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria	79
---------	--	----

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL

357084-CE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	85
-----------	---	----

APELAÇÃO CÍVEL

344813-RN	Rel. Des. Federal Rubens de Mendonça Canuto (Convocado)	93
394548-PE	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho	99
399322-AL	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha	104
403993-RN	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	127
433921-PE	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.	141
436294-PB	Rel. Des. Federal Rubens de Mendonça Canuto (Convocado)	144
440390-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	158
461057-PE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	164
463299-PB	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias	174

465824-CE	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho	183
475002-AL	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias	192
486146-SE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	201
496455-PE	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	208
497277-CE	Rel. Des. Federal Frederico Pinto Azevedo (Convocado)	223

APELAÇÃO CRIMINAL

5519-PB	Rel. Des. Federal Frederico Pinto Azevedo (Convocado)	233
5948-AL	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	245
6740-PE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	277
7110-CE	Rel. Des. Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá (Convocado)	286

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

93858-PE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	300
----------	---	-----

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

7294-PE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo	324
---------	---	-----

ÍNDICE ANALÍTICO

A

Adm	Ação civil pública. Combate ao cólera. Responsabilidade objetiva do Estado. Ausência de omissão da Administração. Atuação do Estado no combate à epidemia de cólera em 1999. Campanha informativa. Atuação de agentes comunitários de saúde. Ocorrência de mortes. Fatalidade que ocorre em epidemias. Ausência de direito a indenização. Validade da citação do Município de Acari. Ausência de prejuízo. Legitimidade ativa do MPF na defesa de direitos individuais homogêneos. Legitimidade passiva da FUNASA. AC 403993-RN..... 127
PrCv e Amb	Ação civil pública proposta pelo IBAMA contra municípios. Procedência parcial. Sucumbência de entidades de direito público. Reexame necessário da totalidade da sentença. Manguezal. Área de preservação permanente. Construções de imóveis por populares. Falta de licença dos municípios. Omissão do dever de fiscalização. Pretensão inibitória. Procedência. Dever de reparar eventuais danos ambientais. Inexistência. AC 436294-PB 144
Adm e Ct	Ação de improbidade administrativa. Evidências de malversação do dinheiro público. Conduta dos agentes públicos que se subsume aos dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa. Preliminar de nulidade da sentença. Afastamento. AC 497277-CE 223
Cv	Ação de indenização por danos morais e materiais. Numerário transferido de conta corrente para integralizar montante de pla-

	no de previdência privada. Alegação de desvio. Inocorrência. Dano material. Inexistência. Dano moral. Configuração. AC 486146-SE 201
Adm e PrCv	Ação indenizatória. Desapropriação. Erro na delimitação do assentamento dos beneficiários, o qual se estendeu pelas propriedades limítrofes. Invasão da propriedade dos autores pelo MST. Queimada da cana e sua comercialização clandestina. Omissão do INCRA por descumprimento de ordem judicial – liminar determinando a comunicação aos assentados da real área desapropriada, bem como a retirada dos invasores. Relação de causalidade entre o dano e a omissão da autarquia. Obrigação de reparar o dano material sofrido pelos demandantes. Preliminar de ilegitimidade passiva <i>ad causam</i> do INCRA rejeitada. AC 440390-PE ... 158
Prev	Ação rescisória. Interesse de menor absolutamente incapaz. Acórdão que acolheu a incidência da prescrição quinquenal. Infração a literal dispositivo de lei. Existência. Pedido rescisório julgado procedente em parte. Favorecimento apenas dos demandantes incapazes à época da propositura da ação de conhecimento. AR 6329-PE ... 34
PrCv	Ação rescisória. Liquidação de sentença. Admissibilidade. Responsabilidade civil. Dano ambiental. Manguenzal. Área de preservação permanente. Meio ambiente como macrobem. Dano de reparabilidade indireta. Recomposição da área. Colaboração antrópica comprovada. Razoabilidade e proporcionalidade. Redução da indenização. AR 6233..... 13

B

Prev	Benefício previdenciário. Direito à revisão do ato de concessão. Adicional de risco (40%) reconhecido pela Justiça do Trabalho. Decadência do direito de revisar o ato de concessão do benefício. ED na APELREEX 7294-PE 324
------	--

C

Pen e PrPen	Crime de uso de documento falso. Certidão negativa de débito tributário para cadastro na UFPB. Arrependimento posterior. Inocorrência. Autoria e materialidade comprovadas. Consciência da falsidade da certidão. Crime formal. Inexigência de resultado. Manutenção da pena. Prescrição. Condenação pelo crime de corrupção ativa. ACR 5519-PB 233
-------------	---

D

PrCV	Dano ambiental. Fiscalização. Atribuição do IBAMA. Poder de polícia. Embargo à obra. Medida que não se confunde com as sanções da Lei 9.605/98, art. 72. Contraditório diferido. Possibilidade. Área de preservação permanente. Natureza jurídica de limitação administrativa. Construção em dunas desprovidas de vegetação. Disciplina legal pelas Resoluções 303/02 e 341/03 do COMANA. Área de recuo prevista no Código Florestal, art. 2º, g. Laudo produzido pelo IBAMA. Presunção de veracidade quanto aos fatos objetivamente descritos como estando em desconformidade com a legislação ambiental. AgTr 103710-CE 45
------	--

E

- Pen e PrPen Emissora de radiodifusão. Funcionamento sem outorga do Poder Público. Princípio da insignificância. Possibilidade de reparação nas esferas administrativa e cível. Aplicabilidade. Absolvição dos réus. Lacre de equipamentos. Óbice ao funcionamento. Quebra. Prescrição retroativa. Extinção da punibilidade. Fraude processual. Conjunto probatório. Inimputabilidade da prática delitiva a um dos denunciados. Inalteração da situação. Documentos não apresentados por sua defesa. Absolvição. Qualificação dos demais réus, cuja defesa apresentou documentação questionada dissonante com o alegado. Potencialidade lesiva. Manutenção da condenação. ACr 7110-CE 286
- Ct e Trbt Empresa jornalística. Aquisição de papel com imunidade tributária. CF, art. 150, VI, *d*. Revenda a terceiro sem o registro especial previsto no Decreto-Lei nº 1.593/77 e nas Instruções Normativas nºs 71 e 159 da SRF. Ilícito fiscal. Legitimidade da autuação. Aplicação do conjunto normativo vigente à época do fato. AC 463299-PB 174
- Adm Enfiteuse. Imóvel pertencente à União. Terreno de marinha. Foro, taxa de ocupação e laudêmio. Aumento com base no valor de mercado do imóvel. Alteração no modo de aferição do valor devido em razão da enfiteuse sobre os terrenos de marinha. Aplicação apenas às enfiteuses constituídas após a sua vigência. AC 496455-PE 208

Trbt	Execução fiscal. Contribuição social. Lançamento por homologação. CDA. Presunção de legitimidade. Prescrição da execução. Ausência de prova. Empresa pública prestadora de serviço público. Responsabilidade subsidiária do ente instituidor. Cabimento. AC 344813-RN 93
------	--

F

Pen e PrPen	Fraude à licitação. Autoria e materialidade comprovadas. Fornecimento de materiais (cartuchos e <i>toners</i> de impressoras) em desconformidade com o previsto no processo de licitação – pregão presencial. Dolo configurado. Conhecimento sobre a qualidade dos materiais. Prejuízo não verificado. Desclassificação do crime para tentado. Possibilidade. ACr 6740-PE 277
-------------	---

I

Trbt	Imposto de renda incidente sobre as diferenças do percentual de 11,98%. Tributo que não foi recolhido pela fonte pagadora. Lançamento de ofício pela Administração Tributária sujeito ao pagamento de juros e multa de mora. Responsabilidade do contribuinte que auferiu a renda. AC 461057-PE 164
------	---

L

PrCv e Adm	Licitação. Lei nº 8.666/93, art. 48. Faculdade da Administração Pública. Discricionariedade quanto à utilidade da medida. Julgamento das propostas. Desclassificação por descumprimento de exigências editalícias.
------------	--

Adoção da modalidade pregão. Licitação que objetiva bens e serviços de tecnologia. Possibilidade. AgTr 106380-PE 63

M

Adm e PrCv Mandado de segurança. Autoridade coatora. Procuradora Regional da União da 5ª Região. Ilegitimidade passiva *ad causam*. Preliminar rejeitada. Servidor público civil federal. Greve. Direito assegurado constitucionalmente. Omissão legislativa. Aplicação analógica da Lei nº 7.783/89. Entendimento sedimentado pelo STF. Desconto nos vencimentos dos dias paralisados. Possibilidade. Conversão do desconto em compensação das horas não trabalhadas. Acordo. Entendimento do TST. AMS 93858-PE 300

P

Ct e Adm Paciente que foi submetido a múltiplas cirurgias. Alegação de erro médico. Responsabilidade objetiva do Estado. Inexistência. Ausência de relação de causa e efeito entre o agir da Administração e o resultado danoso ocorrido. AC 433921-PE 141

Pen e PrPen Peculato em detrimento de empresa pública federal – CEF. Continuidade delitiva. Conduta perpetrada por empregado da CEF na função de gerente de agência. Equiparação a funcionário público. Demissão na seara administrativa. Sentença condenatória. Autoria e materialidade comprovadas. Estado de necessidade. Não comprovação. Absolvção. Impossibilidade. Dosimetria da pena. Razoabilidade. Manutenção. ACr 5948-AL 245

Cv Pedido de indenização por danos morais e materiais. Estudante aprovado em concurso e posteriormente dispensado/exonerado. Ausência de diploma e certificação do curso pelo MEC. Curso de graduação de farmácia da UFAL apenas autorizado, sem o reconhecimento do MEC. Conhecimento da ausência de reconhecimento quando da realização do concurso. Possibilidade da UFAL ter requerido o reconhecimento em data anterior. Danos morais existentes. Ausência de danos materiais. AC 475002-AL 192

PrCv e Adm Pretensão de anulação de demissão calçada em inquérito administrativo. Concessão irregular de benefício previdenciário a um (1) segurado. Inquérito que concluiu pela prática das infrações administrativas contidas na Lei nº 8.112/90, arts. 116, incisos II e III, e 117, incisos IX e XV. Demandante que, embora ocupasse o cargo de agente de portaria, com escolaridade de primeiro grau, foi encarregado de conceder benefícios previdenciários em flagrante desvio de função. Manutenção da sentença que acolheu a pretensão de reintegração do autor no cargo. AC 394548-PE 99

R

PrCv Ratificação de recurso interposto antes do julgamento dos embargos de declaração. Desnecessidade. Regra aplicável apenas aos recursos raros. AgRg nos EI na AC 357084-CE 85

Ct e Cv	Responsabilidade objetiva do Estado. Indenização por danos morais em decorrência da demissão do servidor, posteriormente considerada ilegal, que o privou dos vencimentos por mais de vinte anos. Ressarcimento que foi arbitrado em dez vezes o valor integral da pensão devida aos dependentes do servidor e honorários advocatícios correspondentes a vinte por cento do valor da condenação. Redução do valor da indenização para R\$ 50.000,00 e dos honorários advocatícios para dez por cento do valor da condenação. AC 465824-CE 183
---------	---

S

Ct e Trbt	Sigilo bancário. Utilização de dados da CPMF. Procedimento administrativo-fiscal para fins de aferição de existência de crédito tributário. Leis 9.311/96 e 10.174/2001 e Lei Complementar 105/2001. Alegação de inconstitucionalidade em face do art. 5º, X e XII. Inocorrência. Julgamento plenário do Tribunal decidindo pela constitucionalidade. AC 399322-AL 104
PrCV	Suspensão de execução de sentença. GDPGPE. Extensão a inativos. Lesão à ordem econômica. Efeito multiplicador. Ocorrência. AgRg na SUEXSE 18-CE 72
PrCv	Suspensão de liminar. Pedido de aditamento. Não conhecimento. Decisão <i>a quo</i> suspensa parcialmente. Manutenção. Matérias deduzidas no agravo inominado relativas ao mérito. AgRg na SL 4160-SE 79