

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

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

Número 90 - Março/Abril - 2011

R. TRF 5ª Região, nº 90, p. 1-263, Março/Abril - 2011

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

Diretor da Revista
DESEMBARGADOR FEDERAL
FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS

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 FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS

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.jus.br

Correio eletrônico: revista.dir@trf5.jus.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

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - 17.05.01

Presidente

Desembargador Federal

ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA - 05.05.08

Vice-Presidente

Desembargador Federal

VLADIMIR SOUZA CARVALHO - 27.02.08

Corregedor

Desembargador Federal

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES - 30.03.89

Desembargador Federal

JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA - 29.04.92

Desembargador Federal

FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS - 13.03.96

Coordenador dos Juizados Especiais Federais

Desembargadora Federal

MARGARIDA CANTARELLI - 09.12.99

Desembargador Federal

FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI - 03.07.00

Desembargador Federal

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - 03.07.00

Desembargador Federal

PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA - 19.09.01

Desembargador Federal
FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS - 15.08.03
Diretor da Revista

Desembargador Federal
MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS - 03.12.03

Desembargador Federal
MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - 08.08.07
Diretor da Escola de Magistratura Federal

Desembargador Federal
FRANCISCO BARROS DIAS - 12.01.09

Desembargador Federal
EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR - 21.07.10

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)

Presidente: Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE O. LIMA
Vice-Presidente: Desembargador Federal ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Corregedor: Desembargador Federal VLADIMIR DE SOUZA CARVALHO

PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal JOSÉ MARIA LUCENA - Presidente
Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI
Desembargador Federal MANOEL ERHARDT

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 GERALDO APOLIANO - Presidente
Desembargador Federal LUIZ ALBERTO GURGEL
Desembargador Federal MARCELO NAVARRO

QUARTA TURMA (terças-feiras)

Desembargador Federal EDILSON NOBRE - Presidente
Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES
Desembargadora Federal MARGARIDA CANTARELLI

SUMÁRIO

I - Mensagem do Diretor da Revista	13
II - Jurisprudência	17
III - Índice Sistemático	253
IV - Índice Analítico	257

MENSAGEM DO DIRETOR DA REVISTA

Caros colegas e leitores em geral desta Revista,

Renova-se, burocraticamente, a direção desta revista, mas a vida continua. Mais precisamente, continua a administração deste Tribunal, que experimenta período de sólida tranquilidade. A administração desta Casa segue nas mãos seguras de um novo colega que já repetiu seu compromisso com as práticas anteriores que se revelaram muito boas e exitosas, com modificação apenas naquilo que destoar de sua maneira de ser.

Aqui, também, no âmbito da administração desta revista, se manterá a mesma orientação anterior – aliás orientação definida pelo atual Presidente do Tribunal – por duas razões fundamentais: primeiro, porque há de manter-se o perfil da nova administração e, depois, porque o novo presidente desta Corte e antigo diretor desta revista sempre serviu de modelo ao atual diretor, por terem sido colegas – e continuarem amigos – na mesma Seção Judiciária de Alagoas de onde vieram.

Era nossa intenção, já manifestada à equipe responsável pela edição da revista, publicar a revista no modo antigo, com retorno à impressão tradicional e trimestral. Restei convencido de que, por razões de todos conhecidas, somente se poderá manter a edição da revista editada apenas virtualmente. Penso, porém, que se poderá retomar a publicação de algo assim como se fosse uma seleção dos precedentes jurisprudenciais das Turmas e do Pleno deste Tribunal, com a jurisprudência ali dominante.

Essa inovação, que se encontra apenas no campo das ideias e se encontra sendo examinada pela equipe responsável, busca atingir dois objetivos: tornar conhecida, por todos, a jurisprudência dominante de cada Turma e do Plenário desta Corte, para que se tenha conhecimento do que os outros pensam e, depois, para matar a saudade de consulta a uma publicação nos termos tradicionais, quando se poderia ler, anotar, conduzir a revista para onde se quisesse, com muito maior comodidade.

Ao dirigir essas palavras iniciais aos nossos queridos colegas e leitores, gostaríamos, também, de convidá-los a enriquecer a revista com os artigos doutrinários, o que a tornará bem mais valiosa.

Muito obrigado.

JURISPRUDÊNCIA

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 4.163-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO RESENDE MARTINS (CONVOCADO)
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelado: MUNICÍPIO DE MONTEIRO (PB)
Advs./Procs.: DRS. BERNARDO VIDAL DOMINGUES DOS SANTOS E OUTROS (APDO.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CONTRA SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE PEDIDO DO MUNICÍPIO PARA CONDENAR A FAZENDA NACIONAL A DEVOLVER TUDO QUANTO FORA DEDUZIDO DAS QUOTAS DO FPM, OBSERVADA A PRESCRIÇÃO QUINQUENAL, A TÍTULO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR FINANCEIRO, ESTABELECIDO PELA LC 91/97, CONSIDERANDO O ENQUADRAMENTO NA FAIXA POPULACIONAL, E A CORRESPONDENTE APLICAÇÃO DO COEFICIENTE DE 1.6, QUANDO, DEVERIA SER COM BASE NO COEFICIENTE DE 1.4, SEM REDUTOR.

- Diga-se, de passagem, que a causa não é daquelas em que município questiona os critérios adotados pelo IBGE, na estimativa anual do número de habitantes, para efeito de progressão na faixa populacional e o consequente aumento da cota do Fundo de Participação dos Municípios.

- A discussão gira em torno de saber se a inclusão em faixa populacional maior, no ano de 1997, correspondente ao coeficiente de 1.6, com a aplicação do redutor incidente sobre o ganho adicional a partir de 1999, na forma do art. 2º da Lei Complementar 91/97, gerou algum prejuízo ao Município, caso houvesse mantido o enquadramento na faixa populacional com o coeficiente de 1.4, naquele ano de 1997, sem o respectivo redutor.

- A regra do redutor financeiro, incidente sobre o

ganho adicional do coeficiente, teve o objetivo de evitar a perda repentina de receita dos municípios, que sofreram redução populacional entre os anos de 1997 e 1998, na forma do § 2º do art. 1º da lei acima transcrita.

- Pela sistemática da lei, ao Município fora atribuído, pelo TCU, o coeficiente de 1.6, em 1997, e, observada a perda populacional, com enquadramento na faixa entre 23.773 a 30.564 habitantes, e coeficiente 1.4, foram mantidos o anterior fator de 1.6 no ano de 1998 e a aplicação, a partir de 1999, do redutor incidente sobre o respectivo ganho adicional de 0.2, durante os dez anos subsequentes.

- Dessa forma, a partir de 1998, o Município autor, ao invés de receber o repasse de suas cotas do FPM, com base no coeficiente de 1.4, continuou a auferir o coeficiente de 1.6, aplicando-se, a partir de 1999, o redutor de 20% sobre o ganho adicional de 0.2, e, progressivamente, até o final do exercício financeiro de 2007, quando o redutor alcançou o patamar máximo de 90%, suprimindo-se o dito redutor financeiro com o restabelecimento do coeficiente original a partir de 2008.

- Matematicamente, portanto, não existe prejuízo financeiro sofrido pelo Município, ao contrário, fora ele beneficiado por todo esse período, com a aplicação do redutor financeiro, não havendo por que agora a reclamação. Precedentes deste Tribunal (AC 438.085, Des. Rogério Fialho Moreira, julgado em 17.12.2009 e APELREEX 614, deste Relator, julgado em 29 de julho de 2010).

- Para a demonstração de que houve prejuízo com a aplicação do redutor, seria indispensável a confrontação pormenorizado de cálculos com e sem o redutor, o que não foi feito pelo Município.

- A constatação pura e simples de que outro município, tomado por paradigma, dentro da

mesma faixa populacional, em que não é aplicado o redutor, aufere, a título de FPM, valor superior ao do Município apelado, não é fundamento, por si só, para concluir pelo prejuízo da utilização do redutor financeiro, pois é possível que, nos últimos anos de aplicação do redutor, cujos percentuais eram maiores, haja alguma diferença favorável ao município que não foi beneficiada pela aplicação do redutor, considerando que a quantia dali decorrente era partilhada aos demais municípios.

- Uma coisa é certa: a aplicação do redutor por todo esse período terá sido, extremamente, mais vantajoso do que se viesse sendo repassado ao Município apelado a quota do FPM com base apenas no coeficiente real de 1.4.

- Apelação e remessa oficial providas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 10 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO RESENDE MARTINS - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO RESENDE MARTINS (Convocado):

O Município de Monteiro, Estado da Paraíba, promoveu ação ordinária contra a União Federal, visando à *declaração do direito à inclusão do Município Autor na redistribuição automática do redutor financeiro, determinando o pagamento da diferença dos últimos 5 (cinco) anos*, fl. 15.

Sustenta que se encontra entre os municípios que o IBGE acusou perda de população nos últimos dez anos, enquadrado que foi

em 1997 na faixa populacional correspondente ao fator 1.6, e, atualmente, no coeficiente 1.4, recebe um ganho adicional de 0,2, e deveria receber mais que um município que sempre auferiu o coeficiente 1,4, porém, em razão do redutor, o que se vê é o contrário, porque os municípios que não sofreram a aplicação do redutor financeiro previsto na referida LC 91/97, e estão na mesma faixa populacional do autor, mediante o coeficiente de 1.4, estão auferindo um total de repasse do FPM muito maior do que o município que auferir sua cota calculada a partir do coeficiente de 1.6, com a aplicação do redutor.

Entendendo haver quebra de isonomia entre os municípios que tiveram redução populacional ao longo dos anos e aqueles que se mantiveram com a mesma taxa populacional, o magistrado *a quo* julgou procedente, em parte, o pedido, *para condenar a União a pagar ao Município de Monteiro-PB, os valores que, nos cinco anos anteriores à propositura desta ação, deixaram de ser repassados em virtude de sua exclusão do rateio da parcela do FPM decorrente da aplicação do redutor previsto na LC nº 91, de 22 de dezembro de 1997, alterada pela LC nº 106, de 23 de março de 2001, fl. 146.*

Inconformada, a União, representada pela Procuradoria da Fazenda Nacional, interpôs apelação, alegando, em linhas gerais, que a sentença negou vigência à metodologia do redutor previsto na Lei Complementar 91/97, com a nova redação dada pela LC 106/2001, que disciplina a fixação dos coeficientes do Fundo de Participação dos Municípios, e que o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela constitucionalidade da aplicação de ditos redutores, conforme MS 26471MC/DF, Min. Ricardo Lewandowski, fl. 159.

Contrarrazões do apelado, fls. 167-176.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO RESENDE MARTINS (Relator Convocado):

Esclareço, inicialmente, que a causa não é daquelas em que o município questiona os critérios adotados pelo IBGE na estimativa anual do número de habitantes, para efeito de progressão na

faixa populacional e o conseqüente aumento da cota do Fundo de Participação dos Municípios, em função de novo coeficiente de cálculo.

A discussão gira em torno de saber se a inclusão em faixa populacional maior, no ano de 1997, correspondente ao coeficiente de 1.6, com a aplicação do redutor incidente sobre o ganho adicional a partir de 1999, na forma do art. 2º da Lei complementar 91/97, gerou algum prejuízo ao Município, caso houvesse mantido o enquadramento na faixa populacional com o coeficiente de 1.4, naquele ano de 1997, sem o respectivo redutor.

A Lei Complementar 91/97, com a nova redação dada pela LC 106/2001, que disciplina a fixação dos coeficientes do Fundo de Participação dos Municípios, estabelece o seguinte:

Art. 1º Fica atribuído aos Municípios, exceto os de Capital, coeficiente individual no Fundo de Participação dos Municípios - FPM, segundo seu número de habitantes, conforme estabelecido no § 2º do art. 91 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.881, de 27 de agosto de 1981.

(...)

§ 2º Ficam mantidos, a partir do exercício de 1998, os coeficientes do Fundo de Participação dos Municípios - FPM atribuídos em 1997 aos Municípios que apresentarem redução de seus coeficientes pela aplicação do disposto no *caput* deste artigo.

§ 1º O redutor financeiro a que se refere o *caput* deste artigo será de:

I - vinte por cento no exercício de 1999;

II - quarenta por cento no exercício de 2000;

III - trinta pontos percentuais no exercício financeiro de 2001; (Redação dada pela Lei Complementar nº 106, de 2001)

IV - quarenta pontos percentuais no exercício financeiro de 2002; (Redação dada pela Lei Complementar nº 106, de 2001)

V - cinquenta pontos percentuais no exercício financeiro de 2003; (Incluído pela Lei Complementar nº 106, de 2001)

VI - sessenta pontos percentuais no exercício financeiro de 2004; (Incluído pela Lei Complementar nº 106, de 2001)

VII - setenta pontos percentuais no exercício financeiro de

2005; (Incluído pela Lei Complementar nº 106, de 2001)
VIII - oitenta pontos percentuais no exercício financeiro de 2006; (Incluído pela Lei Complementar nº 106, de 2001)
IX - noventa pontos percentuais no exercício financeiro de 2007. (Incluído pela Lei Complementar nº 106, de 2001)
§ 2º A partir de 1º de janeiro de 2008, os Municípios a que se refere o § 2º do art. 1º desta Lei Complementar terão seus coeficientes individuais no Fundo de Participação dos Municípios - FPM fixados em conformidade com o que dispõe o *caput* do art. 1º. (Redação dada pela Lei Complementar nº 106, de 2001)

A regra do redutor financeiro, incidente sobre o ganho adicional do coeficiente, teve o objetivo de evitar a perda repentina de receita dos municípios, que sofreram redução populacional entre os anos de 1997 e 1998, na forma do §, 2º, do art. 1º, da lei acima transcrita.

Pela sistemática da Lei, ao Município fora atribuído, pelo TCU, o coeficiente de 1.6, em 1997, e, observada a perda populacional, com enquadramento na faixa entre 23.773 a 30.564 habitantes, e coeficiente 1.4, foi mantido o anterior fator de 1.6 no ano de 1998, e a aplicação, a partir de 1999, do redutor incidente sobre o respectivo ganho adicional de 0.2, durante os dez anos subseqüentes.

Dessa forma, a partir de 1998, o Município autor, ao invés de receber o repasse de suas cotas do FPM, com base no coeficiente de 1.4, continuou a auferir o coeficiente de 1.6, aplicando-se, a partir de 1999, o redutor de 20% sobre o ganho adicional de 0.2, e, progressivamente, até o final do exercício financeiro de 2007, quando o redutor alcançou o patamar máximo de 90%, suprimindo-se o dito redutor financeiro com o restabelecimento do coeficiente original a partir de 2008.

Matematicamente, portanto, não enxergo nenhum prejuízo financeiro sofrido pelo Município, ao contrário, fora ele beneficiado por todo esse período, com a aplicação do redutor financeiro, não havendo por que agora a reclamação.

Nessa mesma linha de pensamento, o seguinte acórdão deste Tribunal, bastante esclarecedor:

TRIBUTÁRIO. FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS - FPM. DECRETO LEI Nº 1.881/1981. LEI COMPLEMENTAR Nº 91/97. APLICAÇÃO DE REDUTOR FINANCEIRO. ERRO NA FIXAÇÃO DO COEFICIENTE INDIVIDUAL DO ANO DE 1997. AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS PARA O MUNICÍPIO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PROVIDAS.

(...)

4. A Lei Complementar nº 91, de 22 de dezembro de 1997, ao dispor sobre a fixação dos coeficientes do Fundo de Participação dos Municípios, acolheu a sistemática estabelecida no parágrafo 2º do art. 91 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.881, de 27 de agosto de 1981, mantendo, a partir do exercício de 1998, os coeficientes do Fundo de Participação dos Municípios - FPM atribuídos em 1997 aos Municípios que apresentarem redução de seus coeficientes em virtude da diminuição de número de habitantes, segundo apurado em revisão a ser procedida anualmente pelo IBGE.

5. Conquanto tenha mantido, a partir de 1998, os coeficientes do FPM atribuídos em 1997 para os municípios que apresentaram redução de seus coeficientes nos anos seguintes, a fim de evitar uma redução brusca nas quotas desses municípios, a Lei Complementar nº 91, de 22 de dezembro de 1997, estabeleceu que a diferença verificada entre o coeficiente anterior e aqueles resultantes das revisões dos anos seguintes seria reduzida gradativamente, no período de 10 (dez) anos, quando então passaria a quota do FPM a ser calculada apenas com base no coeficiente real.

6. Sendo assim, a rigor, ainda que tivesse havido erro por parte do Tribunal de Contas da União no cálculo do coeficiente atribuído ao Município de Verdejante/PE, já que em 1997 seu coeficiente foi considerado como sendo de 0,8 pontos quando, a princípio, segundo o número de habitantes e as tabelas vigentes à época, deveria ser de 0,6 pontos, prejuízo algum teria sofrido o município apelado. Nessa ótica teria, ao contrário, se beneficiado durante vários anos de repasses a maior, continuando, mesmo após a LC 91/97, a perceber o ganho adicional enquanto não aplicado integralmente o redutor financeiro de 0,2 pontos, que só veio a ser completamente eliminado no ano de 2008,

em face do disposto no parágrafo 2º do art. 2º da lei complementar em tela.

7. O suposto erro cometido pelo TCU na fixação do coeficiente que vigorou em 1997 (0,8 pontos) só seria suscetível de causar prejuízos ao Município de Verdejante/PE se em algum momento o resultado da subtração envolvendo (a) os repasses com base no coeficiente de 0,8 pontos (minuendo) e (b) o redutor financeiro (0,2 pontos), nos percentuais de que trata o art. 2º, parágrafo 1º, da LC 91/97 (subtraendo) fosse menor que a soma envolvendo (c) os repasses com base no coeficiente de 0,6 pontos e (d) a parcela recebida a título de redistribuição do valor recolhido com a aplicação do redutor financeiro (art. 2º, *caput*, da LC 91/97).

8. É possível que essa última operação (c+d) seja mais favorável ao município apelado nos derradeiros anos de aplicação do redutor financeiro e desfavorável nos primeiros anos, tendo em vista os percentuais de aplicação do redutor financeiro (art. 2º, parágrafo 1º, da LC 91/97).

9. Nesse contexto, a diferença nos valores recebidos pelo Município de Terezinha/PE, cujo coeficiente em 1997 era de 0,6 pontos e após a edição da LC 91/97 continuou no mesmo patamar, hipótese em que não se aplica qualquer redutor financeiro, deve-se, ao que tudo indica, à redistribuição automática dos ganhos adicionais aos demais participantes do Fundo de Participação dos Municípios - FPM, nos moldes previstos no *caput* do art. 2º daquela lei complementar.

10. A correção do alegado erro do TCU, para que seja levado em conta o coeficiente no ano de 1997 como sendo de 0,6 pontos – hipótese em que não haveria a aplicação de redutor financeiro e, por conseguinte, faria o município apelante jus à percepção da parcela devida a título de redistribuição do valor recolhido com a aplicação do redutor financeiro (art. 2º, *caput*, da LC 91/97) – levaria ao reconhecimento de que os repasses feitos com base no coeficiente de 0,8 pontos, nos cinco últimos exercícios, considerando a prescrição, foram realizados indevidamente, ainda que tenha sido aplicado o redutor financeiro.

11. O que não pode é, no cálculo das quotas do FPM, considerar o coeficiente de 0,8 pontos (errado, segundo se afirma) e não aplicar o redutor financeiro de 0,2 pontos. Ou se mantém o erro e se aplica o redutor, não fazendo o

município jus à parcela da redistribuição, ou se corrige o suposto erro do TCU, reconhecendo ao município o direito à referida parcela.

12. Em que pese todas essas considerações, o pedido do município é claro: corrigir o erro do TCU de modo a considerar seu coeficiente individual em 1997 como sendo de 0.6 pontos, obtendo de volta as quantias descontadas a título de redutor financeiro, sem devolver/compensar a diferença do enquadramento efetivada em 0,8 pontos, o que não se afigura juridicamente possível. Acolher essa pretensão, seria garantir ao município apelado o direito de se beneficiar do melhor de dois mundos.

13. Mudança de entendimento anteriormente adotado pelo Relator, para julgar improcedente o pedido.

14. Apelação e remessa oficial providas .

(AC 438.085, des. Rogério Fialho Moreira, julgado em 17 de dezembro de 2009).

Desta Terceira Turma, o seguinte acórdão lavrado por este Relator:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CONTRA SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE PEDIDO DO MUNICÍPIO, PARA CONDENAR A FAZENDA NACIONAL A DEVOLVER TUDO QUANTO FORA DEDUZIDO DAS QUOTAS DO FPM, A PARTIR DE 1999, A TÍTULO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR FINANCEIRO, ESTABELECIDO PELA LC/91/97, CONSIDERANDO O ERRÔNEO ENQUADRAMENTO NA FAIXA POPULACIONAL E A CORRESPONDENTE APLICAÇÃO DO COEFICIENTE DE 1.8, QUANDO, NA VERDADE, SEMPRE ESTEVE ENQUADRADO NA FAIXA POPULACIONAL DO COEFICIENTE DE 1.4.

1. Diga-se, de passagem, que a causa não é daquelas em que município questiona os critérios adotados pelo IBGE, na estimativa anual do número de habitantes, para efeito de progressão na faixa populacional e o conseqüente aumento da cota do Fundo de Participação dos Municípios.

2. A discussão gira em torno de saber se o erro na inclusão em faixa populacional maior, no ano de 1997, correspondente ao coeficiente de 1.8, com a aplicação do redutor incidente sobre o ganho adicional a partir de 1999, na forma do art. 2º da Lei complementar 91/97, gerou algum

prejuízo ao Município, caso houvesse mantido o correto enquadramento na faixa populacional com o coeficiente de 1.4, naquele ano de 1997, sem o respectivo redutor.

3. A regra do redutor financeiro, incidente sobre o ganho adicional do coeficiente, teve o objetivo de evitar a perda repentina de receita dos municípios, que sofreram redução populacional entre os anos de 1997 e 1998, na forma do § 2º do art. 1º da lei acima transcrita.

4. Pela sistemática da Lei, ao Município de Itaíba fora atribuído, pelo TCU, o coeficiente de 1.8, em 1997, e, observada a perda populacional, com enquadramento na faixa entre 23.773 a 30.564 habitantes, e coeficiente 1.4, foi mantido o anterior fator de 1.8 no ano de 1998, e a aplicação, a partir de 1999, do redutor incidente sobre o respectivo ganho adicional de 0.4 durante os dez anos subsequentes.

5. Dessa forma, a partir de 1998, o Município autor, ao invés de receber o repasse de suas cotas do FPM, com base no coeficiente de 1.4, continuou a auferir o coeficiente de 1.8, aplicando-se, a partir de 1999, o redutor de 20% sobre o ganho adicional de 0.4, e, progressivamente, até o final do exercício financeiro de 2007, quando o redutor alcançou o patamar máximo de 90%, suprimindo-se o dito redutor financeiro com o restabelecimento do coeficiente original a partir de 2008.

6. Matematicamente, portanto, não enxergo nenhum prejuízo financeiro sofrido pelo Município, ao contrário, fora ele beneficiado por todo esse período, com a aplicação do redutor financeiro, não havendo por que agora a reclamação pelo equívoco no enquadramento, que resultou em coeficiente maior do que o devido. Precedentes deste Tribunal (AC 438.085, Des. Rogério Fialho Moreira, julgado em 17.12.2009 e AC 443.078, Terceira Turma, Des. Paulo Cordeiro, julgado em 18.09.2008)

7. Para a demonstração de que houve prejuízo com a aplicação do redutor, seria indispensável a confrontação pormenorizado de cálculos com e sem o redutor, o que não foi feito pelo Município.

8. A constatação pura e simples de que outro município, tomado por paradigma, dentro da mesma faixa populacional, em que não é aplicado o redutor, aufere, a título de FPM, valor superior ao do Município apelado, não é fundamento, por si só, para concluir pelo prejuízo da utilização

do redutor financeiro, pois é possível que, nos últimos anos de aplicação do redutor, cujos percentuais eram maiores, haja alguma diferença favorável ao município que não foi beneficiado pela aplicação do redutor, considerando que a quantia dali decorrente era partilhada aos demais municípios.

9. Uma coisa é certa: a aplicação do redutor por todo esse período terá sido, extremamente, mais vantajoso do que se viesse sendo repassado ao Município apelado a quota do FPM com base apenas no coeficiente real de 1.4.

10. Apelação e remessa oficial providas.

(APELREEX 614, julgado em 29 de julho de 2010).

Para a demonstração de que houve prejuízo com a aplicação do redutor, seria indispensável a confrontação pormenorizada de cálculos com e sem o redutor, o que não foi feito pelo Município.

A constatação pura e simples de que outro município, tomado por paradigma, dentro da mesma faixa populacional, em que não é aplicado o redutor, aufere, a título de FPM, valor superior ao do Município apelado, não é fundamento, por si só, para concluir pelo prejuízo da utilização do redutor financeiro, pois é possível que, nos últimos anos de aplicação do redutor, cujos percentuais eram maiores, houvesse alguma diferença favorável ao município que não foi beneficiado pela aplicação do redutor, considerando que a quantia dali decorrente era partilhada aos demais municípios.

A se proceder ao cálculo, uma coisa será certa: a aplicação do redutor por todo esse período terá sido, extremamente, mais vantajoso do que se viesse sendo repassado ao Município apelado a quota do FPM com base apenas no coeficiente real de 1.4.

Diante do exposto, dou provimento à apelação e à remessa oficial

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 5.191-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelada: INTERNE HOME CARE LTDA.
Advs./Procs.: DRA. RENATA VIRGÍNIA NEUMANN MONTEIRO E
OUTROS (APDA.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IRPJ. CSLL. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE INTERNAÇÃO DOMICILIAR (HOME CARE). NATUREZA DA ATIVIDADE. SERVIÇOS HOSPITALARES. BASE DE CÁLCULO PREVISTA PARA ESTABELECIMENTOS HOSPITALARES. ART. 15, § 1º, III, A, LEI 9.249/95.

- Apelação da Fazenda Nacional contra o reconhecimento da empresa autora (prestadora de serviços de home care) como executora de serviços hospitalares, para efeito de aplicação da redução de alíquota do IRPJ e CSLL (art. 15, § 1º, III, a, Lei 9.249/95).

- De acordo com o entendimento pacificado pela Primeira Turma do STJ, para efeitos de pagamento de tributos em alíquotas reduzidas deve-se interpretar a expressão “serviços hospitalares” de forma objetiva, ou seja, o critério será a natureza do serviço prestado, abrangendo as atividades de promoção à saúde que se vinculam às atividades desenvolvidas pelos hospitais, mas não necessariamente dentro de estabelecimentos hospitalares, exceto em relação às simples consultas médicas (EDcl no REsp 963522/SC; 26/02/10).

- Tomando por base a decisão do STJ, bem como a conceituação do Ministério da Saúde através da Nota Técnica nº 20 de 18 de fevereiro de 2002, conclui-se que as atividades desenvolvidas pelas empresas de home care enquadram-se perfeitamente na definição de serviços hospitalares,

já que promove atendimento de internação à pacientes externos, ou seja, em seus respectivos domicílios, contando com estrutura de equipamentos, medicamentos, médicos, nutricionistas, fisioterapeutas e, principalmente, enfermeiros.

- A Fazenda Nacional, quando da resposta ao processo de consulta nº 267/03, sobre o alcance do art. 23, IN 306/03 (ainda sem a alteração da IN 480/04), e ao processo de consulta nº 53/06, sobre o art. 10, XIII, Lei 10.833/03 (regime de tributação da COFINS), se pronunciou favoravelmente ao enquadramento dos serviços de home care como serviços hospitalares.

- Por se tratar de empresa prestadora de serviços de internamentos domiciliares (home care), entendo que deverá ser aplicada à demandante a regra do art. 15, § 1º, III, a, Lei 9.249/95, com a redução das alíquotas de IRPJ e CSLL aos percentuais de 8% e 12%, respectivamente, sobre a receita bruta.

- Remessa oficial e apelação da Fazenda Nacional não providas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 22 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela Fazenda Nacional contra sentença que julgou procedente o pedido da

empresa demandante para determinar que a autora apure a base de cálculo do imposto de renda e da CSLL nos respectivos percentuais de 8% e 12% sobre a receita bruta, caso opte pelo lucro presumido, nos termos dos art. 15, § 1º, III, a e art. 20, Lei 9.249/95.

Em suas razões recursais, a Fazenda Nacional alega, em resumo, que a sentença afastou a aplicação do Ato Declaratório Informativo 19/07 e da Instrução Normativa 791/07, motivo pelo qual deverá ser retificada a fim de restabelecer a tributação a que estão isonomicamente submetidos os contribuintes de natureza semelhante.

Requer, por fim, o provimento do apelo.

Contrarrazões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

Primeiramente, há que se analisar a questão de mérito referente ao alcance da norma do art. 15, § 1º, III, a, Lei 9.249/95, ou seja, a interpretação da expressão “serviços hospitalares”.

De acordo com o entendimento pacificado pela Primeira Turma do STJ, para efeitos de pagamento de tributos em alíquotas reduzidas deve-se interpretar a expressão “serviços hospitalares” de forma objetiva, ou seja, o critério será a natureza do serviço prestado, abrangendo as atividades de promoção à saúde que se vinculam as atividades desenvolvidas pelos hospitais, mas não necessariamente dentro de estabelecimentos hospitalares, exceto em relação às simples consultas médicas.

A título de exemplificação, transcrevo a ementa de julgado proferido pelo STJ:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO CONFIGURADA. IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. ART. 15, § 1º, III, ALÍNEA A, DA LEI Nº 9.249/95. CONCEITO DE SERVIÇO HOSPITALAR. MATÉRIA DECIDIDA PELA 1ª SEÇÃO, NO RESP

1116399/BA, JULGADO EM 28/10/2009, SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver no acórdão ou sentença, omissão, contrariedade ou obscuridade, nos termos do art. 535, I e II, do CPC, e para a correção de erro material.
2. A redução das bases de cálculo do IRPJ e da CSSL, nos termos dos arts. 15 e 20 da Lei nº 9.249/95, é benefício fiscal concedido de forma objetiva, com foco nos serviços que são prestados, e não no contribuinte que os executa.
3. A Primeira Seção deste Tribunal Superior pacificou o entendimento acerca da matéria, no julgamento do REsp 1116399/BA, sob o regime do art. 543-C do CPC, em 28/10/2009, que restou assim ementado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 535 e 468 DO CPC. VÍCIOS NÃO CONFIGURADOS. LEI 9.249/95. IRPJ E CSLL COM BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. DEFINIÇÃO DA EXPRESSÃO “SERVIÇOS HOSPITALARES”. INTERPRETAÇÃO OBJETIVA. DESNECESSIDADE DE ESTRUTURA DISPONIBILIZADA PARA INTERNAÇÃO. ENTENDIMENTO RECENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. Controvérsia envolvendo a forma de interpretação da expressão “serviços hospitalares” prevista na Lei 9.429/95, para fins de obtenção da redução de alíquota do IRPJ e da CSLL. Discute-se a possibilidade de, a despeito da generalidade da expressão contida na lei, poder-se restringir o benefício fiscal, incluindo no conceito de “serviços hospitalares” apenas aqueles estabelecimentos destinados ao atendimento global ao paciente, mediante internação e assistência médica integral.

2. Por ocasião do julgamento do REsp 951.251-PR, da relatoria do eminente Ministro Castro Meira, a 1ª Seção, modificando a orientação anterior, decidiu que, para fins do pagamento dos tributos com as alíquotas reduzidas, a expressão “serviços hospitalares”, constante do artigo 15, § 1º, inciso III, da Lei 9.249/95, deve ser interpretada de forma objetiva (ou seja, sob a perspectiva da atividade realizada pelo contribuinte), porquanto a lei, ao conceder

o benefício fiscal, não considerou a característica ou a estrutura do contribuinte em si (critério subjetivo), mas a natureza do próprio serviço prestado (assistência à saúde). Na mesma oportunidade, ficou consignado que os regulamentos emanados da Receita Federal referentes aos dispositivos legais acima mencionados não poderiam exigir que os contribuintes cumprissem requisitos não previstos em lei (a exemplo da necessidade de manter estrutura que permita a internação de pacientes) para a obtenção do benefício. Daí a conclusão de que “a dispensa da capacidade de internação hospitalar tem supedâneo diretamente na Lei 9.249/95, pelo que se mostra irrelevante para tal intento as disposições constantes em atos regulamentares”.

3. Assim, devem ser considerados serviços hospitalares “aqueles que se vinculam às atividades desenvolvidas pelos hospitais, voltados diretamente à promoção da saúde”, de sorte que, **“em regra, mas não necessariamente, são prestados no interior do estabelecimento hospitalar,** excluindo-se as simples consultas médicas, atividade que não se identifica com as prestadas no âmbito hospitalar, mas nos consultórios médicos”.

4. Ressalva de que as modificações introduzidas pela Lei 11.727/08 não se aplicam às demandas decididas anteriormente à sua vigência, bem como de que a redução de alíquota prevista na Lei 9.249/95 não se refere a toda a receita bruta da empresa contribuinte genericamente considerada, mas sim àquela parcela da receita proveniente unicamente da atividade específica sujeita ao benefício fiscal, desenvolvida pelo contribuinte, nos exatos termos do § 2º do artigo 15 da Lei 9.249/95.

5. Hipótese em que o Tribunal de origem consignou que a empresa recorrida presta serviços médicos laboratoriais (fl. 389), atividade diretamente ligada à promoção da saúde, que demanda maquinário específico, podendo ser realizada em ambientes hospitalares ou similares, não se assemelhando a simples consultas médicas, motivo pelo qual, segundo o novel entendimento desta Corte, faz jus ao benefício em discussão (incidência dos percentuais de 8% (oito por cento), no caso do IRPJ, e de 12% (doze por cento), no caso de CSLL, sobre a receita bruta auferida pela atividade específica

de prestação de serviços médico-laboratoriais).

6. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

7. Recurso especial não provido.

4. Destarte, restou assentado, àquela ocasião que: “Assim, devem ser considerados serviços hospitalares aqueles que se vinculam às atividades desenvolvidas pelos hospitais, voltados diretamente à promoção da saúde”, de sorte que, “em regra, mas não necessariamente, são prestados no interior do estabelecimento hospitalar, excluindo-se as simples consultas médicas, atividade que não se identifica com as prestadas no âmbito hospitalar, mas nos consultórios médicos”.

5. *In casu*, o Tribunal *a quo*, com ampla cognição fático-probatória, assentou que a empresa recorrida presta serviços de diagnóstico, terapia em medicina nuclear e realização de consultas médicas e procedimentos diagnósticos cardiológicos, os quais enquadram-se no conceito legal de serviços médico-hospitalares, estabelecido pela Lei 9.249/95.

6. Embargos de declaração acolhidos para dar parcial provimento ao recurso especial, excluindo-se da base de cálculo reduzida as simples consultas médicas, consoante a fundamentação expendida, e mantendo-se, no mais, a decisão de fls. 350/364.

(STJ. EDcl no REsp 963522/SC. DJ, 26/02/10)

De acordo com o Ministério da Saúde, através da Nota Técnica nº 20 de 18 de fevereiro de 2002, trazida pela empresa demandante quando da apresentação das contrarrazões à apelação da Fazenda Nacional:

Para a identificação de serviços hospitalares, deve-se avaliar, assim, **se no caso concreto a pessoa jurídica exerce promoção, prevenção e vigilância à saúde da comunidade**; atendimento eletivo de assistência à saúde em regime ambulatorial; atendimento imediato de assistência à saúde; **prestação de atendimento à saúde em regime de internação por período superior a 24 horas; e atendimento a pacientes internos e externos em ações de apoio direto ao reconhecimento e recuperação do estado de saúde**. Novamente e concluindo,

a execução de uma das atividades ou a combinação de uma ou mais destas atribuições podem vir a constituir serviço hospitalar, devendo-se analisar cada situação de forma individualizada.

Tomando por base a decisão do STJ, segundo a qual se deve considerar a natureza do serviço (promoção à saúde) e não a estrutura do contribuinte (critério subjetivo), bem como a conceituação do Ministério da Saúde acima citada, conclui-se que as atividades desenvolvidas pelas empresas de *home care* enquadram-se perfeitamente na definição de serviços hospitalares, já que promove atendimento de internação a pacientes externos, ou seja, em seus respectivos domicílios, contando com estrutura de equipamentos, medicamentos, médicos, nutricionistas, fisioterapeutas e, principalmente, enfermeiros.

A instrução normativa da Secretaria da Receita Federal nº 306/03, que previa conceituação abrangente de serviços hospitalares para efeitos de aplicação do art. 15, § 1º, III, a, Lei 9.249/95¹, foi modificada pela IN 480/04, que restringiu dito conceito ao determinar em seu art. 27:

Art. 27. Para os fins previstos nesta Instrução Normativa, são considerados serviços hospitalares aqueles prestados por estabelecimentos assistenciais de saúde que dispõem de estrutura material e de pessoal destinada a atender a internação de pacientes, garantir atendimento básico de diagnóstico e tratamento, com equipe clínica organizada e com prova de admissão e assistência permanente prestada por médicos, que possuam serviços de enfermagem e atendimento terapêutico direto ao paciente, durante 24 horas, com disponibilidade de serviços de laboratório e radiologia, serviços de cirurgia e/ou parto, bem como registros médicos organizados para a rápida observação e acompanhamento dos casos.

¹ Art. 23. Para os fins previstos no art. 15, § 1º inciso III, alínea a, da Lei nº 9.249, de 1995, poderão ser considerados serviços hospitalares aqueles prestados por pessoas jurídicas, diretamente ligadas à atenção e assistência à saúde, que possuam estrutura física condizente para a execução de uma das atividades ou a combinação de uma ou mais das atribuições de que trata a Parte II, Capítulo 2, da Portaria GM nº 1.884, de 11 de novembro de 1994, do Ministério da Saúde, relacionadas nos incisos seguintes:

No entanto, posterior modificação do art. 15, § 1º, III, a, Lei 9.249/95 pela Lei 11.727/08, voltou a ampliar a conceituação de serviços hospitalares:

Art. 15. A base de cálculo do imposto, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de oito por cento sobre a receita bruta auferida mensalmente, observado o disposto nos arts. 30 a 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995.

§ 1º Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de:

III - trinta e dois por cento, para as atividades de:

~~a) prestação de serviços em geral, exceto a de serviços hospitalares;~~

a) prestação de serviços em geral, exceto a de serviços hospitalares e **de auxílio diagnóstico e terapia, patologia clínica, imagenologia, anatomia patológica e citopatologia, medicina nuclear e análises e patologias clínicas**, desde que a prestadora destes serviços seja organizada sob a forma de sociedade empresária e atenda às normas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa;

Assim, se lei ordinária incluiu no benefício fiscal os serviços de diagnósticos e de terapia, não há como excluir do tratamento tributário diferenciado as empresas prestadoras de serviços de *home care*, as quais desenvolvem atividades similares às de um hospital, já que a norma priorizou a natureza das atividades, ou seja, aquelas relacionadas à assistência à saúde. Por conseguinte, não podem as instruções normativas da Receita Federal exigirem mais que citada norma.

Ademais, como bem lembrado pela empresa demandante, quando da resposta ao processo de consulta nº 267/03², sobre o

² Ementa: Os serviços de internação em casa *home care*, que preenchem as condições previstas no art. 23 da IN SRF nº 306, de 2003, poderão se enquadrar como serviços hospitalares prestados por estabelecimentos assistenciais de saúde, podendo neste caso aplicar sobre a receita bruta decorrente de suas atividades operacionais, o percentual de 8% (oito por cento), para fins de determinação do lucro presumido, desde que a pessoa jurídica seja constituída por empresários ou sociedades empresariais.

alcance do art. 23, IN 306/03, e ao processo de consulta nº 53/06³, sobre o art. 10, XIII, Lei 10.833/03 (regime de tributação da COFINS), a Fazenda Nacional se pronunciou favoravelmente ao enquadramento dos serviços de *home care* como serviços hospitalares.

Assim, por se tratar de empresa prestadora de serviços de internamentos domiciliares (*home care*), entendo que deverá ser aplicada à demandante a regra do art. 15, § 1º, III, a, Lei 9.249/95, com a redução das alíquotas de IRPJ e CSLL aos percentuais de 8% e 12%, respectivamente, sobre a receita bruta.

Diante do exposto, nego provimento à remessa oficial e à apelação da Fazenda Nacional.

É como voto.

³ Ementa: As receitas decorrentes da prestação de serviços de internamentos domiciliares (*home care*) passaram a sujeitar-se ao regime cumulativo da Cofins, à alíquota de 3% (três por cento), a partir de primeiro de maio de 2004, ainda que a pessoa jurídica seja tributada pelo imposto de renda com base no lucro real.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 13.120-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: RAIMUNDA DOS SANTOS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Adv./Proc.: DR. SÉRVULO GALDINO DE OLIVEIRA LIMA (APDA.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. AMPARO SOCIAL AO IDOSO. HIPOSSUFICIÊNCIA. CÔNJUGE RECEBE APOSENTADORIA NO VALOR DE UM SALÁRIO MÍNIMO. APLICABILIDADE DO ESTATUTO DO IDOSO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. LEI 11.960/2009.

- O artigo 203, inciso V, da Constituição Federal prevê a concessão de benefício assistencial no valor de um salário-mínimo mensal ao idoso e à pessoa portadora de deficiência que comprovem não possuir meios de prover a própria subsistência ou de tê-la provida por sua família. O legislador ordinário regulamentou o benefício através da Lei 8.742/93, definindo como portador de deficiência, para fins da concessão do benefício, a pessoa incapaz para a vida independente e para o trabalho, e como família incapaz de prover a manutenção aquela cuja renda familiar per capita seja inferior 1/4 do salário-mínimo.

- O esposo da apelada é beneficiário de aposentadoria urbana, no valor de um salário mínimo, de modo a aplicar-se, por analogia, o disposto no parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso, o qual estabelece que o benefício já concedido a qualquer membro da família não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS.

- Excluída, pois, a referida aposentadoria, sequer existirá renda familiar, de modo que faz jus a recorrida à concessão do benefício assistencial pleiteado.

- A autora veio a falecer em 24/02/2007, o que configura causa extintiva do recebimento do benefício, segundo o § 1º do art. 21 da Lei nº 8.742/93. Apesar de o amparo social ter caráter personalíssimo e, por isso, não gerar direito à pensão, os valores devidos antes do falecimento do beneficiário devem ser pagos a seus sucessores, desde que haja habilitação destes nos autos.

- Devem incidir, sobre os valores em atraso, correção monetária com base nos índices estipulados no manual de cálculos da Justiça Federal e juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação, até o mês de junho de 2009, a partir de quando ambos devem incidir na forma prevista no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009.

- Apelação improvida. Remessa oficial parcialmente provida.

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, dar parcial provimento à remessa oficial e negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator.

Recife, 15 de março de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE
JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PE-REIRA NOBRE JÚNIOR:

Trata-se de remessa oficial e de apelação em face de sentença que julgou procedente o pedido da autora, para condenar o INSS a conceder o benefício assistencial de prestação continuada e pagar os valores atrasados, desde o requerimento administrativo, acrescidos de juros e correção monetária. Condenou o réu, ainda, a pagar honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa.

Em suas razões recursais, a apelante alega que a autora não faz jus à concessão do benefício, pois a renda mensal *per capita* da família é maior que 1/4 de salário mínimo, em virtude de seu esposo ser titular de benefício previdenciário.

Aduz ser descabido o argumento de que, de acordo com o Estatuto do Idoso, o requisito da renda *per capita* não seria essencial ao deferimento do benefício, uma vez que o referido diploma traz expressamente ser este devido nos termos da LOAS e esta, por sua vez, é clara ao dispor que não será computado para efeito do cálculo da renda familiar **a decorrente de benefício assistencial**, não sendo esse o caso dos autos.

Requer, por fim, a minoração dos honorários advocatícios de 10% para 5%, mantendo-se a exclusão das parcelas vincendas, conforme a Súmula 111 do STJ.

O advogado da parte autora juntou petição informando o óbito da requerente. Afirma que deve ser aplicado o dispositivo da Lei nº 8.742/93 que estipula a cessação do benefício em caso de morte do beneficiário (§ 1º, art. 21).

Intimado, o INSS não se manifestou acerca da referida petição.

O ilustre membro do *Parquet* federal opinou pelo não provimento da remessa necessária e da apelação.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PE-REIRA NOBRE JÚNIOR (Relator):

O artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, prevê a concessão de benefício assistencial no valor de um salário-mínimo mensal ao idoso e à pessoa portadora de deficiência que comprovem não possuir meios de prover a própria subsistência ou de tê-la provida por sua família.

O legislador ordinário regulamentou o benefício através da Lei 8.742/93, definindo como portador de deficiência, para fins da concessão do benefício, a pessoa incapaz para a vida independente e para o trabalho, e como família incapaz de prover a manutenção aquela cuja renda familiar *per capita* seja inferior 1/4 do salário-mínimo.

O benefício assistencial exige, como se vê, o preenchimento de dois requisitos para a sua concessão: ser o requerente idoso ou incapaz e não dispor de meios de prover a sua manutenção ou de tê-la provida por sua família. Cabe, pois, analisar se estes foram cumpridos por parte da autora.

O requisito etário restou devidamente comprovado, eis que a autora nasceu em 29/01/1940, conforme documento de fl. 13.

Passo, assim, ao exame do requisito da miserabilidade. O cerne da controvérsia repousa no cálculo da renda familiar, se este inclui, ou não, os proventos recebidos pelo esposo da promovente, fruto de benefício previdenciário. É certo que o parágrafo único do art. 34 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) assim prescreve:

O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do *caput* não será computado para os fins de cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a LOAS.

Entretanto, atendendo aos fins sociais a que se destina a Lei de Assistência Social, entendo que esse dispositivo legal deve ser aplicado, por analogia, ao caso em questão. Excluída, pois, a aposentadoria percebida pelo marido, sequer existirá renda familiar, de modo que faz jus a autora à concessão do benefício assistencial pleiteado. Nesse sentido, trago os seguintes julgados desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. ASSISTÊNCIA SOCIAL. ART. 203, V, CF/88. ART. 20, § 2º, DA LEI Nº 8.742/93. AMPARO SOCIAL AO IDOSO. HIPOSSUFICIENTE. EXCLUSÃO DA APOSENTADORIA POR IDADE DO CÔNJUGE NO CÁLCULO DA RENDA *PER CAPITA*. TAXA DE JUROS DE MORA FIXADA EM 1% (UM POR CENTO) AO MÊS. MANTIDA EM FACE DA NATUREZA ALIMENTAR.

- Ao idoso hipossuficiente e sem meios de prover a própria subsistência é assegurado o recebimento da renda mensal vitalícia, nos termos do art. 203, V, da CF/88 e do art. 20 da Lei nº 8.742/93.

- A condição de idosa da autora encontra-se devidamente comprovada, porquanto, quando do requerimento administrativo, em 07/06/2004, contava já com 68 (sessenta anos de idade), uma vez que nasceu em 10/01/1936.

- O esposo da demandante é beneficiário de aposentadoria por idade, que corresponde a um salário mínimo, de modo a aplicar-se a este caso, por analogia, o disposto no parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso, que estabelece que o benefício já concedido a qualquer membro da família não será computado para os fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a LOAS.

- Excluída, pois, referida aposentadoria, sequer existirá renda familiar, de modo que faz jus a recorrida à concessão do benefício assistencial pleiteado.

- Consoante entendimento dominante desta colenda Corte e do egrégio STJ (Súmula 204), os juros moratórios em débito previdenciário devem ser fixados à razão de 1% (um por cento) ao mês, por se tratar de dívida de natureza alimentar, pelo que a mantenho.

- Apelação improvida.

(AC 459.631-CE, Quarta Turma, Rel. Des. José Baptista de Almeida Filho, DJE 28/08/2009, grifos acrescidos).

PREVIDENCIÁRIO. ASSISTÊNCIA SOCIAL. ART. 203-V DA CF/88. LEI Nº 8.742/93. AMPARO SOCIAL AO IDOSO. HIPOSSUFICIÊNCIA. CÔNJUGE APOSENTADO POR IDADE, NO VALOR DE UM SALÁRIO MÍNIMO. RENDA *PER CAPITA* SUPERIOR AO LIMITE PREVISTO NA LEI ASSISTENCIAL. APLICABILIDADE DO ESTATUTO DO IDOSO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PRECEDENTE DESTA TURMA.

- Ao hipossuficiente com incapacidade laborativa e ao idoso sem meio de prover a própria subsistência de tê-la provida por sua família é assegurado o recebimento da renda mensal vitalícia, nos termos do art. 203, V, da CF/88 e do art. 20 da Lei nº 8.742, de 07/12/1993.

- O requisito etário é ponto incontroverso, porquanto a autora, obteve o benefício na via administrativa, em 25/03/2003, quando possuía 67 anos de idade, (fl. 40), o qual foi cancelado tão somente em face de haver o instituto apelado considerado que a renda *per capita* familiar ultrapassou o limite previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, depois da concessão do benefício de aposentadoria por idade ao seu cônjuge (fl. 43).

- Ocorre, porém, que, em se tratando por aposentadoria por idade correspondente ao valor de um salário mínimo, aplica-se ao caso, por analogia, o disposto no parágrafo único do art. 34 da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). Precedente desta Quarta Turma.

- Excluída, pois, a aposentadoria percebida pelo marido, sequer existirá renda familiar, de modo que faz jus a postulante, ora recorrente, à concessão do benefício assistencial pleiteado.

- Apelação provida.

(AC 475.094, Quarta Turma, Rel. Des. Edilson Pereira Nobre Júnior, grifos acrescidos)

Além disso, ressalte-se que a jurisprudência vem admitindo que a verificação de tal requisito não seja uma constatação matemática do parâmetro legal, mas que possa ser aferido por outros meios, inclusive por testemunhos ou laudos sociais.

O STJ já pacificou entendimento no sentido de que o critério estabelecido no art. 20, parágrafo 3º, da Lei nº 8.742/93 não exclui que a condição de miserabilidade resulte de outros meios de prova, de acordo com cada caso concreto. Observe-se que tal posicionamento não ignora o fato de o egrégio Supremo Tribunal Federal já haver declarado, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação, no julgamento da ADI 1.232/DF (Rel. para o acórdão Min. NELSON JOBIM, DJU 1.6.2001). Busca, porém, uma interpretação mais consentânea com o princípio constitucional da dignidade humana. Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA C DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE DO BENEFICIÁRIO POR OUTROS MEIOS DE PROVA, QUANDO A RENDA *PER CAPITA* DO NÚCLEO FAMILIAR FOR SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A CF/88 prevê em seu art. 203, *caput* e inciso V, a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

2. Regulamentando o comando constitucional, a Lei 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover a própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal *per capita* inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

3. O egrégio Supremo Tribunal Federal, já declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação legal relativa ao requisito econômico, no julgamento da ADI 1.232/DF (Rel. para o acórdão Min. NELSON JOBIM, DJU 1.6.2001).

4. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente o cidadão social e economicamente vulnerável.

5. A limitação do valor da renda *per capita* familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo.

6. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarificação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar *per capita* não deve

ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar.

7. Recurso Especial provido.

(STJ, 3ª Seção, REsp 1.112.557, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 20/11/2009)

No caso em apreço, o depoimento da autora e das testemunhas revela que aquela convive com o marido, três netos e um filho e que o único a auferir renda é o marido, o qual gasta quase toda sua aposentadoria com medicação.

Presentes os requisitos legais exigidos, a parte faz jus à concessão do benefício assistencial.

No entanto, verifica-se que a autora veio a falecer em 24/02/2007, o que configura causa extintiva do recebimento do benefício, segundo o § 1º do art. 21 da Lei nº 8.742/93:

Art. 21. O benefício de prestação continuada deve ser revisto a cada 2 (dois) anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem.

§ 1º O pagamento do benefício cessa no momento em que forem superadas as condições referidas no *caput*, ou em caso de morte do beneficiário.

Dessa forma, o benefício assistencial é devido desde a data do indeferimento administrativo, como fixado na sentença, até a data do óbito da autora. Observe-se que, apesar de o amparo social ter caráter personalíssimo, e, por isso, não gerar direito à pensão, os valores devidos antes do falecimento do beneficiário devem ser pagos a seus sucessores, desde que haja habilitação destes.

Tendo a sentença sido omissa quanto aos critérios para a incidência dos juros da mora e à atualização monetária, passo a analisar essa questão. Esta Turma perfilha atualmente o entendimento de que sobre os valores em atraso incidirão correção monetária com base nos índices estipulados no manual de cálculos da Justiça Federal e juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação, até o mês de junho de 2009, a partir de quando ambos devem incidir na forma prevista no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009.

Em relação à verba advocatícia, destaco que o valor fixado pelo juiz *a quo* (10% sobre o valor da causa, que equivale a 2 mil reais) afigura-se razoável, atendendo ao disposto no art. 20, § 4º, do CPC, razão pela qual não deve ser modificado.

Ante o exposto, **nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial**, para: a) determinar a cessação do benefício assistencial a partir do óbito da autora, ficando a execução das parcelas não recebidas em vida condicionada à habilitação dos seus sucessores; b) fixar a incidência, sobre os valores em atraso, de correção monetária com base nos índices estipulados no manual de cálculos da Justiça Federal e juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação, até o mês de junho de 2009, a partir de quando ambos devem incidir na forma prevista no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 13.797-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: EMMANUEL CLOVIS DE JESUS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Adv./Proc.: DR. FRANCISCO DUTRA DE MACEDO FILHO (APDO.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADES CONCOMITANTES. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E REGIME PRÓPRIO-RN. SIMULTANEIDADE DE VÍNCULOS SOB A ÉGIDE DA CLT. CONTRIBUIÇÃO PARA REGIMES DIVERSOS. INDEPENDÊNCIA DOS VÍNCULOS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA UNICIDADE. HABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DO MAGISTÉRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- Remessa oficial e apelação interposta pelo INSS em face de sentença que julgou precedente o

pedido formulado na inicial, condenando o INSS à concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, bem como ao pagamento das parcelas em atraso, aplicando-se correção monetária do Manual de Cálculos da Justiça Federal até a data do ajuizamento da ação, 07.12.2009, e, a partir daí, o disposto no art. 1º-F da Lei 9.191/97, com redação pela Lei 11.960/09. Condenou, ainda, ao pagamento de honorários no percentual de 10% sobre o valor da condenação.

- O autor é detentor de 2 (dois) vínculos, um mantido com o Regime Geral da Previdência Social - RGPS, e um outro referente ao Regime Próprio de Previdência Social - RPPS. Este tem por base o exercício do magistério, pelo demandando, perante o Estado do Rio Grande do Norte, sendo regido, portanto, pelas Leis Complementares do Estado do Rio Grande do Norte de nºs 122/94 e 308/2005. Já aquele concerne ao exercício do magistério junto ao Município de São Gonçalo do Amarante/RN, o que rendeu ensejo ao recolhimento de contribuições em favor do Regime Geral.

- Não há ferimento ao princípio da unicidade, tendo em vista que o recorrido não pretende o cômputo de tempo em duplicidade nos dois entes federativos, mas, tão-somente, o cômputo de contribuições vertidas para o Município de São Gonçalo, para fins de percepção de aposentadoria. Observe-se que, neste caso não infração ao disposto no art. 96 da LBPS, tendo em vista a independência dos vínculos laborais, devendo cada um ser contado em separado, até mesmo porque cada um verteu contribuições para o seu sistema de modo separado. O que não é possível é a utilização de contagem em dobro de atividades exercidas concomitantemente em regimes diversos para a concessão de aposentadoria em único regime.

- *Não merece acolhimento, por sua vez, a pretensão do INSS relativa à não comprovação de habilitação para o exercício do magistério, tendo em vista que a documentação/certidões apresentadas pelo recorrido dão conta da formação no magistério e habilitação na área de Estudos Sociais da 5ª e 6ª séries, provenientes da Secretaria Municipal de Educação e Cultura - RN.*
- *No que tange à fixação dos honorários advocatícios, o entendimento jurisprudencial de nossos Tribunais e desta egrégia Corte é no sentido de que para as ações previdenciárias deve ser fixado o percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, incidentes sobre as parcelas vencidas (Súmula 111/STJ).*
- *Remessa oficial e apelação não providas.*

ACÓRDÃO

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

Recife, 7 de dezembro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS-
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pelo INSS em face de sentença prolatada pelo Juiz Federal da 1ª Vara-RN, Carlos Wagner Dias Ferreira, que julgou procedente o pedido formulado na inicial, condenando o INSS à concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, bem como ao pagamento das parcelas em atraso, aplicando-se correção monetária do Manual de Cálculos da Justiça Federal até a data do ajuizamento da ação,

07.12.2009, e, a partir daí, o disposto no art.1º- F da Lei 9.191/97, com redação pela Lei 11.960/09. Condenou, ainda, ao pagamento de honorários no percentual de 10% sobre o valor da condenação.

O magistrado singular entendeu que a legislação previdenciária não impõe obstáculo à percepção de dois benefícios em regimes distintos, desde que haja as respectivas contribuições para cada um deles. Aduziu também que o exercício simultâneo de atividades vinculadas ao regime próprio e ao regime geral não impede a percepção de dupla aposentadoria ainda que haja coincidência de período no qual o segurado trabalhou sob a égide da CLT.

Nas suas razões recursais, o INSS insurge-se contra o *decisum* defendendo a impossibilidade da dupla contagem, sob o mesmo regime de previdência, aduzindo que o apelado possuía dois vínculos celetistas anteriores à criação do Regime Jurídico Único pelo Estado. Aduz o teor do art. 96, II, da Lei 8.213/91 e o princípio da unicidade de filiação, afirmando que aquele que exerce duas ou mais atividades sujeitas ao RGPS tem direito a apenas um benefício, operado-se o cálculo com base nas diferentes contribuições. Assim, o vínculo do RGPS é único, independentemente de o segurado exercer mais de uma atividade. Sustenta que o tempo prestado pelo autor não pode ser bipartido e/ ou contado simultaneamente pelo RGPS e pelo Regime Próprio. Argumenta, ainda no sentido da não comprovação da habilitação para o magistério, relatando que o apelado só passou a ser habilitado em 2007. Requeceu que a redução de honorários advocatícios, para que sejam fixados em 5% sobre o valor da condenação. Ao fim, pugnou pelo provimento do pedido.

Foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

A hipótese é de remessa oficial e apelação interposta pelo INSS em face de sentença prolatada pelo Juiz Federal da 1ª Vara-RN, Carlos Wagner Dias Ferreira, que julgou procedente o pedido formulado na inicial, condenando o INSS à concessão de aposenta-

doria por tempo de contribuição, bem como ao pagamento das parcelas em atraso, aplicando-se correção monetária do Manual de Cálculos da Justiça Federal até a data do ajuizamento da ação, 07.12.2009, e, a partir daí, o disposto no art.1º-F da Lei 9.191/97, com redação pela Lei 11.960/09. Condenou, ainda, ao pagamento de honorários no percentual de 10% sobre o valor da condenação.

A situação fática da lide gira em torno de pedido de aposentadoria de professor que trabalhou na Prefeitura Municipal de São Gonçalo do Amarante de 31.07.1978 a aproximadamente 20.11.2009, sob regime celetista até 28.12.1993 e regime estatutário único a partir desta data, contribuindo para o INSS, em razão da não instituição pela edilidade de regime próprio. Ocorre que o recorrido também laborava como professor do Estado do Rio Grande do Norte, tendo com esta entidade vínculo estatutário.

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 bem equacionou a questão, decidindo a espécie dos autos, dentre outros, com os seguintes fundamentos (excertos):

A pretensão do requerente encontra-se dirigida no sentido de que lhe seja conferida a devida tutela jurisdicional garantidora do direito ao recebimento do benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de contribuição (professor).

15. Na espécie ventilada nos autos, o requerente propugna pela concessão de provimento jurisdicional que ordene o INSS a lhe conceder o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

16. Em favor de sua pretensão, frisa o autora haver recolhido contribuições previdenciárias, na condição de segurado, em face do exercício do cargo de professor junto ao Município de São Gonçalo do Amarante/RN, no período de 31 de julho de 1978 até os dias atuais, tendo, portanto, implementado mais de 30 (trinta) anos de tempo de contribuição, requisito este hábil à obtenção do benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de contribuição, previsto no art. 201, § 7º, inc. I, c/c o § 8º, da Constituição Federal.

17. Ao impugnar a pretensão autoral, a autarquia previdenciária lança mão do princípio da unicidade para justificar a rejeição do pleito. Para tanto, salienta que, como os dois

vínculos laborativos mantidos até 30/06/1994, junto ao Governo do Estado do Rio Grande do Norte e ao Município de São Gonçalo do Amarante/RN, eram regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, o que, a seu turno, revelam tratarem-se de atividades regidas pelo Regime Geral da Previdência Social - RGPS, carece o suplicante do direito à dupla aposentadoria.

18. O cerne da questão retratada nesta arena gira em torno de confronto de teses jurídicas que se digladiam na disputa de um pronunciamento judicial voltado ao reconhecimento, ou não, do direito ao gozo do benefício previdenciário intitulado aposentadoria por tempo de contribuição.

19. O benefício previdenciário em destaque encontra assento no art. 201, § 7º, inc. I, c/c o § 8º, todos da Constituição Federal, encontrando-se assim esculpido:

Art. 201. (...).

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

§ 8º Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

(...). (Destacado)

20. Vale assinalar que o tempo de contribuição não constitui questão a ser dirimida, uma vez que plenamente provado o tempo de recolhimento de contribuições previdenciárias por, no mínimo, 30 (trinta) anos, consoante se infere dos documentos ancorados às fls. 16, 24 e 34 do almanaque processual.

21. A controvérsia em análise tem sua etiologia no fato de o segurado-autor ter exercido, ao longo de sua vida laboral, de forma paralela e simultânea, dois vínculos laborais no magistério de ensino fundamental, no serviço público estadual e municipal, atividades que determinaram originariamente, pelo menos até 30 de junho de 1994 (data da edição da Lei Complementar Estadual nº 122), filiação obrigatória apenas junto ao Regime Geral de Previdência - RGPS.

22. Impende registrar que a matéria em apreço tem sido, de forma reiterada, objeto de reflexão, quer na seara administrativa, quer na órbita judicial.

23. Sob este pórtico, salutar fazer menção às 02 (duas) correntes que disputam a hegemonia acerca da questão em referência. Desse modo, mister trazer à baila trecho do Parecer CONJUR/MPS/Nº 224/2007, publicado no *DOU* de 29/08/2007, subscrito pelo Procurador Federal GUSTAVO KENSHO NAKAJUM, *ipsis litteris*:

11. Num passo mais adiante, questiona-se a esta Consultoria acerca da legalidade do cômputo, no âmbito do RGPS, do tempo de atividade privada e autônoma, com filiação ao Regime de Previdência Social Urbana, atual RGPS, exercida paralelamente ao tempo de emprego público celetista, também amparado à época do exercício da atividade pelo Regime de Previdência Social Urbana, diante da previsão legal de averbação do tempo de emprego público celetista perante o RJU, na forma do art. 247 da Lei nº 8.112/1990.

12. A propósito da matéria, uma corrente de interpretação, capitaneada pela direção central da Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS, Divisão de Consultoria de Benefícios, defende a tese de que as diversas atividades simultâneas do interessado devem ser apreciadas sob a ótica previdenciária de forma autônoma, porquanto tais atividades encontram-se atualmente ligadas a regimes previdenciários distintos.

13. Nessa linha de raciocínio, entende tal corrente ser irrelevante o fato de o período de emprego público celetista ter sido objeto de averbação no RJU por força do art. 247 da Lei nº 8.112/1990, já que a averbação desse tempo não abrangeria ou absorveria as demais atividades paralelas, exercidas na condição de empregado de empresas privadas ou de contribuinte autônomo, cuja filiação corresponde ao atual RGPS.

14. A segunda corrente encontra respaldo no pronunciamento da Secretaria de Políticas de Previdência Social, deste Ministério, no sentido de que os períodos de contribuição para o RGPS objeto de averbação decorrente da Lei nº 8.112/1990 não poderão ser aproveitados paralelamente no âmbito do RGPS, uma vez que o vínculo de natureza previdenciária não pode ser dividido em vá-

rias partes para efeito de contagem recíproca, tendo em vista o que foi disciplinado pelo art. 96 da Lei nº 8.213/1991 – (destaque acrescido).

24. Nesta trilha, cabe perscrutar acerca da possibilidade de se cindir os 02 (dois) vínculos laborais regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, de sorte que um contabilize tempo para fins de outorga de um benefício previdenciário mantido pelo RGPS, e, a seu turno, para que o segundo vínculo possa ser averbado junto ao Regime Próprio de Previdência, para fins de gozo de um benefício de aposentadoria oriundo da relação estatutária.

25. Em princípio, a pretensão deduzida pelo autor parece esbarrar na disposição contida no art. 32 da Lei nº 8.213/91, que assim se encontra disposta:

Art. 32. O salário-de-benefício do segurado que contribuir em razão de **atividades concomitantes** será calculado com base na soma dos salários-de-contribuição das atividades exercidas na data do requerimento ou do óbito, ou no período básico de cálculo, observado o disposto no art. 29 e as normas seguintes:

I - quando o segurado satisfizer, em relação a cada atividade, as condições do benefício requerido, o salário-de-benefício será calculado com base na soma dos respectivos salários-de-contribuição;
(...).

26. Com espeque no art. 32 da Lei nº 8.213/91, o INSS, lançando mão do princípio da unicidade, empunha a tese de que, em razão de o autor ter averbado o período celetista exercido até 30/06/1994 junto ao Regime Próprio de Previdência do Estado do Rio Grande do Norte, não seria devida aposentadoria mantida pelo RGPS.

27. Nesta oportunidade, importa deixar patente que **o autor é detentor de 2 (dois) vínculos, um mantido com o Regime Geral da Previdência Social - RGPS, e um outro referente ao Regime Próprio de Previdência Social - RPPS. Este tem por base o exercício do magistério, pelo demandando, perante o Estado do Rio Grande do Norte, sendo regido, portanto, pelas Leis Complementares do Estado do Rio Grande do Norte de nºs 122/94 e 308/2005. Já aquele concerne ao exercício do magistério junto ao Município de São Gonçalo do Amarante/RN, o**

que rendeu ensejo ao recolhimento de contribuições em favor do Regime Geral. (gn)

28. *In casu*, não almeja o autor computar tempo em duplicidade, ou seja, já registrado nos seus assentos funcionais junto ao Governo do Estado do Rio Grande do Norte, mas sim que as contribuições previdenciárias recolhidas na qualidade de servidor do Município de São Gonçalo do Amarante lhe proporcione o gozo da perseguida aposentadoria por tempo de contribuição.

29. Cumpre ressaltar que a contagem em duplicidade encontra expressa vedação na Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

Art. 96. O tempo de contribuição ou de serviço de que trata esta Seção será contado de acordo com a legislação pertinente, observadas as normas seguintes:

I - não será admitida a contagem em dobro ou em outras condições especiais;

II - é vedada a contagem de tempo de serviço público com o de atividade privada, quando concomitantes;

III - não será contado por um sistema o tempo de serviço utilizado para concessão de aposentadoria pelo outro;

IV - o tempo de serviço anterior ou posterior à obrigatoriedade de filiação à Previdência Social só será contado mediante indenização da contribuição correspondente ao período respectivo, com acréscimo de juros moratórios de zero vírgula cinco por cento ao mês, capitalizados anualmente, e multa de dez por cento. (Grifado)

30. Nesta senda, força convir que os períodos de trabalho prestados sob a égide da CLT ao Governo do Estado do Rio Grande do Norte e ao Município de São Gonçalo do Amarante/RN devem ser considerados em separado.

31. Ademais, não se pode olvidar que a independência dos vínculos laborais em apreço opera-se por força da própria Lei nº 8.213/91, ao dispor que o servidor detentor de cargo efetivo, quando sujeito a regime próprio de previdência, fica excluído do RGPS. Assim reza o art. 12 do Plano de Benefícios da Previdência Social:

Art. 12. O servidor civil ocupante de cargo efetivo ou o militar da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como o das respectivas autarquias e fundações, são excluídos do Regime Geral de Pre-

vidência Social consubstanciado nesta Lei, desde que amparados por regime próprio de previdência social. (Grifos)

32. No caso *sub examine*, o demandante poderá deter um benefício de aposentadoria mantido pelo Regime Próprio de Previdência (IPERN), em face do vínculo mantido com o Estado do Rio Grande do Norte, malgrado sujeito ao regime celetista até 30/06/94, sem prejuízo, de outro bordo, do benefício mantido às expensas do Instituto Nacional do Seguro Social.

33. Na cadência da fundamentação ora desenvolvida, marcha a jurisprudência dos altaneiros tribunais pátrios, como se pode verificar no aresto em seguida apontado:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. EXERCÍCIO CONCOMITANTE DE ATIVIDADES VINCULADAS AO RGPS E AO REGIME PRÓPRIO. EMPREGADO E SERVIDOR PÚBLICO. CONTAGEM RECÍPROCA. FRACIONAMENTO DO PERÍODO VINCULADO AO RGPS. ACUMULAÇÃO DOS BENEFÍCIOS. POSSIBILIDADE.

1. O exercício simultâneo de atividades vinculadas a regime próprio e ao regime geral, havendo a respectiva contribuição, não obstaculiza o direito ao recebimento simultâneo de benefícios em ambos os regimes.

2. O período contributivo não considerado para fins de contagem recíproca pode ser utilizado para postulação de benefício no próprio RGPS, já que não há vedação da acumulação de benefícios em regimes previdenciários diversos.

3. Remessa oficial e apelação do INSS improvidas.

(TRF - 4ª Região, AMS nº 2000.72.00.008003-8/SC, Rel. Des. Federal LUIZ CARLOS CERVI, 5ª Turma, por maioria, DJ 02/04/2003, DJU de 30/04/2003, p. 841)

34. Importa deixar assentado que o julgado em referência emanou do magistral voto proferido pelo Des. Federal do TRF da 4ª Região, Dr. LUIZ CARLOS CERVI, cunhado com os seguintes fundamentos:

A Certidão de Tempo de Serviço de fl. 18 demonstra que a impetrante esteve vinculada ao RGPS entre 01 de julho de 1966 a 28 de fevereiro de 1969, de 19 de abril de 1971 a 26 de dezembro de 1973, de 02 de janeiro de 1974 a 01 de outubro de 1975 e de 01 de março de 1976

a 26 de fevereiro de 1993 (fl. 18), períodos em que na sua maioria houve o exercício concomitante com atividade sujeita ao regime estatutário do Estado de Santa Catarina.

Ao aposentar-se pelo regime próprio, a impetrante aproveitou-se da contagem recíproca, computando o período de 01 de junho e 1966 a 26 de novembro de 1968 em que contribuiu para o RGPS, segundo informação do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (fl. 16). A utilização de uma fração do tempo de serviço em que o segurado esteve vinculado ao RGPS para averbação em órgão público, a fim de obter a aposentadoria estatutária não encontra óbice na legislação previdenciária, que prevê a contagem recíproca no art. 96 da Lei 8.213/91.

Comprovado pela autora que a partir de 27 de novembro de 1968 houve o exercício simultâneo do cargo público e de atividade privada, vinculados a regimes previdenciários diversos, não há vedação para que obtenha a aposentadoria pelos dois sistemas porque o art. 124, II da Lei 8.213/91 diz respeito a acumulação de benefícios no mesmo regime.

De outra parte, a proibição contida no art. 96, II da Lei 8213/91 diz respeito ao cômputo duplo do tempo de atividade sujeita ao RGPS e ao regime próprio. Isto é, um servidor público aposentado pelo regime próprio não pode computar este mesmo tempo para obter a aposentadoria no regime geral. Porém, se o exercício da atividade for simultâneo no regime próprio e no regime geral, havendo a respectiva contribuição para cada um deles, não existe óbice para que cada regime conceda o respectivo benefício.

No caso, a impetrante nunca perdeu o vínculo com o Regime Geral, razão por que o período de filiação não utilizado para fins de aposentadoria estatutária deverá ser considerado para efeitos de obtenção de benefício junto ao RGPS.

O próprio INSS, na recente IN 78/2002, passou a admitir a expedição de certidão de tempo de serviço para períodos fracionados de trabalho, nos seguintes termos:

Art. 325 - Para períodos fracionados, a CTC poderá ser emitida, a pedido do segurado, na forma estabe-

lecida nesta Instrução, devendo constar a informação de todo o tempo de contribuição vinculado ao RGPS e a indicação dos períodos que o segurado deseja averbar no órgão ao qual estiver vinculado.

Art. 326 - A certidão deverá ser emitida somente para os períodos de efetiva contribuição para o RGPS, devendo ser desconsiderados os períodos os quais não tenha havido contribuição.

Em suma, não há restrição legal para que a impetrante fracione parte de seu tempo de vinculação ao RGPS para fins de contagem recíproca em outro regime, aproveitando-se do tempo restante para postular benefício no próprio RGPS, já que não há vedação da acumulação de benefícios em regimes previdenciários diversos, havendo a respectiva contribuição para cada um deles. Isso posto, voto no sentido de negar provimento à apelação do INSS e à remessa oficial.

35. Ainda, do entendimento aqui esposado, compartilha o colendo Superior Tribunal de Justiça, a teor do *decisum* a seguir indicado:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. SEGURADO JÁ APOSENTADO NO SERVIÇO PÚBLICO COM UTILIZAÇÃO DA CONTAGEM RECÍPROCA. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA JUNTO AO RGPS. TEMPO NÃO UTILIZADO NO INSTITUTO DA CONTAGEM RECÍPROCA. FRACIONAMENTO DE PERÍODO. POSSIBILIDADE. ART. 98 DA LEI Nº 8.213/91. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA.

1. A norma previdenciária não cria óbice a percepção de duas aposentadorias em regimes distintos, quando os tempos de serviços realizados em **atividades concomitantes** sejam computados em cada sistema de previdência, havendo a respectiva contribuição para cada um deles.

2. O art. 98 da Lei nº 8.213/91 deve ser interpretado restritivamente, dentro da sua objetividade jurídica. A vedação contida em referido dispositivo surge com vistas a reafirmar a revogação da norma inserida na Lei nº 5.890/73, que permitia o acréscimo de percentual a quem ultrapassasse o tempo de serviço máximo, bem como para impedir a utilização do tempo excedente para qualquer efeito no âmbito da aposentadoria concedida.

3. É permitido ao INSS emitir certidão de tempo de serviço para período fracionado, possibilitando ao segurado da Previdência Social levar para o regime de previdência próprio dos servidores públicos apenas o montante de tempo de serviço que lhe seja necessário para obtenção do benefício almejado naquele regime. Tal período, uma vez considerado no outro regime, não será mais contado para qualquer efeito no RGPS. O tempo não utilizado, entretanto, valerá para efeitos previdenciários junto à Previdência Social.

4. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, REsp nº 687479/RS, Proc. nº 200401363047, Rel^a. Min^a. LAURITA VAZ, 5ª Turma, por unanimidade, DJ. 26/04/2005, DJU de 30/05/2005, p. 410) (destaque acrescido)

36. Frente a tais fundamentos, iniludível que as decisões precitadas reconhecem como tranquilo o direito do autor em perceber a aposentadoria por tempo de contribuição mantida pelo Regime Geral da Previdência.

O fato é que o autor, durante sua vida laboral, teve dois vínculos de magistério para entidades diferentes- Município de São Gonçalo e Estado do Rio Grande do Norte. O primeiro, converteu contribuições para o Regime Geral, e o Segundo, trata-se de regime próprio.

Não há ferimento ao princípio da unicidade, tendo em vista que o recorrido não pretende o cômputo de tempo em duplicidade nos dois entes federativos, mas, tão-somente, o cômputo de contribuições vertidas para o Município de São Gonçalo, para fins de percepção de aposentadoria. Observe-se que, neste caso não há infração ao disposto no art. 96 da LBPS, tendo em vista a independência dos vínculos laborais, devendo cada um ser contado em separado, até mesmo porque cada um verteu contribuições para o seu sistema de modo separado. O que não é possível é a utilização de contagem em dobro de atividades exercidas concomitantemente em regimes diversos para a concessão de aposentadoria em único regime. Neste sentido:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SEGURADO APOSENTADO EM REGIME PRÓPRIO DE SERVIDOR PÚBLICO COM CONTA-

GEM RECÍPROCA. PERMANÊNCIA DE VÍNCULO COM O REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. CONCESSÃO DE NOVA APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE QUANDO OS REQUISITOS SÃO CUMPRIDOS. DECISÃO MANTIDA.

1. De acordo com o entendimento de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, a concessão de aposentadoria pelo Regime Geral da Previdência Social a segurado aposentado em regime próprio não ofende o disposto nos arts. 96 e 98 da Lei nº 8.213/1991, se o autor permaneceu vinculado ao RGPS e cumpriu os requisitos para nova aposentadoria, excluído o tempo de serviço utilizado para a primeira jubilação.

2. Ademais, o Decreto nº 3.048/1999 permite a expedição de certidão de tempo de contribuição para período fracionado (art. 130, § 10). As vedações nele previstas dizem respeito ao duplo cômputo do tempo de serviço exercido simultaneamente na atividade privada e pública e daquele outrora utilizado para a concessão de aposentadoria (art. 130, §§ 12 e 13), circunstâncias não verificadas no caso concreto.

3. Agravo regimental improvido.

(AGREsp 200700286704, JORGE MUSSI, STJ - QUINTA TURMA, 19/05/2008.

Não merece acolhimento, por sua vez, a pretensão do INSS relativa à não comprovação de habilitação para o exercício do magistério, tendo em vista a documentação/certidões apresentadas pelo recorrido, constante das fls. 13 e 14 que dão conta da formação no magistério e habilitação na área de Estudos Sociais da 5ª e 6ª séries, provenientes da Secretaria Municipal de Educação e Cultura - RN.

No que tange à fixação dos honorários advocatícios, o entendimento jurisprudencial de nossos Tribunais e desta egrégia Corte é no sentido de que para as ações previdenciárias deve ser fixado o percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, incidentes sobre as parcelas vencidas (Súmula 111/STJ).

Diante do exposto, nego provimento à remessa oficial e à apelação do INSS.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 13.833-SE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelantes: BANCO DO ESTADO DE SERGIPE S/A - BANESE E FAZENDA NACIONAL
Apelados: OS MESMOS
Advs.Procs.: DRS. DURVAL ARAÚJO PORTELA FILHO E OUTROS

EMENTA: TRIBUTÁRIO. SALÁRIO CONTRIBUIÇÃO. GRATIFICAÇÃO SEMESTRAL. BOLSA DE ESTUDOS. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO. RETENÇÃO. AUSÊNCIA.

- Somente as parcelas incorporáveis ao salário sofrem a incidência da contribuição previdenciária.

- É pacífico no STJ o entendimento segundo o qual “não integram a base de cálculo da contribuição previdenciária os valores gastos pela empresa a título de bolsas de estudo destinadas a seus empregados” (REsp 853.969/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20/09/2007, DJ 02/10/2007 p. 234)

- A gratificação semestral, in casu, tem sua previsão regulada nos Acordos e Convenções Coletivas da categoria, especificamente na cláusula segunda do adendo “Situações específicas e cláusulas especiais por Estados”, que atribui a esta a mesma natureza da participação nos lucros, afastando portanto a incidência da contribuição para a Previdência Social.

- O substituto tributário, ao deixar de reter a importância fixada pela lei, assume o risco de, na qualidade de responsável tributário, arcar com os custos dos valores devidos à Previdência. Todavia, na medida em que o contribuinte, no

caso o terceirizado, efetua o recolhimento e a dívida é quitada, não há como requerer novo pagamento pelo mesmo fato gerador, o que em última análise resultaria em enriquecimento ilícito da Administração.

- Remessa oficial e apelação da Fazenda Nacional improvidas.

- Apelação da parte autora provida, para afastar a multa aplicada e declarar nulos os débitos relativos à gratificação semestral (NFLD nº 35.546.004-1), a valores pagos à ASBACE (NFLD nº 35.546.005-0) e os pagos a título de Bolsa de Estudos (NFLD nº 35.546.005-0), inclusive para autorizar ao autor o levantamento de eventual saldo remanescente.

ACÓRDÃO

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

Recife, 22 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
- Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de apelações interpostas pela Fazenda Nacional e BANESE - Banco do Estado de Sergipe S/A, contra sentença que homologou a renúncia do autor a débitos previdenciários relacionados a duas notificações fiscais de lançamento de débito (NFLD nº 35.546.004-1 e NFLD nº 35.546.008-4), e declarou nulo o auto de

infração lavrado pelo INSS, em razão do descumprimento de obrigações acessórias (AI nº 35.546.007-6), bem como os débitos decorrentes das demais notificações fiscais (NFLD nº 35.546.003-3 e NFLD nº 35.546.006-8).

Inconformados, recorrem a Fazenda Nacional e o BANESE - Banco do Estado de Sergipe S/A, requerendo a reforma da sentença.

Contrarrazões às fls. 815/825 e 830/842.

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

É o relatório.

Inclua-se o feito em pauta para julgamento.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Aduz o BANESE que, quanto à NFLD nº 35.546.004-1, desistiu da ação apenas no que concerne às verbas pagas a partir do mês de julho de 1999 a título de abono salarial, pelo que requer o reconhecimento de que a gratificação semestral não integra o salário de contribuição e, neste ponto, a declaração de nulidade da notificação fiscal em referência.

Com efeito, às fls. 664 /665, não há alusão ao débito atinente à gratificação semestral na lista de desistências elencadas pelo autor.

Cumpra observar ainda que, no relatório do perito à fl. 646, consta da relação de valores referentes à NFLD nº 35.546.004-1, um débito apurado de R\$ 471.075,80 (quatrocentos e setenta e um mil, setenta e cinco reais e oitenta centavos), correspondente justamente à gratificação semestral de julho/2001, o que nos leva a concluir que, de fato, a renúncia do autor foi apenas parcial.

Assim, ultrapassada a questão da renúncia, passo a analisar a natureza da gratificação semestral, a fim de esclarecer se a mesma integra a base de cálculo do salário de contribuição e, conseqüentemente, se é possível a incidência da contribuição previdenciária sobre esta.

Na verdade, a definição para salário de contribuição é a prevista no artigo 28 da Lei nº 8.212/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.528/97, *in verbis*:

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a **totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma**, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (grifos nossos).

Quanto à gratificação semestral, *in casu*, tem sua previsão regulada nos Acordos e Convenções Coletivas da categoria, na cláusula segunda do adendo “Situações específicas e cláusulas especiais por Estados”, à fl. 369, que ora transcrevo:

CLÁUSULA SEGUNDA: **GRATIFICAÇÃO SEMESTRAL**
De conformidade com o acórdão do TRT nº DC49/76 confirmado pelo Tribunal Superior do Trabalho, fica assegurado a todos os empregados uma Gratificação Semestral igual a um salário mensal, paga em julho e janeiro de cada ano, independente da estabelecida na Lei 4.090/62 e devida na proporção de um sexto para cada mês trabalhado, **admitida a compensação com gratificações de igual natureza, tais como balanço, participação nos lucros, especial, ou com qualquer outro título que já vinham sendo pagas pelos estabelecimentos bancários segundo seus próprios critérios.** Grifo nosso.

Neste diapasão, verifica-se que a gratificação semestral possui a mesma natureza que a participação nos lucros e resultados, de modo que se admite a sua compensação com a PLR.

De fato, respondendo aos quesitos formulados, os expertos esclarecem à fl. 650, que “*Nos documentos encaminhados pelo Banco Autor não se verifica pagamento simultâneo da PLR com a Gratificação Semestral*”.

Ora, o entendimento desta Corte é no sentido da não incidência da contribuição previdenciária sobre a PLR - Participação nos Lucros e Resultados, cuja natureza jurídica é diversa da natureza do salário, por força do previsto no artigo 7º, inciso XI, da Constituição Federal:

Art. 7º

...

XI - Participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

A título de ilustração, trago a lume, precedentes do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria:

PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO. DECADÊNCIA. AUXÍLIO-CRECHE, AUXÍLIO-QUILOMETRAGEM E GRATIFICAÇÃO SEMESTRAL: NATUREZA JURÍDICA.

1. A jurisprudência do STJ já se posicionou no sentido de entender que nas exações de natureza tributária, como sói acontecer com as contribuições previdenciárias, lançadas por homologação, o prazo decadencial segue a regra do artigo 173, I, do CTN, ou seja, o prazo decadencial de cinco anos tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

2. A contribuição previdenciária incide sobre base de cálculo de nítido caráter salarial, de sorte que não a integra as parcelas de natureza indenizatória.

3. O auxílio-creche, conforme precedente da Primeira Seção (REsp 394.530-PR), não integra a base de cálculo da contribuição previdenciária.

4. O auxílio-quilometragem, quando pago ao empregado como indenização pelo uso de seu veículo particular no serviço da empresa, mediante prestação de contas, é de caráter indenizatório, não servindo de base para a cobrança de contribuição previdenciária.

5. A gratificação-semestral equivale à participação nos lucros da empresa, cuja natureza jurídica é desvinculada do salário, por força de previsão constitucional (artigo 7º, XI), estando previsto na Lei das Sociedades Anônimas o pagamento da parcela, o que descarta a incidência da contribuição para a Previdência Social.

6. Recurso especial improvido.
(REsp 420.390/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2004, DJ 11/10/2004, p. 257). **Grifo nosso**

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. BASE DE CÁLCULO. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS LEGAIS. REEXAME. SÚMULA Nº 7 DO STJ. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. HABITUALIDADE. PAGAMENTO EM PECÚNIA. INCIDÊNCIA.

1. **Conforme assentado na jurisprudência desta Corte, não incide contribuição previdenciária sobre a verba paga a título de participação nos lucros e resultados das empresas, desde que realizadas na forma da lei (art. 28, § 9º, alínea j, da Lei nº 8.212/91, à luz do art. 7º, XI, da CR/88). Precedentes.**

2. Descabe, nesta instância, revolver o conjunto fático-probatório dos autos para confrontar a premissa fática estabelecida pela Corte de origem. É caso, pois, de invocar as razões da Súmula nº 7 desta Corte.

3. O STJ também pacificou seu entendimento em relação ao auxílio-alimentação, que, pago *in natura*, não integra a base de cálculo da contribuição previdenciária, esteja ou não a empresa inscrita no PAT. Ao revés, pago habitualmente e em pecúnia, há a incidência da referida exação. Precedentes.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 1196748/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 28/09/2010). **Grifos nossos.**

No mesmo sentido, os precedentes deste egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. ADICIONAL DE 1/3 DE FÉRIAS. HORAS EXTRAS. AUXÍLIO-CRECHE. SALÁRIO MATERNIDADE. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO. LIMITAÇÕES DO ART 170-A DO CTN E ART. 89 DA LEI Nº 8.212/91.

1. A Corte Especial do STJ, quando do julgamento do

EResp 644.736- PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, na sessão do dia 06.06.07, acolheu a arguição de inconstitucionalidade da expressão “observado quanto ao art. 3º o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172/1966 do Código Tributário Nacional”, constante do art. 4º, segunda parte, da LC 118/05. A propositura da presente ação se deu em 13.04.2009. Aos pagamentos realizados a partir da vigência da LC 118 (09.06.05) aplica-se o prazo prescricional quinquenal, ali previsto, enquanto aos pagamentos efetuados anteriormente, impõe-se a aplicação da tese dos cinco mais cinco, vez que, ainda não decorridos cinco anos de vigência do referido diploma legal. (STJ-AgRg nos EDcl. no REsp 1076792-RS. Rel. Min. Castro Meira. *DJ* 02.03.2009.)

2. O colendo STF manifestou-se no sentido da não incidência da contribuição previdenciária sobre as verbas relativas ao adicional de férias e horas extras, vez que tais parcelas não incorporam o salário do servidor e tem natureza indenizatória. (Ag. Reg. nº AI 710361-4, Rel. Ministra Carmen Lúcia, Julg em 07.04.2009, Ag. Reg. no AI 712.880-6, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Julg. em 26.05.2009.)

3. O aviso prévio indenizado tem caráter eminentemente indenizatório, não integrando a base de cálculo da contribuição previdenciária.

4. O auxílio-doença pago pelo empregador ao empregado durante os quinze primeiros dias de afastamento por motivo de doença, não tem natureza salarial, por não existir contraprestação de serviço neste período.

5. O auxílio-creche não pode ser considerado verba salarial, eis que se trata de direito do trabalhador e, como tal, não pode ser considerado salário-utilidade, não incidindo contribuição previdenciária sobre a referida verba.

6. A participação nos lucros também não corresponde à remuneração, já que não se trata de contraprestação pelo trabalho do empregado, desde que não haja distribuição de lucros ou resultados em periodicidade inferior a seis meses (Lei 10.101/00).

7. O salário-maternidade possui natureza salarial e integra a base de cálculo da contribuição previdenciária. (REsp nº 803.708/CE, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* de 02/10/07.)

8. Cabível a compensação do que fora recolhido indevidamente com parcelas referentes à própria contribuição, nos

moldes do art. 66, § 1º, da Lei nº 8.383/91, observados o decênio legal e o disposto no art. 170-A do CTN, bem como a limitação de 30% do valor a ser recolhido em cada competência, vez que a demanda fora proposta antes da vigência da Lei 11.941/09 que revogou dita limitação.

9. Remessa *ex officio* e apelo da Fazenda providos, em parte, tão-somente para determinar que a compensação seja feita com parcelas referentes à própria contribuição, nos moldes do art. 66, § 1º, da Lei nº 8.383/91, com aplicação da limitação prevista no art. 89 da Lei nº 8.212/91. Recurso da impetrante parcialmente provido para determinar a não incidência da contribuição sobre as horas extras. 10. Apelações e Remessa oficial parcialmente providas. (TRF 5ª Reg. - APELREEX 8019/PE, Rel. Des. Federal Francisco Wildo, Segunda Turma, DJE 07/10/2010.)

Diante do exposto, firmo meu entendimento no sentido de que a gratificação semestral é uma espécie de participação nos lucros da empresa, que se constitui numa parcela desvinculada do salário, portanto de natureza diversa da salarial.

Quanto ao recolhimento da contribuição previdenciária relativa à prestação de serviços pela ASBACE, de fato, como bem esclarece a r. sentença, os serviços de digitação e preparação de dados para processamento são serviços de rotina bancária, portanto enquadram-se no artigo 154 da Instrução Normativa INSS/DC nº 100/2003, *in verbis*:

Art. 154. Estão sujeitos a retenção, se contratados mediante cessão de mão de obra ou empreitada, os serviços de: V - digitação, que compreendam a inserção de dados em meio informatizado por operação de teclados ou similares;

VI - preparação de dados para processamento, executados com vistas a viabilizar ou a facilitar o processamento de informações, tais como escaneamento manual ou leitura ótica.

Ocorre que o Banco de Sergipe não fez a retenção dos valores, nos termos preconizados pelo artigo 31, *caput*, da Lei nº 8.212/91, com redação dada pela Lei nº 9.711 de 1998:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por

cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do art. 33.

No entanto, argumenta que a empresa cedente de mão de obra, ASBACE- Associação Brasileira dos Bancos Estaduais, recolheu a contribuição devida, conforme declaração e comprovantes de pagamentos às folhas 380/409.

Ora, embora tenha falhado na sua obrigação de reter a contribuição previdenciária quando da emissão da nota fiscal ou fatura de serviços, a Fazenda Nacional não refuta o recolhimento efetua pela terceirizada como sendo a menor ou diverso do devido.

Alega tão somente, que o serviço enquadra-se nas hipóteses de tributação, e que o autor é responsável tributário, pelo que está obrigado a efetuar a retenção legal.

Em verdade, existe responsabilidade solidária entre o tomador e o prestador do serviço. No momento em que o substituto tributário deixou de reter a importância correspondente aos 11% (onze por cento) fixados pela lei, assumiu o risco de, na qualidade de responsável tributário, arcar com os custos dos valores devidos à previdência.

Todavia, na medida em que o contribuinte, no caso o terceirizado, efetua o recolhimento e a dívida é quitada, não há como requerer novo pagamento pelo mesmo fato gerador, o que em última análise resultaria em enriquecimento ilícito da Administração.

No que se refere ao pagamento de Bolsa de Estudos aos funcionários, entendo que não constitui base de cálculo das contribuições previdenciárias, uma vez que não se destinam a retribuir prestação pelo trabalho, portanto de natureza diversa da salarial.

Ainda, na esteira do entendimento formulado pela Corte Superior de Justiça, somente as parcelas incorporáveis ao salário são base de cálculo para a incidência da contribuição previdenciária, o que não é o caso da parcela relativa ao salário educação.

À guisa de exemplo, trago a colação os precedentes que a seguir transcrevo:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE AS HORAS EXTRAS E O TERÇO DE FÉRIAS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

- Esta Corte fixou entendimento no sentido que **somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor sofrem a incidência da contribuição previdenciária.**

- Agravo Regimental a que se nega provimento.

(Ag. Reg. no AI 727958-MG, Rel. Min. Eros Grau, DJe 26.02.09)

TRIBUTÁRIO. BOLSA DE ESTUDOS CONCEDIDAS A EMPREGADOS. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA.

1. **É pacífico no STJ o entendimento segundo o qual “não integram a base de cálculo da contribuição previdenciária os valores gastos pela empresa a título de bolsas de estudo destinadas a seus empregados”** (REsp 853.969/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/09/2007, DJ 02/10/2007 p. 234). Apelação desprovida.

2. Apelação e remessa oficial desprovidas.

(AC400058/PB, Rel. Desembargador Federal Leonardo Resende(substituto), Terceira Turma, DJE - 14/07/2010)-
grifos nossos

Consoante RELATÓRIO DE NOTIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - NFLD nº 35.546.005-0, fl. 102, se incluem nos débitos referentes a esta notificação fiscal, além dos efetuados com serviços prestados, os relativos à contribuição sobre os valores pagos a título de Bolsa de Estudos, até a competência 06/2001. Esta informação é confirmada pelo laudo pericial, fl. 655.

Assim, pelos fundamentos acima elencados, entendo que são nulos os lançamentos efetuados na notificação fiscal acima referenciada, correspondentes ao pagamento de valores a título de Bolsa de Estudos.

No que concerne à multa aplicada ao autor em razão da oposição de embargos protelatórios, entendo não aplicável.

Diante do exposto, nego provimento à remessa oficial e à apelação da Fazenda Nacional e dou provimento à apelação do Banco do Estado de Sergipe para afastar a multa aplicada e declarar nu-

los os débitos relativos à gratificação semestral (NFLD nº 35.546.004-1), a valores pagos à ASBACE (NFLD nº 35.546.005-0) e pagos a título de Bolsa de Estudos (NFLD nº 35.546.005-0), inclusive para determinar o levantamento de eventual saldo remanescente pelo apelante.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 14.513-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EMILIANO ZAPATA LEITÃO (CONVOCADO)
Apelante: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
Apelado: SINDICATO DOS TRABALHADORES DO SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL - SINTSEF/RN
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO (IBAMA)
Advs./Procs.: DRA. VERUZA DANTAS DO NASCIMENTO E OUTROS (APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PRELIMINARES DE CARÊNCIA DA AÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. DATA DA APOSENTAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. LICENÇAS-PRÊMIO ADQUIRIDAS E NÃO GOZADAS NEM CONTADAS EM DOBRO PARA A APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO EM PECÚNIA. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB A ÉGIDE DA CLT. CONTAGEM PARA EFEITOS DE LICENÇA-PRÊMIO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 678 DO STF.

- Trata-se de apelação e remessa oficial da sentença que julgou procedente em parte o pedido para reconhecer o direito dos servidores públicos substituídos, ativos e aposentados e pensionistas – estes em relação ao período laborado pelos instituidores das pensões, ao cômputo e averbação do tempo de serviço celetista, ante-

rior à vigência da Lei 8.112/90, para fins de licença-prêmio. Quanto aos servidores aposentados que não usufruíram o direito à licença-prêmio antes da concessão das aposentadorias, e aos pensionistas cujos instituidores da pensão se encontravam nas mesmas condições na data do falecimento, condenou a demandada, no pagamento da indenização correspondente à conversão do período em pecúnia, com base na remuneração devida na data da aposentação, ressalvando, contudo, a prescrição do fundo de direito dos créditos dos servidores aposentados nos 5 anos anteriores ao ajuizamento da ação, bem como dos titulares de pensões deixadas pelos instituidores aposentados antes do referido lustro.

- Afasta-se a alegação do IBAMA, de carência de ação, sob a alegação de ausência de causa de pedir remota, vez que o Sindicato/Autor expressamente em sua petição inicial demonstrou os fatos jurídicos sobre os quais está fundado o pedido, de modo a deixar patente a existência da causa de pedir remota ou mediata. Preliminar rejeitada.

- Manutenção da sentença recorrida no quanto, amparada em precedentes do Superior Tribunal de Justiça, entendeu que o termo inicial para a contagem do prazo prescricional quinquenal para requerer a conversão do benefício em pecúnia, independentemente de o pedido ter sido formulado pelo próprio servidor ou por seus beneficiários, é a data da aposentação, daí porque, para que a prescrição seja ou não reconhecida, deverá ser feita uma análise isolada, em relação à situação particular de cada um dos substituídos, quando da execução do julgado.

- O art. 7º da Lei 9.527/97, expressamente prevê manutenção do direito às licenças-prêmio, adqui-

rido na forma da Lei nº 8.112, de 1990, até 15 de outubro de 1996.

- O Supremo Tribunal Federal já se manifestou favoravelmente sobre a possibilidade de conversão da licença-prêmio não gozada em pecúnia. Precedente: AI-AgR 312187, Sepúlveda Pertence, STF.

- Para efeito de contagem do tempo de serviço regido pela CLT, deve-se aplicar a Súmula 678 do STF, que textualmente prescreve: “São inconstitucionais os incisos I e III do art. 7º da Lei 8.162/91, que afastam, para efeito de anuênio e de licença-prêmio, a contagem do tempo de serviço regido pela CLT dos servidores que passaram a submeter-se ao Regime Jurídico Único”.

- Entendeu a Suprema Corte que ao tempo em que sobreveio a Lei de nº 8.162/91, o direito à contagem de tempo de serviço regido pela CLT, dos servidores que passaram a se submeter ao RJU, já havia se integrado ao patrimônio destes.

- Manutenção da sentença recorrida em todos os seus termos.

- Preliminar rejeitada.

- Apelação remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, rejeitar a preliminar e no mérito 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, 10 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

**DESEMBARGADOR FEDERAL EMILIANO ZAPATA LEITÃO -
Relator Convocado**

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EMILIANO ZAPATA LEITÃO (Convocado):

Trata-se de apelação e remessa oficial da sentença que julgou procedente em parte o pedido para reconhecer o direito dos servidores públicos substituídos, ativos e aposentados e pensionistas – estes em relação ao período laborado pelos instituidores das pensões –, ao cômputo e averbação do tempo de serviço celetista, anterior à vigência da Lei 8.112/90, para fins de licença-prêmio. Quanto aos servidores aposentados que não usufruíram o direito à licença-prêmio antes da concessão das aposentadorias, e aos pensionistas cujos instituidores da pensão se encontravam nas mesmas condições na data do falecimento, condenou a demandada, no pagamento da indenização correspondente à conversão do período em pecúnia, com base na remuneração devida na data da aposentação, ressalvando, contudo, a prescrição do fundo de direito dos créditos dos servidores aposentados nos 5 anos anteriores ao ajuizamento da ação, bem como dos titulares de pensões deixadas pelos instituidores aposentados antes do referido lustro.

O IBAMA/apelante defende em suas razões de recurso, em síntese:

- a) inépcia da inicial, por evidente ausência de causa de pedir;
- b) ausência de causa a ensejar indenização, considerando que a licença era concedida em razão da assiduidade do servidor, não havendo que se falar em enriquecimento por parte da administração;
- c) não há previsão legal acerca da conversão em pecúnia da licença-prêmio não gozada;
- d) o art. 87 da Lei 8.112/90 previa a transformação em pecúnia do período de licença-prêmio não gozado pelo servidor, somente em caso de falecimento deste;
- e) a administração está adstrita ao princípio da legalidade;
- f) a Lei 9.527/97 alterou o dispositivo do Estatuto dos Servidores Públicos Federais, extinguindo a licença-prêmio;

- g) em relação ao servidor ativo não havia a possibilidade de conversão de licença-prêmio em pecúnia;
- h) o servidor que não utilizou o período de licença-prêmio para fins de aposentadoria, e que também não usufruiu do período de licença agiu por livre e espontânea vontade;
- i) não existe direito adquirido de o servidor receber a licença-prêmio na forma de pecúnia;
- j) a condenação em honorários advocatícios no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) foi exorbitante; e
- k) em atenção ao princípio da eventualidade, diante da remota possibilidade do reconhecimento do direito aos substituídos, argumenta não existir nos autos prova do desconto do Imposto de Renda e da Seguridade Social do Servidor Público.

Ao final, prequestionando a matéria, requer o provimento do recurso, a ensejar a reforma da sentença recorrida.

Contrarrazões apresentadas pela parte apelada às fls. 141/146.

É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EMILIANO ZAPATA LEITÃO (Relator Convocado):

A questão cinge-se em saber do direito dos substituídos aos períodos de licenças-prêmio não gozadas e não contadas em dobro para a aposentadoria, adquiridos na vigência da Lei 8.112/90, ou seja, em data anterior à Medida Provisória de nº 1.522 de 11 de outubro de 1996, convertida na Lei de nº 9.527/97, que extinguiu o direito de concessão de licença-prêmio.

Deve-se, por primeiro, afastar a alegação do IBAMA, de carência de ação, sob a alegação de ausência de causa de pedir remota, vez que o Sindicato/Autor expressamente em sua petição inicial demonstrou os fatos jurídicos sobre os quais está fundado o pedido, de modo a deixar patente a existência da causa de pedir remota ou mediata. Preliminar rejeitada.

De outro giro, merece ser mantida a sentença recorrida no quanto, amparada em precedentes do Superior Tribunal de Justiça, entendeu que o termo inicial para a contagem do prazo prescricional quinquenal para requerer a conversão do benefício em pecúnia, independentemente de o pedido ter sido formulado pelo próprio servidor ou por seus beneficiários, é a data da aposentação, daí porque, para que a prescrição seja ou não reconhecida, deverá ser feita uma análise isolada, em relação situação particular de cada um dos substituídos, quando da execução do julgado.

Do STJ destaco o seguinte precedente:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONVERSÃO EM PECÚNIA DE LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO APÓS APOSENTADORIA.

1. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que a contagem da prescrição quinquenal relativa à conversão em pecúnia de licença-prêmio não gozada tem como termo *a quo* a data em que ocorreu a aposentadoria do servidor público.

2. A ora recorrente sustenta que o marco inicial para a contagem da prescrição não poderia ser firmado na data da aposentadoria – 04.07.95 –, haja vista que prosseguiu exercendo cargo em comissão paralelamente até o ano de 2006.

3. Entretanto, essa circunstância não é hábil para alterar o momento em que se começa a contar o prazo prescricional, já que não se pode conferir ao período em que a ora recorrente exerceu cargo em comissão após sua aposentadoria um caráter de mera continuidade do vínculo com a Administração enquanto servidora efetiva.

4. Houve uma interrupção no serviço público no instante em que a ora recorrente aposentou-se de seu cargo efetivo, de natureza estatutária e provido por meio de concurso público, e assumiu simples cargo em comissão, de nomeação e exoneração *ad nutum*, daí porque o marco inicial da prescrição deve ser realmente fixado na data da aposentadoria.

5. Recurso ordinário não provido.

(ROMS 201000809629, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, 08/09/2010)

No mérito, insta frisar que o art. 7º da Lei 9.527/97, expressamente prevê manutenção do direito às licenças-prêmio, adquirido na forma da Lei nº 8.112, de 1990, até 15 de outubro de 1996. Confira-se:

Art. 7º Os períodos de licença-prêmio, adquiridos na forma da Lei nº 8.112, de 1990, até 15 de outubro de 1996, poderão ser usufruídos ou contados em dobro para efeito de aposentadoria ou convertidos em pecúnia no caso de falecimento do servidor, observada a legislação em vigor até 15 de outubro de 1996.

Desse modo, o direito da parte à licença-prêmio é inconteste. A jurisprudência é pacífica neste sentido. Acerca da matéria destaca o seguinte precedente do STF:

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Servidor público. Aposentadoria. Férias e licença-prêmio não gozadas na atividade. Indenização. Direito reconhecido. Vedação do enriquecimento sem causa e responsabilidade civil do Estado. Fundamentos autônomos infraconstitucionais. Ofensa indireta à Constituição. Agravo regimental não provido. Precedentes. A questão de indenização, na aposentadoria de servidor público, por férias e licença-prêmio não gozadas na atividade, fundada na proibição do enriquecimento sem causa da Administração e na responsabilidade civil do Estado, é matéria infraconstitucional, insuscetível de conhecimento em recurso extraordinário. (RE-AgR 239552, CEZAR PELUSO, STF)

Sobre a possibilidade de conversão da licença-prêmio não gozada em pecúnia, igualmente já se manifestou o STF, por sua possibilidade, nos seguintes termos:

EMENTA: Magistrado: licença-prêmio não gozada quando servidor do Poder Executivo: deferimento de sua conversão em pecúnia que, fundado na vedação do enriquecimento sem causa, não tem a ver com os dispositivos constitucionais invocados no RE, do resto, não prequestionados. 2. Prescrição quinquenal: questão não examinada pelo Tribunal *a quo*, e, ademais, de natureza infraconstitucional, de reexame inviável no RE. (AI-AgR 312187, SEPÚLVEDA PERTENCE, STF)

No mesmo sentido são os precedentes desta Corte, ora destacados:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR APOSENTADO. FÉRIAS NÃO GOZADAS. CONVERSÃO EM PECÚNIA. POSSIBILIDADE.

1. O Tribunal de Contas da União - TCU reconheceu o direito de magistrados e de servidores públicos de converter em pecúnia o saldo remanescente de férias não gozadas, por necessidade do serviço, em razão de superveniente aposentadoria (Acórdão nº 1594/2006).

2. Na hipótese, comprovado nos autos que a autora, hoje aposentada, não gozou, integralmente, das férias referentes ao exercício de 2000, deve-se reconhecer o seu direito à conversão das férias não gozadas em pecúnia, evitando, assim, o enriquecimento ilícito da Administração em detrimento do particular, vedado à luz do nosso Ordenamento Jurídico.

3. Em se tratando de verba indenizatória, cujo direito foi adquirido quando a servidora ainda estava na ativa, deve-se aplicar o mesmo raciocínio jurisprudencial da “licença-prêmio” quando não gozada e não contada em dobro, haja vista a ausência de previsão legal. Precedentes do STJ.

4. Apelação e remessa improvidas.

(AC 200381000097168, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Segunda Turma, 15/04/2010)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL. LICENÇA-PRÊMIO. CONVERSÃO EM RENDA. APOSENTADORIA.

1. “Há direito à conversão em pecúnia das licenças-prêmio não gozadas e não contadas em dobro, quando da aposentadoria, sob pena de locupletamento ilícito da Administração. Nesse sentido: REsp 829.911/SC, Rel. Min. Paulo Gallotti, *DJU* de 18.12.2006. Agravo regimental desprovido”. (STJ, AGREsp 1063313, Relator: Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, *DJE* de 02.03.2009).

2. Inobstante a autora alegue ter tempo para se aposentar, seu direito à conversão da licença-prêmio em pecúnia se materializará apenas com o ato de passagem para a inatividade.

3. Não fazendo a autora jus ao direito pleiteado, o seu pedido de revisão dos honorários advocatícios resta prejudicado.

4. Isenção da autora no ônus sucumbencial, em razão da gratuidade judiciária da qual é beneficiária. Remessa obrigatória provida. Apelação prejudicada.

(APELREEX 200782000098879, Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo, TRF5 - Primeira Turma, 11/02/2010)

ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA APOSENTADA. CONVERSÃO EM PECÚNIA DO PERÍODO DE LICENÇA PRÊMIO NÃO USUFRUÍDO E NÃO COMPUTADO EM DOBRO. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. DESCABIMENTO.

1. O marco inicial para a contagem do prazo de prescrição do direito à conversão em pecúnia, do período de licença-prêmio não usufruído pelo servidor, é a aposentadoria, conforme já decidiu o STJ (AGA 1006331/DF, 5ª Turma, DJE: 04/08/2008, Relator Arnaldo Esteves Lima). Preliminar rejeitada.

2. A jurisprudência já assentou que o servidor, quando da aposentadoria, faz jus à conversão em pecúnia das licenças-prêmio não usufruídas e não contadas em dobro, sob pena de locupletamento ilícito da Administração.

3. Os valores pagos em decorrência de licença-prêmio não usufruída detêm natureza indenizatória, não constituindo hipótese de incidência do Imposto de Renda.

4. Honorários advocatícios mantidos em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do art. 20, parágrafo 4º, do CPC. Apelação e remessa necessária improvidas.

(APELREEX 200880000045279, Desembargador Federal Geraldo Apoliano, TRF5 - Terceira Turma, 09/10/2009)

Quanto à possibilidade de contagem do tempo de serviço regido pela CLT dos servidores que passaram a se submeter ao Regime Jurídico Único, para efeito de contagem do tempo de serviço regido pela CLT, de fato não se pode olvidar a Súmula 678 do STF, que textualmente prescreve:

São inconstitucionais os incisos I e III do art. 7º da Lei 8.162/91, que afastam, para efeito de anuênio e de licença-prêmio, a contagem do tempo de serviço regido pela CLT dos servidores que passaram a submeter-se ao Regime Jurídico Único.

Entendeu a Suprema Corte que ao tempo em que sobreveio a Lei de nº 8.162/91, o direito à contagem de tempo de serviço regido pela CLT, dos servidores que passaram a se submeter ao RJU, já havia se integrado ao patrimônio destes.

Sobre a matéria atente-se ainda aos precedentes do STJ e desta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB A ÉGIDE DA CLT. CONTAGEM PARA TODOS OS EFEITOS.

1 - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da possibilidade da contagem do tempo de serviço prestado por agentes públicos federais contratados pelo regime celetista antes da passagem para o regime estatutário, para fins de anuênios e licença-prêmio.

2 - Agravo regimental a que se nega provimento.

(AGREsp 200700076931, CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), STJ - SEXTA TURMA, 03/08/2009)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. SERVIDOR PÚBLICO. DIREITO AOS ANUÊNIOS TRABALHADOS SOB A ÉGIDE DA CLT ATÉ O ADVENTO DA MP Nº 1.815, DE 05 DE MARÇO DE 1999. SÚMULA 678 DO STF. EMBARGOS CONHECIDOS E PROVIDOS, PARA SANAR A OMISSÃO APONTADA, PORÉM, SEM ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES.

- “São inconstitucionais os incisos I e III do art. 7º da Lei nº 8.162/1991, que afastam, para efeito de anuênio e de licença-prêmio, a contagem do tempo de serviço regido pela CLT dos servidores que passaram a submeter-se ao regime jurídico único’.

- Súmula 678. Parcelas devidas até a vigência da MP 1.815/99, que revogou o art. 67 da Lei nº 8.112/90”. Precedente: AC 327712/CE; Quarta Turma; Desembargador Federal EDILSON NOBRE (Substituto); Data Julgamento 04/07/2006; FONTE: DIÁRIO DA JUSTIÇA - DATA: 02/08/2006.

- Embargos conhecidos e providos, para sanar a omissão apontada, porém, sem atribuição de efeitos infringentes. (EDAC 20038200001134301, Desembargador Federal Paulo Gadelha, TRF5 - Segunda Turma, 22/04/2010)

Diante do exposto resta plenamente reconhecido o direito dos servidores substituídos (ativos, aposentados e pensionistas) da contagem do tempo regido pela CLT, que passaram a se submeter ao RJU, bem como, da possibilidade de sua conversão em pecúnia, para fins de licenças-prêmio adquiridas e não gozadas e nem contadas em dobro para a aposentadoria.

Diante do exposto, irreparável a sentença recorrida que merece ser mantida em todos os seus termos.

Com essas considerações, rejeito a preliminar deduzida e no mérito, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 15.006-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelantes: DÍNAMO SERVIÇOS LTDA. E FAZENDA NACIONAL
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DR. JOSÉ AFRÂNIO PLUTARCO NOGUEIRA E OUTROS (1º APTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. PERÍCIA QUE DEMONSTROU A INEXISTÊNCIA DE CRÉDITO FISCAL, À VISTA DE PARCELAMENTO CELEBRADO E ADIMPLIDO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. APELAÇÃO DA FAZENDA NACIONAL E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS. APELAÇÃO DO PARTICULAR PROVIDA.

- A autora (DÍNAMO SERVIÇOS LTDA.) pretende a anulação de NFLD lavrada em desfavor da CBTU, relativamente a pretensão não-recolhimento de contribuições previdenciárias decorrentes de contrato celebrado entre ambas (a primeira, prestadora; a segunda, tomadora de serviços);

deu-se que a CBTU não tinha consigo, em sua contabilidade, a documentação alusiva ao negócio jurídico mencionado, o que findou justificando a autuação ora combatida e a responsabilização solidária entre as empresas (CBTU e DÍNAMO), consoante norma inserta no art. 31 da Lei nº 8.212/91.

- Ocorre, sem embargo, que o período objeto da fiscalização na empresa tomadora do serviço (CBTU), e que colateralmente apanhou a demandante (DÍNAMO), já fora submetido à outra atuação impositiva realizada sobre esta, do que resultou celebrado um parcelamento.

- Restava imperioso saber, então, se a) realmente existiriam débitos concernentes aos empregados colocados à disposição da empresa fiscalizada (dado que os documentos correlatos, em condições normais, ficam sob a guarda da empresa que efetivamente emprega os trabalhadores, ainda quando se reconhecesse o encargo, atribuído à tomadora, de reter percentual do valor da nota fiscal para o pagamento das exações debatidas); e, depois, b) se havia – de fato – alguma dívida ainda a ser saldada, perquirindo-se, nesta toada, se ela já não estaria inserida no parcelamento mencionado no item anterior (tudo a fim de que fosse evitado proscrito bis in idem);

- Daí, então, foi anulada uma primeira sentença, a bem de que, reaberta a instrução, restasse empreendida perícia, a qual concluiu, finalmente, com definitivo grau de certeza, que os débitos ora cobrados já foram objeto de parcelamento anterior (celebrado pela própria DÍNAMO), tendo sido devidamente adimplidos.

- Configurada, portanto, a total antijuridicidade da cobrança vergastada, que não pode ser justificada com o argumento de que a lei adotara, para o caso, o modelo de “prova legal”; a prova pericial, demasiadamente robusta, é capaz de

afastar a incerteza derivada da não apresentação de notas fiscais ilustrativas dos repasses formulados entre as empresas, e das retenções tributárias necessárias ao ensejo de cada um deles;
- Os honorários advocatícios arbitrados na sentença – R\$ 1.000,00 (mil reais) – quedam insuficientes para remunerar dignamente o advogado da autora, à vista, inclusive, do razoável grau de dificuldade da causa; impõe-se, então, a majoração da verba para o patamar equitativo de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), consoante disposto no art. 20, § 4º, do CPC.
- Apelação da Fazenda e remessa oficial improvidas; apelação autoral provida.

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, dar provimento à apelação do particular e negar provimento à apelação da Fazenda e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 17 de março de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Cuida-se de apelações (duas) interpostas pela UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) e DINAMO SERVIÇOS LTDA, em face de sentença proferida pelo Juízo da 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará.

Para o Magistrado, a demandante “logrou comprovar, mediante a juntada de documentos idôneos nos autos, consubstanciado em cópias de guia de recolhimento e folhas de pagamento, que os

tributos cujo inadimplemento ensejou a lavratura da NFLD nº 35.551.393-5 foram objeto de parcelamento, cujo pagamento vem sendo cumprido rigorosamente, nos termos da conclusão da perícia manifestada às fls. 1579/1583, ratificada à fl. 1617. Logo, a pretensão autoral merece prosperar” (fl. 1644).

A Fazenda Nacional, em apertada dissertação, repete os argumentos já esposados no decorrer do processo: a suposta inexistência de prova legal que permitisse a elisão da responsabilidade solidária havida entre tomadora e prestadora de serviços; defende, ainda, a regularidade do crédito tributário, asseverando inexistir, no caso, cobrança em duplicidade, eis que os débitos objeto da cobrança na NFLD nº 35.551.393-5, pelos quais a prestadora de serviços seria solidariamente responsável, não seriam idênticos aos existentes LDC (Lançamento de Débito Confessado) nº 32.770.045-9.

A autora, de seu turno, aduz a necessidade da reforma da sentença no tocante ao valor arbitrado pelo juízo *a quo* a título de honorários advocatícios.

Houve contra-razões de ambas as partes.

A sentença comporta remessa oficial (art. 475, § 2º, do CPC).

É o relatório.

VOTO

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

A sentença, ainda que correta na maior parte de seus pontos, merece um pequeno reparo.

A autora (outrora APTA SERVIÇOS LTDA., hoje DÍNAMO SERVIÇOS LTDA.) pretende a anulação de NFLD lavrada em desfavor da CBTU, relativamente a pretensão não-recolhimento de contribuições previdenciárias decorrentes de contrato celebrado entre ambas (a primeira, prestadora; a segunda, tomadora de serviços).

Deu-se que a CBTU não tinha consigo, em sua contabilidade, a documentação alusiva ao negócio jurídico mencionado, o que findou justificando a autuação ora combatida e a responsabiliza-

ção solidária entre as empresas (CBTU e DÍNAMO), consoante norma inserta no art. 31 da Lei nº 8.212/91.

Ocorre, sem embargo, que o período objeto da fiscalização na empresa tomadora do serviço (CBTU), e que colateralmente apanhou a demandante (DÍNAMO), já fora submetido à outra atuação impositiva realizada sobre esta, do que resultou celebrado um parcelamento.

Restava imperioso saber, então, se a) realmente existiriam débitos concernentes aos empregados colocados à disposição da empresa fiscalizada (dado que os documentos correlatos, em condições normais, ficam sob a guarda da empresa que efetivamente emprega os trabalhadores, ainda quando se reconhecesse o encargo, atribuído à tomadora, de reter percentual do valor da nota fiscal para o pagamento das exações debatidas); e, depois, b) se havia – de fato – alguma dívida ainda a ser saldada, perquirindo-se, nesta toada, se ela já não estaria inserida no parcelamento mencionado no item anterior (tudo a fim de que fosse evitado proscrito *bis in idem*).

Daí, então, foi anulada uma primeira sentença, a bem de que, reaberta a instrução, restasse empreendida perícia; aludida decisão, que dormita às fls. 1388 e ss., restou assim ementada:

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO FISCAL. CRÉDITO RELATIVO AO NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. EMPRESA CEDENTE DE MÃO-DE-OBRA. SOLIDARIEDADE TRIBUTÁRIA COM A EMPRESA TOMADORA DO SERVIÇO. RECONHECIMENTO. LEI 8.212/91, ART. 31. NECESSIDADE, TODAVIA, NA HIPÓTESE DOS AUTOS, DE REALIZAÇÃO DE EXAME PERICIAL. NULIDADE DA SENTENÇA.

1. Não se ignora que haja, entre a empresa tomadora e a prestadora do serviço (contrato de locação de mão-de-obra), regime de solidariedade no que concerne ao pagamento das contribuições previdenciárias, e daí possibilidade de, realizada a fiscalização sobre a contabilidade de uma delas, imputar-se-lhes, a ambas, a necessidade de pagamentos das exações inadimplidas;

2. Ocorre que, na hipótese vertente, o período objeto da fiscalização na empresa tomadora do serviço já foi subme-

tido a uma outra atuação impositiva, do INSS, na empresa prestadora, do que resultou o parcelamento de determinado crédito reconhecido; em cenário tal, resta imperioso saber, em primeiro lugar, se realmente existem débitos concernentes aos empregados postos à disposição da empresa fiscalizada (dado que os documentos correlatos, em condições normais, ficam sob a guarda da empresa que efetivamente emprega os trabalhadores, ainda quando se reconheça o encargo, atribuído à tomadora, de reter percentual do valor da nota fiscal para o pagamento das exações debatidas); e depois, se houver realmente a dívida, impende perquirir se ela já não está inserida no parcelamento mencionado no item anterior (a fim de se evitar proscrito *bis in idem*);

3. A empresa prestadora de serviço juntou farta documentação aos autos (DARF's do período, folhas de pagamento e até cópia do parcelamento que celebrou, cf fls. 1172/1184), sendo certo que o juízo de primeiro grau, louvado na premissa da solidariedade, e sequer determinando a realização de prévio exame técnico no caderno processual, julgou a lide antecipadamente, gerando, assim, nulidade cognoscível *ex officio* pela Corte de Apelação (CPC, Art. 515, § 4º), na exata medida em que o desate do imbróglio depende de indispensável descortino pericial;

4. Sentença anulada de ofício, prejudicada a apelação.

Feita a perícia, concluiu-se, então, com definitivo grau de certeza¹, que os débitos ora cobrados já foram objeto de parcelamento anterior (celebrado pela própria DÍNAMO), tendo sido devidamente adimplidos.

É ver a referência feita à fl. 1583, na qual o *expert* – rechaçando uma pretensa inviabilidade operacional do exame que empreendera – asseverou que “a empresa mantinha sua contabilidade regular e os lançamentos com possibilidade de identificar os valores pagos a cada contratante”; tomem-se, ainda, as respostas aos quesitos 03 e 04 que lhe foram oferecidos à elucidação: “sim, tais valores foram identificados pela previdência e parcelados” e “os

¹ Ao contrário do alegado nas razões – algo genéricas – da Fazenda Nacional.

débitos decorrentes da primeira fiscalização, na empresa prestadora ... foram integralmente abrangidos até a competência 10/1998” (fl. 1581).

Configurada, portanto, a total antijuridicidade da cobrança verpaida, que não pode ser justificada com o argumento de que a lei adotara, para o caso, o modelo de “prova legal”.

Como se viu, a prova pericial, demasiadamente robusta, é capaz de afastar a incerteza derivada da não apresentação de notas fiscais ilustrativas dos repasses formulados entre as empresas, e das retenções tributárias necessárias ao ensejo de cada um deles. Daí, portanto, a necessidade de manutenção da sentença em seus aspectos mais gerais.

O mesmo, contudo, não se pode dizer dos honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados em primeiro grau. De fato, o valor estipulado – R\$ 1.000,00 (mil reais) – queda insuficiente para remunerar dignamente o advogado da autora, à vista, inclusive, do razoável grau de dificuldade da causa e do valor do lançamento combatido (superior à casa do milhão de reais²).

Impõe-se, então, a majoração da verba para o patamar equitativo de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), consoante disposto no art. 20, § 4º, do CPC.

Do exposto, e nestes estritos termos, nego provimento ao apelo da Fazenda Nacional e à remessa oficial e dou provimento à apelação de Dínamo Serviços Ltda.

É como voto.

² Atente-se para o contido à fl. 1640, a partir do terceiro parágrafo.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 15.174-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelado: SEVERINO LUIZ DA SILVA
Adv./Proc.: DR. OSWALDO MOREIRA DE MEDEIROS FILHO
(APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. MILITAR REFORMADO POR INVALIDEZ HÁ MAIS DE 46 ANOS COM DIREITO AO RECEBIMENTO DA 'ETAPA DE ASILADO' – CONVERTIDO EM 'AUXÍLIO-INVALIDEZ' DESDE A EDIÇÃO DA LEI Nº 5.787/1972. DANOS MORAIS. MERO ABORRECIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO.

- Apelação de sentença que julgou improcedente pedido formulado em ação ordinária, por militar reformado por invalidez em 1963, objetivando o restabelecimento da parcela de seus proventos do auxílio invalidez (anteriormente denominado de diária/etapa de asilado), e o pagamento das parcelas retiradas de seus proventos, devidamente atualizadas.

- O demandante fez jus, desde o início da inativação, ao benefício denominado “etapa de asilado”, que, posteriormente, através da Lei 4.328/64 passou a ser designado como “diária de asilado” e, com o Decreto-Lei nº 957/69 (revogado pela Lei 5.787/72), passou a ser especificado como auxílio-invalidez, no qual foram introduzidas novas exigências para a sua concessão e manutenção, atualmente previsto no art. 3º, XV, e na tabela V do anexo IV da Medida Provisória nº 2.215-10/2001.

- O direito a tal vantagem – recebida pelo autor desde muito antes de ser substituída pelo auxílio-invalidez –, e que passou a exigir a necessidade de assistência ou cuidados permanentes de enfermagem – não poderia vir em prejuízo do

militar que fizera jus ao benefício substituído, e já o tinha definitivamente incorporado ao patrimônio jurídico de seu titular, consubstanciando um direito adquirido, que não poderia ser atingido por uma inovação que se traduziu na criação de novos parâmetros para concessão e continuidade do pagamento do auxílio-invalidez.

- Apesar de ter sido demonstrado que a exclusão da rubrica do auxílio-invalidez dos proventos do autor foi indevida, entende-se que o ato administrativo da União excluindo o benefício não tem o condão de, por si só, gerar dano moral hábil a ensejar indenização, visto que o dano moral não deve ser confundido com qualquer dissabor, amargura ou contrariedade da vida cotidiana, somente devendo ser reconhecido ante a violação grave à dignidade ou à paz interior da pessoa. Provimento do apelo e da remessa oficial nessa parte.

- A despeito do comando excepcionante contido no art. 20, § 4º, do CPC, que autoriza o magistrado a fixar os honorários da sucumbência em percentuais diversos do estabelecido no § 3º do mesmo artigo – entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% – em “causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas onde não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública”, vem esta 2ª Turma entendendo razoável a taxa de 10% sobre o valor da condenação.

- Apelação da União Federal e Remessa Oficial providas em parte.

ACÓRDÃO

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

Recife, 22 de fevereiro de 2011 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

A UNIÃO FEDERAL interpôs apelação de sentença que julgou improcedentes pedidos formulados em ação ordinária, por militar reformado por invalidez em 1963, objetivando o restabelecimento da parcela de seus proventos do auxílio invalidez (anteriormente denominado de diária/etapa de asilado), e o pagamento das parcelas retiradas de seus proventos, devidamente atualizadas.

A sentença entendeu que à época da concessão do benefício de etapa de asilado, realizado no mesmo ato que reformou o autor por invalidez (20.01.1963), estavam em vigor a Lei nº 1.316/51 e a Lei nº 2.283/ 1954, que não estabeleciam a exigência do requisito da necessidade de cuidados permanentes de enfermagem e de hospitalização, para o seu recebimento. Sustentou que não poderia a União ter revogado um benefício concedido há mais de quarenta anos, sob o argumento de que o beneficiário não preenche um requisito que somente foi instituído em lei posterior. Determinou, também, a devolução dos valores descontados a esse título, relativos ao pagamento da referida rubrica, realizados no período posterior à inspeção de saúde. Condenou a ré ao pagamento de indenização por dano moral, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

As razões recursais renovam os argumentos da defesa, aduzindo que a Administração agiu em estrita obediência à legalidade; diz que no servidor não tem direito adquirido a regime jurídico, e que a questão do decréscimo remuneratório do militar não tem relevância para este caso: primeiro porque o autor não se insurgiu contra a transformação da etapa de asilado. Argumenta que os pressupostos legais para continuar recebendo o auxílio-invalidez são a necessidade de internação em instituição apropriada ou de assistência ou cuidados permanentes de enfermagem, nos termos do Decreto-Lei nº 728/69, e das Leis nºs 5.787/72, 8.237/91 e

11.421/2006. Ressalta ser necessária a devolução dos valores recebidos indevidamente, a título de auxílio invalidez, após a conclusão da Junta Médica Militar. Aduz que “*a dificuldade financeira, por si só, não é capaz de causar ao homem comum danos de ordem moral*”. Ao final, pugnou pela redução dos honorários advocatícios sucumbenciais.

Contrarrazões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Num breve resumo dos fatos, temos que o autor foi reformado por invalidez, com proventos de graduação de Cabo, em 20.02.1963, com o benefício denominado de “*diária de asilado*”, que, posteriormente, passou a ser paga com a denominação de auxílio-invalidez – fls. 27-30.

Em 2003 a Administração promoveu a primeira revisão da concessão do “auxílio-invalidez”, ratificou a condição de invalidez do autor, porém, concluiu que ele é inválido, mas não necessita de cuidados permanentes de enfermagem e/ou hospitalização. Em decorrência dessa conclusão da Junta Médica Militar, foi determinada a revogação da vantagem denominada, hoje, de “auxílio-invalidez”, que vinha sendo paga ao autor há mais de 46 anos.

Frise-se que o autor recorreu do referido parecer e foi submetido a outras Juntas de Inspeção, que concluíram no mesmo sentido, vindo a finalmente em fevereiro de 2009 a ser revogado o auxílio-invalidez em comento, com retroação a janeiro de 2008. A partir daí passaram a ser descontados os valores pagos, correspondentes ao período da última inspeção até a data do cancelamento da referida rubrica (de janeiro de 2008 a fevereiro de 2009).

A legislação que trata da matéria, assim estabelece:

LEI Nº 2.579/1955

Art 1º Os militares, convocados ou não, que tenham servido no teatro de operações da Itália, no período de 1944-45, ... (Vetado) ..., em qualquer tempo julgados inválidos ou

incapazes – mesmo depois de transferidos para a reserva – reformados, aposentados ou licenciados do serviço militar, por sofrerem de tuberculose ativa, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, lepra ou paralisia, **serão considerados, quando verificada a enfermidade pela Junta Militar de Saúde, como se em serviço ativo estivessem, e reformados ou aposentados com as vantagens da Lei número 288, de 8 de junho de 1948, combinada com o art. 10 do Decreto-Lei nº 8.795, de 23 de janeiro de 1946, e com o art. 303 da Lei número 1.316, de 20 de janeiro de 1951, com a interpretação do Decreto número 30.119, de 1 de novembro de 1951, e com o direito à etapa de asilado nas condições previstas na citada Lei nº 1.316, de 20 de janeiro de 1951.**

Art 2º Os veteranos de guerra definidos no artigo anterior que, em qualquer tempo, forem incapacitados para o serviço, por sofrerem de outras doenças não referidas no art. 1º desde que a incapacidade os impossibilite de provar os meios de subsistência, independentemente de tempo de serviço, e de relação de causa e efeito com as condições de guerra, serão, também, considerados – quando verificada a incapacidade pela Junta Militar de Saúde – como se em atividade estivessem, e reformados ou aposentados nas condições previstas na Lei nº 288, de 8 de junho de 1948, com direito à etapa de asilado, estabelecida na Lei nº 1.316, de 20 de janeiro de 1951.

Parágrafo único. A etapa de asilado, a que se refere a Lei nº 1.316, de 20 de janeiro de 1951, será concedida nas condições por ela fixadas às praças de pré-reformadas em consequência de ferimento ou moléstia adquirida na zona de combate.

Art 3º O amparo concedido por esta Lei não poderá ser cumulado com qualquer outro provento de reforma ou aposentadoria, cabendo, porém, aos beneficiados pelo art. 5º da Lei nº 288, de 8 de junho de 1948, o direito de opção.

LEI Nº 1.316/1951

CAPÍTULO III DAS ETAPAS DE ASILADOS

Art 305. Etapa de asilado é o quantitativo destinado à sua alimentação e à família, não constituindo provento de inatividade.

Art 306. Aos sargentos e demais praças incluídos no Asilo de Inválidos da Pátria, de acôrdo com a legislação respectiva serão abonadas etapas de asilados, na forma estabelecida neste Capítulo, a partir do dia de sua inclusão no Asilo.

Parágrafo único. O abono dessas etapas não prejudica o recebimento de vencimentos da inatividade a que tenha direito em razão do tempo de serviço, reforma ou como decorrência de situações especiais previstas em lei ou regulamento.

Art 307. O sargento incluído no Asilo de Inválidos da Pátria, com vencimentos anteriores aos da Lei nº 5.167-A, de 12 de janeiro de 1927, receberá duas etapas, competindo apenas uma ao que foi asilado posteriormente àquela Lei.

Parágrafo único. As demais praças asiladas, residentes ou não no Asilo, cabe direito apenas a uma etapa.

Art 308. O valor da etapa de asilado será em todo o país, o fixado para a guarnição da Capital Federal, sede do Asilo.

Art 309. A etapa dos asilados que sofrerem de doença contagiosa e incurável será acrescida de 100% do valor da etapa comum de asilado. (Vide Lei nº 2.283, de 1954)

Art 310. A etapa do asilado não é consignável nem sofrerá desconto de qualquer natureza.

Art 311. A espôsa do asilado, aquartelado ou não, casada antes da invalidez do marido, terá direito a uma etapa do mesmo valor da do cônjuge, se a inclusão no Asilo tiver sido anterior às Instruções aprovadas pelo Decreto nº 2.774, de 20 de junho de 1938.

Parágrafo único. Esse direito persistirá na viuvez, sendo, neste caso, a etapa abonada *ex officio*.

Art 312. Ao filho mais velho do asilado incluído no Asilo antes das Instruções citadas no artigo anterior e casado antes da invalidez será abonada uma etapa dos dois aos dezesseis anos de idade.

Parágrafo único. Esta vantagem passará, por sucessão e também *ex officio*, a outro filho menor de dezesseis anos, acaso existente, bem como permanecerá após o falecimento do asilado até às épocas e nas formas indicadas.

Art 313. Quando o asilado tiver dois filhos com idade entre dois e dezoito anos, ser-lhe-á mais uma etapa, até que o mais velho complete dezesseis anos, aplicando-se a partir dessa data a regra do art. 312.

LEI Nº 2.283, DE 9 DE AGOSTO DE 1954.

Altera dispositivos da Lei nº 1.316, de 20 de janeiro de 1951 (Código de Vencimentos e Vantagens dos Militares).

Art. 3º As praças reformadas em consequência de moléstia definida no art. 303 do Código de Vencimentos e Vantagens dos Militares, e as reformadas devido a outras doenças consideradas incuráveis, terão direito à etapa de alimentação prevista para o asilado que sofra de moléstia contagiosa e incurável (art. 309 do Código de Vencimentos e Vantagens dos Militares).

LEI Nº 4.328, DE 30 DE ABRIL DE 1964.

Dispõe sobre o novo Código de Vencimentos dos Militares.

Art. 88. Etapa é a importância em dinheiro correspondente ao custeio da ração na região ou localidade considerada.

Parágrafo único. O valor da etapa para o custeio da ração em uma mesma região, zona ou localidade e igual para as três Forças Armadas e fixado semestralmente por ato do Poder Executivo, vetado em função do valor médio da Ração Comum na região, zona ou localidade.

DECRETO-LEI Nº 728, DE 6 DE AGOSTO DE 1969.

Institui o Código de Vencimentos dos Militares, dispõe sobre indenizações, proventos, outros direitos e dá outras providências.

Art. 174. A diária de asilado a que se referem os arts. 149 e 153, da Lei nº 4.328 de 30 de abril de 1964, continuará sendo devida apenas, às praças asiladas remanescentes e seus herdeiros, **que já estejam em gozo deste benefício na data da publicação deste decreto-lei atendidas** as seguintes prescrições:

Portanto, tal gratificação foi concedida para os considerados, por Lei, “Inválidos da Pátria”, e que foram beneficiados, também, pela Lei nº 288/48, por terem participado, como militares da ativa, do teatro de operações bélicas na Itália.

Com a edição da **Lei nº 5.787, de 27.06.1972**, foi criado o auxílio-invalidez, devido ao militar que foi ou é reformado por invalidez (art. 127). A partir daí o autor passou a receber o “auxílio-

invalidez” – ao invés da “etapa de asilado” –, por preencher os requisitos desta Lei.

Com o julgamento final de seu recurso administrativo, relativo à conclusão da Junta de Inspeção de Saúde do Exército, foi determinada a exclusão da referida vantagem dos proventos do autor.

Assim, com o parecer médico atestando que o demandante não necessita de cuidados permanentes de enfermagem e/ou internação/hospitalização, foi, em consequência, retirado de seus proventos, a vantagem que ele recebia há cerca de 46 anos.

Ora, o autor foi reformado em 20.02.1963, por apresentar doenças incapacitantes gravíssimas (espondilite anquilosante, cifose dorsal, escoliose dextro convexa discreta, osteofitose lombar, dorsalgia torocolombar).

O demandante fez jus, desde o início da inativação, ao benefício denominado “etapa de asilado”, que, posteriormente, através da Lei 4.328/64 passou a ser designado como “diária de asilado” e, com o Decreto-Lei nº 957/69 (revogado pela Lei 5.787/72), passou a ser especificado como auxílio-invalidez, no qual foram introduzidas novas exigências para a sua concessão e manutenção, atualmente previsto no art. 3º, XV, e na tabela V, do anexo IV, da Medida Provisória nº 2.215-10/2001.

Tal medida provisória elenca as situações que autorizam a concessão do auxílio-invalidez, benefício este que se destina a suprir os gastos do militar reformado por invalidez com suas necessidades de internação, especializada ou de assistência permanente de enfermagem, que devem ser constatadas por uma Junta Militar de Saúde.

Ora, o direito a tal vantagem – recebida pelo autor desde muito antes de ser substituída pelo auxílio-invalidez –, e que passou a exigir a necessidade de assistência ou cuidados permanentes de enfermagem – não poderia vir em prejuízo do militar que fizera jus ao benefício substituído, e já o tinha definitivamente incorporado ao patrimônio jurídico de seu titular, consubstanciando um direito adquirido, que não poderia ser atingido por uma inovação que se traduziu na criação de novos parâmetros para concessão e continuidade do pagamento do auxílio-invalidez.

O colendo TRF-4ª Região, em casos similares, já pacificou entendimento no sentido de reconhecer o direito adquirido à manutenção do benefício, independentemente do preenchimento de requisitos impostos por legislação posterior:

MILITAR. ETAPA DE ALIMENTAÇÃO. TUBERCULOSE ATIVA. AUXÍLIO-INVALIDEZ. SUPRESSÃO DO BENEFÍCIO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DIREITO ADQUIRIDO.

1. O benefício que era percebido pelo autor, etapa de alimentação (nos termos da Lei-2283/54, ART-3, prevista para o asilado que sofria de moléstia contagiosa e incurável), em razão de sua reforma provocada pela tuberculose pulmonar ativa em 1954, foi substituído pelo auxílio-invalidez, nos termos dos art. 141 e art. 182 do Decreto-Lei nº 728/69, com a redação que lhes deu o Decreto-Lei nº 957/69.

2. Ainda que o autor não preencha os requisitos necessários à concessão do benefício novo, que veio em substituição àquele de que era beneficiário, deve-se-lhe conceder o auxílio-invalidez. O autor adquiriu o direito ao benefício, à época da concessão não se exigia o que se exige para o benefício substituto, e, não sendo viável o restabelecimento de benefício suprimido da legislação, correta a decisão que condena a Administração a pagar-lhe o auxílio-invalidez.

3. Apelação e remessa oficial improvidas.

(AC nº 2005.70.00.032111-4, Terceira Turma, Relator Des. Fed. CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, DJ 14-02-2007)

MILITAR. DIÁRIA DE ASILADO. AUXÍLIO-INVALIDEZ. SUBSTITUIÇÃO. SUPRESSÃO. DESCONTO. INSPEÇÃO DE SAÚDE. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO ADQUIRIDO.

- Os Tribunais Superiores possuem firme entendimento de que é possível a substituição do benefício intitulado de Diária de Asilado, previsto na Lei nº 4.328/64, pelo auxílio-invalidez, criado pelo Decreto nº 728/69, desde que inexistente prejuízo monetário para o militar.

- O militar reformado em 22 de dezembro de 1956, sob a égide da Lei nº 4.328/64, faz jus ao direito de manter o benefício, independentemente do atendimento a novos requisitos impostos por normas legais posteriores, uma vez que o referido benefício acha-se incorporado ao seu patri-

mônio jurídico, consubstanciando um direito adquirido do recorrente.

(AI nº 2006.04.00.003986-1, Relator Juíza Federal VÂNIA HACK DE ALMEIDA, Terceira Turma, *DJ* 09-08-2006)

ADMINISTRATIVO. MILITAR. DIÁRIA DE ASILADO. AUXÍLIO-INVALIDEZ. SUBSTITUIÇÃO. SUPRESSÃO. DESCONTO. INSPEÇÃO DE SAÚDE. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO ADQUIRIDO.

1. Os Tribunais Superiores possuem firme entendimento de que é possível a substituição do benefício intitulado de Diária de Asilado, previsto na Lei nº 4.328/64, pelo auxílio-invalidez, criado pelo Decreto nº 728/69, desde que inexistente prejuízo monetário para o militar.

2. O militar reformado em 1956, sob a égide da Lei nº 4.328/64, faz jus ao direito de manter o benefício, independentemente do atendimento a novos requisitos impostos por normas legais posteriores, uma vez que o referido benefício acha-se incorporado ao seu patrimônio jurídico. (AC nº 2007.70.00.002852-3/PR, Rel. Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER, 4ª T., j. 29-10-08, un., *DJ* 18-11-08)

E, ainda, em decisão mais recente:

AGRAVO. MILITAR. AUXÍLIO-INVALIDEZ. SUPRESSÃO DO BENEFÍCIO EM VIRTUDE DE LEGISLAÇÃO POSTERIOR. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DIREITO ADQUIRIDO. TUBERCULOSE ATIVA.

1. Os Tribunais Superiores possuem entendimento firme no sentido de que é possível a substituição do benefício intitulado de “diária de asilado”, previsto na Lei nº 4.328/64, pelo auxílio-invalidez, independentemente do atendimento a novos requisitos pelo militar.

2. O demandante, militar reformado em 1963 por hipótese de tuberculose ativa, recebeu, quando de sua inativação, o benefício denominado “diária de asilado”, posteriormente alterado, pela Lei nº 5.787/72, para auxílio-invalidez, possuindo direito adquirido à manutenção do benefício, ainda que não preencha os requisitos impostos por legislação posterior para o benefício novo.

(TRF4 - AG em AC 2008.70.007206-1-PR; j. 17.02.2009; *DJ*-e 12.03.2011; Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lens)

Em conclusão, em se tratando de um direito social (previdenciário), quaisquer mudanças no particular aspecto só são aplicáveis se favoráveis ao beneficiário.

Mantida, pois, a sentença, quanto ao mérito.

No entanto, em relação ao pedido de indenização por dano moral, em face da exclusão penso que assiste razão à apelante, porque, acerca do dano moral, a questão efetivamente se resume ao que se chama de “qualificação jurídica” do fato, ou seja, ao problema de se saber se o evento descrito nos autos configura um ato capaz de causar danos morais, passíveis, por conseguinte, de gerar direito à indenização pecuniária.

Deve-se ressaltar que o dano moral é aquele que, distinguindo-se do dano patrimonial, ocorre em atributos da personalidade como a dor, angústia, consternação, vergonha, humilhação, ataques à honra subjetiva, etc.

Tais caracteres somente podem ser medidos analisando-se a natureza objetiva do evento e perscrutando-se quanto à sua potencialidade danosa, tendo por base a análise da normalidade das relações pessoais. Quando, razoavelmente, pode-se inferir da análise objetiva do evento a possibilidade de que o mesmo venha a causar dor, sofrimento moral e consternação, tal ato deve sofrer a incidência das normas jurídicas pertinentes à indenização por danos morais. Vê-se que a dor ou angústia são elementos pressupostos pela verificação objetiva do fato e não “afetivos empiricamente” – o que, obviamente, seria um sem-sentido.

Assim, se o evento for objetivamente capaz de gerar danos não patrimoniais, independentemente da publicidade ou mácula pública que ele possa causar, desde que seja considerado um fato contrário ao direito (ilícito), o responsável pelo ato deve ser condenado ao pagamento de indenização pecuniária.

Nesse ponto, entendo que o evento apontado nestes autos não tem potencialidade danosa suficiente a causar danos morais.

É que, apesar de ter sido demonstrada que a exclusão da rubrica do auxílio-invalidez dos proventos do autor foi indevida, entendendo que o ato administrativo da União excluindo o benefício não tem o condão de, por si só, gerar dano moral hábil a ensejar inde-

nização, visto que o dano moral não deve ser confundido com qualquer dissabor, amargura ou contrariedade da vida cotidiana, somente devendo ser reconhecido ante a violação grave à dignidade ou à paz interior da pessoa.

A simplicidade da questão classifica o evento como “mero aborrecimento”, qualificação esta que impede a caracterização do mesmo como causador de danos morais, como já decidiu o STJ em ementa que abaixo se transcreve na parte que interessa ao presente caso:

1. Mantido o entendimento de que “o mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige” (RESP nº 403.919/MG, Quarta Turma, Relator o Senhor Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 04/08/2003).

2. Dissídio jurisprudencial não configurado ante à ausência de identidade fática entre os julgados.

3. Agravo regimental desprovido.

(STJ - AGA 537867 - RJ - 3ª T. - Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito - DJU 03.05.2004 - p. 00154)

Nem toda conduta que gera mal-estar enseja o dever de indenizar. No presente caso, não consigo enxergar qualquer situação que viesse a macular-lhe o íntimo, fazendo-o se sentir humilhado, de forma a lesionar a sua esfera íntima, justificando a pretendida indenização, mesmo porque simples e meros aborrecimentos não são capazes de gerar reparação a esse título. Senão, veja-se a lição de mestre Antunes Varela:

Por outro lado, a gravidade apreciar-se-á em função da tutela do direito: o dano deve ser de tal modo grave que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral, a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade

do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos (*Das Obrigações em Geral*. 10ª edição, Coimbra, 2000, Almedina. Pág. 617)

Ademais, ficou evidenciado o curto lapso temporal entre o cancelamento da vantagem (abril de 2009) e a sua reimplantação por força da tutela antecipada deferida nestes autos, (novembro de 2009), demonstra que o referido evento foi insuficiente para provocar a angústia ou mácula à honra que a indenização por danos morais visa a reparar.

Nesse caso, o desconforto gerado pelo não-recebimento da vantagem resolve-se na esfera patrimonial, através do pagamento de todos os atrasados, devidamente atualizados.

Com relação aos honorários advocatícios, deve-se levar em conta a natureza da lide, a qualidade da parte, a demora na prestação jurisdicional e o respeito ao profissional da advocacia.

A despeito do comando excepcionante contido no art. 20, § 4º, do CPC, que autoriza o magistrado a fixar os honorários da sucumbência em percentuais diversos do estabelecido no § 3º do mesmo artigo – entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% – em “*causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas onde não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública*”, vem esta 2ª Turma entendendo razoável a taxa de 10% sobre o valor da condenação. Reduzi-la a percentuais inferiores a este, implicaria em aviltamento do labor profissional e um estímulo à resistência da ré à observância de jurisprudência pátria, como é o caso.

Postos tais fundamentos, dou parcial provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial, apenas para excluir da condenação a indenização por danos morais.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 15.591-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelada: JOTADOIS LTDA.
Advs./Procs.: DR. SCHUBERT DE FARIAS MACHADO E OUTROS (APDA.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. CONSTRUÇÃO CIVIL. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FISCALIZAÇÃO. RECONHECIMENTO PARCIAL DA DECADÊNCIA.
- Aviso de Regularização de Obra (ARO). Arbitramento com base na tabela CUB (Custo Unitário Básico).
- Regularidade contábil da empresa atestada pela perícia judicial. Ilegalidade da aferição fiscal.
- Ausência do devido processo legal.
- Precedente. Desconstituição do crédito. Sentença mantida.
- 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, 15 de março de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

A Fazenda Nacional apela ante sentença (fls. 325/333) proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 3ª Vara/CE, Dr. Marcus Vi-

nicius Parente Rebouças, que julgou procedente o pedido para declarar a inexistência de vinculação jurídico-tributária que, no caso, obrigue a empresa Jotadois Ltda., ora apelada, ao pagamento dos débitos fiscais lançados em seu desfavor pelo INSS, por aferição indireta (arbitramento), mediante pura e simples aplicação da Tabela CUB, bem como para, na sequência, desconstituir os créditos tributários representados pelos 02 (dois) avisos de regularização da obra (AROs) anexados à exordial, referentes à obra de construção realizada no período de 21.09.1999 a 18.05.2000, com matrícula CEI nº 32.720.00419/73 e 17, obra de demolição executada entre 01.09.1999 e 30.09.1999, com matrícula CEI nº 41.740.00489/79. Condenou a União ao pagamento da custas e da verba honorária à ordem de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC. Autorizou, ainda, após o trânsito em julgado da sentença, o levantamento do depósito judicial.

A Fazenda Nacional alega que, durante o período de fiscalização, constatou-se que os registros contábeis da devedora foram de encontro com o prescrito em lei, não especificando os custos por obra efetuada, tendo uma folha de pagamento única, sem discriminação contábil do custo da mão de obra e algumas obras sem matrícula - CEI. Afirma que a empresa só solicitou a regularização da obra no ano de 2004, sem comprovar a data da conclusão da mesa e sem apresentar a GFIP de todo o período, inclusive daqueles em que a obra por algum motivo pudesse estar com atividade paralisada, e também não existia nenhuma comprovante de GFIP referente à obra de demolição nº da matrícula CEI 41.740.00489/79, não foram apresentadas, inexistindo, portanto, qualquer tipo de tributação. Assim, diante da irregularidade perito-contábil, pugna pela reforma da sentença.

Contrarrazões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

A empresa JOTADOIS LTDA. ajuizou ação, objetivando a declaração de inexistência de relação jurídica que a obrigue ao paga-

mento de débitos decorrentes da aplicação da “tabela CUB” (Custo Unitário Básico) juntamente com a desconstituição dos créditos tributários representados pelos Avisos de Regularização da Obra (AROs). Pugna pela autorização do levantamento dos depósitos a eles correspondentes.

O douto julgador reconheceu a decadência do direito de a Administração Fazendária efetuar o lançamento da contribuição referente a fato gerador anterior a 14.02.2000, bem como reconheceu que a prova pericial contábil foi conclusiva no sentido de que não havia qualquer vício na escrita fiscal, contábil e previdenciária da empresa autora que justificasse a sua desconsideração. A propósito, destaco o seguinte trecho:

DO MÉRITO

(...)

19. No caso, tratando-se de contribuições sujeitas a lançamento por homologação incidentes sobre a remuneração de mão-de-obra de construção civil em que a Contribuinte realizou recolhimentos previdenciários (cf. fls. 30-40 [GPSs] e 42-57 [GFIPs]), antecipando, pelo menos em parte, o débito, bem como inexistindo indícios de dolo, fraude ou simulação ou notificação de qualquer medida preparatória ao lançamento por parte do Fisco, o termo inicial para a constituição do crédito tributário remanescente, mediante lançamento suplementar, há de ser a data da ocorrência progressiva dos respectivos fatos geradores. Nessa toada, a contagem inaugural do prazo decadencial há de ser modulada com base no interstício em que ocorreu a obra respectiva, período em que, decerto, ocorreram os fatos geradores, relacionados à remuneração do trabalho de segurados empregados, e não pelas datas atinentes às Guias da Previdência Social (GPS's), às Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIPs), às Declarações para Regularização de Obra (DROs) ou aos Avisos para Regularização de Obra (AROs).

20. Sob essa linha de orientação, tendo em vista que os 02 (dois) ARO's – Avisos p/ Regularização de Obra (fls. 13-15 e 17) só foram lavrados pelo INSS em 14.02.2005, bem como considerando que a obra de demolição e construção em comento refere-se ao

lapso de 01.09.1999 a 18.05.2000, resta claro que restou absolutamente fulminado pela decadência o direito potestativo de o Fisco constituir créditos tributários referentes a fatos geradores ocorridos antes de 14.02.2000; o que atinge, em parte, o ARO de fls. 13-15 (obra de construção realizada no período de 21.09.1999 a 18.05.2000, com Matrícula CEI nº 32.720.00419/73) e desconstitui, por completo, o ARO de fl. 17 (obra de demolição executada entre 01.09.1999 e 30.09.1999, com Matrícula CEI nº 41.740.00489/79). Perdura, contudo, a possibilidade de lançamento residual no que tange ao interregno de 14.02.2000 a 18.05.2000, no qual há evidências de empreitada contemplada no ARO de fls. 13-15.

21. De outro giro, examinando os aspectos particularmente atinentes à aferição indireta promovida pelo INSS, pondero que o Fisco não detém a prerrogativa de efetuar lançamento oficioso de contribuições previdenciárias por arbitramento em desfavor de empresa prestadora de serviços de construção civil sem analisar previamente a pertinente contabilidade da contribuinte, para fins de regular apuração da base de cálculo e de eventuais pagamentos realizados a trabalhadores.

22. De fato, no que toca ao INSS, a redação dos parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º e 6º do art. 33 da Lei nº 8.212/1991 tinha, antes das modificações introduzidas pela Lei nº 11.941/2009, a seguinte dicção, *in verbis*:

Art. 33. (...)

§ 1º É prerrogativa do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e do Departamento da Receita Federal (DRF) o exame da contabilidade da empresa, não prevalecendo para esse efeito o disposto nos arts. 17 e 18 do Código Comercial, ficando obrigados a empresa e o segurado a prestar todos os esclarecimentos e informações solicitados.

§ 2º A empresa, o servidor de órgãos públicos da administração direta e indireta, o segurado da Previdência Social, o serventuário da Justiça, o síndico ou seu representante, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial são obrigados a exhibir todos os documentos e livros relacionados com as con-

tribuições previstas nesta lei.

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e o Departamento da Receita Federal (DRF) podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário.

§ 4º Na falta de prova regular e formalizada, o montante dos salários pagos pela execução de obra de construção civil pode ser obtido mediante cálculo da mão-de-obra empregada, proporcional à área construída e ao padrão de execução da obra, cabendo ao proprietário, dono da obra, condômino da unidade imobiliária ou empresa corresponsável o ônus da prova em contrário.

(...)

§ 6º Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

23. Referidos preceitos estatuem a possibilidade extrema e excepcional de o INSS apurar, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas se, no exame da escrituração contábil, houver “recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente” ou constatar que “a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço”. Também relevante notar que a norma do § 4º do transcrito art. 33, ao se referir à “prova regular e formalizada”, deve ser interpretada sistematicamente com os demais parágrafos que o circundam, os quais fazem inequívoca referência ao “exame da escrituração contábil” do contribuinte, tal como ocorre expressamente com os §§ 1º e 6º.

24. Cabe repisar que o lançamento por valor arbitrado é método excepcional de apuração da obrigação tributária, só devendo, pois, ser manejado nessas situações estritas, quando restar inequivocamente caracterizada, de modo insanável, absoluta ausência ou imprestabilidade da documentação contábil e fiscal da empresa, hipótese em que,

à míngua de elementos concretos e confiáveis para a apuração do débito, poderá o Fisco, por estimativa, proceder indiretamente ao arbitramento do valor devido. Sem dúvida, o Fisco deve buscar sempre aproximar-se da realidade econômica da matéria tributável, valendo-se dos meios de pesquisa ao seu alcance. Somente quando restarem eliminadas todas as possibilidades de descoberta direta da base real do tributo, legitima-se a aferição indireta.

25. Essa é, aliás, a inteligência normativa defluente do art. 148 do CTN, que assim dispõe, *litteris*:

Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, o tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

26. Na espécie, a Empresa comprovou a regularidade formal e suficiência probatória de sua contabilidade no tocante às informações necessárias à apuração das contribuições previdenciárias referentes à obra que rendeu ensejo aos ARO's em comento, o que foi categoricamente comprovado pela documentação de fls. 29-120, 227-233 e 291-311 e confirmado pelas conclusões da perícia judicial, no contexto das manifestações técnicas de fls. 182-184 e 224-226, nas quais o m.d. *Expert*, perito-contador, atestou, de modo direto e consistente, quando indagado se as folhas de pagamento utilizadas pela Contribuinte atendiam a todos os requisitos legais e eram suficientes para a apuração das contribuições devidas ao INSS (Quesito A do Autor, fl. 182), que "nas folhas de pagamento (...), as contribuições são perfeitamente identificáveis e recolhidas dentro do prazo e atendem os requisitos exigidos por lei". Respondeu ainda afirmativamente ao questionamento se a Empresa havia pago as contribuições para o INSS incidentes sobre a remuneração de todos os seus empregados (Quesito B do Autor, fl. 182), inclusive no que diz respeito à obra que rendeu ensejo aos ARO's (Quesito C do Autor, fls. 182-183), bem como enfatizou que "contabilida-

de apresentada pela empresa (...) permite dizer com segurança que toda mão de obra da empresa está contabilizada de forma individualizada por estabelecimento e obra de construção, em títulos próprios como salários, férias, 13º salário, rescisão, horas extras, e adicional noturno, dentro da conta salário” (Quesito II da Ré, fl. 224); que a “elaboração e a contabilização das folhas de pagamento atendem à legislação previdenciária e foram apresentadas mensalmente por obra de construção civil e estabelecimento, devidamente individualizada” (Quesito IV da Ré, fl. 225); e que “todos os seus empregados foram regularmente indicados nas folhas de pagamento” (Quesito V da Ré, fl. 225).

27. Nesse particular, destaco que, ao contrário do que sustenta a União, a legislação pátria não impõe nenhuma obrigação às empresas de construção civil no sentido de que sua contabilidade deva ser esquadrihada por centro de custo. O que se exige somente é que a escrituração contábil espelhe, com perfeição, a realidade representativa da matéria tributável (utilização de mão-de-obra remunerada), mormente no que tange à sua expressão econômica, o que, no caso, restou devidamente satisfeito pela Contribuinte, cuja contabilidade me parece estar em conformidade com os preceitos da Ciência Contábil e com as exigências da legislação comercial e fiscal. Realmente, concludindo a perícia judicial pela inexistência de qualquer situação irregular expressiva na contabilidade da Empresa a legitimar a aferição indireta pelo INSS, não se justifica, em princípio, a manutenção do arbitramento realizado, que se mostra, no caso, medida extrema e arbitrária, carecendo, dessarte, de respaldo jurídico o débito previdenciário lançado por via dos ARO’s.

28. De outro giro, além de inexistir mácula na escrituração contábil que porventura legitimasse o arbitramento, não há evidências empíricas, nos autos, de que o INSS tenha realmente fiscalizado e examinado a contabilidade da Contribuinte, ou mesmo a correspondente tomadora de serviços (CIREBON Empreendimentos e Participações Ltda.). **Pelo que deduzo destes fólios, o INSS, em verdade, promoveu, desde logo, a aferição indireta, lavrando automaticamente os ARO’s, sem instaurar prévio pro-**

cedimento administrativo fiscal para tanto, conforme declarado pela União às fls. 206-207 e comprovado pelo extrato de consulta juntado à fl. 208, e sem empreender qualquer esforço no sentido de apurar elementos informativos mais fidedignos e calcular a pertinente base tributária com esteio nos dados contábeis consignados, de “forma individualizada por estabelecimento e obra de construção, em títulos próprios”, na escrituração da Empresa.

29. Assim, tendo a Contribuinte apresentado documentação suficiente para realização da fiscalização, não cabe falar em apuração por arbitramento. Não há, portanto, como subsistir os lançamentos oficiosos decorrentes dos ARO's, sendo, ademais, desarrazoada a desconsideração, por completo, dos assentamentos contábeis da autora, fazendo prevalecer, em descompasso com o princípio da verdade material, critérios substitutivos baseados na metragem da área construída e no padrão de execução da obra, modulados na conformidade da Tabela CUB, em detrimento da utilização de parâmetros representativos da real expressão econômica dos respectivos fatos geradores, refletidos nos apontamentos contábeis particularmente atinentes aos pagamentos feitos a título de remuneração dos trabalhadores. Com efeito, o arbitramento, na espécie, com lastro na Tabela CUB carece de amparo jurídico, visto que a Contribuinte ofereceu elementos contábeis concretos e merecedores de crédito capazes de permitir, com considerável nível de verossimilhança e segurança, a regular apuração da base tributável das contribuições previdenciárias em comento, inclusive para fins de lançamento suplementar de resíduos porventura não pagos.

30. Por fim, ressalto que o arbitramento foi realizado pelo INSS sem que tenha sequer instaurado em prol da Contribuinte regular procedimento administrativo para tanto, o que configura clara afronta aos princípios constitucionais do devido processo legal (*procedural due process of law*), da ampla defesa e do contraditório, inculpidos expressamente no bojo do art. 5º, incisos LIV e LV, da Carta Magna.

31. Nessa contextura, vale salientar que, se sob o influxo da “Velha Hermenêutica”, os princípios revestiam a feição de meras normas de conteúdo programático, despojadas de eficácia jurídica positiva ou aplicabilidade direta e imediata, e pairando sobre uma plataforma metafísica exterior à da normatividade, no cenário atual da escola de pensamento jurídico pós-positivista, em contraponto, os princípios, tais como os do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, encarnados nos textos constitucionais de modo expresso ou implícito, migraram para o centro do sistema jurídico, adquirindo hegemonia ético-axiológica e passando a figurar como fundamentos supremos e estruturantes de toda a pirâmide normativa, cada vez mais pluralista e dialética.

32. (...)

33. Dessa forma, descabida se mostra a aferição indireta levada a efeito pelo Fisco, o que justifica, pois, a declaração judicial da nulidade do lançamento fiscal suplementar relativo aos ARO’s em comento. O caso é, portanto, de procedência do pedido.

III. DISPOSITIVO

34. Ante o exposto, julgo procedente o pedido, para efeito de, num primeiro momento, declarar a inexistência de vinculação jurídico-tributária que, no caso, obrigue a empresa Jotadois Ltda, ora autora, ao pagamento dos débitos fiscais lançados em seu desfavor pelo INSS, por aferição indireta (arbitramento), mediante pura e simples aplicação da Tabela CUB, bem como para, na sequência, desconstituir os créditos tributários representados pelos 02 (dois) ARO’s anexados à exordial (cf. fls. 13-15 [obra de construção realizada no período de 21.09.1999 a 18.05.2000, com Matrícula CEI nº 32.720.00419/73] e 17 [obra de demolição executada entre 01.09.1999 e 30.09.1999, com Matrícula CEI nº 41.740.00489/79]).

35. Por força dos princípios da causalidade e da sucumbência, condeno a União ao ressarcimento das custas inaugurais antecipadas e ao pagamento de honorários advocatícios no patamar de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC.

36. P.R.I.

37. Sentença sujeita, em princípio, ao duplo grau de jurisdição necessário, ressalvada a possibilidade de se comprovar a existência de razões que porventura afastem a

imprescindibilidade da remessa oficial, na forma dos permissivos do art. 475 do CPC.

38. Caso esta sentença venha a ser confirmada pelas Instâncias Superiores, expeça-se, após o trânsito em julgado, alvará em favor da autora para fins de levantamento das importâncias depositadas em conta judicial, nos termos documentados às fls. 123-124.

Há de ser mantida a sentença. A perícia, função auxiliar e equidistante das partes, concluiu pela regularidade contábil da empresa, uma vez que a documentação apresentada foi suficiente para realização da fiscalização. Assim, constata-se que a apuração indireta empreendida pela autarquia restou apressada, não considerando a escrita fiscal, contábil e previdenciária apresentada pelo contribuinte.

Neste sentido, é pacífico o entendimento do colendo STJ acerca desta matéria, a saber:

Processo REsp 200400313603 REsp - RECURSO ESPECIAL - 644183

Relator(a): CASTRO MEIRA. Sigla do órgão: STJ. Órgão julgador: SEGUNDA TURMA

Fonte: DJDATA: 17/05/2006 PG: 00116

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRAZO DECADENCIAL. AFERIÇÃO INDIRETA. MEDIDA EXCEPCIONAL. SÚMULAS 7 E 83/STJ.

1. O prazo prescricional das contribuições previdenciárias sofreu várias alterações. Até a Emenda Constitucional nº 08/77, em face do débito previdenciário ser considerado de natureza tributária, o prazo prescricional é o quinquenal. Após a citada emenda, que lhes desconstituiu a natureza tributária, o prazo passou a ser o trintenário, consoante a Lei nº 3.807/60. Após a CF/88, passou-se a entender que o prazo seria quinquenal, enquanto a Lei nº 8.212/91 o prazo passou a ser o decenal, o que não é aceito pela jurisprudência deste Tribunal, tendo em vista o *status* de lei complementar gozado pelo CTN.

2. Os precedentes da Seção de Direito Público reconhecem, entretanto, que o prazo decadencial, nunca se alterara no período em exame, permanecendo quinquenal, como previsto no art. 173 do Código Tributário Nacional.

3. A apuração indireta do valor das contribuições pre-

videnciárias é providência excepcional que representa uma ruptura nos procedimentos rotineiros para a apuração do montante da obrigação tributária, justificada pela existência de irregularidades insanáveis na documentação contábil apresentada pela empresa.

4. A Corte de origem entendeu que a escrituração contábil da empresa é suficiente para afastar tal excepcionalidade. A revisão deste entendimento esbarra na Súmula 7/STJ.

5. Recurso especial não conhecido.

Com estas considerações, nego provimento à apelação e à remessa.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 478.850-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelantes: RANYLSON PEREIRA MACHADO E MANOEL FELICIANO MAIA DE SOUZA
Apelados: DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL-DNPM, RN PEDRAS E GRANITOS LTDA.
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO (DNPT)
Advs./Procs.: DRS. HERBERT ALVES MARINHO (1º APTE.), RENATO DE SOUZA CAVALCANTI MARINHO (2º APTE.) E DANILO BORINATO BATISTA (2º APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. EXPLORAÇÃO MINERAL. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL. REGISTRO DE LICENCIAMENTO. AUTORIZAÇÃO. APRESENTAÇÃO DE LICENÇA AMBIENTAL. PRAZO DE TREZENTOS E SESSENTA DIAS. CONDIÇÃO PARA MANUTENÇÃO. CIÊNCIA PRÉVIA DO INTERESSADO. NÃO APRESENTAÇÃO DENTRO DO PRAZO. CANCELAMENTO AUTOMÁTICO. PUBLICAÇÃO DO ATO. EFEITOS MERAMENTE DECLARATÓRIOS.

RATÓRIOS. LIBERAÇÃO DA ÁREA OBJETO DA LICENÇA. POSSIBILIDADE DE SER OUTORGADA A OUTROS INTERESSADOS. RECURSO DE TERCEIRO PREJUDICADO. AUTORIZAÇÃO DE PESQUISA. CESSÃO DE DIREITOS. ÁREA ACRESCIDA. ILEGALIDADE DO ATO.

- RANYLSON PEREIRA MACHADO ajuizou a presente ação ordinária contra o DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL - DNPM e a empresa RN PEDRAS E GRANITOS LTDA visando ao cancelamento do alvará concedido pelo primeiro réu em favor do segundo nos autos do processo nº DNPM 848.034/2005, mantendo-se o direito do autor de pesquisa e exploração da área de 21,93 ha. Argumenta que, nos autos do processo DNPM nº 848.077/2002, foi-lhe concedido o licenciamento para exploração de granito para uso imediato na construção civil, pelo prazo de 10 (dez) anos a partir de 23.03.2001, na mencionada área, localizada na Fazenda Serrinha, no Município de Ceará-Mirim/RN. O registro dessa licença, no entanto, restou cancelado após manifestação do órgão de fiscalização, em razão da não apresentação da licença ambiental. Entretanto, entende que o título de licenciamento que lhe foi outorgado apenas teria sido cancelado após a publicação do ato na imprensa oficial, o que ocorreu em 23.05.2007. Assim, em razão de ter sido o primeiro interessado a pleitear a outorga do direito de pesquisa nessa mesma área após tal fato, por meio do processo DMPM nº 848.158/2007, faria jus à sua obtenção.

- O direito de pesquisa, exploração ou aproveitamento dos recursos minerais, cujas diretrizes foram fixadas na Constituição, foi estatuído no Decreto-Lei nº 227, de 28.02.1967 (Código de Mineração), o qual, previu, em seu art. 2º, incisos II e III, os regimes de autorização e de licencia-

mento para aproveitamento das substâncias minerais; assim como nas Instruções Normativas nº 001, de 21.02.2001 e nº 002, de 20.08.2001, do DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL, que estabelecem regras procedimentais quanto ao registro de licenças para exploração mineral.

- O DNPM autorizou, por meio do documento de fl. 54, o Registro de Licenciamento nº 017/2002 em favor do autor, RANYLSON PEREIRA MACHADO, para explorar a substância mineral granito, para uso imediato na construção civil, pelo prazo de 10 (dez) anos, a partir de 23/03/2001. Entretanto, nos moldes do art. 5º, § 1º, da IN DNPM nº 001/2001, tal autorização ficou condicionada à apresentação, pelo autor/interessado, dentro do prazo de 360 (trezentos e sessenta e cinco) dias, contado a partir da emissão do título de licenciamento, da correspondente licença ambiental da área, sob pena de cancelamento automático do título após o vencimento do mencionado prazo (art. 5º, § 2º, da IN DNPM nº 001/2001). No próprio Registro de Licenciamento nº 017/2002 constou essa advertência.

- O postulante ignorou o aviso expresso que lhe foi dado no Registro de Licenciamento e deixou transcorrer in albis o prazo para apresentação da licença ambiental exigida pelo DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL.

- Não há que se falar em infringência ao princípio da publicidade, eis que o postulante, no momento em que recebeu o licenciamento para a exploração de substância mineral, já teve ciência de que, acaso não apresentada a licença ambiental requerida, aquela outorga seria cassada. Portanto, as consequências da omissão já eram por ele conhecidas antes mesmo do início da atividade de exploração. Ademais, levando em consideração, ainda, os termos do art. 5º, § 2º,

da IN DNPM nº 001/2001, que estatuiu o cancelamento automático do título de licenciamento após o vencimento do prazo de 360 (trezentos e sessenta dias) sem a juntada a licença ambiental exigida, a publicação do ato de cancelamento não gera efeitos constitutivos, mas meramente declaratórios.

- A publicação, em situações como a que ora se apresenta, não pode ser tida como condição de eficácia do ato, em razão da ausência de previsão legal nesse sentido. No caso em comento, a publicação do ato de cancelamento somente ocorreu tempos depois, mas a eficácia do ato foi imediata à sua prática.

- Pelos mesmos motivos também não há como se acolher a tese ventilada pelo promovente de infringência aos princípios, também constitucionais, da ampla defesa e do contraditório.

- Não há qualquer impedimento a que a regulamentação da exigência da licença ambiental e as consequências pelo seu descumprimento sejam feitas por norma infralegal, tal como ocorreu com as Instruções Normativas DNPM nºs 001/2001 e 002/2001, eis que não houve, na Constituição, qualquer determinação de que tais matérias deveriam ser reguladas por lei em sentido formal.

- Se o ato de cancelamento foi automático e começou a produzir efeitos logo após a supressão da licença deferida ao autor, independentemente da publicação, o primeiro requerimento efetuado para exploração dessa área, após essa data, foi do Sr. MANOEL FELICIANO MAIA DE SOUZA, em 08.03.2005 – processo administrativo DNPM nº 848.034/2005 –, sendo dele, portanto, o direito à autorização de pesquisa sobre a referida área, não havendo motivos a justificar qualquer questionamento em relação à sua legalidade ou legitimidade, eis que todo esse procedimento ocorreu após o cancelamento automáti-

co da licença deferida ao postulante.

- O Sr. MANOEL FELICIANO MAIA DE SOUZA, no entanto, somente veio a receber a autorização de pesquisa sobre essa área de 21,93 ha. em 2007, quando o DNPM procedeu ao cancelamento automático, desde outubro de 2003, da licença outorgada ao autor e verificou que o processo administrativo nº 848.034/2007 tinha sido o primeiro formalizado perante a autarquia federal. Nesse momento, o Sr. MANOEL FELICIANO MAIA DE SOUZA já havia cedido, por contrato e com a anuência do DNPM, à empresa ré, o direito de pesquisa sobre a área de 937,10 ha., que lhe havia sido, inicialmente, outorgada.

- O Sr. MANOEL FELICIANO MAIA DE SOUZA também interpõe recurso, na condição de terceiro prejudicado, alegando que a área de 21,93 ha. postulada pelo autor da presente ação não integra o objeto do contrato de cessão de direitos de mineração assinado por ele e pela empresa RN PEDRAS E GRANITOS LTDA., que abrange apenas a área de 937,10 ha., pugnano para que seja tal área excluída do Alvará de Pesquisa Retificado nº 9107, expedido pelo DNPM em 03.09.2007 em favor da empresa RN PEDRAS E GRANITOS LTDA. Pleiteia, também, que seja a ele concedido alvará de pesquisa sobre a área de 24,43 ha.

- O pedido de autorização de pesquisa feito pelo Sr. MANOEL FELICIANO MAIA DE SOUZA à DNPM foi protocolado perante aquela autarquia federal em 04.03.2005, quando foi formalizado o processo administrativo DNPM nº 848.034/2005, tendo por objeto uma área de 1.000 ha. No entanto, verificou-se que havia interferência de uma parcela dessa área com outra requerida por uma terceira pessoa (o autor da presente ação). Desta feita, somente foi concedido ao requerente a autorização de pesquisa em relação à área de

937,10 ha., não abrangendo os 21,93 ha. que tinham sido deferidos ao autor. Mais tarde, o Sr. MANOEL FELICIANO MAIA DE SOUZA cedeu, com a anuência do DNPM, a utilização dessa área – 937,10 ha. – para a empresa ré, RN PEDRAS E GRANITOS LTDA., através do alvará nº 5154, de 04.05.2005.

- Pouco mais de dois anos após a celebração desse contrato de cessão, o DNPM, percebendo que o registro de licenciamento de exploração da área de 21,93 ha., que havia sido outorgado ao autor da presente demanda tinha sido cancelado automaticamente em 27.10.2003, em decorrência da não apresentação da licença ambiental legalmente exigida, procedeu à retificação do alvará nº 5154/2005, corrigindo a área que deveria ter sido autorizada ao Sr. MANOEL FELICIANO MAIA DE SOUZA para 961,53 ha., passando a abranger os 21,93 ha., por ter sido ele o primeiro interessado a requerer a autorização para pesquisa nessa área logo após o cancelamento automático. Ato contínuo, o DNPM cedeu, automaticamente, o direito de pesquisa sobre essa área para a empresa ré, RN PEDRAS E GRANITOS LTDA., em razão do contrato de cessão anteriormente celebrado.

- Se o primeiro pedido de autorização de pesquisa sobre a área em foco – 21,93 ha. –, após o cancelamento automático da autorização outorgada ao autor, foi do Sr. MANOEL FELICIANO MAIA DE SOUZA (processo administrativo DNPM nº 848.035/2005), e se tal extensão de terra não lhe foi deferida à época por equívoco do DNPM, não tendo, por isso, feito parte do contrato de cessão celebrado posteriormente com a empresa RN PEDRAS E GRANITOS LTDA., o ato dessa autarquia que retificou o alvará de cessão para ampliar a área cedida deve ser tido por ilegal. Nesta situação, essa área remanescente deve ser

deferida ao Sr. MANOEL FELICIANO MAIA DE SOUZA, por ter sido o primeiro a requerê-la e por não ter sido objeto do negócio jurídico celebrado com a empresa ré.

- O DNPM, ao repassar a área de 21,93 ha. à RN PEDRAS E GRANITOS LTDA, o fez acrescentando-a de 2,5 ha., num total de 24,43 ha., área esta que deveria ter sido autorizada ao terceiro prejudicado, já que seu pedido, contido no processo administrativo DNPM nº 848.034/2005, abrangia uma área de 1.000 ha. e somente lhe foi deferida, num primeiro momento, o direito de pesquisa sobre uma área de 937,10 ha.

- Apelação do autor improvida.

- Recurso do terceiro prejudicado provido.

ACÓRDÃO

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

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

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Cuida-se de ação ordinária ajuizada por RANYLSON PEREIRA MACHADO contra o DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL - DNPM e RN PEDRAS E GRANITOS LTDA visando ao cancelamento do alvará concedido pelo primeiro réu em favor do segundo nos autos do processo nº DNPM 848.034/2005, mantendo-se o direito do autor de pesquisa e exploração da área de 21,93 ha. que é objeto do processo nº 848.158/2007. Alter-

nativamente requer o autor a anulação do ato administrativo que indeferiu o pedido por ele formulado no processo nº DNPM 848.077/2002.

Ao sentenciar, a ilustre magistrada julgou improcedentes os pedidos com fulcro no art. 269, I, do CPC. Entendeu a douta juíza que o cancelamento da autorização anteriormente concedida ao autor ocorreu em razão da falta de apresentação do licenciamento ambiental, consoante previsão normativa, e que a publicação do cancelamento no Diário Oficial da União não produziu efeitos constitutivos, mas apenas declaratórios.

Nas razões de sua apelação, o postulante argumenta, em prol da tese por ele defendida, ter havido cerceamento ao seu direito de defesa, ante a ausência de intimação quanto ao ato anulatório do licenciamento que lhe fora deferido pelo DNPM para explorar a substância mineral denominada granito para uso imediato na construção civil pelo prazo de 10 (dez) anos, abrangendo uma área de 21,93 ha. da Fazenda Serrinha, localizada no Município de Ceará-Mirim/RN. Afirma que formulou, imediatamente após a publicação do cancelamento da licença, em 01.06.2007, pedido da mesma área para pesquisa mineral, quando foi instaurado o procedimento administrativo DNPM nº 848.158/2007. Antes disso, em 06.09.2004, a autarquia ré havia determinado a apresentação do Relatório Anual de Lavra (RAL) referente ao exercício de 2003, o que demonstra que, para ela, mesmo após outubro de 2003, o apelante ainda se encontrava habilitado para proceder à lavra mineral. Argumenta que seu pedido foi indeferido porque a área em foco já tinha sido autorizada para a empresa RN PEDRAS E GRANITOS LTDA. (processo nº 848.110/2007), em 09.05.2007, antes mesmo do cancelamento do licenciamento deferido a ele, apelante. Afirma que o primeiro processo protocolado pleiteando a área abrangida pelo processo DNPM nº 848.077/2002, após a publicação no diário oficial, foi o seu, de nº DNPM 848.158/2007, protocolado no dia 01.06.2007.

Segundo o requerente, a publicação do ato somente faz sentido se for considerado tal instante como o adequado à produção dos efeitos da decisão adotada. Argumenta que, na situação em destaque, houve uma discrepância entre o momento da validade da decisão – 23.10.2003 – e o da publicação – 23.05.2007. Aduz,

ainda, que, antes da publicação do cancelamento do seu direito, deveria ter-lhe sido deferida oportunidade de defesa. Afirma que a Instrução Normativa DNPM nº 001/2002 não possui força jurídica para suplantiar os comandos emanados da Constituição ou sequer da Lei nº 9.784/99. Pugna, portanto, pela antecipação dos efeitos da tutela e, no mérito, pela reforma da sentença.

MANOEL FELICIANO MAIA DE SOUZA também interpõe recurso na condição de terceiro prejudicado, alegando que a área de 21,93 ha. postulada pelo autor da presente ação não integra o objeto do contrato de cessão de direitos de mineração assinado por ele e pela empresa RN PEDRAS E GRANITOS LTDA., que abrange apenas a área de 937,10ha. Pugna, portanto, pelo provimento do recurso para reformar parcialmente a sentença no fito de excluir do Alvará de Pesquisa Retificado nº 9107, expedido pelo DNPM em 03.09.2007 em favor da empresa RN PEDRAS E GRANITOS LTDA., com área de 961,53 ha., a área excedente à cedida através do Alvará de Pesquisa nº 5154, de 04.05.2005, sem que seja obrigado a incluí-la no contrato firmado com a referida empresa. Pleiteia, por fim, que, *em razão do reconhecimento do direito do ora recorrente, determina este egrégio Tribunal que o DNPM expeça Alvará de pesquisa em relação à área excedente de 24,43 ha., em favor do recorrente MANOEL FELICIANO MAIA DE SOUZA para sua livre negociação.*

Contrarrazões.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

RANYLSON PEREIRA MACHADO ajuizou a presente ação ordinária contra o DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL - DNPM e a empresa RN PEDRAS E GRANITOS LTDA visando ao cancelamento do alvará concedido pelo primeiro réu em favor do segundo nos autos do processo nº DNPM 848.034/2005, mantendo-se o direito do autor de pesquisa e exploração da área de 21,93 ha. que é objeto do processo nº 848.158/2007.

O autor argumenta que, nos autos do processo DNPM nº 848.077/2002, foi-lhe concedido o licenciamento para exploração de granito para uso imediato na construção civil, pelo prazo de 10 (dez) anos, a partir de 23.03.2001, em uma área de 21,93 ha., localizada na Fazenda Serrinha, no Município de Ceará-Mirim/RN. O registro dessa licença, no entanto, restou cancelada após manifestação do órgão de fiscalização, por suposto vencimento da licença ambiental em 26.10.2003.

Argumenta o postulante que o título de licenciamento que lhe foi concedido nos autos do processo DNPM nº 848.077/2002 apenas poderia ter sido cancelado após a publicação do ato na imprensa oficial, o que ocorreu em 23.05.2007. Assim, assevera que, em razão de ter sido o primeiro interessado a pleitear a outorga do direito de pesquisa nessa mesma área após tal fato, por meio do processo DNPM nº 848.158/2007, faria jus à sua obtenção.

Portanto, careceria de legitimidade o ato do DNPM que indeferiu seu pedido sob a alegação de que os direitos sobre a área em comento já haviam sido outorgados à segunda ré, RN PEDRAS E GRANITOS LTDA., no processo DNPM nº 848.034-2005.

Segundo o promovente, no momento do requerimento efetivado pela empresa RN PEDRAS E GRANITOS LTDA, a licença do autor ainda não havia sido cancelada, nem publicada no diário oficial, o que denota a ilegalidade desse ato que deferiu à referida empresa alvará de pesquisa na mesma área em litígio.

Para viabilizar o acolhimento do seu pleito, o autor afirma ter havido, por parte do DNPM, violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório e da publicidade.

Feitas essas considerações preliminares, passemos ao exame da questão material posta a julgamento.

Consoante bem delineado na sentença, os contornos do Sistema Jurídico Minerário Brasileiro encontram-se bem delineados no art. 176 da Carta Magna em vigor. Nos moldes desse dispositivo legal, mais precisamente do § 1º, *a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o caput deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasi-*

leiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, ... Já o § 3º disciplina que a autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.

Em termos infralegais, o direito de pesquisa, exploração ou aproveitamento dos recursos minerais foi estatuído no Decreto-Lei nº 227, de 28.02.1967 (Código de Mineração), o qual previu, em seu art. 2º, incisos II e III, os regimes de autorização e de licenciamento para aproveitamento das substâncias minerais. O primeiro deles, quando depender de expedição de alvará de autorização do Diretor-Geral do DNPM, e o segundo, quando depender de licença expedida em obediência a regulamentos administrativos locais e de registro da licença no DNPM.

Por oportuno, também faz mister frisar a existência das Instruções Normativas nº 001, de 21.02.2001 e nº 002, de 20.08.2001, do DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL, que estabelecem regras procedimentais quanto ao registro de licenças para exploração mineral.

Eis os termos do art. 5º da IN DNPM nº 001/2001, alterado pela IN DNPM nº 002/2001:

Art. 5º A extração efetivada de substância mineral contemplada no título de licenciamento será condicionada à emissão pelo órgão ambiental competente, da licença ambiental de operação ou seu equivalente.

§ 1º Fica concedido pelo DNPM um prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado a partir da emissão do título de licenciamento, para que o titular do licenciamento faça a juntada ao processo da licença referida no *caput*, dispensando-se quaisquer exigências por parte do DNPM. **(Fica prorrogado por 180 (cento e oitenta) dias, a contar de 22 de agosto de 2001, o prazo estabelecido neste artigo, por determinação da Instrução Normativa nº 02/2001).**

§ 2º Caso não seja feita a juntada da licença referida no *caput*, o título de licenciamento será cancelado automaticamente após o vencimento do prazo estabelecido no parágrafo anterior.

§ 3º Em caso de ocorrer a expiração do prazo da licença ambiental referida no *caput*, nova licença deve ser juntada ao processo em até 30 dias subsequentes ao vencimento da respectiva licença, com a data cobrindo o período vencido, dispensando-se quaisquer exigências por parte do DNPM, sob pena de cancelamento do título de licenciamento. **(Fica prorrogado por 180 (cento e oitenta) dias, a contar de 22 de agosto de 2001, o prazo estabelecido neste artigo, por determinação da Instrução Normativa nº 02/2001).**

Na situação em comento, o DNPM autorizou, por meio do documento de fl. 54, o Registro de Licenciamento nº 017/2002 em favor do autor, RANYLSON PEREIRA MACHADO, *para explorar a substância mineral granito, para uso imediato na construção civil, pelo prazo de 10 (dez) anos, a partir de 23/03/2001, em terrenos de propriedade da Cia. Açucareira Vale do Ceará-Mirim, no local denominado Fazenda Serrinha, Distrito e Município de Ceará-Mirim, Estado do Rio Grande do Norte, numa área de 21,93 hectares.*

Nos moldes do art. 5º, § 1º, da IN DNPM nº 001/2001, tal autorização ficou condicionada à apresentação, pelo autor/interessado, dentro do prazo de 360 (trezentos e sessenta e cinco) dias, contado a partir da emissão do título de licenciamento, da correspondente licença ambiental da área, sob pena de cancelamento automático do título após o vencimento do mencionado prazo (art. 5º, § 2º, da IN DNPM nº 001/2001).

No próprio Registro de Licenciamento nº 017/2002 constou a advertência de que, ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos itens I, II, III, IV e V do art. 23 da IN nº 001/2001 do Diretor-Geral do DNPM, publicada no *DOU* de 22 de fevereiro de 2001, durante a vigência da autorização, haveria o cancelamento do mencionado registro, independentemente de prévia manifestação do titular (fl. 54). O inciso III do art. 23 previu a possibilidade de cancelamento do título de licenciamento no caso de não atendimento de exigência formulada.

Acontece que o postulante ignorou o aviso expresso que lhe foi dado no Registro de Licenciamento e deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentação da licença ambiental exigida pelo DE-

PARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL no caso de extração de substância mineral.

Sobre a exigibilidade da exibição da licença ambiental para fins de extração mineral, não se admite qualquer espécie de questionamento, eis que tal determinação se encontra prevista na Instrução Normativa DNPM nº 001/2001, precisamente no art. 5º, § 1º, como visto alhures.

Como acertadamente decidiu a ilustre magistrada sentenciante, o autor requereu perante o DNPM, por meio do processo DNPM nº 848.077/2002, a autorização de registro de licenciamento para exploração de granito, hipótese para a qual a legislação de regência – Instruções Normativas nºs 001/2001 e 002/2001 – exige a licença ambiental como condição para a efetiva exploração da área, sob pena de cancelamento do registro, diversamente do que ocorre quando se pleiteia a concessão de autorização de pesquisa.

A dúvida que perpassa pela situação em comento diz respeito à publicidade do ato de cancelamento. Se a publicação teria efeitos constitutivos ou meramente declaratórios.

É certo que a Constituição, em seu art. 37, *caput*, estatuiu como princípio afeto à Administração Pública Direta ou Indireta o da publicidade, além de outros tão relevantes quanto o primeiro, tais como os da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da eficiência.

O princípio da publicidade tem o condão de impedir que a Administração Pública aja de forma oculta, sem dar conhecimento dos seus atos aos seus administrados, a população em geral. Objetiva-se, portanto, por meio da adoção desse princípio de índole constitucional, tornar os atos e decisões da Administração em geral acessíveis a todos os interessados.

Na situação em reproche, no entanto, não se pode acolher a tese de ofensa ao princípio da publicidade simplesmente pelo fato de a Administração ter outorgado a área em litígio a outro interessado antes da publicação do ato de cancelamento do registro de licenciamento do autor.

Na verdade, faço minhas as bem lançadas palavras da insigne juíza prolatora da sentença vergastada, ao se pronunciar sobre o princípio em foco.

No caso vertente, não se pode afirmar validamente que tenha sido afetado tal princípio vetor da Administração Pública, haja vista que a publicidade envolvia interesse particular, sendo que o autor, quando da autorização do registro da licença, já estava cômico dos efeitos que a omissão na apresentação regular das licenças ambientais acarretaria à sua esfera jurídica. É dizer, o fim mesmo da publicidade não foi violado, na medida em que as consequências da omissão eram adrede conhecidas.

De fato, a publicidade envolvia interesse particular e o postulante, no momento em que recebeu o licenciamento para a exploração de substância mineral, já teve ciência de que, acaso não apresentada a licença ambiental dentro do prazo legalmente estabelecido, essa autorização seria cassada. Portanto, as consequências da omissão já eram por ele conhecidas antes mesmo do início da atividade de exploração.

Destarte, diante de tais argumentos e levando em consideração, ainda, os termos do art. 5º, § 2º, da IN DNPM nº 001/2001, que estatuiu o cancelamento automático do título de licenciamento após o vencimento do prazo de 360 (trezentos e sessenta dias) sem a juntada à licença ambiental exigida, conclui-se que a publicação do ato de cancelamento não gera efeitos constitutivos, mas apenas declaratórios.

Vale esclarecer, ainda, que a publicação, em situações como a que ora se apresenta, não pode ser tida como condição de eficácia do ato, em razão da ausência de previsão legal nesse sentido.

Por esses mesmos motivos, também não há como se acolher a tese ventilada pelo promovente de ofensa aos princípios, também constitucionais, da ampla defesa e do contraditório.

Como visto, ele já sabia, desde o momento da concessão da autorização de registro do licenciamento que se não houvesse a apresentação da documentação requerida, tal registro seria cancelado de plano, em respeito à determinação legal. A IN nº 001/2001 é clara ao estatuir que o cancelamento deve ser automático em caso de não apresentação da licença ambiental exigida.

Desta feita, a simples alegação de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, por si mesma, não é capaz de ilidir tal consequência. Competia ao autor, portanto, provar que o cancelamento do seu título foi injusto porque apresentou a licença dentro do prazo legal e não foi considerada ou que deixou de apresentá-la por motivo justificado e razoável, o que não fez nos presentes autos.

Ademais, resta incontestado no presente feito que, na verdade, o autor nunca requereu essa licença ao órgão responsável pela sua expedição, qual seja, o Instituto de Defesa do Meio Ambiente do Rio Grande do Norte - IDEMA, conforme consta no documento à fl. 484.

Também entendo inexistir qualquer impedimento a que tais assuntos – regulamentação da exigência da licença ambiental e as consequências pelo seu descumprimento – sejam regulados por norma infralegal, tal como ocorreu com as Instruções Normativas DNPM nºs 001/2001 e 002/2001, eis que não houve, na Constituição, qualquer determinação de que tais matérias deveriam ser reguladas por lei em sentido formal.

Não vejo, portanto, empecilho a que as diretrizes de proteção ambiental e o regime de aproveitamento dos recursos minerais sejam pautados por instruções normativas.

Desta feita, com o cancelamento automático, em 27.10.2003, do título de licenciamento outorgado ao autor por meio do processo administrativo DNPM nº 848.077/2002, ante a expiração do prazo para apresentação da licença ambiental sem que essa providência fosse tomada, ficou a Administração Pública livre para outorgar licença semelhante a qualquer interessado que a pleiteasse, desde que observadas as imposições legais.

No caso em comento, a autorização de registro de licenciamento foi concedida ao postulante em 31.10.2002 e cancelada, automaticamente, 360 (trezentos e sessenta dias depois), em outubro de 2003. No entanto, a publicação desse ato somente se deu em 23.05.2007, após o que o postulante promoveu processo administrativo, autuado sob o nº DNPM nº 848.158/2007, para pleitear o aproveitamento da mesma área anterior, correspondente a 21,93 ha.

No entender do requerente, seu processo administrativo teria sido o primeiro a ser formulado posteriormente à publicação do ato de cancelamento, tendo, por isso, direito ao novo licenciamento pleiteado.

Acontece que, como visto, o ato de cancelamento foi automático e produziu efeitos imediatos, no primeiro dia após a sua prática. Sendo assim, se, logo após a supressão da licença deferida ao autor, foi requerido pelo Sr. MANOEL FELICIANO MAIA DE SOUZA, em 08.03.2005 – processo DNPM nº 848.034/2005 –, a ele é que deveria ter sido concedida a autorização de pesquisa sobre a referida área, não havendo motivos a justificar qualquer questionamento em relação à sua legalidade ou legitimidade, eis que todo esse procedimento ocorreu após o cancelamento automático da licença deferida ao postulante.

O Sr. MANOEL FELICIANO MAIA DE SOUZA, no entanto, somente veio a receber a autorização de pesquisa sobre essa área de 21,93 ha. em 2007, quando o DNPM procedeu ao cancelamento automático da licença outorgada ao autor e verificou que o processo administrativo nº 848.034/2007 tinha sido o primeiro formalizado perante a autarquia federal. Nesse momento, o Sr. MANOEL FELICIANO MAIA DE SOUZA já havia cedido, por contrato e com a anuência do DNPM, o direito de pesquisa sobre a área de 937,10 ha. à empresa ré, RN PEDRAS E GRANITOS LTDA.

No tocante ao recurso do Sr. MANOEL FELICIANO MAIA DE SOUZA, interposto na condição de terceiro prejudicado, algumas considerações merecem destaque.

O recorrente, ora identificado, informa que a área objeto do presente litígio não integra o contrato de cessão de direitos de mineração assinado por ele e pela empresa RN PEDRAS E GRANITOS LTDA., que abrange apenas a área de 937,10 ha. Pugna, portanto, pelo provimento do recurso para reformar parcialmente a sentença no fito de excluir do Alvará de Pesquisa Retificado nº 9107, expedido pelo DNPM em 03.09.2007 em favor da empresa RN PEDRAS E GRANITOS LTDA., com área de 961,53 ha., a área excedente à cedida através do Alvará de Pesquisa nº 5154, de 04.05.2005. Pleiteia, por fim, que o DNPM expeça em favor dele alvará de pesquisa em relação à área excedente de 24,43 ha.

Do cotejo dos autos, observo que o pedido de autorização de pesquisa feito pelo Sr. MANOEL FELICIANO MAIA DE SOUZA à DNPM foi protocolado perante aquela autarquia federal em 04.03.2005, quando foi formalizado o processo administrativo DNPM nº 848.034/2005, tendo por objeto uma área de 1.000 ha. No entanto, após análises procedidas por técnicos daquela instituição, verificou-se que havia interferência de uma parcela dessa área com outra requerida por uma terceira pessoa (o autor da presente ação). Desta feita, somente foi concedido ao requerente a autorização de pesquisa em relação à área de 937,10 ha., não abrangendo os 21,93 ha. que tinham sido deferidos ao autor.

Mais tarde, o Sr. MANOEL FELICIANO MAIA DE SOUZA cedeu, com a anuência do DNPM, a utilização dessa área – 937,10 ha. – para a empresa ré, RN PEDRAS E GRANITOS LTDA., através do alvará nº 5154, de 04.05.2005.

Pouco mais de dois anos após a celebração desse contrato de cessão, esta autarquia federal, percebendo que o registro de licenciamento de exploração da área de 21,93 ha., que havia sido outorgado ao autor da presente demanda tinha sido cancelado automaticamente pela não apresentação da licença ambiental legalmente exigida, procedeu à retificação do alvará nº 5154/2005, corrigindo a área que deveria ter sido autorizada ao Sr. MANOEL FELICIANO MAIA DE SOUZA para 961,53ha, passando a abranger os 21,93 ha., por ter sido ele o primeiro interessado a requerer a autorização para pesquisa nessa área logo após o cancelamento automático do registro de licenciamento deferido ao Sr. RANYLSON PEREIRA MACHADO. Ato contínuo, o DNPM cedeu, automaticamente, o direito de pesquisa sobre essa área para a empresa ré, RN PEDRAS E GRANITOS LTDA., em razão do contrato de cessão anteriormente celebrado.

Diante de tais informações, percebe-se que a pretensão do terceiro prejudicado merece prosperar. A ele não foi concedida a área em discussão, num primeiro momento, porque, à época do seu pedido, esta ainda era administrada pelo autor por equívoco do DNPM. Quando a Administração Pública percebeu o erro, tratou, imediatamente, de corrigi-lo, declarando a nulidade do ato de autorização deferida ao promovente, RANYLSON PEREIRA MA-

CHADO, deixando tal área livre para ser outorgada a qualquer interessado que preenchesse os requisitos exigidos.

Acontece que o DNPM, mais uma vez de forma equivocada, deferiu, automaticamente, a autorização de pesquisa sobre essa mesma área à empresa RN PEDRAS E GRANITOS LTDA., em razão do contrato de cessão que tinha sido celebrado entre esta empresa e o Sr. MANOEL FELICIANO MAIA DE SOUZA, aumentando a área anteriormente cedida (937,10 ha.) para 961,53 ha.

Não poderia a autarquia federal ré ter procedido dessa forma.

Se o primeiro pedido de autorização de pesquisa sobre a área em foco – 21,93 ha. –, após o cancelamento automático da autorização outorgada ao autor, foi do Sr. MANOEL FELICIANO MAIA DE SOUZA (processo administrativo DNPM nº 848.035/2005), e se tal extensão de terra não lhe foi deferida à época por equívoco do DNPM, não tendo, por isso, feito parte do contrato de cessão celebrado posteriormente com a empresa RN PEDRAS E GRANITOS LTDA., o ato dessa autarquia que retificou o alvará de cessão para ampliar a área cedida deve ser tido por ilegal. Nesta situação, essa área remanescente deveria ser deferida ao Sr. MANOEL FELICIANO MAIA DE SOUZA, por ter sido o primeiro a requerê-la e por não ter sido objeto do negócio jurídico celebrado com a empresa ré.

Desta feita, se o DNPM observou, em 2007, que a área de 21,93 ha., desde outubro de 2003, não mais poderia ser explorada pelo autor, em face do cancelamento automático de sua licença, deveria tê-la concedido, de imediato, ao Sr. MANOEL FELICIANO MAIA DE SOUZA e não tê-la repassado à empresa RN PEDRAS E GRANITOS LTDA., pois esta área, como restou devidamente provado, não fez parte do contrato de cessão.

Vale ressaltar, inclusive, que o DNPM, ao repassar a área de 21,93 ha. à RN PEDRAS E GRANITOS LTDA., o fez acrescentando-a de 2,5 ha., num total de 24,43 ha., área esta que, como visto, deveria ter sido autorizada ao terceiro prejudicado, já que seu pedido, contido no processo administrativo DNPM nº 848.034/2005, abrangia uma área de 1.000 ha. e somente lhe foi deferida, num primeiro momento, o direito de pesquisa sobre uma área de 937,10 ha.

Diante dos argumentos aduzidos, nego provimento à apelação do autor e dou provimento ao recurso do terceiro prejudicado, para determinar que a diferença entre a área cedida à empresa ré, por meio do alvará nº 5154/2005 (fl. 395) e a que foi corrigida posteriormente pela minuta de retificação de alvará (fl. 473), seja objeto de autorização de pesquisa deferida ao terceiro prejudicado, por ter sido o primeiro a requerê-la, após o cancelamento automático da licença outorgada ao autor.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 493.565-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Apelantes: PRODUTOS DE MILHO DO NORDESTE LTDA. - PROMINOL E BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DR. BRUNO NOVAES BEZERRA CAVALCANTI E OUTROS E ROMERO PAES BARRETO DE ALBUQUERQUE E OUTROS

EMENTA: CIVIL. INDENIZAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO CONEXOS. PROJETO DE FINANCIAMENTO DO BNDES. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PELA REALIZAÇÃO DO PROJETO PRÉVIO. ATIVIDADE DE RISCO DO EMPRESÁRIO. PERÍCIA REALIZADA. MULTA E JUROS DEVIDOS. ANATOCISMO INEXISTENTE. TJLPE DEVIDA. EXCESSO DE EXECUÇÃO VERIFICADO. APELAÇÕES NÃO PROVIDAS.

- O Contrato de Financiamento entre as parte não se assemelha a uma prestação de serviços de assessoria administrativa ou gerencial. O BNDES não tinha o papel, como não o fez, de garantir o sucesso do empreendimento. A conduta de alertar para os riscos, como a forte concorrên-

cia e a centralização na figura de um administrador, que o empresário iria enfrentar durante a execução do projeto. Inexistência de responsabilidade da instituição financeira.

- Inexistem dúvidas que o BNDES não atuou como parceiro, sócio ou consultor da PROMINOL. Esta empresa pleiteou vultoso financiamento ao banco, tendo este, para se resguardar, realizado estudo a fim de verificar a viabilidade de tal empreitada. Ou seja, todo o procedimento burocrático exigido pelo réu – estudos, análises, comitês técnicos – teve o exclusivo objetivo de resguardá-lo, sendo totalmente descabido interpretá-lo como consultoria ou situação análoga, atividade que, definitivamente, não ocorreu.

- Não é possível se imputar a responsabilidade por um fracasso em empreendimento de iniciativa privada a um Banco estatal que serviu ainda para realizar empréstimo de forma subsidiado, vindo ao final reparar qualquer dano pelo insucesso da empreitada. Assim, não se tem como reconhecer qualquer direito à reparação como pretendido pela Recorrente - PROMINOL.

- Verificada a legalidade da multa e dos juros moratórios, bem como ausência de anatocismo. Tais pontos restaram devidamente analisados na sentença recorrida.

- Outro ponto a ser destacado diz respeito ao fato do contrato em questão cuidar de recursos oriundos do FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador), o qual não admite a utilização da TJLP (Taxa de Juros de Longo Prazo). O argumento não resiste a uma análise mesmo perfunctória, pois a hipótese está amparada pelo art. 4º da Lei 9.365/96, assim descrito: “Os recursos do Fundo de Participação PIS-PASEP, do Fundo de Amparo ao Trabalhador e do Fundo da Marinha Mercante, repassados ao BNDES ou por este administrados e destinados a financiamentos

contratados a partir de 1º de dezembro de 1994, terão como remuneração nominal, a partir daquela data, a TJLP do respectivo período, ressalvado o disposto no § 1º do art. 5º e nos arts. 6º e 7º desta Lei”.

- Verificado excesso de execução, devendo ser acolhido o pleito constante nos Embargos à execução movido pelo PROMINOL. O perito contou que em 28 de maio de 2004, o valor do débito era de R\$ 7.917.121,73. Esta quantia, apesar de ser superior ao montante apontado pela PROMINOL - R\$ 7.040.337,51 é inferior em R\$ 704.726,49 aos R\$ 8.621,848,22 que representariam a atualização do quantum executado. A demasia originou-se da alíquota utilizada para a atualização, resultante da soma da TJLP e do spread, superior àquela prevista contratualmente. A perícia afastou as teses de aplicação incorreta dos juros moratórios e anatocismo, além de ter atestado que os pagamentos efetuados pelo embargante foram devidamente deduzidos da evolução do cálculo.

- Apesar do Banco haver afirmado que o seu cálculo é o correto, é interessante verificar que tanto o Banco como o Perito, afirmam peremptoriamente que a taxa de juros calculada se compõe de 6% (seis por cento) mais o spread de risco, sendo esse último percentual limitado a 4% (quatro por cento), não ultrapassando o percentual total de 10% (dez por cento). Ocorre que o Banco não justifica a razão do excesso do valor cobrado, enquanto o perito repetidamente demonstrou que o excesso se dá por ter havido equívoco no percentual da segunda taxa que, ao invés de ter se limitado a 4% (quatro por cento), como consta do contrato, chegou a 10% (dez por cento) mais os 6% (seis por cento), perfazendo 16% (dezesseis por cento) e não somente dez por cento, como está expresso na avença. Não assiste

***razão ao BNDES, pois não indica motivo justificador da sua operação para demonstrar que seus cálculos estão corretos, o que inversamente se deu com o perito que demonstrou por razões e cálculos a diferença encontrada.
- Apelações não providas. Agravo retido não provido.***

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações e ao agravo retido interposto pelo BNDES, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 1º de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS-
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de apelações interpostas por PROMINOL - PRODUTOS DE MILHO DO NORTESTE LTDA. e pelo BNDES - BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL, em face de sentença integrada proferida pelo Juiz Federal da 16ª Vara/PE, Francisco Glauber Pessoa Alves, em sede de ação ordinária e embargos à execução, que julgou improcedente o pedido de indenização, revisão e nulidade contratual deduzido pela PROMINOL LTDA. e julgou parcialmente procedente o pedido para ter devido o valor auferido pelo contador judicial.

O julgado vergastado por ambas as partes, que decidiu a lide da ação ordinária (2005.83.00009673-6) e embargos à execução (2007.83.02.000382-7), conjuntamente, possui a seguinte ementa:

CIVIL. DANOS. EMBARGOS À EXECUÇÃO CONEXOS. RESPONSABILIDADE DO BNDES POR ERRO NO PROJETO PRÉVIO AO FINANCIAMENTO CONCEDIDO. RISCO DO EMPRESÁRIO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. RESPONSABILIDADE E NULIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS NÃO DEMONSTRADAS. MULTA E JUROS DEVIDOS. INEXISTÊNCIA DE ANATOCISMO. APLICABILIDADE DA TJLPE. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO FIXO É TÍTULO EXECUTIVO. EXCESSO DE EXECUÇÃO VERIFICADA. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. Ação de indenização por suposto erro existente na análise remunerada do projeto prévio à liberação do financiamento, especificamente em relação à variação do preço da matéria-prima principal da empresa, o que teria acarretado atraso e ausência de repasse das parcelas.

2. No que concerne à atualização do débito, a parte autora afirmou ser indevida a aplicação da TJLP, dos encargos moratórios e juros, bem como o excesso da execução.

3. A promovente ajuizou, em seguida, embargos à execução no qual foram reiterados os termos da ordinária, configurando clara conexão, tendo havido apenas o acréscimo da discussão referente à hipotética inexecução do contrato de financiamento por ausência de liquidez.

4. É evidente que a variação do preço da matéria-prima é típico evento previsível, na exata medida que dependente das variações mercadológicas e climáticas. Sendo assim, não há nexo causal entre a conduta do BNDES e o dano que a parte promovente diz ter sofrido.

5. O risco é inerente à atividade empresarial. Seria muito interessante para qualquer empresa, à semelhança da autora, ter o financiamento público de seus projetos e, no caso de insucesso, ainda poder acionar o banco concedente pelos reveses que viesse a sofrer.

6. Responsabilidade da instituição financeira e nulidade das cláusulas contratuais não demonstradas.

7. Legalidade da multa e juros moratórios e ausência de anatocismo.

8. A TJLP (Taxa de Juros de Longo Prazo) é aplicável por ser prevista contratual e legalmente.

9. Os contratos de crédito fixo, diferentemente do que ocorre com os contratos de abertura de crédito rotativo, configuram operação de mútuo bancário, possuindo, assim, liquidez e natureza de título executivo.

10. Excesso de execução atestado e confirmado pelo perito judicial.

11. Pedido parcialmente procedente.

Nas suas razões recursais, a PROMINOL LTDA., em extenso petitório, alega a ausência do título executivo, falta de liquidez e descumprimento do disposto no art. 614 do CPC. Defende o **dever de indenizar** baseado nas premissas: a) dever de análise do projeto e suas consequências, tendo em vista que: o BNDES desenvolve a elaboração (por terceiro) do projeto do empreendimento, sua análise e com base nesta aprova ou não o financiamento; se o BNDES aprova ou não o empreendimento, assume responsabilidade pela viabilidade do projeto desenvolvido pelo contratante e paralisação dos repasses financeiros; o BNDES não possui mera atividade secundária, tendo responsabilidade sobre o contrato nos projetos, não se restringindo à análise financeira; se o BNDES teve participação na elaboração, aprovação e implementação negativa do projeto, não é possível a sua isenção por falhas técnicas a seu cargo; b) vinculação entre o projeto e o financiamento, tendo em vista que a viabilidade do projeto é condição para pactuação do financiamento, não se revelando equânime que o BNDES, cujos atos refletiram no insucesso do empreendimento seja eximido, mormente porque paralisou repasses financeiros necessários à implementação do projeto, afora outros equívocos na elaboração; c) erros existentes no projeto, como: erro no cálculo de preço da matéria-prima: custo do grão de milho, fator de ordem econômica imprevisível, ocorrendo aumento assustador do valor do milho, comprometendo a atividade da recorrente, vício no contrato de financiamento e alienação fiduciária em garantia. Aduz que tais erros viciaram a validade do contrato; d) percepção de remuneração direta e indireta do BNDES pelo projeto, relativo ao *quantum* de R\$ 17.240,72, pela realização do projeto, afora receita e lucro com a atividade, assumindo o risco de seu correto desempenho. Assim, o projeto não consiste em atividade gratuita e gera lucro para o banco de forma direta e indireta; e) assunção de risco pelo BNDES e valor contratual percebido para tanto, consistente em taxa-spread, que serve para compensar erros e falhas do próprio recorrido, inclusive a propósito do projeto. Não pode, portanto, o apelado exigir valores quando o risco também corria por si, sendo, ain-

da, transferido para os clientes, via dispersão de cobrança de valores; f) caracterização de falhas técnicas – culpa no exercício da atividade, tendo em vista que o projeto apresentado, trabalhado e orientado possui erros evidentes e inaceitáveis.

Defende, ainda, a configuração do dever de indenizar, tendo em vista: a) exceção do contrato não cumprido, pois o recorrido atrasou a liberação dos recursos, não liberação da totalidade dos recursos contratados, reduzindo ainda mais a disponibilidade financeira da apelante; o recorrido exigiu o suposto valor por completo, mas não demonstra a efetiva liberação de valores totais. Assim, tratando-se de contrato bilateral e comutativo, devida a aplicação da exceção do contrato não cumprido; b) impossibilidade de exigência de valores com base no contrato firmado pela assunção de riscos pelo BNDES e distorção na causa do contrato; c) o projeto de viabilidade econômica empresarial que integra o contrato é nulo, em razão da deficiência de causa no contrato. A extinção do contrato por nulidade gera direito indenizatório à recorrente.

Amparando a pretensão de indenização, suscitam-se ilegalidades contratuais, como: a) utilização indevida da TJLP, tendo em vista ser índice fixado e manipulado pela União, que vem a titular do Contratante, bem como, não admissão da incidência em virtude da origem dos recursos derivados do FAT, cuja remuneração não possui vínculo com a forma de cálculo de Tesouro Nacional, sendo constatado excesso de cobrança da TJLP no laudo pericial; b) no contrato ocorre a prática de juros sobre juros, pois são cobrados juros acima da TJLP, onde já estão presentes juros; c) ausência de demonstração de autorização do Conselho Monetário para os juros praticados e de respeito ao limite possível; d) cobrança de encargos financeiros sem revisão legal ou contratual; d) inexistência de mora por parte da apelante, sendo indevida a cobrança de tal encargo; e) necessidade de revisão contratual por onerosidade excessiva e fatos que ensejaram o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Ao fim, pugnou pelo provimento do recurso, reformando-se a sentença, acolhendo-se os pleitos formulados, julgando procedente o pedido autoral e condenando o recorrido no ônus da sucumbência.

Por sua vez, o BNDES apresentou apelação, requerendo, preliminarmente, o julgamento do agravo retido interposto nos embargos à execução nº.2007.83.02.000382-7 (fls. 727/734). Inicia relatando que a perícia realizada nos autos dos embargos em epígrafe foi aproveitada para o presente processo, sendo a sentença recorrida proferida para os dois processos em conjunto. Assim, em que pese não ter sido interposto agravo retido pelo apelante na presente ação, o pedido de tal agravo pertine à perícia em que se funda a sentença neste processo. O pedido de agravo retido era relativo à desconsideração do pedido de recálculo feito pela PROMINOL, tendo em vista que a perícia se refere ao cálculo de juros remuneratórios (TJLP + SPREAD). Assim, requereu o julgamento em preliminar e seu provimento para: a) seja desconsiderado o recálculo feito pelo perito por solicitação da PROMINOL, por intempestividade; b) desconsideração da perícia no que se refere ao cálculo dos juros remuneratórios, consoante o art. 436 do CPC; c) acaso não acolhidos os pedidos anteriores, seja determinado o sobrestamento do julgamento da apelação e realize-se nova perícia; d) acaso não seja este o entendimento, que determine-se a anulação da sentença, por ofensa à ampla defesa e contraditório e aos arts. 437 e 438 do CPC, para que os autos baixem à 1ª instância para realização de nova perícia e após, seja referida nova sentença.

No mérito, defende os seguintes equívocos da perícia: a) desconsideração do recálculo contemplado no item 6.3.1 do laudo por preclusão e ofensa ao devido processo legal, vez que foi pedido ao juiz a desconsideração de recálculos, pois não apresentado como quesito à perícia, não sendo dada oportunidade ao Embargado de se manifestar; b) houve confusão na perícia a respeito do cálculo dos juros remuneratórios (TJPL + SPREAD). Para tanto, aduz: 1) que os profissionais do BNDES têm maior *expertise* para realização de cálculos de juros compostos por TJLP mais *spread*, vez que o primeiro índice é específico para os contratos desse banco de fomento; 2) a forma de cálculo, consoante anexado pelo próprio perito, é prevista pelo manual emitido pelo BNDES; 3) o equívoco do laudo pericial está no apêndice, pois afirma que a conta usou como *spread* máximo ou taxa de risco acima da TJLP o percentual de 10% ao ano e tal não aconteceu. O contrato previa que a

TJPL é limitada a 6% ao ano e que está adicionada ao *spread* de 4% determinando os juros do contrato = 10% ao ano. O experto cometeu equívoco ao elaborar apêndice utilizando TJPL como remuneração e *spread* de 10% ao ano. Após exemplificar o aduzido, sustenta que a metodologia de cálculo do perito está incorreta, pois o mesmo calcula juros remuneratórios conforme TJPL não limitada a 6% ao ano, nos seguintes termos “*como a TJPL possui variação trimestral, a cada trimestre foi calculada uma TJPL diferente para a remuneração do capital e, de modo errôneo, foi aplicado um spread de 10%, sendo que o mesmo é de 4% ao ano. Se tivesse sido adotado isso, ou seja, uma TJPL para cada trimestre e não uma limitada a 6% ao ano, como foi calculado, teríamos uma taxa variável de remuneração e, conforme demonstramos acima como foi feita na prestação vencida em 10/2003, foi adotada uma taxa fixa para todo o contrato, de 6% de TJPL limitada mais 4% de SPREAD*”.

Defende que os encargos moratórios aplicados foram os descritos nas disposições aplicáveis aos contratos do BNDES. Segue argumentando neste sentido, aduzindo que os cálculos apresentados estão conforme as cláusulas contratuais e que a taxa de juros remuneratórios de 10% também compõe a taxa de juros moratórios.

Aduz que o próprio perito afirma no esclarecimento n° 6 que a taxa efetiva total na adimplência era de 10% como alegado pelo BNDES.

Em resumo, afirma que o *expert* se equivocou ao considerar que o cálculo dos juros remuneratórios (TJPL e *spread*) estava errado, motivo pelo qual chegou à conclusão de que houve excesso na execução.

Requeru a reforma da decisão, com a desconsideração da perícia, no que se refere a este tópico, para que seja reputada como correta a memória de cálculo anexada pelo BNDES à inicial da execução.

Ao fim, requereu o provimento do recurso para reforma parcial da sentença no que se refere ao cálculo dos juros remuneratórios, reputando-se correta a memória de cálculo do BNDES, bem como desconsiderando o recálculo feito em virtude de preclusão. Acaso

não seja este o entendimento, que seja sobrestado o julgamento da apelação, determinando-se nova perícia, apenas relativo ao cálculo dos juros moratórios. Ou rechaçados os pedidos, seja dado provimento para anular a sentença *a quo* por cercamento à ampla defesa e contraditório e arts. 437 e 438 do CPC, baixando à instância inferior para realização de nova perícia e, após, prolação de nova sentença.

Foram apresentadas contrarrazões recursais.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Trata-se de apelações interpostas por PROMINOL - PRODUTOS DE MILHO DO NORTESTE LTDA. e pelo BNDES - BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL, em face de sentença integrada proferida pelo Juiz Federal da 16ª Vara/PE, Francisco Glauber Pessoa Alves, em sede de ação ordinária e embargos à execução, que julgou improcedente o pedido de indenização, revisão e nulidade contratual deduzido pela PROMINOL LTDA. e julgou parcialmente procedente o pedido para ter devido o valor auferido pelo contador judicial.

O BNDES requereu o conhecimento do agravo retido (fls. 727/734, dos autos da execução) relativo cujo à desconsideração do pedido de recálculo feito pela PROMINOL, tendo em vista que a perícia se refere ao cálculo de juros remuneratórios (TJLP + SPREAD). Contudo, verifica-se que o pedido está contido no mérito do presente recurso, razão pela qual a análise da insurgência é remetida à solução do mérito da lide.

No que tange às preliminares arguidas em sede dos embargos à execução, de ausência do título executivo, falta de liquidez e descumprimento do disposto no art. 614 do CPC, opostas pelo PROMINOL, não merecem acolhimento. Quanto ao primeiro, o próprio STJ já sedimentou a questão, relativo ao contrato de abertura de crédito fixo, considerando-o título extrajudicial, consoante ementa a seguir transcrita:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO FIXO. TÍTULO EXECUTIVO CONFIGURADO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

(AGA 200501117675, LUIS FELIPE SALOMÃO, STJ - QUARTA TURMA, 13/10/2008)

A alegação de falta de liquidez e a não observância do art. 614 do CPC também não devem ser acolhidas, tendo em vista a possibilidade de execução pelo valor constante do título, em face da sua força executiva. Neste sentido, colhem-se os seguintes julgados:

CIVIL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO FIXO. SÚMULA 233 DO STJ. INAPLICABILIDADE.

1. Trata-se de apelação interposta em face de sentença prolatada em sede de Ação de Execução por Quantia Certa, a qual extinguiu o feito sem resolução do mérito, sob o fundamento de que o contrato de abertura de crédito fixo não é título executivo extrajudicial, aplicando a Súmula nº 233 do STJ.

2. Entretanto, os contratos de crédito fixo transferem *in totum* a titularidade do valor estipulado para o cliente. Configuram-se, pois, como uma autêntica operação de mútuo bancário, diferentemente do que ocorre com os contratos de abertura de crédito rotativo. Patente se reconhecer, portanto, a natureza de título executivo dos primeiros, o que exclui a aplicabilidade da Súmula nº 233 do STJ.

3. Não é demais lembrar que a razão da mencionada súmula considerar que o contrato de abertura de crédito não é título executivo extrajudicial é a iliquidez do seu valor, defeito de que não padece o contrato de crédito fixo;

4. Apelação provida.

(TRF da 5ª Região, 3ª T., AC 379895-CE, Rel. Paulo Roberto de Oliveira Lima, DJ 27/02/2008, p. 1678).

EXECUÇÃO. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO FIXO. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO PELO VALOR CONSTANTE DO TÍTULO. APRESENTAÇÃO DO DEMONSTRATIVO DE DÉBITO. ART. 614, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECEDENTES DA CORTE.

1. Já decidiu a Corte que a “ausência do demonstrativo a que se refere o art. 614, II, do Código de Processo Civil, no caso, não interfere na liquidez e certeza do título conside-

rando que o valor da execução foi aquele estabelecido no contrato, expurgando-se o excesso com o reconhecimento de nulidade de cláusula contratual, com apoio no Código de Defesa do Consumidor” (REsp nº 214.861/SC, de minha relatoria, *DJ* de 26/6/2000).

2. Recurso especial não conhecido (STJ, 3ª T., REsp 619.016-SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 20/03/2006, p. 267).

Passo à análise do mérito dos recursos.

Iniciamos a análise da matéria pela questão referente ao direito de indenização requerido pela PROMINOL. Este ponto, restou muito bem analisado pelo ilustre julgador do primeiro grau nos seguintes termos:

O cerne da discussão está em verificar a natureza do contrato de financiamento estabelecido entre a autora e o réu que, como já verificado anteriormente, possui a natureza de título executivo extrajudicial. Não há dúvida, a partir da simples leitura do instrumento contratual (fls. 42/51) que se trata única e exclusivamente de um Contrato de Financiamento entre as partes, em nada se assemelhando com uma prestação de serviços de assessoria administrativa ou gerencial.

54. O pagamento pela realização do projeto – R\$ 17.240,72 (dezessete mil, duzentos e quarenta reais e setenta e dois centavos) – foi justificado desde o início pelo BNDES como sendo necessário para cobrir os custos envolvidos na operação, chamando atenção, inclusive, para o fato de todos os profissionais envolvidos na sua feitura serem residentes no Rio de Janeiro, o que certamente encareceu todos os custos envolvidos na feitura do projeto. Trata-se da análise de uma empresa de grande magnitude, cujo valor pleiteado ultrapassou a casa dos oito milhões de reais, o que demandou profissionais gabaritados. Inclusive, os técnicos – CARLOS ALBERTO LOURENÇO ROQUE (fls. 289/290), JOÃO BATISTA MENDES (fls.291/293), VICTOR EMANUEL GOMES DE MORAES (fl. 294/295) – ao serem ouvidos em juízo, confirmaram uniformemente a destinação do valor pago pelo estudo.

55. A liberação gradual das parcelas, de acordo com a implantação do projeto, é mais uma prova da cautela envolvida, não custando chamar atenção que o valor liberado

seria superior a oito milhões de reais. No mesmo sentido, a retenção das parcelas caso houvesse descumprimento dos termos pactuados no contrato, é procedimento corriqueiro em tal tipo de negócio, cujo objetivo é minimizar o agravo do prejuízo decorrente da inadimplência.

56. A análise realizada pelo BNDES não é um trabalho de consultoria técnica, mas notadamente uma avaliação financeira, como se pode atestar nos relatórios de análise e acompanhamento juntados aos autos (fls. 110/155). Neste conjunto documental revela-se o enfoque dado pelo banco quanto aos aspectos financeiros e estruturais do empreendimento, não podendo haver confusão com um estudo restritamente voltado às flutuações do mercado.

57. Ainda assim, chamou-se atenção para os elementos favoráveis à empresa (fl. 118) – facilidade de obtenção da matéria-prima, proximidade dos fornecedores, localização de Caruaru (principal cidade da região Agreste), disponibilidade de infraestrutura. Mas, o BNDES não desprezou os obstáculos que viriam a ser enfrentados, dando ênfase à forte concorrência existente, nomeando os principais grupos empresariais que atuam na produção dos flocos de milho (fl. 120).

58. Os pontos expostos no item anterior compuseram pequena parte do estudo (capítulo denominado “Comercialização”) que possui um total de oito etapas. Logo, houve uma limitação ao mercado própria de análise voltada à liberação do crédito, bem diferente de projeto que tivesse o objetivo único e exclusivo de analisar a viabilidade comercial. Por outro lado, no próprio estudo já constava a informação de que o empresário contratado para implantar a empresa – Sr. HÉLIO DE FREITAS – possuía “experiência de 20 anos na CARAMURU ALIMENTOS LTDA. e NUTRIMIL ALIMENTOS LTDA., onde foi Gerente de Produção Industrial por 13 anos. Estas empresas são consideradas fortes no ramo de alimentos derivados de milho” (fl. 117). Ora, se a possibilidade da variação do preço do milho, matéria-prima essencial da empresa, é fato elementar para um cidadão mediano, o que se pode dizer acerca de um cidadão atuante na gestão de empresas específicas da área que seria explorada há mais de duas décadas?

59. A resposta é simples: possuir conhecimento total sobre a comercialização do milho, o qual naturalmente possui oscilações ao sabor da combinação de fatores merca-

dológicos e climáticos, o que afasta o nexo causal entre a conduta do BNDES e o dano que a parte promovente diz ter sofrido. O estudo realizado pelo BNDES foi tão cuidadoso que chegou a alertar sobre o risco de centralizar o processo produtivo em um único profissional (fl. 126).

60. Da mesma forma, é possível verificar nos depoimentos (fls. 289/298) dos técnicos envolvidos no estudo, que o banco não atuou na condição de analista das condições específicas da matéria-prima a ser utilizada. Mas, neste tocante, chegou-se a chamar atenção que o produto naturalmente acompanha as variações das matérias-primas utilizadas na sua fabricação.

61. O depoimento prestado pelo representante legal da empresa autora – HUGO LUCENA NUNES (fls. 325/327) – em nada alterou o cenário aqui constatado.

62. Por fim, o perito nomeado pelo juízo foi taxativo em sua conclusão (fl. 361): “A embargada, pelo entendimento do perito, não é responsável pelo insucesso do projeto. Quanto à análise que é efetuada pela embargada no citado projeto, assim como nos pareceres de auditoria, serve principalmente para projetar/verificar a capacidade financeira de pagamento (índice de liquidez, índice corrente, e outros) da empresa embargante”.

63. Logo, inexistem dúvidas de que o BNDES não atuou como parceiro, sócio ou consultor da PROMINOL. Na verdade, esta empresa pleiteou vultoso financiamento ao banco, tendo este, para se resguardar, realizado estudo a fim de verificar a viabilidade de tal empreitada. Ou seja, todo o procedimento burocrático exigido pelo réu – estudos, análises, comitês técnicos – teve o exclusivo objetivo de resguardá-lo, sendo totalmente descabido interpretá-lo como consultoria ou situação análoga, atividade que, definitivamente, não ocorreu.

64. Assim, é possível concluir que, ao contrário do que afirmou a autora, o BNDES não tinha o papel, como não o fez, de garantir o sucesso do empreendimento. Mas, apesar disso, ainda alertou para os riscos, com destaque para a forte concorrência e a centralização na figura de um administrador, que o empresário iria enfrentar durante a execução do projeto.

65. É de se registrar que a tese contida na exordial procura o melhor dos dois mundos: financiamento público, mediante *spread* privilegiado e assunção pública do insucesso.

so da atividade empresarial, solidarizando prejuízos, mas nunca lucros.

66. Em jurisprudência:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. BANCO CENTRAL DO BRASIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. PREJUÍZOS FINANCEIROS. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO BACEN. CONDUTA OMISSIVA.

1. Apelação em face de r. sentença que julgou improcedente o pedido de ressarcimento, pelo Banco Central do Brasil (BACEN), de prejuízos sofridos pelos autores, em razão de suposta omissão por parte da autarquia em fiscalizar instituição financeira na qual eles depositaram recursos financeiros, e que sofreu liquidação extrajudicial.

2. O BACEN não foi o responsável pela conduta que levou à decretação da liquidação extrajudicial na cooperativa na qual os autores depositaram seus recursos, e a liquidação extrajudicial, por si só, não gera o dever da Autarquia de indenizar aqueles que foram prejudicados pela má administração.

3. A responsabilidade do Estado por ato omissivo é responsabilidade por comportamento ilícito, sendo responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia.

4. O Poder Público não é segurador automático de investimento de risco, não assumindo a obrigação de indenizar o investidor prejudicado pela má administração do fundo.

5. O risco do negócio há de ser suportado pelos investidores, e o Poder Público não assume a condição de garantidor dos negócios firmados por aqueles.

6. Precedentes deste egrégio TRF da 2ª Região (AC nº 96.02.41250-0/RJ) e do egrégio TRF da 4ª Região (AC 95.04.60816-7).

7. Apelação a que se nega provimento (TRF da 2ª Região, 8ª T., AC 279433-RJ, rel. Raldênio Bonifacio Costa, DJ 31/03/2009, p. 153).

67. Consequentemente, não restou demonstrada nulidade das cláusulas contratuais ounexo de causalidade apto a justificar a indenização pleiteada.

Por maior que tenha sido o esforço da recorrente em querer imputar uma responsabilidade ao Banco financiador do empreendimento, não se pode deixar de reconhecer que os argumentos postos na sentença são suficientes para desmistificar todos os pontos do recurso a respeito da pretensão formulada.

Não é possível se imputar a responsabilidade por um fracasso em empreendimento de iniciativa privada a um Banco estatal que serviu ainda para realizar empréstimo de forma subsidiado, vindo ao final reparar qualquer dano pelo insucesso da empreitada. Assim, não se tem como reconhecer qualquer direito à reparação como pretendido pela recorrente - PROMINOL.

Todos os pontos colocados como justificadores da indenização estão alcançados em sua análise pelo que foi aqui fundamentada, para que possa se evitar argumentos futuros de que todos os pontos postos não restaram analisados. Os pontos não só foram analisados como absorvidos pela posição firmada nesta decisão.

Resta analisar o ponto relativo ao limite, percentual, cumulação ou capitalização dos juros. A sentença também analisou a matéria em sua inteireza. Vejamos:

O limite de juros no contrato de mútuo bancário

34. Os limites do art. 1º do Decreto Federal nº 22.626/33 não se aplicam (É vedado, e será punido nos termos desta Lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal) às instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional (Súmula nº 596 do STF: As disposições do Decreto nº 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional).

35. O assunto está sedimentado.

36. Elas podem pactuar taxas de juros fora dos limites do art. 193, § 3º, da Constituição Federal, que retrata o que já previa o § 3º do art. 1º do Decreto Federal nº 22.626/33 [A taxa de juros deve ser estipulada em escritura pública ou escrito particular, e, não o sendo, entender-se-á que as partes acordaram nos juros de 6% (seis por cento) ao ano, a contar da data da propositura da respectiva ação ou do protesto cambial].

37. Com relação ao dito dispositivo, já se assentou o entendimento de ser norma não auto-aplicável (ou *not self-executing*, na língua-mãe) aquela aposta no art. 192, § 3º, da Carta Política (ADIn nº 4, RTJ 147/719). Veja-se, aliás:

EMENTA. DIREITO CONSTITUCIONAL. TAXA DE JUROS REAIS. LIMITE DE 12% AO ANO. ART. 192, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. Em face do que ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 4, o limite de 12% ao ano, previsto, para os juros reais, pelo § 3º do art. 192 da Constituição Federal, depende da aprovação da Lei Complementar regulamentadora do Sistema Financeiro Nacional, a que se referem o *caput* e seus incisos do mesmo dispositivo.

2. RE conhecido e provido, para se cancelar a limitação estabelecida no acórdão recorrido. (Recurso Extraordinário nº 222538-RS, 1ª T., Rel. Min. Sydnei Sanches). Em igual sentido: RE-157897 (RTJ-151/635) e RE-165214 (RTJ-152/666).

38. Nesse sentido aquela Corte editou o Verbete nº 648 (A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela EC 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar).

39. O referido entendimento é fruto de uma reunião do Plenário da nossa mais alta Corte de Justiça, onde a questão foi amplamente debatida.

40. Além do mais, com a Emenda Constitucional nº 40/03, restou revogado o dito preceito constitucional, de onde ainda mais esvaziada tal discussão.

41. Chegamos a uma conclusão simples: sendo o mutuante instituição financeira, não tem juros pactuados a títulos de mútuo limitados a doze por cento.

42. Some-se a isso que os juros, na espécie remuneratórios, correspondem aos “frutos do capital mutuado ou empregado” e os moratórios “representam indenização pelo atraso no cumprimento da obrigação (cfr. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil*, 4. vol., 27. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 337).

43. Havendo previsão contratual, eles devem ser normalmente cobrados.

Capitalização de juros

44. De outra banda, é vedada a capitalização de juros inferior a um ano (art. 4º do Decreto Federal nº 22.626/33 - É proibido contar juros dos juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta-corrente de ano a ano), salvo nas operações atinentes a cédulas de crédito rural, comercial e industrial. Assim sufraga o Verbete nº 93 do Superior Tribunal de Justiça: “A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros”.

45. Assim é que, tratando-se a operação comercial de nota de crédito rural, comercial ou industrial, não há vedação de capitalização de juros. E sendo a capitalização anual, pode ocorrer quanto a qualquer contrato.

46. Não fosse isso, o certo é que a Medida Provisória nº 2.170-36, de 23.8.2001 (redação originária na MP nº 1.963-17, de 30.03.2000), em vigor por força do art. 2º da EC nº 32/01 dispõe:

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

Parágrafo único. Sempre que necessário ou quando solicitado pelo devedor, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, será feita pelo credor por meio de planilha de cálculo que evidencie de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais (grifei).

47. Não resta dúvida, pois, sobre a possibilidade de capitalização de juros por instituições financeiras, nas hipóteses acima descritas.

Outro ponto a ser destacado diz respeito ao fato do contrato em questão cuidar de recursos oriundos do FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador), o qual não admite a utilização da TJLP (Taxa de Juros de Longo Prazo).

O argumento não resiste a uma análise mesmo perfunctória, pois a hipótese está amparada pelo art. 4º da Lei 9.365/96, assim

descrito: “Os recursos do Fundo de Participação PIS-PASEP, do Fundo de Amparo ao Trabalhador e do Fundo da Marinha Mercante, repassados ao BNDES ou por este administrados e destinados a financiamentos contratados a partir de 1º de dezembro de 1994, terão como remuneração nominal, a partir daquela data, a TJLP do respectivo período, ressalvado o disposto no § 1º do art. 5º e nos arts. 6º e 7º desta Lei”.

Assim, desarrazoada a pretensão da recorrente também sobre esse ponto.

Todos esses aspectos postos como pretensão na ação ordinária foram detida e corretamente analisados pelo julgador de primeiro grau, não merecendo reparo, nem complementação os seus fundamentos, os quais tenho como suficientes para segui-los.

Por último, restaria a análise sobre o excesso da execução, cujo questionamento foi posto nos embargos do devedor e analisada na sentença que julgou em conjunto os dois processos (esta ação de indenização e os embargos à execução).

A matéria também foi muito bem posta pelo ilustre julgador de primeiro grau. Vejamos seus fundamentos:

68. No tocante ao excesso de execução, o pleito da requerente deve ser parcialmente atendido.

69. O perito do juízo verificou que, em 28 de maio de 2004, o valor do débito era de R\$ 7.917.121,73 (sete milhões, novecentos e dezessete mil, cento e vinte e um reais e setenta e três centavos). Esta quantia, apesar de ser superior ao montante apontado pela PROMINOL – R\$ 7.040.337,51 (sete milhões, quarenta mil, trezentos e trinta e sete reais e cinquenta e um centavos) –, é inferior em R\$ 704.726,49 (setecentos e quatro mil, setecentos e vinte e seis reais e quarenta e nove centavos) aos R\$ 8.621,848,22 (oito milhões, seiscentos e vinte e um mil, oitocentos e quarenta e oito reais e vinte e dois centavos) que representariam a atualização do *quantum* executado.

70. A demasia originou-se da alíquota utilizada para a atualização, resultante da soma da TJLP e do *spread*, superior àquela prevista contratualmente (fl. 357). A perícia afastou as teses de aplicação incorreta dos juros moratórios (fl. 359) e anatocismo (fl. 361), além de ter atestado que os

pagamentos efetuados pelo embargante foram devidamente deduzidos da evolução do cálculo (fl. 360).

71. Verifica-se que o laudo pericial foi realizado de forma séria, tendo sido abertas às partes todas as oportunidades para questionamentos e esclarecimentos.

72. O BNDES afirma às fls. 458/459, após todas as considerações do perito nomeado pelo juízo, que os juros remuneratórios – TJLP + spread – respeitaram o limite da alíquota anual de 10% (dez por cento).

73. Entretanto, ao contrário do acima afirmado, o perito judicial asseverou de forma exemplificada que a alíquota efetivamente aplicada, a título de juros remuneratórios, foi de 16% (dezesseis por cento) ao ano (fls. 425/427).

74. Verifica-se, realmente, que o item II da cláusula terceira do contrato (fls. 43/44) afirma que, sendo a TJLP igual ou superior a 6% ao ano, “o percentual de 4% (quatro por cento) ao ano acima da TJLP (*spread*), referido no *caput* desta Cláusula, acrescido da própria TJLP, incidirá sobre o saldo devedor nas datas de exigibilidade dos juros mencionadas no Parágrafo Segundo ou na data de vencimento ou liquidação do contrato, sendo considerado, para o cálculo diário de juros, o número de dias decorridos entre a data de cada evento financeiro e as datas de exigibilidade acima citadas”.

75. No laudo pericial restou claramente demonstrado por meio de planilhas evolutivas componentes de 03 apêndices – 01 (ótica do embargado – fls. 363/367), 02 (ótica do contrato – fls. 368/372) e 03 (ótica do embargante – fls. 373/377) – que, além da TJLP, a parte ré/embargada aplicou alíquota de 10% a título de *spread*.

76. Esta constatação pode ser bem verificada ao se contrapor as planilhas de fls. 365 (apêndice 1) e 370 (apêndice 2) referentes ao contrato “A” entre as quais há uma diferença entre os juros totais anuais – 18,50% (-) 12,50% – de exatamente 6%, correspondente ao excesso percentual aplicado pelo equivocado cálculo do BNDES.

77. Impõe-se chamar atenção que, apesar de ter reiteradamente defendido o erro do perito, o banco réu em nenhum momento demonstrou concretamente seu posicionamento como efetivamente foi feito pelo especialista nomeado.

Este último ponto, como bem analisado pelo ilustre julgador, não merece acolhimento do recurso do BNDES. Apesar do Banco haver afirmado que o seu cálculo é o correto, é interessante verificar que tanto o Banco como o Perito, afirmam peremptoriamente que a taxa de juros calculada se compõe de 6% (seis por cento) mais o *spread* de risco, sendo esse último percentual limitado a 4% (quatro por cento), não ultrapassando o percentual total de 10% (dez por cento).

Ocorre que o Banco não justifica a razão do excesso do valor cobrado, enquanto o perito repetidamente demonstrou que o excesso se dar por ter havido equívoco no percentual da segunda taxa que ao invés de ter se limitado a 4% (quatro por cento), como consta do contrato, chegou a 10% (dez por cento) mais os 6% (seis por cento), perfazendo 16% (dezesseis por cento) e não somente dez por cento, como está expresso na avença.

Assim, não assiste razão ao BNDES, pois não indica motivo justificador da sua operação para demonstrar que seus cálculos estão corretos, o que inversamente se deu com o perito que demonstrou por razões e cálculos a diferença encontrada.

A hipótese, portanto, é de se negar provimento a ambos os recursos, pois não se vislumbra qualquer justificativa plausível para modificação do julgado.

Com essas considerações nego provimento aos recursos de ambas as partes, confirmando assim a sentença, a qual continua válida para ambas as ações (ordinária de indenização e embargos do devedor). Consequentemente, nego provimento ao agravo retido.

O valor da execução, até a data de maio de 2004, fica sendo o constante da sentença, o qual foi apurado na perícia realizada.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 512.314-CE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelante: MANUEL PONTES DE MEDEIROS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DR. FLÁVIO JACINTO DA SILVA E OUTRO (APTE.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. SEGURADO APOSENTADO POR INVALIDEZ. EXERCÍCIO DE MANDATO COMO VEREADOR. ARTIGO 46 DA LEI 8.213/91. CANCELAMENTO DO BENEFÍCIO COM BASE NA PRESUNÇÃO DE RECUPERAÇÃO DA CAPACIDADE LABORAL. ILEGALIDADE. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE.

- O exercício de cargo eletivo com mandato por tempo certo, não configura retorno às atividades laborais do segurado, nem comprova a aptidão do impetrante para o exercício das atividades laborais que exercia antes de ser acometido pela invalidez.

- O fato de o segurado titular da aposentadoria por invalidez estar exercendo mandato eletivo não enseja o cancelamento do benefício, pois para que haja a cessação e o retorno do segurado à atividade laborativa, imperiosa a observação do procedimento disposto no art. 47 da Lei nº 8.213/91

- É possível a percepção conjunta dos subsídios da atividade de vereança com os proventos de aposentadoria por invalidez, por se tratar de vínculos de natureza diversa, uma vez que, a incapacidade para o trabalho não significa, necessariamente, invalidez para os atos da vida política.

- Por se tratar de ação previdenciária, incidem os juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/09, quando haverá a incidência uma única vez, até o efeti-

vo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à Caderneta de Poupança.

- Honorários advocatícios fixados no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos da sentença, devendo ser observado disposto na Súmula nº 111 do STJ.

- Apelação parcialmente provida para determinar o restabelecimento do benefício de aposentadoria por invalidez, com efeitos retroativos a partir da cessação.

ACÓRDÃO

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

Recife, 22 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
- Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de ação ordinária, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, ajuizada por MANUEL PONTES DE MEDEIROS contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando o restabelecimento do benefício de aposentadoria por invalidez.

Informa o autor que foi afastado de suas atividades laborais após ser atingido por um disparo de arma de fogo durante um assalto na agência bancária em que trabalhava, ocasionado incapacidade definitiva para suas atividades laborativas e a consequente aposentadoria por invalidez decorrente de acidente de trabalho em 01/10/97.

Após sete anos percebendo o referido benefício, o postulante em 2004 foi eleito vereador da câmara de vereadores da cidade de Pacatuba-CE para mandato de 2005/2008, sendo que em 14.10.2006 o INSS cancelou seu benefício.

Ao final, o magistrado de primeiro grau julgou improcedente o pedido da parte autora, por entender que se o segurado passa a desempenhar atividade, adequada à sua aptidão intelectual, que lhe garanta subsistência, o benefício deixa de ser necessário e deve ser cancelado, ainda que o segurando não tenha recuperado sua capacidade laboral.

Irrisignada, apela a parte autora, pugnando pela reforma da sentença, sob o argumento de que o exercício de mandato eletivo não caracteriza atividade que comprove que o aposentado por invalidez voltou a dispor de aptidão física para desenvolver atividade laboral.

Após contrarrazões, subiram os autos a esta Corte, sendo-me conclusos por força de distribuição.

É o relatório.

Determino a inclusão do feito em pauta para julgamento.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Trata-se de apelação de sentença que julgou improcedente o pedido de restabelecimento de aposentadoria por invalidez.

O cerne da questão da presente demandada se concentra em saber se o segurado pode exercer atividade remunerada que lhe garanta a subsistência, e ainda assim continuar recebendo aposentadoria por invalidez.

A aposentadoria por invalidez é devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz para o trabalho e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, sendo o benefício pago enquanto permanecer essa condição.

Determinam os arts. 42 e 62 da Lei nº 8.213/91:

Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado, que estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

Art. 62. Não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não recuperável, for aposentado por invalidez.

Compulsando os autos verifico que foi concedida aposentadoria por invalidez decorrente de acidente de trabalho ao ora recorrente em 01.10.1997, por apresentar incapacidade definitiva para suas atividades laborativas.

No entanto, no dia 14.06.2010, a Autarquia Previdenciária cancelou o benefício do autor com base no art. 46 da Lei 8.213/91, entendendo que, o exercício da vereança, por ser atividade remunerada, geraria o cancelamento do benefício.

Todavia entendo que essa regra não tem aplicação à hipótese dos autos, pois quando o art. 46 da Lei nº 8.213/91 dispõe que o aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cancelada, está referindo-se à atividade de prestação de serviços em geral, cujo desempenho depende de habilitação física. Assim, se o aposentado volta a trabalhar, porque readquiriu sua aptidão física, não mais se justificando a percepção do benefício.

Ocorre que, o exercício de cargo eletivo com mandato por tempo certo, não configura retorno às atividades laborais do segurado, nem comprova a aptidão do impetrante para o exercício das atividades laborais que exercia antes de ser acometido pela invalidez.

O fato de o segurado titular da aposentadoria por invalidez estar exercendo mandato eletivo não enseja o cancelamento do benefício, pois para que haja a cessação e o retorno do segurado a atividade laborativa, imperiosa a observação do procedimento disposto no art. 47 da Lei nº 8.213/91, do que não cuida o INSS.

O exercício de mandato eletivo é distinto da prestação de serviço mediante contrato de trabalho. Essa, por disposição legal, exige

a plena capacidade física do empregado para o exercício de função, pois, constatada moléstia incapacitante do segurado para seu trabalho, não suscetível de reabilitação para outra atividade, mister se faz a concessão do benefício previdenciário.

Já para o exercício da vereança, com base nos requisitos na Constituição estabelecidos, percebe-se que não se exige a plena capacidade física do eleito, tratando-se, portanto, de situações bem distintas.

Veja-se, neste sentido, os seguintes julgados do STJ e dos TRFs:

PREVIDENCIÁRIO. VEREADOR. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. É possível a percepção conjunta dos subsídios da atividade de vereança com os proventos de aposentadoria por invalidez, por se tratar de vínculos de natureza diversa, uma vez que, a incapacidade para o trabalho não significa, necessariamente, invalidez para os atos da vida política.

2. Agravo interno ao qual se nega provimento.

(AGA 200800590944, CELSO LIMONGI - DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP - STJ - SEXTA TURMA, 28/09/2009)

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE LABORAL RECONHECIDA PELO INSS. DESCONTO. EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE VEREADOR. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. O fato de o segurado titular da aposentadoria por invalidez estar exercendo mandato eletivo não enseja o cancelamento do benefício, especialmente quando não comprovada sua recuperação. (STJ, 6ª Turma, REsp 626.988/PR, Rel. Ministro Paulo Medina, DJ 18.04.2005, p. 404.)

2. Comprovado que o impetrante não retornou voluntariamente às suas atividades, como disposto no art. 46 da Lei 8.213/91, e que a moléstia apresentada ainda gera incapacidade total e permanente para o exercício de suas atividades laborativas, ele tem direito ao restabelecimento integral do benefício de aposentadoria por invalidez.

3. Precedentes.

4. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento. (AMS 200638150027951, DESEMBARGADOR FEDERAL

ANTÔNIO SÁVIO DE OLIVEIRA CHAVES, TRF1 - PRIMEIRA TURMA, 13/05/2008)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. VEREADOR.

1. O exercício de cargo eletivo não configura retorno às atividades laborais do segurado, nem comprova a aptidão do impetrante para o exercício das atividades laborais que exercia antes de ser acometido pela invalidez.

2. Agravo regimental desprovido.

(AGA 200801000336861, JUIZ FEDERAL MIGUEL ANGELO DE ALVARENGA LOPES (CONV.), TRF1 - PRIMEIRA TURMA, 25/08/2009)

PREVIDENCIÁRIO. SEGURADO APOSENTADO POR INVALIDEZ. EXERCÍCIO DE MANDATO COMO VEREADOR. ARTIGO 46 DA LEI 8.213/91. CANCELAMENTO DO BENEFÍCIO COM BASE NA PRESUNÇÃO DE RECUPERAÇÃO DA CAPACIDADE LABORAL. ILEGALIDADE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À REATIVAÇÃO DO AMPARO QUE NÃO IMPEDE, TODAVIA, REGULAR PROCEDIMENTO DE REVISÃO ADMINISTRATIVA. ARTIGO 101 DA LB. ÓBICE DIRIGIDO À ADMINISTRAÇÃO.

1. O fato de o autor, aposentado por invalidez, ter recebido remuneração em razão do exercício de atividade parlamentar, não é bastante para afastar a fruição do benefício previdenciário, uma vez que se trata de contraprestação àquela, de natureza específica que não trabalhista, em nada se comunicando com o fato de estar ou não inválido. Inaplicabilidade do artigo 46 da Lei 8.213/91, sem prévia comprovação da premissa fática que lhe dá sustentação.

2. Se votar e ser votado faz parte das franquias democráticas, a condição de agente político do requerente nada mais representa do que uma expressão da cidadania, que, à míngua da observância do devido processo legal acerca da permanência ou não de sua incapacidade, não poderia ser elevada à razão suficiente para a cassação da aposentadoria, é dizer, exclusivamente a tal título.

3. A concessão da ordem, todavia, não impede a autarquia de dar início a regular procedimento de revisão administrativa para confortar a presunção de que partiu, a teor do artigo 101 da Lei de Benefícios, cujo óbice é direcionado à Administração e não ao Judiciário.

(APELREEX 200870090017470, DES. JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA, TRF4 - SEXTA TURMA, 27/04/2009).

Portanto, entendo que não há qualquer óbice para que a parte autora receba os proventos da aposentadoria cumulativamente com os subsídios pelo exercício do cargo eletivo.

Desta forma, apresenta legítimo o restabelecimento do benefício de aposentadoria por invalidez, com efeitos retroativos a partir da cessação.

No que tange aos juros de mora, considerando a natureza previdenciária da ação, devem os mesmos incidir à razão de 1% (um por cento) ao mês, até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009, quando haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Com relação aos honorários advocatícios determina o art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC:

Art. 20. (...)

§3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo do profissional;
- b) o lugar de prestação do serviço;
- c) a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante aplicação equitativa do juiz, atendidas as alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior.

O parágrafo terceiro do referido artigo estipula que os honorários advocatícios devem ser arbitrados em, no mínimo, 10% (dez por cento). A regra inserta no § 4º não significa que, vencida a Fazenda Pública, os honorários devam ser arbitrados, necessariamente em montante inferior a 10% (dez por cento).

Com isso, fixo os honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento) sobre valor da condenação, observando-se o disposto na Súmula nº 111 do STJ.

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação para determinar o restabelecimento do benefício de aposentadoria por invalidez, com efeitos retroativos a partir da cessação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 516.273-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: JOSÉ DOS SANTOS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DR. ANTÔNIO FRANCISCO FONTES E OUTRO (APDO.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. PENSÃO POR MORTE. QUALIDADE DE SEGURADA ESPECIAL DA INSTITUIDORA DO BENEFÍCIO COMPROVADA. BENEFÍCIO REQUERIDO NA CONDIÇÃO DE ESPOSO. CONCESSÃO. CONVERSÃO DE AMPARO SOCIAL EM APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTOS DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. HONORÁRIOS.

- A pensão por morte será devida ao conjunto de dependentes do ex-segurado, desde que devidamente demonstrada a respectiva qualidade de segurado à época do óbito.

- Comprovada a condição de esposo, do requerente, segundo certidão de casamento e restando incontroversa a qualidade de segurada especial da instituidora do benefício, considerando que já se encontrava aposentada, é de se deferir o benefício de pensão por morte.

- Constatando-se a condição de agricultor do autor, como segurado especial, pelo tempo que seria de carência, através de início de prova ma-

terial (certidão de casamento, constando a sua profissão como lavrador) e de prova testemunhal, é devida a conversão do benefício de amparo social, até o momento percebido, em aposentadoria rural por idade.

- Ainda que os requisitos relativos ao benefício assistencial sejam incompatíveis aos concernentes ao de aposentadoria, é fato corriqueiro o deferimento, na via administrativa, do primeiro, em substituição ao segundo, mesmo que à revelia de pedido do interessado, considerando, inclusive, a equivalência de valores pagos mensalmente em relação aos dois benefícios.

- Sobre as parcelas devidas, aplica-se o Manual de Cálculos da Justiça Federal como critério de atualização, a contar do débito e juros de mora de 0,5% ao mês, a contar da citação até a vigência da Lei nº 11.960/09, passando, daí, a serem aplicados, como fator de correção e de juros, os índices utilizados à caderneta de poupança.

- Honorários advocatícios fixados no importe de R\$ 1.000,00 (mil reais), pois, sendo vencida a Fazenda Pública, a condenação é de ser estipulada conforme os princípios da equidade e da razoabilidade (nos termos do § 4º do art. 20 do CPC).

- Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

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, dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 17 de março de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo INSS contra sentença que julgou procedente pedido de concessão de pensão por morte, a partir do requerimento administrativo e de pedido de transformação de benefício de amparo social em aposentadoria rural por idade, com pagamento das parcelas atrasadas corrigidas pelo IGP-DI, a partir do débito e juros, a contar da citação e, a partir daí, a taxa SELIC. Condenou, outrossim, ao pagamento de honorários advocatícios no percentual de 15% do valor da condenação, excluídas as parcelas vincendas.

Alega o INSS que o autor não faria jus ao benefício de pensão, posto que não teria comprovado a união estável nem a dependência econômica em relação à instituidora do benefício. Em caso de manutenção da sentença, requer que a atualização dos juros seja pelos índices da caderneta de poupança.

Contrarrazões às fls. 152/155.

Remessa oficial tida como interposta.

É o relatório.

VOTO

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

A questão dos autos diz respeito à concessão de pensão, decorrente de morte de segurada especial, requerida na condição de esposo, como também a transformação de benefício de amparo social em aposentadoria rural por idade.

Consoante dispõe o art. 74 da Lei nº 8.213/91, o benefício de pensão por morte será devido aos dependentes do segurado, estivesse o falecido em atividade ou aposentado. O que se exige, como requisito para a concessão do benefício, é a comprovação da qualidade de segurado do *de cujus* à época da morte, bem assim a condição de dependente do (a) requerente.

Verifica-se que o demandante apresentou a certidão de casamento dele com a instituidora do benefício (fl. 12), comprovando a condição de dependente.

Por outro lado, no que concerne à condição de segurada da instituidora configura-se fato incontroverso, consoante documento de concessão de aposentadoria rural por idade (fl. 11).

Ressalte-se que, em se tratando de esposa (o) ou companheira (o), como de filho de qualquer condição, a dependência econômica é presumida, para desiderato de se obter o benefício de pensão por morte, nos termos do art. 16, § 4º, da Lei nº 8.213/91.

Desta forma, comprovada a condição de segurada da falecida e, ainda, a qualidade de esposo do requerente em relação à mesma instituidora do benefício, é de se conceder a pensão por morte requerida.

Com relação à transformação do benefício de amparo social em aposentadoria rural por idade, constata-se que deve ser mantida a sentença. É que a condição de segurado especial do postulante restou demonstrada, através de início de prova material (certidão de casamento, na qual consta a profissão do demandante como lavrador, à fl. 12), juntamente com os depoimentos colhidos em audiência, que se mostraram uníssonos e conhecedores dos fatos alegados, vindo a corroborar os documentos apresentados, comprovando a atividade agrícola exercida pelo postulante, em regime de economia familiar (fls. 136/137).

Ressalte-se, inclusive, que em relação à certidão de casamento, o STJ já pacificou o entendimento no sentido de que serve como início de prova material.

Acrescente-se que aos segurados especiais é dispensada a prova de recolhimento de contribuições para aposentadoria por idade. O que se exige, na verdade, é a comprovação de atividade rural em regime de economia familiar pelo tempo que seria de carência. Neste aspecto, deduz-se que o demandante sempre laborou na área rural. No caso, o período de atividade rural por ele desempenhado exorbita o tempo mínimo de carência exigida na tabela do art. 142 da Lei nº 8.213/91, que seria de 60 meses.

No tocante ao atendimento do requisito da idade, resta incontroverso, uma vez que os documentos pessoais (fl. 08) comprovam que o autor, à data do ajuizamento da ação (02.02.2009), já tinha atingido a idade mínima para fazer jus ao benefício.

Desta forma, restando comprovada a qualidade de segurado especial tem o postulante, inegavelmente, direito à percepção de aposentadoria rural por idade, devendo, assim, ser transformado o benefício de amparo social percebido pelo autor em aposentadoria rural por idade.

Note-se, neste aspecto, que ainda que os requisitos relativos ao benefício assistencial sejam incompatíveis aos concernentes ao de aposentadoria, é fato corriqueiro o deferimento, na via administrativa, do primeiro, em substituição ao segundo, mesmo que à revelia de pedido do interessado, considerando, inclusive, a equivalência de valores pagos mensalmente em relação aos dois benefícios.

Verifica-se, entretanto, que o MM. Juiz sentenciante determinou que as parcelas devidas fossem corrigidas pelo IGP-DI, desde o débito e fixou os juros, a contar da citação e, a partir, daí, pela SELIC. Neste caso, é de se aplicar como critério de correção monetária os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, a contar do débito e fixar os juros de mora em 0,5% ao mês, a partir da citação, até a vigência da Lei nº 11.960/09 (que, em seu art. 5º, alterou o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97), para que, daí, a correção e os juros sejam calculados pelos índices aplicados à caderneta de poupança, considerando que o STJ já se posicionou que tais regras devem ser aplicadas também aos processos em curso.

Por fim, no que diz respeito aos honorários advocatícios, determino a fixação dos mesmos no importe de R\$ 1.000,00 (um mil reais), uma vez que a condenação contra Fazenda Pública deve ser estabelecida consoante o princípio da razoabilidade, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, levando em conta, ainda, a simplicidade da causa.

Ante essas considerações, dou provimento à apelação e à remessa oficial, para determinar que as parcelas devidas sejam

atualizadas segundo o Manual de Cálculos da Justiça Federal, a contar do débito, com juros de mora de 0,5% ao mês, a partir da citação até a vigência da Lei nº 11.960/09, incidindo, daí, os índices aplicados à caderneta de poupança, como fator de correção e de juros, e, ainda, arbitrar os honorários advocatícios no importe de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.959-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelado: ALEX ANTONIO DE OLIVEIRA
Adv./Proc.: DRA. LUZILEIDE PEREIRA SAMPAIO (APDO.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO, PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE URBANO. FATOS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.605/98. CAPITULAÇÃO DADA NA SENTENÇA. ARTIGO 166 DO CÓDIGO PENAL (ALTERAÇÃO DE LOCAL ESPECIALMENTE PROTEGIDO). SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO PARA A DEFESA. DOSIMETRIA. PENA PECUNIÁRIA. PREVISÃO. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA.

- A demonstração de que um bem é tombado é feita observando os balizamentos contidos no Decreto-Lei nº 25, de 30.11.1937. Nos autos, contudo, nem há prova da notificação, nem da inscrição do imóvel, para fins de seu tombamento.
- É verdade que há uma referência indireta e vaga, à fl. 20, quando o IPHAN informa que “os imóveis estão inseridos no Polígono de Tombamento”. Contudo, não há nenhuma informação de que o proprietário situado à Rua Guadalupe nº 335, Olinda/PE, foi notificado do seu valor histó-

rico para fins de tombamento.

- O acusado foi condenado pelo crime previsto no artigo 166 do Código Penal (alteração de edificação protegida) à pena de multa fixada no valor de 1 (um) salário mínimo.

- A hipótese não é de aplicação do comando da lei especial, não somente à falta de notificação e de tombamento do imóvel, como pela circunstância de a obra ter sido realizada no início de janeiro de 1998, ou seja, quando ainda não vigia a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (publicada no Diário Oficial da União de 13 de fevereiro de 1998 e retificada a publicação em 17 de fevereiro de 1998).

- Mantém-se o posicionamento tomado na sentença recorrida, no que tange ao enquadramento dado aos fatos, com aplicação do Artigo 166 do Código Penal, confirmando a pena pecuniária de 1 (um) salário mínimo, que no juízo de execuções penais, sopesada a real situação econômica do sentenciado, vir a ser verificada a possibilidade de remir ou mesmo parcelar o pagamento da multa nos moldes da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84), mais precisamente no seu artigo 169.

- Apelação do Ministério Público Federal improvida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação do Ministério Público Federal, 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, 11 de novembro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal (fls. 243/255) contra sentença (fls. 235/238) da lavra do Exmo. Sr. Juiz Federal ANTÔNIO BRUNO DE AZEVEDO MOREIRA, da 4ª Vara/PE, que, julgando procedente a denúncia, condenou o réu ALEX ANTÔNIO DE OLIVEIRA pela prática do crime previsto no Artigo 166 do Código Penal (alteração de edificação protegida) à pena de multa fixada no valor de 1 (um) salário mínimo.

O acusado ALEX ANTÔNIO DE OLIVEIRA foi denunciado pelo MPF como incurso nas sanções do artigo 63 da Lei nº 9.605/98, em face de, voluntariamente, sem autorização do órgão responsável, ter alterado, por meio de obra irregular, a estrutura do imóvel localizado na Rua Guadalupe nº 335, Olinda/PE, que segundo o Procedimento Administrativo instaurado pelo Ministério Público Federal, a pedido do IPHAN, estaria situada no Polígono de tombamento da cidade de Olinda/PE, local protegido por lei em razão do seu valor histórico.

Insurge-se a acusação com o fim de a sentença ser reformada para condenar o acusado pela prática do crime previsto no artigo 63, *caput*, da Lei nº 9.605/98, em virtude de haver prova de a obra ter sido iniciada após a edição da Lei nº 9.605/98 e concluída no início de 1999, o que ensejaria a aplicação do comando de lei especial.

Requer que a pena seja fixada no mínimo legal, em vista das circunstâncias referidas no artigo 59 do Código Penal, destacando que a pena aplicada na sentença não foi consentânea com as circunstâncias do crime perpetrado pelo acusado.

Contrarrazões apresentadas pela defesa (fls. 265/267) que pugnou pela manutenção da sentença recorrida, que condenou o acusado tão somente à pena pecuniária.

No Parecer Ministerial (fls. 274/277), o Exmo. Sr. Procurador Regional da República, Dr. LUCIANO MARIZ MAIA, opinou pela absolvição do acusado das imputações feitas na denúncia, argumentando, para tanto, que: 1) não há prova da notificação do acu-

sado do valor histórico, nem da inscrição do imóvel para fins de seu tombamento; 2) que a conduta de “alterar o aspecto ou estrutura sem autorização da autoridade competente” só se consuma quando o imóvel é especialmente protegido por seu valor histórico; 3) o fato de não haver prova de que o imóvel tenha sido tombado, por si só, autoriza a absolvição do acusado.

É o que havia de relevante para relatar.

Em face de a acusação ter manejado recurso onde se requer a condenação do acusado por crime cuja pena cominada é a de reclusão (1 a 3 anos e multa), não obstante tenha a sentença recorrida condenado o apelado tão somente na pena pecuniária, encaminhem-se os autos ao Eminentíssimo Sr. Desembargador Federal Revisor, nos termos regimentais.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

ALEX ANTÔNIO DE OLIVEIRA foi condenado pelo Juízo Federal da 4ª Vara/PE pela prática de crime previsto no artigo 166 do Código Penal (alteração de edificação protegida) à pena de multa fixada no valor de 1 (um) salário mínimo.

Insurge-se a acusação com o fim de a sentença ser reformada para condenar o acusado pela prática do crime previsto no artigo 63, *caput*, da Lei nº 9.605/98, em virtude de haver prova de a obra ter sido iniciada após a edição da Lei nº 9.605/98 e concluída no início de 1999, o que ensejaria a aplicação do comando de lei especial.

Requer que a pena seja fixada no mínimo legal, em vista das circunstâncias referidas no artigo 59 do Código Penal, destacando que a pena aplicada na sentença não foi consentânea com as circunstâncias do crime perpetrado pelo acusado.

No Parecer Ministerial (fls. 274/277), o Exmo. Sr. Procurador Regional da República, Dr. LUCIANO MARIZ MAIA, opinou pela absolvição do acusado das imputações feitas na denúncia, argumentando, para tanto, que: 1) não há prova da notificação do acusado do valor histórico, nem da inscrição do imóvel para fins de

seu tombamento; 2) que a conduta de “alterar o aspecto ou estrutura sem autorização da autoridade competente” só se consuma quando o imóvel é especialmente protegido por seu valor histórico; 3) o fato de não haver prova de que o imóvel tenha sido tombado, por si só, autoriza a absolvição do acusado.

Passo à análise.

Segundo a denúncia, ALEX ANTÔNIO DE OLIVEIRA foi denunciado pelo MPF como incurso nas sanções do artigo 63, da Lei nº 9.605/98, em face de, voluntariamente, sem autorização do órgão responsável, ter alterado, por meio de obra irregular, a estrutura do imóvel localizado na Rua Guadalupe nº 335, Olinda/PE, que segundo o Procedimento Administrativo instaurado pelo Ministério Público Federal, a pedido do IPHAN, estaria situada no Polígono de tombamento da cidade de Olinda/PE, local protegido por lei em razão do seu valor histórico.

Dispõe o artigo 63 da Lei nº 9.605/98:

Art. 63. Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida.

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

O delito se completa quando se altera aspecto ou estrutura de edificação especialmente protegida (por lei, ato administrativo ou decisão judicial), em razão do seu valor (no caso em exame, valor histórico), sem autorização da autoridade competente.

Quando não se verifica a elementar “alteração do aspecto paisagístico, mas tão somente construção/ampliação irregular de residência já existente, a hipótese converge para a absolvição ou para o concurso aparente de normas. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. LEI DOS CRIMES AMBIENTAIS. ARTS. 63 E 64. CONCURSO APARENTE DE NORMAS. CONDENAÇÃO À PENA INFERIOR A HUMANO. PRESCRIÇÃO. PRAZO PENAL. CONTAGEM EM ANOS.

TERMOS INICIAL E FINAL. ARTIGO 10 DO CP.

1. Na linha dos julgados nesta Corte, para a configuração da conduta descrita no artigo 63 da Lei 9.605/98 é necessária a presença da elementar “alteração do aspecto paisagístico”, o que não se verifica na espécie. Hipótese em que demonstrada apenas a construção/ampliação irregular de residência já existente em solo não-edificável. Incidência do art. 64 da Lei 9.605/98.

2. Nos termos do art. 109, inc. VI, do CP, em sendo a pena inferior a 1 ano, a prescrição opera-se em 2 anos.

3. “O prazo de prescrição é prazo de natureza penal, expresso em anos, contando-se na forma preconizada no art. 10 do Código Penal, na linha do calendário comum, o que significa dizer que o prazo de um ano tem início em determinado dia e termina na véspera do mesmo dia do mês e ano subsequentes. Os meses e anos são contados não *ex numero*, mas *ex numeratione dierum*, ou seja, não se atribui 30 dias para o mês, nem 365 dias para o ano, sendo irrelevante o número de dias do mês – 28, 29, 30 e 31 –, mas o espaço entre duas datas idênticas de meses consecutivos”. Precedentes do STJ.

4. No caso dos autos, resta extinta a punibilidade do acusado, porquanto os fatos datam de 14 de outubro de 2003 e a denúncia fora recebida em 14 de outubro de 2005, um dia após ter-se operado a prescrição da punitiva.

(TRF - 4ª REGIÃO, ACR 200572080052580, SÉTIMA TURMA, RELATOR DESEMBARGADOR FEDERAL TADAAQUI HIROSE, DE 28/11/2007) destaquei

No caso concreto, o Magistrado de origem julgou procedente a denúncia e condenou o acusado à pena de multa fixada no valor de 1 (um) salário mínimo. Entendeu que os fatos estariam capitulados no artigo 166 do Código Penal, que dispõe:

Art.166. Alterar, sem licença da autoridade competente, o aspecto de local especialmente protegido por lei:

Pena - detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.

Passo à análise.

Inicialmente, impõe-se a ressalva de que a sentença condenatória transitou em julgado para a defesa, tendo a acusação manejado recurso de apelação com o fim de a sentença ser reformada para condenar o acusado pela prática do crime previsto no arti-

go 63, *caput*, da Lei nº 9.605/98, em virtude de haver prova de a obra ter sido iniciada após a edição da Lei nº 9.605/98 e concluída no início de 1999, o que ensejaria a aplicação do comando de lei especial.

Por sua vez, em segunda instância, o *Parquet* deduziu, de modo diverso do recurso interposto pelo órgão no primeiro grau, pleito mais favorável ao acusado, que é a própria absolvição ao fundamento de não ter concorrido para a infração penal. Argumentou o MPF, nesta Corte, que o primeiro aspecto a ser demonstrado, portanto, é que a edificação deva ser protegida em seu valor histórico. O modo de comprovar essa especial proteção seria a demonstração de que o bem é objeto de tombamento.

Ao opinar pela absolvição do acusado, no mérito, o Ministério Público Federal, nesta Corte, tece as seguintes considerações, *in verbis*:

(...) O primeiro aspecto a ser demonstrado, portanto, é que a edificação é protegida em seu valor histórico. O modo de demonstrar essa especial proteção é demonstrando que o bem é objeto de tombamento. A demonstração de que um bem é tombado é feita observando os balizamentos contidos no DL 25/37, que dispõe:

(...) Art. 1º Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

§ 1º Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico brasileiro depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro livros do Tombo, de que trata o artigo 4º desta Lei.

Ou seja, o que prova a condição de patrimônio histórico é a prova do tombamento, ou a inscrição no livro de Tombo. Sendo o bem em referência patrimônio de particular, a sistemática a ser observada é a prevista nos arts. 8º e 9º do referido DL 25/37:

Art. 8º Proceder-se-á ao tombamento compulsório quando o proprietário se recusar a anuir a inscrição da coisa.

Art. 9º O tombamento compulsório se fará de acordo com o seguinte processo:

1) O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, por seu órgão competente, notificará o proprietário para anuir ao tombamento, dentro do prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, ou para, se o quiser impugnar, oferecer dentro do mesmo prazo as razões de sua impugnação.

Finalmente, o tombamento dos bens se inicia com a notificação, e se completa com a inscrição:

Art. 10 O tombamento dos bens, a que se refere o artigo 6º desta Lei, será considerado provisório ou definitivo, conforme esteja o respectivo processo iniciado pela notificação ou concluído pela inscrição dos referidos bens no competente Livro do Tombo.

Parágrafo único. Para todos os efeitos, salvo a disposição do artigo 13 desta Lei, o tombamento provisório se equipara ao definitivo.

A circunstância de não haver prova nos autos de que o imóvel tenha sido tombado autoriza a absolvição do acusado. Referida circunstância foi sopesada pelo Exmo. Sr. Procurador Regional da República, signatário do Parecer Ministerial de fls. 274/277, valendo suas transcrições finais:

(...) E, não há nos autos, a prova de que o imóvel tenha sido tombado.

Essa circunstância, por si só, autoriza a procedência do apelo, e a absolvição do réu. (...)

Por outro lado, não quer parecer ao Ministério Público de 2º Grau que toda e qualquer alteração no imóvel possa configurar crime.

Quer parecer que uma exigência mínima deve ser no sentido de que a alteração na estrutura ou no aspecto o descaracterize, e produza interferência desarmoniosa no entorno em que se insere.

Uma das funções essenciais do processo de restauração do patrimônio histórico é a sua revitalização e reutilização, com um uso compatível, que preserve suas características sem impedir a fruição do bem.

No caso em exame, as fotografias (fls. 15 a 21) [45-46] evidenciam que não houve alteração substancial no entorno.

Estas alterações ganham relevo para o fim de configurarem um crime. Antes, podem servir de estímulo aos proprietários – que não recebem nenhum incentivo governamental para a preservação da memória da cidade –, para a conservação dos bens, tornando-os passíveis de utilização contemporânea, preservada a sua identidade histórica. (...).

Por tais fundamentos, de fato a hipótese não é de aplicação do comando da lei especial, não somente à falta de notificação e de tombamento do imóvel, como pela circunstância de a obra ter sido realizada no início de janeiro de 1998, ou seja, quando ainda não vigia a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (publicada no Diário Oficial da União de 13 de fevereiro de 1998 e retificada a publicação em 17 de fevereiro de 1998).

Nessa senda, mantenho o posicionamento tomado na sentença recorrida, no que tange ao enquadramento dado aos fatos, com aplicação do artigo 166 do Código Penal, confirmando a pena pecuniária de 1 (um) salário mínimo, que no juízo de execuções penais, sopesada a real situação econômica do sentenciado vir a ser verificada a possibilidade de remir ou mesmo parcelar o pagamento da multa nos moldes da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84), mais precisamente no seu artigo 169, que dispõe:

Art. 169. Até o término do prazo a que se refere o art. 164 desta Lei, poderá o condenado requerer ao juiz o pagamento da multa em prestações mensais, iguais e sucessivas.

§ 1º O juiz, antes de decidir, poderá determinar diligências para verificar a real situação econômica do condenado e, ouvido o Ministério Público, fixará o número de prestações.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso do Ministério Público Federal, confirmando a sentença recorrida em todos os seus termos.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.543-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelantes: MICHELE MILO, ALEX ANGELO PEREIRA DA SILVA E ANGELICA BARROS DOS SANTOS
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Adv./Proc.: DR. SÉRGIO ADRIANO RIBEIRO SOBREIRA (1º APTE.)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES DOS RÉUS, ATACANDO SENTENÇA QUE OS CONDENOU PELA PRÁTICA DO CRIME HOSPEDADO NO ARTIGO 125, INCISO XIII, DA LEI 6.815/80. RÉU ITALIANO QUE TERIA REGISTRADO COMO SENDO SEU FILHO DE CASAL BRASILEIRO, COM O DESIDERATO DE OBTER VISTO DE PERMANÊNCIA NO BRASIL. DOLO NÃO CABALMENTE COMPROVADO. IN DUBIO PRO REU.

- Conjunto probatório inexitoso em comprovar que o réu italiano se determinara dolosamente, ao registrar como seu, o filho tido pelos corréus brasileiros, visando à permanência no território nacional.

- Existência de farta prova testemunhal a testificar que o réu italiano também tivera um relacionamento amoroso com a ré varoa, a ponto de tornar plausível a tese de que existia uma dúvida fundada sobre a paternidade da criança, que somente veio a ser dirimida no curso da instrução criminal, por força de exame de DNA.

- Outrossim, a mesma prova testemunhal aponta para a formação de um laço afetivo e de dependência econômica do réu italiano para com o menor. Sob esse prisma, o caso se afina, perfeitamente, com os paradigmas em que esta Terceira Turma concedera o perdão judicial (ACR 3630/CE, Des. Geraldo Apoliano, julgada em 09

**de outubro de 2008; RSE 864/CE, Des. Rivalvo Costa, julgado em 20 de setembro de 2007).
- Apelações providas, para absolver os recorren-
tes, à míngua de prova suficiente para condena-
ção (artigo 386, inciso VII, do Código de Proces-
so Penal).**

ACÓRDÃO

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

Recife, 3 de março de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Apelações criminais interpostas pelo italiano Michele Milo e pelos brasileiros Alex Ângelo Pereira da Silva e Angélica Barros dos Santos, desafiando sentença da lavra do MM Juiz Federal da 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, proferida nos autos da ação penal 2005.81.00.012237-8.

Narra a denúncia que Michele Milo registrara como seu o filho tido por Alex Ângelo Pereira da Silva e Angélica Barros dos Santos, na data de 17 de abril de 2004, com o fim último de instruir pedido de permanência definitiva no Brasil, perpetrando, destarte, o ilícito hospedado no artigo 125, inciso XIII, da Lei 6.815/80.

A sentença atacada acolheu a exordial acusatória (fls. 144-151), condenando o réu italiano à pena de dois anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, sem prejuízo das medidas administrativas pertinentes à expulsão do País, a serem implementadas após o cumprimento integral da reprimenda. Quanto aos brasileiros Alex Ângelo Pereira da Silva e Angélica Barros dos Santos, a sanção foi arbitrada em um ano de reclusão, substituída por uma

pena restritiva de direitos, a ser disciplinada pelo MM. Juiz da Execução.

Em suas razões recursais (fls. 171-177), Michele Milo nega haver se determinado dolosamente, asseverando que existia a possibilidade de realmente ser o pai biológico da criança, porquanto também tivera um relacionamento com a ré Angélica Barros dos Santos. Insurge-se, ademais, contra a dosimetria da pena, requerendo o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Por derradeiro, afirma que a competência para determinar a expulsão de estrangeiro do território nacional é exclusiva do Presidente da República.

Alex Ângelo Pereira da Silva e Angélica Barros dos Santos, por seu turno (fls. 194-208), deduzem preliminar de nulidade processual, calcada na ausência da proposta de suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei 9.099/95). No mérito, batem, com igual força, na tecla da inexistência de dolo, reiterando a alegação da existência de dúvida sobre a paternidade da criança. Por fim, clamam sejam agraciados com o perdão judicial.

Contrarrazões ministeriais acostadas às fls. 210-218.

Subiram os autos a esta instância revisora, donde foram à Procuradoria Regional da República, que ofertou parecer opinando pelo improvimento das pretensões recursais (fls. 249-257).

É o relatório.

Encaminhar o feito ao douto Revisor, para os fins do artigo 197 do Regimento Interno desta Corte Regional.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

Malgrado reconheça ser judicioso o entendimento abrigado na sentença atacada, entendo que os apelos merecem provimento.

Decerto, após reestudar os autos por diversas vezes, mantive as impressões que me assaltaram desde o primeiro exame, isto é, de que o conjunto probatório trazido a lume, por se mostrar desarmônico e contraditório, não se reveste de força suficiente para calcar um veredicto condenatório.

Realmente, é verdade que há, nos vertentes cadernos processuais, elementos que podem conduzir à condenação, especialmente os coligidos através da prova testemunhal, porquanto parecem confirmar os indícios colhidos na esfera policial, onde os réus teriam chegado a confirmar que, livre e conscientemente, teriam agido em comunhão de propósitos, registrando, no nome do italiano Michele Milo, o filho tido pela ré varoa (Angélica Barros dos Santos) com o brasileiro Alex Ângelo Pereira da Silva, imbuídos do único desiderato de que o estrangeiro conseguisse obter visto de permanência no território nacional.

Ocorre, entretanto, que, esta mesma prova testemunhal, em diversos momentos, revela-se por demais controversa, a ponto de permitir seja aceita como razoável a tese apresentada pela defesa em juízo, no sentido de que haveria uma dúvida fundada sobre a paternidade da criança, já que a ré varoa teria se relacionado com ambos os réus varões, em períodos diversos, alternados e descontínuos, mas em época compatível com o início da gravidez.

Ou seja, é forçoso reconhecer que foram colhidos no curso da instrução robustos elementos a confirmarem a tese de que o italiano Michele Milo, considerado como um padrinho pelo corréu Alex Ângelo Pereira da Silva, à medida que sempre o ajudou financeiramente, desde que tinha cinco anos de idade, também tivera um relacionamento com a ré varoa.

E que, esta situação, conquanto não tenha, provavelmente, se aperfeiçoado como um autêntico triângulo amoroso – já que, ao que parece, os encontros aconteceram em períodos diferentes –, foi de tamanha relevância para incutir nos próprios réus uma dúvida fundada sobre a verdadeira paternidade da criança.

A esse respeito, a ré varoa estrugiu (fl. 23):

(...) que após o fim do relacionamento com Michele Milo, reatou o namoro com Alex Ângelo; que crê que do relacionamento que manteve com Michele Milo resultou a gravidez da qual nasceu Alex Santos Milo; que ao reatar com Alex Ângelo, a interroganda procurou lhe esconder a gravidez; que após algum tempo de descoberta a gravidez por Alex Ângelo, este imaginou que se tratava de um filho seu gerado após o reatamento do namoro; que ao procurar

Michele, a interroganda lhe disse que necessitava registrar Alex dos Santos, recebendo de Michele a quantificação de que assumiria sua paternidade e arcaria com suas despesas e sustento; que Alex Ângelo, ao ser informado desse fato, concordou que o registro fosse efetuado por Michele, esclarecendo a interrogada que nem ela nem Alex receberam qualquer quantia para efetuarem esse fato (fl. 23).

Por seu turno, o corréu Alex Ângelo Pereira da Silva confirmou esta versão em juízo, asseverando, inclusive, que acreditava não ser o pai biológico da criança. Sob esse prisma, atroou que (fl. 26):

(...) há mais de cinco anos Angélica passou a se relacionar com o italiano Michele, sendo que esse relacionamento durou aproximadamente dois anos; que depois disso, esse relacionamento acabou e Angélica voltou a namorar o interrogando; que depois de haver reatado o namoro foi saber que Angélica estava grávida; que Angélica informou que se tratava de um filho do interrogando; que depois do nascimento de Alex dos Santos Milo, Angélica informou ao interrogando que tinha certeza que ele era filho de Michele; que nessa mesma ocasião, Angélica informou que o registro da criança mencionada seria feito como sendo o pai Michele Milo; que Michele se prontificou a ajudar a criança com alimentos e roupas, mas não chegou a oferecer dinheiro; (...) que acha o interrogando que o filho realmente é de Michele, apesar de ter aparência parecida com a sua.

A mesma história foi contada pelo réu Michele Milo (fl. 54):

(...) que foi Angélica quem confirmou com o depoente estar grávida deste e que o depoente deveria assumir sua responsabilidade; que a criança nasceu no dia 17 de abril de 2004; que, dias após o nascimento da criança, solicitou a permanência no Brasil, juntando certidão de nascimento; que foi o depoente quem registrou a criança em companhia da mãe; que manteve relações com Angélica esporadicamente por cerca de um ano, esclarecendo que não foi uma relação fixa, contando com períodos de afastamento; que, durante tal período, Angélica também esteve em certas ocasiões namorando Alex; que não se opõe a se submeter a teste de DNA, até porque Angélica afirma que o filho é do depoente.

Por seu turno, a versão da defesa foi corroborada pela testemunha Francilene Gonçalves Lima, ao asseverar (fl. 97):

(...) que, segundo soube de Angélica, no período em que esta esteve afastada de Alex, teve um breve relacionamento com Michele e, pelos cálculos de Angélica, o filho que teve era de Michele; que tal criança vive com Alex e Angélica; que Angélica nunca mencionou à depoente que o registro da criança em nome de Michele seria para a obtenção de visto de permanência deste no Brasil.

Idêntica narrativa foi apresentada pela testemunha Maria Nivalda de Freitas (fl. 98):

(...) que Angélica afirmou à depoente que achava que a criança era filha de Michele, oriunda de um pequeno relacionamento que com o mesmo manteve, em um período em que Angélica brigou com Alex; que Angélica afirmou que Michele teria condições de ajudar a criança, nada afirmando a respeito de ser o registro utilizado como forma de obtenção da permanência do italiano no Brasil.

Enfim, é possível depreender do exame dos autos que, de fato, havia séria controvérsia sobre a paternidade do menor, controvérsia esta que somente veio a ser dirimida no curso da presente instrução, com a realização de exame de DNA, perícia à qual o italiano Michele Milo não se furtou a comparecer, detalhe que somente fortalece a tese de que estava se portando de boa-fé.

Somente este exame, portanto, acabou com a confusão, rechaçando qualquer dúvida, ao testificar que *o Sr. Alex Ângelo Pereira da Silva é o pai biológico de Alex dos Santos Milo* (fl. 159).

Sendo assim, é forçoso concluir que o conjunto probatório não logrou demonstrar, de forma cabal, que o réu italiano se determinara dolosamente ao registrar o recém-nascido como seu filho, pois é bem provável que, naquele momento, acreditasse na narrativa que lhe fora feita pela mãe, de que seria o verdadeiro pai biológico da criança, e que, por conseguinte, deveria arcar com os ônus financeiros da sua criação.

Dessa forma, apenas abrindo um parêntese, é possível se questionar, inclusive, se a hipótese não seria o caso de erro de tipo, à medida que os réus pressupunham a existência de um fato

que, se realmente existisse, afastaria a ilicitude de suas condutas. Por esse entendimento, cairia como uma luva a discriminante hospedada no artigo 20, § 1º, do Código Penal, a determinar que *é isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima*.

A par disso, há terreno para se colher nos autos elementos a indicarem que o italiano Michele Milo, além de haver registrado a criança em seu nome, vem contribuindo financeiramente para a sua subsistência, bem como participando ativamente da sua criação.

Confirma este fato a testemunha Lucilene Pereira, ao aduzir que *Michele custeia as despesas da criança, no que pese a mesma permanecer na guarda de Alex e Angélica* (fl. 95). No mesmo sentido, afirma a testemunha Maria Nivalda Freitas que *a única vez que viu Michele foi quando o mesmo compareceu ao aniversário da criança na casa de Angélica e Alex* (fl. 98).

Outrossim, o vínculo criado entre Michele Milo e o menor foi tão forte que, na mesma petição em que requer a realização de exame de DNA, o réu italiano afirmou que, *independentemente do resultado do exame, o acusado continuará considerando o menor como seu filho, continuando a prestar-lhe assistência emocional e material com o amor e o carinho inerentes ao vínculo paternal* (fl. 109).

E nestes casos, em que se forma um vínculo afetivo intransponível, a jurisprudência vem concedendo o perdão judicial, por considerar seja o ato ilícito escusável, pois o agente, muitas vezes, vê na prática do crime o único meio de resguardar a unidade familiar.

Nesse sentido já se manifestou esta Terceira Turma, oportunidade em que decidiu ser patente a *ausência de dolo de fraudar o processo de imigração do agente que utilizou a certidão ideologicamente falsa para fundamentar pedido de visto de permanência. A ação visava apenas a preservação da integridade familiar, mediante a permanência do estrangeiro ao lado da família constituída no Brasil* (ACR 3630/CE, Des. Geraldo Apoliano, julgada em 09 de outubro de 2008).

No mesmo sentido, há outro julgado desta Terceira Turma, da relatoria do Des. Ridalvo Costa, quando se consignou que *estrangeiro que registra, em certidão de nascimento, a filha da companheira, com o consentimento desta, como se fosse própria. Motivo nobre. Provisão de assistência financeira, afetiva e moral e convivência familiar estável à criança. Perdão judicial. Extinção da punibilidade. Ausência de dolo do agente, que visava permanecer ao lado da família constituída no Brasil* (RSE 864/CE, julgado em 20 de setembro de 2007).

Em arremate, ante todas estas considerações, sopesando todos os elementos coligidos aos autos, não encontro no conjunto probatório força suficiente para a prolação de um veredicto condenatório, sendo necessário relembrar o imortal brocardo *in dubio pro reu*.

Por todo o exposto, dou provimento às apelações, para absolver os recorrentes, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

É como voto.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 94.734-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelado: SINDICATO DA INDUSTRIA DO AÇÚCAR E DO ALCOOL DE ALAGOAS
Advs./Procs.: DRA. MARIA FERNANDA QUINTELLA BRANDÃO VILELA E OUTROS (APDO.)

EMENTA: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA PARTE RÉ DOS ATOS PROCESSUAIS APÓS A VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.457/2007. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. FAZENDA NACIONAL. INTIMA-

ÇÃO DA PAUTA DE JULGAMENTO DA ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. APRECIÇÃO DO MÉRITO DO INCIDENTE. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVISTA NO ART. 22-A DA LEI Nº 8.212/91. RECEITAS DECORRENTES DE VENDAS A EMPRESAS COMERCIAIS EXPORTADORAS (TRADING COMPANIES). NÃO INCIDÊNCIA DA IMUNIDADE PREVISTA NO ART. 149, § 2º, I, DA CF/88. CONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 1º E 2º, DO ART. 245 DA INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/DC Nº 03/2005.

- Caberia à Fazenda Nacional, regularmente intimada da pauta de julgamento do incidente de inconstitucionalidade (cf. certidão de fl. 351, verso), suscitar, naquele momento, a nulidade dos atos processuais posteriores à vigência da Lei nº 11.457/2007, ressaltando, inclusive, não ter sido intimada do acórdão que instaurou o incidente de arguição, a despeito de a Procuradoria Regional Federal ter consignado, à fl. 310v, que o feito era de competência da Procuradoria da Fazenda Nacional.

- Restou superada eventual nulidade dos atos processuais por ausência de intimação do ente público após a vigência da Lei nº 11.457/2007, já que, no momento oportuno, a interessada não se insurgiu. Rejeição da preliminar suscitada pelo ente público.

- A Instrução Normativa INSS/DC nº 03, de 14 de Julho de 2005, limitou a incidência da imunidade prevista no art. 149, § 2º, inciso I, da Constituição Federal/1988, ao dispor que a mesma seria aplicável “exclusivamente quando a produção é comercializada diretamente com adquirente domiciliado no exterior”, e, ainda, que “a receita decorrente de comercialização com empresa constituída e em funcionamento no País é considerada receita proveniente do comércio interno e não de exportação, independentemente da

destinação que esta dará ao produto”.

- Nos termos postos no art. 149, § 2º, inciso I, da Carta Federal de 1988, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 33/2001, as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação.

- Trata-se de norma constitucional que, por outorgar a dispensa no pagamento de determinado tributo ou contribuição, instituiu hipótese de imunidade tributária, e, como é cediço, a interpretação de tais dispositivos legais (aqueles que, de alguma forma, excluem o crédito tributário e/ou concedem algum tipo de benefício fiscal) deve ser efetuada de forma restritiva, o que não impede a busca pela concretização das finalidades pretendidas pelo legislador constituinte. Precedentes do STF.

- As receitas oriundas da venda de mercadorias a empresas comerciais exportadoras (trading companies) constituem receitas provenientes de negócios jurídicos realizados no âmbito do comércio interno. Não se trata de exportação, mas de operação antecedente ou intermediária daquela, a qual não se encontra amparada, de modo expresso, pela norma constitucional instituidora da imunidade (a Carta Magna, em nenhum momento, especificou que a imunidade abrangeria, também, as receitas decorrentes das operações de venda efetuadas às empresas comerciais voltadas, preferencialmente, para as atividades próprias da exportação de produtos e/ou serviços).

- Não se faz possível a interpretação ampliativa de uma regra excepcional para que alcance situação diversa daquela para a qual foi formulada. Precedentes dos Tribunais Regionais Federais da 1ª e 2ª Regiões e, também, deste TRF da 5ª Região.

- Não acolhimento da arguição. Declaração da constitucionalidade dos §§ 1º e 2º, do art. 245, da Instrução Normativa INSS/DC nº 03/2005, reproduzidos nos §§ 1º e 2º, do art. 170, da Instrução Normativa RFB nº 971/2009.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide o Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar de ausência de intimação do ente público e, por maioria, rejeitar a arguição de inconstitucionalidade, 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, 16 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Na Sessão do dia 5/8/2010, a colenda Terceira Turma entendeu, por maioria, que a Instrução Normativa INSS/DC nº 03/2005 seria inconstitucional, por ter restringido o alcance da imunidade prevista no art. 149, § 2º, da Constituição Federal de 1988 apenas às operações de exportação direta (ou seja, àquelas que envolvessem comercialização de produtos diretamente com adquirente domiciliado no exterior).

Não obstante o meu entendimento, no sentido de que a disposição contida no art. 245, §§ 1º e 2º, da referida IN nº 03/2005 seria constitucional, aderi de plano ao questionamento suscitado pelo eminente Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, no sentido de submeter a questão, dada a sua relevância, ao egrégio Plenário deste Tribunal, em atenção ao disposto no art. 97 da Constituição Federal em vigor, que consagrou o princípio da reserva de Plenário.

A douta Procuradoria da República ofertou parecer (fls. 313/319), opinando pela declaração da constitucionalidade do art. 245, §§ 1º e 2º, da Instrução Normativa INSS/DC nº 03/2005.

Apresento, pois, ao egrégio Plenário, as razões que me levaram à conclusão de que deve ser declarada a constitucionalidade dos §§ 1º e 2º, do art. 245, da Instrução Normativa nº. 03/2005, cujo teor foi reproduzido nos §§ 1º e 2º do art. 170 da Instrução Normativa RFB nº 971/2009.

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

A Instrução Normativa INSS/DC nº 03, de 14 de Julho de 2005, limitou a incidência da imunidade prevista no art. 149, § 2º, inciso I, da Constituição Federal/1988, nos seguintes termos:

Art. 245. Não incidem as contribuições sociais de que trata este Capítulo sobre as receitas decorrentes de exportação de produtos, cuja comercialização ocorra a partir de 12 de dezembro de 2001, por força do disposto no inciso I do § 2º do art. 149 da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 33, de 11 de dezembro de 2001. § 1º Aplica-se o disposto neste artigo exclusivamente quando a produção é comercializada diretamente com adquirente domiciliado no exterior.

§ 2º A receita decorrente de comercialização com empresa constituída e em funcionamento no País é considerada receita proveniente do comércio interno e não de exportação, independentemente da destinação que esta dará ao produto.

Hoje, a norma acima transcrita encontra-se reproduzida, *ipsis litteris*, no art. 170, §§ 1º e 2º, da Instrução Normativa RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009, que revogou o ato normativo anterior.

Averbando acendrada vênua aos que possuem entendimento em contrário sentido, não vislumbro qualquer eiva de inconstitucionalidade nos dispositivos normativos sob análise. Justifico.

Nos termos postos no art. 149, § 2º, inciso I, da Carta Federal de 1988, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 33/2001, as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação¹. Confira-se o teor do cânone ora mencionado, *in verbis*:

Art. 149 - Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

(...)

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo: (incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001). (Grifei)

Trata-se, pois, de norma constitucional que, por outorgar a dispensa no pagamento de determinado tributo ou contribuição, instituiu hipótese de imunidade tributária, e, como é cediço, a interpretação de tais dispositivos legais (refiro-me àqueles que, de alguma forma, excluem o crédito tributário e/ou concedem algum tipo de benefício fiscal) deve ser efetuada de forma restritiva.

Tal regra hermenêutica, vale ressaltar, tem plena aplicabilidade às normas constitucionais – hipótese dos autos – encontrando respaldo, inclusive, por analogia, no disposto no art. 111 do Código Tributário Nacional - CTN, segundo o qual é de interpretar-se, literalmente, a legislação tributária que disponha sobre a exclusão do crédito tributário e a outorga de isenção.

Cumpra ressaltar, por oportuno, que o fato de a interpretação do texto normativo ser restritiva não impede a busca pela concre-

¹ Exporta-se produto (industrializado ou *in natura*) e não tributo (vocábulo que aqui se emprega para significar todos os alcances impositivos, de quaisquer das esferas estatais revestidas de potestade impositiva).

tização das finalidades pretendidas pelo legislador constituinte ao estatuir a hipótese de imunidade. Dessa forma, não obstante restritiva, a atividade interpretativa deve ser, também, teleológica. Nesse sentido, reproduzo os precedentes do Supremo Tribunal Federal - STF, que já foram mencionados no Parecer ofertado pelo douto Procurador da República, que atuou no feito:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 149, § 2º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXTENSÃO DA IMUNIDADE À CPMF INCIDENTE SOBRE MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS RELATIVAS A RECEITAS DECORRENTES DE EXPORTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO ESTRITA DA NORMA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - O art. 149, § 2º, I, da Constituição Federal é claro ao limitar a imunidade apenas às contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico incidentes sobre as receitas decorrentes de exportação.

II - Em se tratando de imunidade tributária a interpretação há de ser restritiva, atentando sempre para o escopo pretendido pelo legislador.

III - A CPMF não foi contemplada pela referida imunidade, porquanto a sua hipótese de incidência – movimentações financeiras – não se confunde com as receitas.

IV - Recurso extraordinário desprovido.

(STF; RE 566259; Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski; Tribunal Pleno; julgado em 12/08/2010; Repercussão Geral - Mérito; DJe-179: 24-09-2010) - Destaquei.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISS. IMUNIDADE.

Serviços de transporte de minerais. CF, art. 155, § 3º. **Normas constitucionais concessivas de benefício. Interpretação Restritiva.** Recurso improvido.

(STF; RE 170784; Relator(a): Min. Marco Aurélio; Relator(a) p/ Acórdão: Min. Nelson Jobim; Segunda Turma; julgado em 14/03/2006; DJ: 04-08-2006) - Destaquei.

Com arrimo nas premissas acima destacadas, penso que as receitas oriundas da venda de mercadorias a empresas comerciais exportadoras (*trading companies*) **constituem receitas provenientes de negócios jurídicos realizados no âmbito do comércio interno.**

Não se trata, pois, de exportação, mas de operação antecedente (ou intermediária) daquela, e que não se encontra amparada, de modo expresso, pela norma constitucional instituidora da imunidade (vale dizer: a Carta Magna, em nenhum momento, especificou que a imunidade abrangeria, também, as receitas decorrentes das operações de venda efetuadas às empresas comerciais exportadoras).

Ressalte-se, outrossim, que a previsão constante do Decreto-Lei nº 1.248/72, o qual teria equiparado as operações realizadas pelas empresas comerciais exportadoras com as exportações diretas, não tem o condão de estender a imunidade tributária prevista no art. 149, § 2º, da CF/88, às vendas efetivadas às referidas *trading companies*.

Isso porque, conforme já destaquei, seria necessária a existência de lei específica, prevendo que, no caso das contribuições sociais devidas com fulcro no art. 22-A da Lei nº 8.212/91, a venda à empresa comercial exportadora equiparar-se-ia à exportação propriamente dita. Só então, ao meu sentir, seria viável cogitar-se da incidência da imunidade tributária prevista na já citada norma constitucional.

Ora, cuidando-se de norma de exceção – objetivando equiparar o tratamento conferido às exportações a uma compra e venda **que de exportação não se trata** – seria necessária a previsão expressa e específica para cada caso, o que não ocorreu na hipótese de que ora se cuida. Assim, não se faz possível a interpretação ampliativa de uma regra excepcional para que alcance situação diversa daquela para a qual foi formulada.

O entendimento aqui sedimentado encontra respaldo na jurisprudência dominante dos Tribunais Regionais Federais; confira-se:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RECEITAS ORIUNDAS DE EXPORTAÇÕES REALIZADAS POR INTERMÉDIO DE EMPRESAS COMERCIAIS EXPORTADORAS COM SEDE NO BRASIL. IMUNIDADE. ARTIGO 149, § 2º, INCISO I, DA CF/88. EC Nº 33/01. NÃO OCORRÊNCIA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. IN SRP Nº 03/2005.

- A imunidade constitucional prevista contida no art. 149, § 2º, inciso I, da CF/88 ampara apenas as operações decorrentes de exportação direta, não se aplicando às operações antecedentes ou intermediárias destinadas a exportação, tais como as receitas obtidas de venda a empresa comercial exportadora (*trading company*), as quais são provenientes de negócios jurídicos no comércio interno, não se tratando de exportação.

- Constitucionalidade da Instrução Normativa SRP nº 03/2005, da Secretaria da Receita Previdenciária, que estabeleceu que, em relação às atividades rurais e agroindustriais, a referida imunidade às exportações somente é válida se a comercialização se realizar diretamente entre produtor e comprador externo.

- Tanto as leis que concedem isenção quanto as que estabelecem imunidade tributária estão sujeitas à regra de hermenêutica que determina a interpretação restritiva dos dispositivos normativos que estabelecem exceções, regra esta que tem plena aplicabilidade às normas constitucionais, em consonância com o disposto no artigo 111 do CTN, o qual consagra o princípio de que a exclusão do crédito tributário deve ser interpretada literalmente, não abrangendo interpretação extensiva.

- Acaso o legislador tivesse o escopo de estender a imunidade em tela às receitas decorrentes de vendas de mercadorias efetuadas, no mercado interno, pelas empresas “produtoras-vendedoras” às exportadoras, tê-la-ia inserido, expressamente, no mencionado dispositivo constitucional.

- Precedentes da 1ª e 4ª Regiões.

- Apelação e remessa obrigatória providas.

(TRF 5ª Região; AMS 94909; Rel. Desembargador Federal José Maria Lucena; 1ª Turma; julgado em 08/05/2008; DJ: 13/06/2008)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO. SEGURIDADE SOCIAL. IMUNIDADE. EXPORTAÇÃO. *TRADING COMPANY*.

1. Não são imunes de incidência da contribuição para a Seguridade Social as receitas das vendas de mercadoria, no comércio interno, do produtor nacional para a empresa exportadora conhecida como *trading company*.

2. Somente a receita obtida pelo produtor nacional que vende a mercadoria diretamente ao comprador

estrangeiro é que goza de imunidade tributária, nos termos do art. 149, parágrafo 2º, I, da CF combinado com a IN-SRP nº 03/05.

3. Apelação não provida.

(TRF 5ª Região; AMS 94308; Rel. Desembargador Federal Marcelo Navarro; 4ª Turma; julgado em 02/09/2008; DJ: 22/10/2008) - Destaquei.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ART. 22-A DA LEI Nº 8.212/91. RECEITAS ORIUNDAS DE VENDAS A EMPRESAS COMERCIAIS EXPORTADORAS (*TRADING COMPANIES*). EQUIPARAÇÃO ÀS OPERAÇÕES DE EXPORTAÇÃO. NECESSIDADE DE PREVISÃO EXPRESSA EM LEI ESPECÍFICA. INCIDÊNCIA.

1. Não há como incluir, no conceito de exportação, seja em uma interpretação ampla, seja em uma interpretação restrita, operações que são realizadas entre duas empresas nacionais, nas quais não ocorre a saída dos produtos ou serviços do território nacional.

2. Seria possível a equiparação entre as duas situações (o que é feito por algumas normas), porém, para isso, é necessária previsão expressa em lei específica.

3. A IN INSS nº 100/2003 não reconheceu qualquer direito no sentido da não incidência de contribuições previdenciárias sobre receita de vendas a empresas comerciais exportadoras.

4. A concessão da segurança implicaria na criação de situação anti-isonômica.

5. Apelação improvida.

(TRF 2ª Região; AMS 64691; Rel. Desembargador Federal Luiz Antonio Soares; 4ª Turma Especializada; julgado em 12/08/2008; DJ: 29/10/2008)

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. IMUNIDADE PARA RECEITAS PROVENIENTES DE EXPORTAÇÃO. EXTENSÃO ÀS DECORRENTES DE MERCADORIAS VENDIDAS NO COMÉRCIO INTERNO A EMPRESAS EXPORTADORAS. IMPOSSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 149, § 2º, I. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 03/2005 DA SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA.

1 - A imunidade prevista no art. 149, § 2º, I, da Constituição Federal, instituto que deve ser interpretado restritivamente, já que retira da sociedade recursos

que o Estado teria para satisfação das necessidades coletivas, não contempla as empresas “produtoras-vendedoras” nas transações comerciais efetivadas no mercado interno com empresas exportadoras porque, enquanto estas realizam, de fato, a exportação, aquelas efetuam meras operações domésticas de compra e venda. Consequentemente, não há como se falar em exportação indireta, que não existe.

2 - Se o legislador tivesse a intenção de estender a imunidade prevista no art. 149, § 2º, I, da Constituição Federal às receitas decorrentes de vendas de mercadorias, feitas, no mercado interno, pelas empresas “produtoras-vendedoras” às exportadoras, tê-la-ia inserido, expressamente, no mencionado dispositivo constitucional.

3 - Apelação provida.

4 - Remessa oficial prejudicada.

5 - Sentença reformada.

(TRF 1ª Região; AMS 628420064013809; Rel. Desembargador Federal Catão Alves; 7ª Turma; julgado em 10/07/2007; DJ: 03/08/2007) - Destaquei.

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMPREGADOR RURAL. CONTRIBUIÇÃO PARA SEGURIDADE SOCIAL. VENDA DE PRODUTOS AGRÍCOLAS A EMPRESAS EXPORTADORAS. IMUNIDADE (ART. 149, § 2º, I, CF). EC 33/2001. EXTENSÃO VEDADA AO PRODUTOR QUE NÃO EXPORTA DIRETAMENTE. LEI 8.212/91 ALTERADA PELA LEI 8.540/92. CONSTITUCIONALIDADE.

1. Cinge-se a discussão à incidência da contribuição sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção do empregador rural – instituída pela Lei nº 8.540/92 – com empresas exportadoras, em face da redação dada ao art. 149 da Constituição de 1988, pela Emenda Constitucional nº 33/2001.

2. Malgrado a EC 33/2001 – ao dar nova redação ao art. 149 da Constituição de 1988 – ter excluído da base de incidência das contribuições sociais as receitas decorrentes de exportação, ela não abrange as receitas oriundas da venda do produto rural às empresas que atuam na comercialização internacional, uma vez que o produtor rural não realiza exportação, pois vende a mercadoria internamente àquelas empresas

as quais, posteriormente, negociam o produto internacionalmente.

3. A não-incidência prevista no artigo 149, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, quando objeto de exame hermenêutico pelo Poder Judiciário, deve ser tratada por meio de análise estrita, sob pena de invadir-se seara reservada apenas ao legislador, descabendo dar-se interpretação extensiva a dispositivo constitucional que estabelece exceções, máxime quando se trata de norma de não-incidência tributária que excepciona a regra geral de tributação.

4. A Lei 7.787/89, ao definir a contribuição das empresas em geral e das entidades ou órgãos a ela equiparados, destinada à Previdência Social, incidente sobre a folha de salários (art. 3º), não suprimiu o inciso I do art. 15 da LC 11/71, que trata da contribuição devida pelo produtor, sobre o valor comercial dos produtos rurais, mas, sim, a contribuição prevista no inciso II do citado artigo, que trata da supressão da contribuição sobre a folha de salários. Entendimento do STJ no REsp 244.801.

5. A extinção da contribuição ao FUNRURAL, incidente sobre o valor comercial dos produtos rurais, deu-se apenas com a edição da Lei 8.213/91 que, no seu art. 138, extinguiu os regimes de Previdência Social instituídos pela LC 11/71.

6. A Lei 8.540/92 deu nova redação à Lei 8.212/91 prevenindo, no inciso I do artigo 25, a contribuição da pessoa física destinada à Seguridade Social, fixada em percentual incidente sobre a receita bruta, proveniente da comercialização da produção rural.

7. Editada em 15 de abril de 1994, a Lei 8.870/94 criou a contribuição devida à seguridade social pelo empregador, pessoa jurídica, que se dedique à produção rural, fixando-a, tal como previsto na Lei 8.540/92, em percentual sobre a renda bruta proveniente da comercialização da produção rural.

8. O Supremo Tribunal Federal declarou constitucionais os incisos I e II do art. 25 da Lei 8.870/94, ao entendimento de que a receita bruta, segundo sua jurisprudência pacífica, identifica-se com o faturamento previsto no inciso I do art. 195 da Constituição. Afastou, contudo, a constitucionalidade do § 2º desta mesma disposição.

9. Apelação não provida.

(TRF 1ª Região; AC 200436000029817; Rel. Juiz Federal Osmane Antonio dos Santos (Conv.); 8ª Turma; julgado em 10/11/2009; DJ: 18/12/2009) - Destaquei.

Por tudo o que foi exposto, impõe-se a conclusão de que o art. 245, §§ 1º e 2º, na Instrução Normativa INSS nº 03/2005, hoje reproduzido nos §§ 1º e 2º do art. 170 da Instrução Normativa RFB nº 971/2009, são constitucionais, uma vez que não representaram qualquer ofensa à Constituição Federal, ou às normas de menor rango hierárquico, em vigor.

Sob o influxo de tais considerações, voto no sentido de que seja reconhecida e declarada a **constitucionalidade** dos §§ 1º e 2º do art. 245 da Instrução Normativa INSS/DC nº 03/2005, bem como dos §§ 1º e 2º do art. 170 da Instrução Normativa RFB nº 971/2009.

É como voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 1.921-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Suscitante: JUÍZO DA 25ª VARA FEDERAL DO CEARÁ
Suscitado: JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE PIQUET CARNEIRO - CE
Parte Autora: JOÃO DE DEUS DE PINHO VIEIRA
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Adv./Proc.: DR. ROBÉRIO BARBOSA LIMA (PARTE A)

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA PROPOSTA NA JUSTIÇA ESTADUAL. ART. 109, § 3º, DA CF/88. SUPERVENIENTE INSTALAÇÃO DE VARA DO JUIZADO FEDERAL EM MUNICÍPIO DIVERSO DO FORO DO DOMICÍLIO DO AUTOR. COMPETÊNCIA DE NATUREZA RELATIVA. DECLINAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE.

- A competência absoluta atribuída ao Juizado Especial Federal para julgar as causas de até 60 (sessenta) salários mínimos refere-se apenas ao município da sua instalação, remanescendo nas demais localidades o direito constitucional de a parte autora (art. 109, § 3º) propor o litígio previdenciário perante a Justiça Estadual, no foro do seu domicílio, quando a comarca, como é o caso, não for sede de Vara Federal.

- Ainda que a Vara Federal houvesse sido instalada no município no foro do domicílio do segurado – o que não se verifica in casu –, tal circunstância não determinaria o término da competência do Juízo de Direito para julgar as ações em curso naquela Comarca, porque, de acordo com o art. 25 da Lei 10.259/2001, “não serão remetidas aos Juizados Especiais as demandas ajuizadas até a data da sua instalação”.

- Tratando-se de questão competencial de natureza relativa, envolvendo Juízo Federal e Juízo de Direito no exercício da jurisdição federal delegada, não pode ser declarada de ofício. Precedentes desta Corte.

- Conflito negativo de competência que se conhece para declarar competente o Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Piquet Carneiro/CE, o suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conhecer do conflito para declarar a competência do Juízo suscitado, 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, 9 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 25ª Vara Federal do Ceará, Subseção de Iguatu/CE, em face do Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Piquet Carneiro/CE, nos autos de ação previdenciária proposta contra o INSS.

O feito foi ajuizado perante o Juízo de Direito da Comarca de Piquet Carneiro, foro do domicílio do segurado, o qual declinou da competência para processar e julgar a causa, em razão da superveniente instalação da 25ª Vara Federal – Juizado Especial Federal – cuja jurisdição abrange aquele Município, nos termos da Resolução nº 16, de 28 de abril de 2010, deste egrégio Tribunal.

Por sua vez, o Juízo Federal suscitou o conflito em tela, entendendo que a competência absoluta atribuída aos Juizados Especiais Federais somente se refere ao foro onde houver Vara Federal instalada, remanescendo nas demais localidades a possibilidade de opção conferida ao segurado ou beneficiário pelo art. 109, § 3º, da CF.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo conhecimento do conflito, para declarar-se a competência do Juízo de Direito – o suscitado.

É o relatório.

Apresento o feito em mesa.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Egrégio Plenário.

Comungo das razões expendidas pelo MM. Juízo suscitante e corroboradas pelo Parecer do ilustre representante do Ministério Público Federal.

Muito embora a recém criada 25ª Vara Federal de Iguatu/CE - Juizado Especial Federal – tenha jurisdição sobre os municípios circunvizinhos, inclusive o de Piquet Carneiro/CE, foro do domicí-

lio do segurado, sua instalação não implica deslocamento da competência delegada dos Juízos de Direito para julgar as ações previdenciárias propostas naquelas Comarcas, que continuam não sendo sede de vara federal.

Isso porque, conforme entendimento cristalizado na jurisprudência deste egrégio Tribunal, a competência absoluta atribuída aos Juizados Especiais Federais refere-se apenas ao foro onde houver Vara Federal instalada, remanescendo nas demais localidades o direito constitucional conferido ao segurado de propor a ação previdenciária perante a Justiça Estadual, no foro do seu domicílio, quando a comarca, como é o caso, não for sede de Vara Federal.

Com efeito. A Constituição Federal (art. 109, § 3º) dispõe que serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas propostas em face da instituição de previdência social, **“sempre que a comarca não seja sede de Vara do juízo federal”**.

Por seu turno, a Lei 10.259, de 2001, prevê, no § 3º do seu art. 3º, que a competência dos Juizados Especiais Federais Cíveis para processar e julgar as causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos será absoluta somente “no foro onde estiver instalada” a respectiva Vara.

Logo, como já expliquei, a Lei 12.059/2001 não elide a faculdade de eleição de foro por parte do segurado ou beneficiário, uma vez que a competência do JEF somente será absoluta em relação ao Juízo de direito investido de jurisdição federal no município onde estiver instalado, o que não ocorre no caso em tela.

Ademais, ainda que a Vara Federal houvesse sido instalada no foro do domicílio do segurado, tal circunstância não determinaria, necessariamente, o término da competência do Juízo Estadual para julgar a demanda previdenciária, porque, de acordo com a lei de regência (Lei 11.259/2001), os feitos ajuizados anteriormente à instalação do Juizado Especial Federal devem permanecer nos órgãos de origem. Senão, confira-se:

Art. 25. Não serão remetidas aos Juizados Especiais as demandas ajuizadas até a data da sua instalação.

De toda sorte, tratando-se de competência relativa, firmada pelo domicílio do autor, era defeso ao Juízo de Direito suscitado decliná-la de ofício, a pretexto da superveniente instalação de Vara Federal com jurisdição sobre aquela Comarca, conforme o disposto no art. 112 do CPC e no enunciado nº 33 da Súmula do colendo Superior Tribunal de Justiça.

Corroborando todo o exposto, confirmam-se os precedentes desta Corte, os quais resolveram conflitos análogos ao dos autos:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZOS ESTADUAL E FEDERAL. PREVIDENCIÁRIO. JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS - LEI Nº 10.259/01. COMARCA QUE NÃO É SEDE DO JUIZADO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTADUAL. ART. 109, § 3º DA CARTA MAGNA.

- A regra de competência insculpida no art. 109, § 3º, da Constituição da República, ao viabilizar a atribuição de competência federal delegada à Justiça Comum Estadual, objetiva beneficiar o autor da demanda previdenciária, garantindo o acesso ao Judiciário.

- A Lei n.º 10.259/01, que instituiu o Juizado Especial Federal, tem por escopo ampliar a garantia de acesso à justiça, atribuindo competência absoluta aos Juizados somente no foro onde houver sido instalada a respectiva Vara, remanescendo nas demais localidades a possibilidade de opção.

- Conflito conhecido, para declarar-se a competência do Juízo suscitado.

(CC nº 1162, Rel. FRANCISCO WILDO, unânime, DJU de 02/03/2006)

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. LITÍGIO PREVIDENCIÁRIO. JUÍZO DE DIREITO INVESTIDO DE JURISDIÇÃO FEDERAL. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL INSTALADO POSTERIORMENTE. ART. 25 DA LEI 10.259/2001. ART. 109, § 3º, DA CF/88. INDECLINABILIDADE DE OFÍCIO DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL. SÚMULA 33 DO STJ. (...)

2. O art. 25 da Lei nº 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, dispõe que “não serão remetidas aos Juizados

Especiais as demandas julgadas até a data de sua instalação”. **Deverão permanecer nas varas de origem os processos ajuizados antes da instalação do Juizado Especial Federal, ainda que o valor da causa seja inferior a sessenta salários mínimos.**

3. O caso dos autos cuida de demanda ajuizada anteriormente a instalação da vara do Juizado Especial Federal, devendo o feito permanecer na Justiça Estadual, em razão do art. 25 da Lei nº 10.259/2001.

4. É relativa, portanto indeclinável de ofício, a competência de que trata o § 3º do art. 109 da Constituição Federal de 1988. Aplicação da Súmula nº 33 do STJ. Precedentes do Pleno deste egrégio Tribunal (TRF-5ª R. - CC 000789 - PB - TP - Rel. Des. Fed. Francisco Wildo Lacerda Dantas - *DJU* 16.07.2003; TRF-5ª R. - CC 1868/CE - TP - Rel. Des. Fed. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas - *DJe* 06.08.2010).

5. Conflito Negativo de Competência conhecido. Competência do Juízo de Direito da Comarca de Piquet Carneiro - CE (Juízo Suscitado).

(CC nº 1927/CE, Rel. FRANCISCO BARROS DIAS, unânime, *DJU* de 27/10/2010)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AJUZADA NO DOMICÍLIO DO SEGURADO/BENEFICIÁRIO. MUNICÍPIO DE PIQUET CARNEIRO/CE. FACULDADE OUTORGADA CONSTITUCIONALMENTE (ART. 109, § 3º, CF/88). COMPETÊNCIA DELEGADA. NATUREZA TERRITORIAL. DECLINAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

- Conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 25ª Vara Federal da seção Judiciária do Ceará (Subseção de Iguatu) ante o Juiz de Direito da comarca de Piquet Carneiro, nos autos de ação previdenciária ajuizada pelo beneficiário contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

- **Conforme se pode extrair da dicção do art. 109, § 3º, da CF/88 c/c art. 25 da Lei nº 10.259/2001, após a regular distribuição de feito previdenciário na Comarca onde está localizado o domicílio do beneficiário/segurado, não cabe ao Juízo de Direito, de ofício, remeter os autos a Juizado Especial Federal instalado supervenientemente *sob color* de que não seria mais o competente para o julgamento da demanda.**

- Conflito conhecido para declarar como competente o Juízo da Comarca de Piquet Carneiro/CE (suscitado).
(CC nº 1938, Rel. EDÍLSON NOBRE, unânime, DJU de 17/12/2010 - destaquei)

Com essas considerações, **conheço do conflito para declarar competente o Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Piquet Carneiro – o suscitado.**

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 4.211-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Impetrantes: MANOLYS MARCELINO PASSERAT DE SILANS E
MARIANA PETIT HORACIO DE BRITO
Impetrado: JUÍZO DA 18ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Paciente: GEOVANEDJA KELLY BARBOSA RODRIGUES

EMENTA: HABEAS CORPUS. REITEIRAÇÃO PARCIAL DE PEDIDO ANTERIORMENTE FORMULADO. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CPP. NÃO CONFIGURADO EXCESSO DE PRAZO PARA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. PROBLEMAS DE SAÚDE. TRANSFERÊNCIA DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO HOSTILIZADA. ORDEM DENEGADA.

- Os fatos noticiados são do conhecimento desta Turma, em vista da prevenção havida com os Habeas Corpus 4116-PE e 4160-PE.

- No presente caso, alegando a existência de fundamentos novos, socorre-se a impetração dos mesmos argumentos para apontar a existência de constrangimento ilegal, por ausência dos requisitos para a prisão preventiva e em razão de alegada extrapolação do prazo.

- Permanência dos motivos da manutenção da prisão preventiva, que não se resumem apenas ao fato de ter havido violação do lacre do esta-

belecimento interditado pela ANVISA, mas também à retirada de todos os medicamentos apreendidos para depósito clandestino, e ao fornecimento de endereços diversos, caracterizando o escopo em se esquivar da aplicação da lei penal. Persistentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, para garantir a ordem pública, a aplicação da lei penal e pela conveniência da instrução criminal.

- Do quanto noticiado na peça informativa, a complexidade da causa revela-se nas referências à atual fase da ação penal, dando conta da designação de audiência de instrução para oitiva das testemunhas de acusação e expedição de carta precatória para oitiva de testemunha de acusação nesta Capital.

- A transferência da paciente para estabelecimento prisional da capital do Estado, justificada em face da doença e da impossibilidade de prestação de assistência médica no local de origem, é expressão de cautela e zelo da magistrada, ao decidir pela possibilidade de se prosseguir com o tratamento de saúde em localidade que reúne médico e equipe médica especialistas em prestar a devida assistência à custodiada. Noutro dizer, a exigir a situação de saúde atenção redobrada, a decisão hostilizada atende a este anseio da defesa da paciente, por possibilitar o acesso a médicos e hospitais especializados.

- Ordem de habeas corpus denegada.

ACÓRDÃO

Decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 15 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados Manolys Marcelino Passerat de Silans e Mariana Petit Horácio de Brito, em favor de GEOVANEDJA KELLY BARBOSA RODRIGUES, contra decisão do juízo federal da 18ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco.

Nas suas razões, sobre os fatos de relevância a serem conhecidos, os impetrantes aduzem que a paciente foi submetida a uma cirurgia 20 dias antes de sua prisão em flagrante, o que teria impossibilitado o repouso necessário para a cicatrização e gerado, em decorrência, complicações em seu estado de saúde. Acrescem que, em decorrência desse quadro, precisou ser a paciente internada, e que a prisão cautelar estava sendo cumprida em hospital de Serra Talhada. “Demais disso, salienta-se que o quadro clínico da ora paciente foi consideravelmente agravado por forte desgaste psicológico advindo da prisão, que gerou a necessidade de medicamentos controlados e acompanhamento psiquiátrico, conforme demonstra atestado médico anexo”. Dizem mais. Mesmo com o delicado estado de saúde da paciente, derivado de complicações na cirurgia e de estado psicológico, o juízo da 18ª Vara Federal determinou a transferência da custódia para o Presídio Feminino do Recife, por entender que o quadro de funcionários deste órgão permitiria melhor acompanhamento de seu estado de saúde. Nesse ponto, asseveram os impetrantes que, de acordo com a declaração dos médicos do hospital onde a paciente estava internada, não houve autorização médica para a transferência, o que reforça o risco a que está sendo submetida a custodiada. Ainda, de conformidade com o atestado médico do psiquiatra que acompanha a paciente, haveria a necessidade de manutenção da internação por mais trinta dias, para prevenir o agravamento do quadro.

Por outro lado, apregoam ser, agora, outra a situação do processo, ao entendimento de não se acharem mais presentes os requisitos para a manutenção da prisão provisória. A embasar tal alegação, argumentam que o inquérito foi concluído, a paciente já

apresentou sua defesa, pelo que não mais existiria ameaça à instrução nem à aplicação da lei penal. Ainda neste tópico, alegam os impetrantes que haveria comprovação, por depoimento de testemunha e declaração do coacusado, que a paciente não teve participação ou conhecimento algum no rompimento do lacre da ANVISA, no estabelecimento comercial. Por derradeiro, os impetrantes enfatizam a apresentação do coacusado à polícia, o que afastaria risco à garantia da ordem pública.

Encontrando-se a paciente presa há mais de cem dias, reiteram os impetrantes o argumento de não haver risco à aplicação da lei penal, pois, já citada a paciente, o processo penal seguirá o seu curso normal, não tendo ela como obstaculizar os atos processuais vindouros. Reforçam que a paciente jamais atrapalhou a aplicação da lei penal e, ao contrário, já teria assinado termo de compromisso de comparecer a todos os atos do processo.

Em particular, conduzindo a discussão ao tema dos endereços informados, matéria discutida em outro *habeas corpus*, dizem os impetrantes “que todos os logradouros citados no inquérito pertencem ao distrito da culpa e correspondem a residências e sede de comércios de propriedade sua e de sua família, onde a mesma (paciente) poderia ser encontrada, sendo a imprecisão na indicação de um dos endereços decorrente do momento de aflição em que se encontrava a ré, quando fora abordada pelos policiais”. Aduzem que a paciente sempre indicara, por seus advogados, o mesmo endereço em que pudesse ser localizada.

A inicial veio instruída com a documentação do feito originário, e inclusive, da decisão guerreada, do termo de declarações do corréu Fabiano Gomes de Carvalho, bem como do atesto médico mencionado.

Deferi a ordem, em parte, apenas para que a paciente voltasse a ser custodiada pela direção prisional de Verdejante, garantindo-lhe o direito de permanecer no Hospital São Vicente no município de Serra Talhada, sob acompanhamento médico. Decisão, às folhas 85/88.

A douta magistrada de primeiro grau prestou as informações, acompanhadas de documentação, às folhas 93/115.

O parecer ministerial, subscrito pela Dra. Maria do Socorro Leite Paiva, é opinativo pela denegação da ordem.

É o relatório.

Ponho em mesa.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

Cumpre-me dizer, de logo, que os fatos noticiados no presente são do conhecimento desta Segunda Turma, tendo-se em vista da prevenção havida com outros dois *habeas corpus* impetrados em defesa da paciente.

Faço, pois, breve referência a tais feitos, em que a defesa não logrou demonstrar o alegado constrangimento ilegal.

No HC4116-PE, julgado na sessão de 26 de outubro de 2010, manteve-se a prisão preventiva da paciente para garantia à ordem pública, da aplicação da lei penal e por conveniência da instrução criminal.

Por outro lado, no HC4160-PE, na sessão de 14 de dezembro de 2010, a Turma novamente manteve a custódia preventiva, decretada diante da constatação de que a paciente, com o coautor Fabiano Gomes de Carvalho Sá, teria violado o lacre de estabelecimento interditado e retirado todos os medicamentos apreendidos para um depósito clandestino, bem como teria fornecido endereços falsos, caracterizando seu escopo em se dissuadir da aplicação da lei penal; ainda, rejeitou a preliminar de incompetência da Justiça Federal suscitada pela defesa, e afastou a alegação de excesso de prazo para a conclusão do inquérito policial. Neste ponto, revela-se incontestado que o inquérito policial foi instaurado em 14/09/2010 e, em 13/10/2010, deferido o pedido de prorrogação de prazo. Em 12/11/2010, o inquérito chegou ao Ministério Público, que ofertou a denúncia em 22/11/2010, sendo esta recebida em 26/11/2010.

Nesse quadrante, no presente *habeas corpus*, voltando-se primeiramente contra a manutenção da prisão preventiva, socorre-se a impetração dos mesmos argumentos para apontar a exis-

tência de constrangimento ilegal, seja por ausência dos requisitos para a prisão preventiva, seja em razão de alegada extrapolação do prazo.

Reporto-me aos julgamentos desses *habeas corpus* para reconhecer que ainda permanece inalterada a situação fático-jurídica em relação à paciente, pois presentes os requisitos para a custódia cautelar. Apenas por deferência ao pleito, a defesa não traz elemento novo, ou não demonstra uma real situação diferente daquela conhecida quando dos mencionados julgamentos, que possa ensejar nova análise quanto às alegações de constrangimento ilegal. Tais matérias, repito, foram suficientemente discutidas pela Turma, não havendo razão superveniente a justificar, por este remédio heróico, a reabertura de discussões das teses defensivas voltadas a este desiderato.

Foi a prisão preventiva decretada ante a constatação de que a ora paciente, em oportunidades distintas, teria informado três endereços ao menos como sendo de sua residência e do estabelecimento comercial de que é responsável com seu esposo. Ainda, teria havido violação do lacre de interdição do estabelecimento comercial e transferência irregular dos medicamentos.

Afasto, pois, o argumento de que pode favorecer ao pleito de mérito a confissão do corréu. Este, em depoimento à Polícia Federal, por cópia às folhas 67/68, afirmou que somente rompeu o lacre do depósito, efetuado pela ANVISA, por orientação de seu advogado ... Tal circunstância reveste-se da certeza da violação pelo corréu, mas não a responsabilidade da corré, ora paciente.

Ora, os motivos da preventiva não se resumem ao fato de ter havido violação do lacre do estabelecimento interditado, mas também à retirada de todos os medicamentos apreendidos para depósito clandestino, e ao fornecimento de endereços diversos, caracterizando o escopo em se dissuadir da aplicação da lei penal.

Portanto, persistentes ainda os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, para garantir a ordem pública, a aplicação da lei penal e pela conveniência da instrução criminal.

Noutro passo, textualmente alegam os impetrantes haver excesso de prazo, posto que se encontra a paciente presa há mais de cem dias, que houve o encerramento do inquérito policial e in-

clusiva já recebida a denúncia. Firme nesse argumento, alegam os impetrantes não representar a liberdade da paciente qualquer prejuízo para a instrução da ação penal.

Primeiramente, insta dizer, não procede a alegação de excesso de prazo para a conclusão da instrução penal. Trata-se de mera repetição de pleito já denegado.

Como bem demonstrado, o feito originário tramita sem qualquer inconveniência ou tumulto, pelo que descabe maior discussão a este respeito.

Ora, a alegação de excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal, mormente quando a sua extrapolação decorre da própria complexidade da ação penal, há que ser considerada em face do princípio da razoabilidade, e não em critérios aritméticos de rigor incontestes.

Todavia, já antecipou o relatório, bem consignou a ilustre procuradora regional da República em seu opinativo, resta a análise das alegações acerca do estado de saúde da paciente e do pedido que se volta contra a ordem judicial de transferência para o presídio na capital pernambucana. O pleito é para que a paciente volte a ser custodiada pela direção prisional do município de Verdejante, Pernambuco, com a garantia de sua permanência no Hospital São Vicente em Serra Talhada, para tratamento médico especializado e acompanhamento de psiquiatra.

A questão, neste ponto, em face de sua peculiaridade, em respeito à dignidade da pessoa humana, requer análise mais aprofundada do caso, diante da necessidade de se manter a prisão preventiva.

Da oportunidade de proceder a mais uma análise do caso, tenho que não se encontra maculada de qualquer ilegalidade a decisão de transferência.

Há que reconhecer, e o faço, a douta autoridade de primeiro grau prestou as suas informações de forma serena e precisa, a bem instruir o processo.

Em percuciente narrativa desta questão fática, demonstrou as razões de sua decisão em determinar a transferência da paciente para o Presídio Feminino do Bom Pastor, aqui em Recife. Expôs, sobremodo, que o presídio possui melhores condições de atendi-

mento médico-hospitalar, o que vem em prol da paciente. Não deixou, aliás, de reafirmar que se mantêm presentes os requisitos autorizadores da custódia preventiva. Refutou ainda a alegação de excesso de prazo, por evidência, ao informar a designação de audiência de instrução para oitiva das testemunhas de acusação (10/02/2011) e a expedição de carta precatória para oitiva de testemunha de acusação nesta Capital.

Transcrevo da peça informativa trecho contundente, com a intenção de tornar mais clara a situação fática dos autos, no que diz respeito a situação de saúde da paciente.

A ré apresentou, primeiramente, logo após a sua prisão em flagrante, **atestado médico relatando que teria sofrido cirurgia plástica no abdômen no dia 20 de agosto de 2010, que necessitaria de repouso de 30 dias**, que estaria sentindo calafrios e febre e por isso deveria se submeter a prisão domiciliar. Na oportunidade, como já relatado em outras informações, a autora foi posta em liberdade, já que não haveria, no momento, os fundamentos da prisão preventiva.

Ocorre que a ré informou endereços incorretos para a sua localização bem como em razão do rompimento do lacre de estabelecimento interditado e a retirada dos medicamentos que lá se encontravam veio a ser requerida a sua prisão preventiva pelo MPF.

Em razão disso, em 05 de outubro de 2010 veio a ser decretada a sua prisão preventiva, que foi cumprida em 06 de outubro de 2010, quando a ré foi presa e encaminhada à cadeia feminina de Verdejante. Na mesma data a autora apresentou pedido de liberdade provisória ou prisão domiciliar, o qual foi negado por este juízo.

Posteriormente, **em 28 de outubro de 2010, a ré veio novamente peticionar requerendo prisão domiciliar, alegando que estaria sentindo dores, calafrios e febre, bem como informando que seus filhos vêm desenvolvendo quadro de depressão em razão do afastamento da mãe, ora ré, juntando declaração de psicóloga escolar**. Tal pedido foi devidamente negado, por ser a prisão domiciliar situação excepcional e somente permitida em razão de doença grave e quando o estabelecimento prisional não possuir condições para prestar a assistência à saúde da presa.

Ainda, em 28 de outubro foi apresentado requerimento do advogado informando que a ré teria desmaiado e que estaria paralisada de um lado do corpo e necessitaria de sessões de drenagem linfática, solicitando atendimento médico hospitalar.

Em razão da alegação de urgência foi encaminhado o pedido do advogado para o estabelecimento prisional que a encaminhou para o atendimento de urgência.

O atendimento inicial da ré, ainda no posto de Verdejante, nada relata acerca da paralisação de um lado do corpo, indica que a mesma teria dor abdominal de leve intensidade e dificuldade para eliminação de flatos. Indica o quadro geral da paciente como sendo afebril, hidratada, consciente, decaída, eupnéico (respiração normal). O médico conclui a necessidade de investigação da dor abdominal e análise médica em razão de indicação do médico de drenagem linfática.

A paciente foi encaminhada para o hospital de Salgueiro, hospital mais próximo da prisão feminina de Verdejante, onde o médico, em atestado de difícil legibilidade, indica que a autora teria médico assistente de sua cirurgia plástica e a encaminha, **em quadro clínico estável**, para a análise do referido médico.

[...]

Posteriormente, em 08 de novembro de 2010, quando ainda estava internada no hospital de Serra Talhada em razão da dor abdominal, a autora apresenta **novo pedido de prisão domiciliar, alegando, subitamente, quadro depressivo** e afirmando, dentre outras informações, que “laudo médico é laudo médico. (...) o Poder Judiciário julga, o médico trata da doença, cada um com o seu”. Fundamenta tal pedido em laudo psicológico assinado por psicólogo e laudo psiquiátrico com indicação de tratamento de 60 dias.

[...]

Com vistas a saber as reais condições do hospital onde a ré se encontrava internada foi determinado ao oficial de justiça que procedesse à constatação.

Assim, ficou certificado às fls. 119/120 que a paciente se encontrava em quarto individual, com acesso à televisão, recebendo chamadas telefônicas e visitas sem regramento e limite de horário. Motivo pelo qual, ao tomar conhecimento da situação, o Ministério Público Federal requereu

a adequação da custódia preventiva em tela.

Foi então solicitado esclarecimento ao comando da polícia militar responsável pela custódia. O comandante informa que quando do recebimento da presa, encaminhada da cadeia pública de Verdejante, não lhe foi repassada nenhuma norma de regime prisional a ser aplicada. **Informa que a ré custodiada está em apartamento luxu solicitado e pago pela família da ré e que a televisão, telefone e outros bens fazem parte dos equipamentos disponibilizados pelo hospital. Informa que entrou em contato com a equipe responsável por parte do hospital que esclareceu ao comando que “a ré para a justiça e para a polícia é detenta, mas que para o hospital é uma cliente”** e que a mesma está pagando por um apartamento luxu e o hospital recebendo para tal e, portanto, só retirará qualquer equipamento por determinação judicial.

Em razão disso, à fl. 156, foi determinado à direção do hospital São Vicente para que adequasse a internação aos moldes da legislação de execução Penal [...].

Em 21 de dezembro a cadeia pública feminina de Verdejante encaminha atestado médico prorrogando a permanência da ré por mais trinta dias, a contar de 15 de dezembro de 2010, em razão de transtorno misto ansioso-depressivo.

Em 13 de janeiro de 2011, a ré anexou atestado médico testificando a sua doença e recomendando a manutenção e prolongamento do tratamento a que está submetida por mais 30 (trinta) dias, em razão de transtorno misto ansioso-depressivo.

Diante deste fato, foram solicitadas, por este juízo, informações ao médico signatário do atestado acerca do tipo de tratamento terapêutico e remédios (reações adversas e dosagens) utilizados na paciente. Em cumprimento, o médico prescreveu alguns remédios e informou que a paciente **deveria ser submetida a acompanhamento psiquiátrico e psicoterapia individual semanais.**

Por sua vez, a supervisora da cadeia Pública de Verdejante, em ofício, informou que o tratamento médico da custodiada estava por findar em 15 de janeiro de 2011, momento em que ela teria que ser encaminhada para estabelecimento que dispusesse de estrutura para fornecer o tratamento psiquiátrico adequado, o que não era o caso da

cadeia de Verdejante. **Juntou ainda ofício do MM juiz titular da comarca de Verdejante – juiz estadual – informando que a cadeia de Verdejante não pertence à gerência prisional de Serra Talhada e que as presas cautelares ou definitivas de Serra Talhada sejam custodiadas para a Colônia Penal Feminina de Buíque/PE. Solicitou, por fim, a transferência da custodiada para a Colônia Penal Feminina de Buíque/PE.**

Ocorre que, em contato com a colônia penal Feminina de Buíque/PE, foi informado (fl. 170) que aquele estabelecimento não dispõe, neste momento, de psicólogos ou profissionais da área de saúde, de tal forma que foi indeferido tal requerimento.

Diante deste contexto, uma vez que as cadeias de Verdejante e Buíque admitiram não ter condições de abrigar a custodiada ante a necessidade da ré de acompanhamento psiquiátrico e psicoterapia individual semanais, bem assim, ante a possibilidade deste tratamento ser a ela disponibilizado apenas no presídio Feminino Bom Pastor, já que este possui um quadro de funcionários da área de saúde, tais como: Psicólogos, Psiquiatras, Clínicos, Enfermeiros, assistentes Sociais, Terapeutas Ocupacionais e Odontologistas, foi determinada a sua transferência para esta unidade prisional.

Vale salientar que a sua internação no hospital Particular São Vicente em Serra Talhada teria sido inicialmente em razão de uma emergência referente a leve dor abdominal que subitamente se transformou em questões psiquiátricas e vem sendo prorrogada pelo estabelecimento prisional de Verdejante em razão exclusivamente de seu estado psiquiátrico, conforme se verifica dos atestados médicos juntados aos autos, e que somente vinha sendo mantido pelo fato de a cadeia pública feminina de Verdejante não possuir nenhum médico em sua equipe.

Posto em tais termos a questão, inconcebível a pretensão da defesa, ao argumento de que a paciente sofre constrangimento, pois estaríamos a desconhecer o zelo da magistrada em encaminhar a paciente a tratamento de saúde na única localidade que reúne médico e equipe especialistas. Em Recife, não há dúvida, como bem salientado. Apesar do esforço argumentativo da impe-

tração, a magistrada, friso, levou em consideração o estado de saúde da paciente.

Assim, a considerar o quadro de saúde descrito nos autos, desprovido de razão é o argumento dos impetrantes de que *a custódia na cadeia pública de Verdejante atendia às necessidades básicas da paciente*, premissa que vai de encontro à decisão da magistrada, que acertadamente determinou a transferência para o Recife.

Noutro dizer, a exigir a situação de saúde da paciente uma atenção redobrada, a decisão hostilizada atende a este anseio da defesa, justamente por possibilitar o acesso a médicos e hospitais especializados. Quer isto enfatizar, dentro dos limites necessários e razoáveis, limites que não podem caracterizar benesses ou condições que configurem ofensa ao princípio da isonomia para com os outros detentos. Manter a paciente em Verdejante, *próximo de seus familiares*, como diz a impetração, é pretensão que novamente se configura um contra-senso ao seu estado de saúde, *para quem sofre de distúrbios psiquiátricos*. Cogitar a permanência da paciente em uma das cidades do interior, mesmo em possível prejuízo de acompanhamento médico, é, de fato, agir em desconformidade de atendimento à saúde daquela. Na verdade, constitui-se o pedido da defesa irresignação inequívoca contra a manutenção da prisão preventiva, pleito que não se pode acolher, sob pena ainda se dar tratamento diferenciado, voltado à perspectiva de escolha de hospital e médicos, para acompanhamento psiquiátrico e psicoterapia individual semanais da paciente. Escolha, sim, pois, mesmo em possível prejuízo do acompanhamento médico, a paciente permaneceria numa das cidades do interior, não em Recife, a contrariar as afirmativas de que as cidades de Verdejantes e Buíque não possuem condições de abrigar a paciente, diante desse contexto.

Em aparte, como antes noticiado, há nos autos do processo originário certidão acerca da situação da paciente no hospital São Vicente. Refiro-me ao fato de a paciente encontrar-se em quarto individual (apartamento de luxo), com acesso a televisão, recebendo chamadas telefônicas e visitas, sem regramento e limite de horário. Foi dito que, por esse motivo, o representante ministerial em primeiro grau requereu a adequação da custódia preventiva da paciente.

Faço minhas, neste voto, as palavras da procuradora regional da República, destacando de seu parecer:

Outrossim, não há nos autos comprovação de que o estabelecimento para o qual a paciente foi transferida, qual seja, o Bom Pastor, esteja impossibilitado de prestar-lhe o atendimento médico necessário. A defesa não demonstrou ser o presídio da capital desprovido de condições suficientes ao atendimento médico da paciente que, conforme requisição médica de fl. 112, inclui acompanhamento psiquiátrico e psicoterapêutico semanal, além da administração de medicamentos. Desse modo, não se justifica o retorno da paciente ao hospital particular de Serra Talhada, uma vez que as referidas recomendações médicas podem ser perfeitamente atendidas pelos profissionais da área de saúde da Colônia Penal Feminina Bom Pastor.

Ademais, não cabe ao custodiado a escolha do local onde deverá se submeter a tratamento médico, cabendo ao Estado conciliar as razões de interesse público com o atendimento médico do preso. Desse modo, considerando que a capital pernambucana dispõe de presídio que atende às necessidades da paciente e, ainda, levando-se em conta o fato de que estando em Serra Talhada, cidade de sua residência e lugar onde ocorreu o crime, é possível o controle e articulação das provas do processo pela ré, de modo a prejudicar a elucidação do fato criminoso.

Portanto, presentes os requisitos da prisão preventiva, conforme amplamente abordado nos remédios constitucionais anteriormente impetrados em favor da paciente, cabe ao juiz a decisão do local onde deverá ser cumprida a prisão. Não se pode permitir que, no caso concreto, a paciente manipule o Judiciário com o fim de burlar a lei.

Há que se dizer, apenas por afeição ao debate, que inexistente qualquer irregularidade na manutenção da custódia da paciente, mesmo em se tratando de réu com graves problemas de saúde, se evidenciado que todas as medidas para viabilizar seu tratamento estão sendo levadas a efeito pelo juízo *a quo*.

Ante o exposto, acolhendo o parecer, denego a ordem de *habeas corpus*, cassando a liminar deferida.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 4.231-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Impetrante: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Impetrado: JUÍZO DA 2ª VARA FEDERAL DE SERGIPE
Paciente: JOSÉ AMÉRICO SANTOS CARDOSO JÚNIOR

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PEDIDO DE TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. DENÚNCIA POR INVASÃO E CONSTRUÇÃO DE MORADIA EM ÁREA DE MANGUEZAL. MANIFESTA ATIPICIDADE DO FATO. ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO QUE CONFERIU RAZOÁVEL PRESUNÇÃO DE REGULARIDADE À MORADIA. AUSÊNCIA DE DOLO EVIDENCIADA.

- Restando omissa a denúncia em especificar a data do pretenso dano ambiental – descumprindo o art. 41 do CPP –, há que se acolher a informação de que o paciente reside no local há mais de 10 (anos), pelo que se deve reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do delito tipificado no art. 38 da Lei nº 9.605/98.

- Verificando-se que o próprio Poder Público municipal vem autorizando a permanência de várias famílias instaladas em áreas de preservação ambiental semelhantes, que hoje se apresentam como verdadeiros bairros, com ruas pavimentadas, iluminação pública, esgotamento sanitário e outras estruturas que confirmam a presença do Estado no local, não há que se cogitar da ocorrência do delito previsto no art. 20 da Lei nº 4.947/66.

- Hipótese onde as circunstâncias trazem uma aparência de regularidade da situação aos olhos dos moradores, de sorte que seria incontornável que a exordial apontasse algum elemento, por menor que fosse, a evidenciar a conduta dolosa do paciente, demonstrando que ele, embora sa-

bendo que o imóvel era público, ainda assim resolveu ocupá-lo.

- Denúncia que se limitou a escudar-se no trabalho feito pelo IBAMA, com o que acabou virando as costas para a grave questão social ali vivenciada, cujo deslinde não deve ser buscado no âmbito do Direito Penal, que, regido pelo princípio da fragmentariedade, somente deve ter suas normas invocadas quando os demais ramos do direito se revelarem incapazes de solver as contendas.

- Ordem concedida. Ação penal trancada, em face da manifesta atipicidade do fato narrado.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do Relatório, Voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 15 de março de 2011 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Cuida-se de ordem de *habeas corpus* impetrada pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO em favor de JOSÉ AMÉRICO SANTOS CARDOSO JÚNIOR contra ato do MM. Juízo da 2ª Vara Federal de Sergipe, objetivando pôr termo ao constrangimento ilegal consubstanciado no recebimento de denúncia apresentada em face do paciente.

Informa que o Ministério Público Federal propôs ação penal em que atribui ao paciente a prática dos delitos tipificados nos arts. 20 e 38 da Lei nº 9.605/98, mercê da construção de moradia em área de manguezal, qualificada como Área de Preservação Per-

manente (APP), na região conhecida como Porto das Cabras, situada no Município de Barra dos Coqueiros/SE, existente há mais de 50 (cinquenta) anos.

Salienta que, por ocasião da defesa preliminar, levantou as seguintes teses: a) prejudicial de prescrição do crime previsto no art. 38 da Lei nº 9.605/98; b) a extinção da punibilidade pelo direito subjetivo à concessão do direito real de uso especial para fins de moradia; c) a atipicidade da conduta narrada na exordial, à míngua dos elementos objetivos e subjetivos do tipo penal; e d) a ausência de potencial consciência da ilicitude e o estado de necessidade.

A decisão que se seguiu, segundo afirma o impetrante, não enfrentou todos os fundamentos da defesa, repelindo a alegação de prescrição e consignando, no tocante à ausência de potencial consciência da ilicitude, que essa tese não tem o condão de permitir a absolvição sumária.

Ressalta o defensor público que já existe em curso uma ação civil pública e um termo de ajustamento de conduta que soluciona a permanência dos moradores de outra área na mesma cidade - Loteamento Olimar –, tombada sob o número 0020265420104058500, em relação à qual já houve decisão em agravo de instrumento, proferida nesta Corte, nos autos do AGTR nº 108674, antecipando a tutela recursal para determinar que a UNIÃO suspenda, pelo período de um ano, a demolição dos imóveis construídos na área em questão.

Além disso, destaca que também já existe acórdão deste Tribunal, da minha relatoria (HC nº 4164/SE), arquivando uma ação penal em caso idêntico, sob o fundamento da atipicidade da conduta por ausência de dolo, bem como a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Assim, conclui que o recebimento da denúncia atenta ao princípio da fragmentariedade do Direito Penal, na medida em que a questão já está sendo solucionada no âmbito civil, de modo que o manejo da ação penal pública representa medida arbitrária e precipitada, razão pela qual lhe falta justa causa.

Após repetir os argumentos ventilados na referida defesa preliminar, o impetrante pugna pela concessão de liminar que deter-

mine o imediato trancamento da ação penal, ou, quando não, a suspensão da audiência de instrução e julgamento designada para o próximo dia 2 de dezembro de 2010.

No mérito, requer o reconhecimento da ausência de justa causa para a ação penal, com o seu conseqüente trancamento (fls. 2-103).

O pedido de liminar foi deferido (fls. 107-110).

Notificada, a ilustre autoridade impetrada apresentou as informações de estilo (fls. 217-278).

A douta Procuradoria Regional da República emitiu parecer, opinando pela denegação da ordem (fls. 281-293).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

O Ministério Público Federal denunciou o paciente pela suposta prática dos delitos tipificados nos arts. 20 e 38 da Lei nº 9.605/98, em decorrência da construção de moradia em área de manguezal, qualificada como Área de Preservação Permanente (APP), na região conhecida como Porto das Cabras, situada no Município de Barra dos Coqueiros/SE.

A impetração persegue o trancamento da ação penal, valendo-se dos seguintes argumentos: a) prejudicial de prescrição do crime previsto no art. 38 da Lei nº 9.605/98; b) a extinção da punibilidade pelo direito subjetivo à concessão do direito real de uso especial para fins de moradia; c) a atipicidade da conduta narrada na exordial, à míngua dos elementos objetivos e subjetivos do tipo penal; e d) a ausência de potencial consciência da ilicitude e o estado de necessidade.

Pois bem. É sabido que a providência em questão se reveste de caráter excepcional, somente tendo lugar quando evidenciada nos autos: a) a ausência de indícios de autoria ou a inexistência de materialidade delitiva; b) a atipicidade da conduta; ou c) a extinção da punibilidade do réu.

Nesse sentido, caudalosa é a jurisprudência, da qual colho o precedente que encontro mais à mão:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE INFLUÊNCIA. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA E DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. IMPROCEDÊNCIA.

1. Segundo a iterativa jurisprudência desta Corte, o trancamento da ação penal, pela via do *habeas corpus* é medida excepcional, só admissível quando despontada dos autos, de forma inequívoca, a ausência de indícios de autoria ou materialidade delitiva, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

2. A peça vestibular preenche os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, descrevendo, com todas as suas circunstâncias, a existência de crime em tese, bem como a respectiva autoria, com indícios suficientes para a deflagração da persecução penal.

3. A exordial acusatória narra que o paciente assumira o compromisso, com terceira pessoa, em troca de proveito econômico, de tomar providências, junto à Prefeitura do Município de Santo André, para que fosse efetuado o pagamento do crédito de determinada empresa.

4. Perde relevância o momento da obtenção da vantagem econômica indevida, já que o delito previsto no art. 332 (tráfico de influência) é de ação múltipla ou conteúdo variado, contentando-se, nas modalidades formais, com a simples solicitação, exigência ou cobrança do proveito, em troca da suposta influência em ato funcional.

5. Ordem denegada.

(STJ, 6ª T., HC 146038/SP, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 10.5.2010) – destacamos.

No caso em apreço, a despeito do entendimento veiculado no parecer da douta Procuradoria Regional da República, a quem rendo minhas homenagens, considero que a ação penal é desarrazoada, mercê da manifesta atipicidade do fato narrado na denúncia.

Tal qual destaquei por ocasião do deferimento da liminar, as teses sustentadas na impetração já renderam ensejo, inclusive, a algumas sentenças benéficas a acusados em idêntica situação, extinguindo as respectivas ações penais sem resolução de mérito, conforme se lê nas reproduções de fls. 88-95.

Ademais, a eg. Segunda Turma, em recente acórdão, da mi-
nha relatoria, concedeu ordem de *habeas corpus* para determinar
o trancamento de ação penal em caso semelhante, como ilustra a
ementa abaixo transcrita:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*.
PEDIDO DE TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. DENÚNCIA
POR INVASÃO E CONSTRUÇÃO DE MORADIA EM
ÁREA DE MANGUEZAL. MANIFESTA ATIPICIDADE DO
FATO. ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO QUE CONFERIU
RAZOÁVEL PRESUNÇÃO DE REGULARIDADE À MO-
RADIA. AUSÊNCIA DE DOLO EVIDENCIADA.

- Restando omissa a denúncia em especificar a data do
pretensado dano ambiental – descumprindo o art. 41 do
CPP –, há que se acolher a informação de que a paciente
reside no local há mais de 10 (anos), pelo que se deve
reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão puni-
tiva do delito tipificado no art. 38 da Lei nº 9.605/98.

- Verificando-se que o próprio Poder Público municipal au-
torizou a permanência de várias famílias instaladas na área
da “Invasão Olimar”, que hoje se apresenta como um ver-
dadeiro bairro, com ruas pavimentadas, iluminação públi-
ca, esgotamento sanitário e outras estruturas que confir-
mam a presença do Estado no local, não há que se cogitar
da ocorrência do delito previsto no art. 20 da Lei nº
4.947/66.

- Hipótese onde as circunstâncias trazem uma presunção
natural de que há uma aparência de regularidade na situa-
ção aos olhos dos moradores, de sorte que seria incontorná-
vel que a exordial apontasse algum elemento, por me-
nor que fosse, a evidenciar a conduta dolosa daqueles in-
divíduos desfavorecidos, demonstrando que eles, sabendo
que o imóvel era público, ainda assim resolveram ocupá-
lo.

- Denúncia que se limitou a escudar-se no trabalho feito
pelo IBAMA, com o que acabou virando as costas para a
grave questão social ali vivenciada, cujo deslinde não deve
ser buscado no âmbito do Direito Penal, que, regido pelo
princípio da fragmentariedade, somente deve ter suas nor-
mas invocadas quando os demais ramos do direito se re-
velarem incapazes de solver as contendas.

- Ordem concedida. Ação penal trancada, em face da ma-
nifesta atipicidade do fato narrado.

(TRF 5ª Região, 2ª T., HC 4164-SE, Rel. Des. Fed. FRAN-CISCO WILDO, *DJe* de 28.1.2011).

Chama a atenção, no mesmo contexto, a decisão monocrática proferida nesta Corte Regional, nos autos do AGTR 108674/SE, na qual o eminente relator, o Desembargador Convocado EMILIANO ZAPATA LEITÃO, assim consigna:

[...] Ante o exposto, defiro, em parte, o pedido de antecipação da tutela recursal **para determinar que a União suspenda pelo período de 1 (um) ano, a contar da presente decisão, os atos de demolição dos imóveis construídos na área objeto do litígio, bem assim quaisquer outros atos que importem retirada das famílias e de seus pertences daquela área**, a fim de que, nesse período, as partes envolvidas e o poder público possam encontrar e adotar as medidas necessárias à acomodação e ao assentamento das famílias envolvidas no litígio em locais condignos e capazes de atender suas necessidades básicas de moradia. [...] Destacamos.

Esses dados realmente corroboram a alegação, formulada pelo impetrante, no sentido de que este Tribunal reconheceu o problema da moradia, naquela região do Município de Barra dos Coqueiros/SE, como déficit, sendo incoerente conferir uma conotação penal à conduta dos ocupantes da área em litígio, que ali se encontram há mais de 10 anos, conforme enfatizado na decisão que deferiu sua permanência no local.

Com efeito, afigura-se desarrazoado pretender-se resolver na seara criminal uma questão que envolve o problema das ocupações irregulares de terras da UNIÃO, os pretensos danos ambientais e a mora do poder público em assegurar o direito social à moradia.

Cumpre observar que o delito tipificado no art. 38 da Lei 9.605/98, cuja conduta consiste na “*Destruição ou danificação de floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção*”, é classificado como instantâneo de efeitos permanentes, eis que a violação não se protraí no tempo, como evidenciam os verbos que figuram como núcleos do tipo.

Na hipótese, o Ministério Público não se preocupou em fixar os fatos no tempo, deixando de especificar a data em que ocorreu o pretense dano ambiental, com o que descumpriu os termos do art. 41 do CPP.

Assim, considerando-se a informação, constante da impetração, no sentido de que o ré já mora no local há mais de 10 (anos) – tratando-se, inclusive, de loteamento que, segundo se afirma, existiria há cerca de 50 (cinquenta) anos –, tem-se que o prazo prescricional começou a fluir a partir do alegado dano, consumando-se em 8 (oito) anos, em razão da pena máxima cominada à dita infração penal.

Tendo a denúncia sido recebida no ano de 2010, resta evidente a ocorrência dessa causa extintiva da punibilidade, de vez que o delito já se encontrava prescrito desde 2008.

No tocante ao injusto penal de que trata o art. 20 da Lei nº 4.947/66, a situação merece ser vista sob outro ângulo. Referida conduta delituosa se acha assim descrita:

Art. 20. Invadir, com intenção de ocupá-las, terras da União, dos Estados e dos Municípios:

Pena: Detenção de 6 meses a 3 anos.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, com idêntico propósito, invadir terras de órgãos ou entidades federais, estaduais ou municipais, destinados à Reforma Agrária.

Como mencionei, foram proferidas algumas sentenças absolutórias na Seção Judiciária de Sergipe, em favor de pessoas que se encontram na mesma situação do paciente, todas apontando a deficiência da denúncia em descrever o elemento volitivo inerente ao fato delituoso.

Realmente, o *Parquet* limitou-se a fundamentar sua pretensão punitiva meramente no auto de infração lavrado pelo IBAMA, que não se mostra suficiente para retratar o dolo do agente em praticar o crime em tela.

Nesse contexto, precisa é a observação do Juiz Federal EDMILSON PIMENTA, da 3ª Vara da Seção Judiciária de Sergipe, ao proferir sentença na Ação Penal nº 0004111-47.2009.4.05.8500, absolvendo uma das moradoras de área invadida:

[...] Aliás, procede a informação passada pela acusada de que o próprio Poder Público municipal autorizou a permanência de várias famílias instaladas na área da Invasão Olimar nesta, uma vez que a Lei Estadual nº 6.367/2008 destinou, em seu art. 1º, inciso IV, item 9, recursos para pavimentação e drenagem dos “Loteamentos Olimar, Marivan e Moisés Gomes Pereira na Barra dos Coqueiros”, tanto que, **hoje, a área se apresenta como um verdadeiro bairro, com ruas pavimentadas, iluminação pública, esgotamento sanitário e outras estruturas que confirmam a presença do Estado no local.** [...] (fl. 160) – destacamos.

Ora, não há dúvidas de que o quadro acima exposto traz uma presunção natural de que há uma aparência de regularidade na situação aos olhos dos moradores, de sorte que seria incontornável que a exordial apontasse algum elemento, por menor que fosse, a evidenciar a conduta dolosa daqueles indivíduos desfavorecidos, demonstrando que eles, sabendo que o imóvel era público, ainda assim resolveram ocupá-lo.

Preferiu o MPF, lamentavelmente, escudar-se no trabalho feito pelo IBAMA, com o que acabou virando as costas para a grave questão social ali vivenciada, cujo deslinde não deve ser buscado no âmbito do Direito Penal, que, regido pelo princípio da fragmentariedade, somente deve ter suas normas invocadas quando os demais ramos do direito se revelarem incapazes de solver as contendas.

Isso é o quanto me basta para deferir a ordem impetrada, determinando o imediato trancamento da Ação Penal nº 0004069-95.2009.4.05.8500, em razão da manifesta atipicidade do fato narrado na denúncia.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 4.234-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR
Impetrante: ANA ARRUDA
Impetrado: JUÍZO DA 6ª VARA FEDERAL DA PARAÍBA
Paciente: ADERILDO MIRANDA CAVALCANTI JÚNIOR (RÉU PRESO)

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. EXCESSO DE PRAZO. TENTATIVA DE LATROCÍNIO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. MANUTENÇÃO DA PRISÃO.

- O paciente foi preso em flagrante delito em decorrência de investigação policial que identificou suposta quadrilha especializada em assaltos a bancos nas regiões da Paraíba e de Pernambuco.

- Considera-se idônea decisão judicial que decretou a prisão preventiva do paciente fundamentada na necessidade de prorrogação da investigação criminal como forma de garantir a ordem pública, vez que presentes a materialidade delitiva e os indícios de autoria (art. 312, CPP).

- À falta de regramento específico sobre o limite temporal máximo da prisão preventiva, a verificação de excesso de prazo submete-se à observância do princípio da razoabilidade, tendo-se em mira a complexidade do feito e a quantidade dos investigados envolvidos, in casu, em número de 08 (oito) acusados.

- O fato de o paciente ser primário, ter residência fixa e ocupação lícita não é suficiente para revogação da prisão preventiva, se há nos autos outros elementos que recomendem a segregação cautelar.

- Ordem denegada.

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, denegar a ordem, nos termos do voto do Relator.

Recife, 15 de março de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE
JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Aderildo Miranda Cavalcanti Júnior contra ato do Juiz da 6ª Vara Federal da Paraíba, que ao receber a denúncia em 05/11/2010 manteve a prisão preventiva do paciente e dos demais denunciados que fora decretada pela Justiça Estadual em 18/02/2009.

Sem apreciação de liminar, requisitei informações.

Informações apresentadas, fls. 76/77.

Parecer ofertado, fls. 79/84, pela denegação da ordem, cuja ementa guarda o seguinte teor:

CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. TENTATIVA DE LATROCÍNIO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. COMPLEXIDADE DO FEITO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA.

- Complexidade do processo, retardamento injustificado, atos procrastinatórios da defesa e o número de réus envolvidos são fatores que, analisados em conjunto ou separadamente, indicam ser, ou não razoável o prazo para o encerramento da instrução criminal.

- A necessidade de decretação da custódia preventiva revela-se medida imprescindível para assegurar a ordem pública e efetividade da lei penal, nos termos do que dispõe o art. 312 do CPP.
- Parecer pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PE-REIRA NOBRE JÚNIOR (Relator):

De acordo com a inicial e as informações prestadas pela autoridade dita coatora, o paciente encontra-se segregado desde o dia 03/02/2009, quando foi preso em flagrante delito em razão de integrar quadrilha armada, composta por 8 (oito) pessoas, especializada na prática de roubo a bancos e outros crimes patrimoniais; tendo sua prisão em flagrante sido convertida em prisão preventiva em 18/02/2009.

O processo tramitou na Justiça Estadual até setembro de 2010, momento em que foi reconhecida a incompetência da Justiça Estadual para o processamento da causa. Após o oferecimento da denúncia em 28/10/2010, o Juiz Federal da 6ª Vara da Paraíba recebeu em 05/11/2010 a denúncia, ao tempo em que ratificou a prisão preventiva dos réus.

A concessão de *habeas corpus* em razão da configuração de excesso de prazo é medida excepcional, somente admitida nos casos em que a dilação seja decorrência exclusiva de diligências suscitadas pela acusação; resulte da inércia do próprio aparato judicial, em obediência ao princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal; ou implique ofensa ao princípio da razoabilidade.

Assim, no que tange à afirmação de excesso de prazo, à falta de regramento específico sobre o limite temporal máximo da prisão preventiva, impõe-se observar o princípio da razoabilidade, tendo-se em mira a complexidade do feito e a quantidade de investigados envolvidos.

Como observado pela autoridade coatora, em suas informações, são 08 (oito) as pessoas envolvidas na prática dos delitos,

encontrando-se o processo na fase de oferecimento das defesas preliminares. Aduz, ainda, a autoridade coatora, que até o presente momento 05 (cinco) acusados manifestaram-se, restando, pois, o oferecimento da defesa de 03 (três) dos acusados. Do total de 08 (oito) acusados, 7 (sete) estão recolhidos nos presídios, encontrando-se um dos acusados em local incerto e não sabido.

Assim, diante da complexidade da matéria – formação de quadrilha e assalto a bancos nas regiões dos estados da Paraíba e de Pernambuco e em razão do número de acusados envolvidos –, verifico não haver excesso de prazo na condução do processo. Ademais, o processo somente iniciou o trâmite na Justiça Federal em 28/10/2010.

Por oportuno, trago à colação julgado do Superior Tribunal de Justiça que trata sobre a inexistência de excesso de prazo quando se tratar de processo que tenha grande quantidade de envolvidos e seja complexo o feito:

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. CRIMES DE ROUBO A BANCOS, FORMAÇÃO DE QUADRILHA, FALSIDADE DE DOCUMENTO, PORTE DE ARMA E DANO. PRISÃO PREVENTIVA EM 13.03.2007. CRIMES COMETIDOS EM DIFERENTES COMARCAS, PELA MESMA QUADRILHA. INSTAURAÇÃO DE TRÊS AÇÕES PENAIIS DISTINTAS: UMA DELAS TEVE A DENÚNCIA REJEITADA, NA OUTRA JÁ FOI PROFERIDA A SENTENÇA, CONDENANDO O PACIENTE À PENA DE 16 ANOS DE RECLUSÃO, REGIME INICIAL FECHADO. A TERCEIRA, EM RAZÃO DA COMPLEXIDADE DO FEITO, DA PLURALIDADE DE ACUSADOS, PRESOS EM DIFERENTES COMARCAS E DA NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CARTAS PRECATÓRIAS AINDA AGUARDA FINALIZAÇÃO. PRISÃO DO PACIENTE QUE NÃO DECORRE DESTA ÚLTIMO FEITO, MAS DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO PROCESSO ANTERCEDENTE. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. A concessão de *habeas corpus* em razão da configuração de excesso de prazo é medida de todo excepcional, somente admitida nos casos em que a dilação (A) seja decorrência exclusiva de diligências suscitadas pela acusação; (B) resulte da inércia do próprio aparato judicial, em obediência ao princípio da razoável duração do proces-

so, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal; ou (C) implique em ofensa ao princípio da razoabilidade.

2. No presente caso, constata-se que, em verdade, o paciente possui três ações penais deflagradas: na primeira, o MM. Juiz rejeitou a denúncia, porque os fatos seriam os mesmos apurados em outra ação penal; na segunda, foi condenado à pena de 16 anos de reclusão, em regime inicial fechado; por fim, é a terceira ação penal que aguarda finalização.

3. A dilação para a conclusão dessa última instrução pode ser debitada à complexidade do feito, à quantidade de acusados, bem como à necessidade de expedição de cartas precatórias, em razão de haver réus presos em outras comarcas; registre-se, ainda, por terem os réus supostamente cometido diversos crimes (roubo a bancos, formação de quadrilha, sequestro, cárcere privado, falsidade de documento, porte de arma e dano) em diferentes cidades, contra várias vítimas, houve discussão acerca da competência e conexão da Ação Penal, que ensejaram uma maior demora no trâmite processual.

4. De qualquer forma, pelo que se depreende dos autos, a prisão do paciente não decorre unicamente do processo em andamento, mas da execução provisória da sentença proferida em outra Ação Penal.

5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

6. Ordem denegada.

(HC 149110, STJ/5ª T., Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, publ. no *DJE* de 29/03/2010).

Vale ressaltar que a custódia cautelar do paciente foi decretada com o escopo de garantir a ordem pública, com o fim de evitar reiteração delitiva na prática de assaltos a instituições bancárias.

Ademais, o fato de o paciente ser primário, possuir residência fixa e ocupação lícita não é suficiente para a revogação da prisão preventiva, se há nos autos outros elementos que recomendem a segregação cautelar.

Sobre o tema, apresento julgado do Supremo Tribunal Federal:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Possível constrangimento ilegal sofrido pelo paciente devido à ausência dos requisitos autorizadores para a decretação de sua prisão preventiva.
2. Diante do conjunto probatório dos autos da ação penal, a manutenção da custódia cautelar se justifica para a garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.
3. Como já decidiu esta Corte, “a garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos” (HC 84.658/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ*03/06/2005), além de se caracterizar “pelo perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação” (HC 90.398/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJ*18/05/2007). Outrossim, “a garantia da ordem pública é representada pelo imperativo de se impedir a reiteração das práticas criminosas, como se verifica no caso sob julgamento. A garantia da ordem pública se revela, ainda, na necessidade de se assegurar a credibilidade das instituições públicas quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal” (HC 98.143, de minha relatoria, *DJ*27-06-2008).
4. A circunstância de o paciente ser primário, ter bons antecedentes, trabalho e residência fixa, à evidência, não se mostra obstáculo ao decreto de prisão preventiva, desde que presentes os pressupostos e condições previstas no art. 312, do CPP (HC 83.148/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, *DJ*02.09.2005).
5. *Habeas corpus* denegado.
(HC 96579, STF, 2ª T., Rel. Min. Ellen Gracie, julg. por unan. em 02/06/2009)

Com essas considerações, denego a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 4.235-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Impetrante: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Impetrado: JUÍZO DA 4ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Paciente: TATIANE SOUZA ROBERTO

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRETENSÃO DE SE TRANCAR AÇÃO PENAL POR SUPOSTA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. DESCAMINHO. DESTINAÇÃO COMERCIAL DOS PRODUTOS. AVALIAÇÃO INICIAL DAS MERCADORIAS QUE ULTRAPASSA O PISO PARA O AJUIZAMENTO DE EXECUÇÕES FISCAIS. VALOR TOTAL DOS TRIBUTOS DEVIDOS NÃO AFERIDO. AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ E CERTEZA DO MONTANTE DO DÉBITO. IMPOSSIBILIDADE DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR RESTAR DÚVIDA QUANTO À FALTA DE JUSTA CAUSA. PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO QUE SE TRADUZ EM SANÇÃO PENAL. INFRIÇÃO AOS PARÂMETROS ESTABELECIDOS NA LEI Nº 9.099/95. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

- Restando confessada a destinação comercial das mercadorias e a sua importação sem o pagamento dos tributos devidos, tem-se caracterizada a conduta típica, devendo, a princípio, seguir normalmente a instrução penal.

- A alegação de que o valor dos tributos devidos é inferior ao piso para a promoção de execução pela Fazenda carece de demonstração, não se podendo promover dilação probatória em sede de habeas corpus.

- Se a proposta de suspensão condicional do processo foge ao estabelecido na Lei nº 9.099/95 e adentra ao campo de antecipação de pena, ca-

racterizado está o constrangimento ilegal, devendo o Ministério Público Federal adequar a sua proposta à lei.

- Ordem parcialmente concedida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 15 de março de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Tatiane Souza Roberto, paciente que figura como ré em ação penal por descaminho por ter sido flagrada no Aeroporto Internacional dos Guararapes, em Recife, na posse de “20 *playstations*, 80 controles para *playstation*, 6 *pendrives* e 100 cartões de memória para *playstation*, todos de procedência chinesa”, desacompanhados de qualquer documentação fiscal.

Sustenta o impetrante, em síntese, que o recebimento da denúncia constitui ilegalidade por ser atípica a conduta referida na denúncia, considerada assim em face do valor das mercadorias – R\$ 11.640,88 –, que não geraria um valor devido em tributos superior ao parâmetro utilizado para a dispensa da cobrança de execuções fiscais – R\$ 10.000,00.

Em pedido alternativo, requer a possibilidade de se pronunciar sobre a suspensão condicional do processo em bases não punitivas, visto que a proposta inicialmente apresentada incluiria pena de prestação de serviços e pena de doação de cestas básicas.

Por ocasião da análise da liminar assim me pronunciei: “A impetração invoca o princípio da insignificância para postular liminar de suspensão de audiência admonitória em processo a que a paciente responde pela prática de descaminho, mas indica o valor de R\$11.640,88 das mercadorias apreendidas, o que excede o limite adotado por benévola orientação jurisprudencial que equipara a autorização ao procurador da Fazenda Nacional de não propor execução fiscal de dívida inferior a R\$10.000,00 com o conceito de lesão ao patrimônio público para efeito de avaliação da pretensão punitiva. Ante o exposto, denego a liminar”.

Após as informações de estilo, foram os autos à d. Procu-
radoria Regional da República que se posicionou pela concessão
da ordem em Parecer assim ementado:

CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. AÇÃO PENAL.
TRANCAMENTO. *HABEAS CORPUS*. RECEBIMENTO DA
DENÚNCIA. CRIME DE DESCAMINHO. VALOR SONE-
GADO INFERIOR AO ESTIPULADO NO ART. 20 DA LEI
10.522/02. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABI-
LIDADE. PRECEDENTES.

1 - Inicialmente, há se destacar que não há nenhuma men-
ção de que a conduta criminosa em apuração seja reitera-
da ou que o (*sic*) paciente faça do descaminho o seu modo
de vida.

2 - Dessa forma, consoante precedentes do Supremo Tri-
bunal Federal, como o valor do tributo sonegado é inferior
ao estipulado no art. 20 da Lei 10.522/02, deve ser aplica-
do o princípio da insignificância.

- Parecer pela concessão da ordem para trancar a ação
penal.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMA-
RÃES (Relator):

É certo que a paciente foi flagrada no Aeroporto Internaiconal
dos Guararapes, em Recife, quando retornava de viagem a São
Paulo, na posse de “20 *playstations*, 80 controles para *playstation*,
6 *pendrives* e 100 cartões de memória para *playstation*, todos de

procedência chinesa”. É certo também que a mesma confirmou a destinação comercial da aquisição.

Neste contexto, considerando que não houve o recolhimento dos tributos devidos, caracterizada está a conduta típica, ensejadora da persecução penal.

Afirma a impetrante que o valor dos tributos devidos não excederia a R\$ 10.000,00, valor mínimo para a Fazenda promover execução fiscal, devendo, segundo seu sentir, aplicar-se o princípio da insignificância. Tal ilação se deve ao valor apontado para as mercadorias, que seria de R\$ 11.640,88.

Em primeiro lugar, não há registro nos autos do cálculo do que seria efetivamente devido pela ré, cuidando a afirmação de que tal montante seria inferior a dez mil reais apenas em especulação.

Em segundo lugar, considerando que há diversas alíquotas para o cálculo de imposto de importação, e que estas variam conforme o produto e conforme a política econômica adotada, não se sabe ao certo o que seria devido, tanto em grau de impostos, quanto em taxas e outras tarifas pertinentes pela importação irregular dos produtos.

Assim sendo, não há certeza quanto ao montante devido pela paciente, de modo que, não se podendo em sede de *habeas corpus* produzir-se dilação probatória, tem-se a alegação da impetrante como controversa, não se devendo, *a priori*, trancar a ação penal correspondente.

Por outro lado, o Ministério Público Federal propôs a suspensão condicional do processo apresentando, entre outras, condições de caráter punitivo, como a prestação de serviços a entidade beneficente e o pagamento de cestas básicas.

Entendo que a disposição da Lei nº 9.099/95 assim não o autoriza, havendo a redação do seu artigo 89 elencado condições de cunho comportamental e socializador, e não ações punitivas, estas resguardadas para a esfera da lei penal.

Esse também é o entendimento esposado na decisão do egrégio Supremo Tribunal Federal que, reformando acórdão do colendo Superior Tribunal de Justiça assim se pronunciou:

DECISÃO:

Vistos.

Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Jair Aires Neckel, apontando como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que proveu o REsp nº 1.179.684/RS, Relator o Ministro Felix Fischer, interposto pelo *Parquet* do Estado do Rio Grande do Sul.

Sustenta a impetrante, em síntese, o constrangimento ilegal imposto ao paciente, tendo em vista a “imposição de uma pena restritiva de direito como condição facultativa para a suspensão condicional do processo”. Aduz, para tanto, que “não poderia servir como oferta do Ministério Público estadual, a título de suspensão condicional do processo, pena restritiva de direito, a despeito do que assinala o § 2º do art. 89 da Lei 9.099/95, o qual autoriza a fixação de outras condições tidas como facultativas para a realização do *sursis* processual, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. Fazendo isso, ocorreria, de fato, uma verdadeira antecipação de pena” (fl. 5 da inicial).

Requer, ao final, o deferimento da liminar para suspender os “efeitos do acórdão do egrégio STJ até o julgamento definitivo do *writ*” e, no mérito, pede a concessão da ordem para “excluir a prestação de serviços à comunidade como condição facultativa do *sursis* processual” (fl. 12 da inicial). Examinados os autos, decido.

Narra a impetrante, na inicial, que:

(...)

Na instância singela, o paciente foi denunciado pelas supostas práticas delitivas descritas nos artigos 129, § 9º, e 147, ambos do Código Penal, em concurso material.

Após ter sido recebida a peça acusatória na data de 16/07/2008, a Defesa Pública Estadual apresentou resposta à acusação. Em seguida, os autos judiciais foram encaminhados ao Ministério Público para elaboração de proposta de suspensão condicional de processo.

Uma das condições ofertadas pelo *Parquet* para a concessão do *sursis* processual foi a de prestação de serviços comunitários.

Irresignada, a Defesa Pública perante o juízo de 1º grau manifestou-se pela inviabilidade da imposição de precitada condição facultativa, haja vista estarmos diante de uma

pena restritiva de direito.

Não foi atendida!

Daí adveio a impetração proposta pela Defesa Pública Estadual perante o Tribunal de Justiça, com o fim de excluir a prestação de serviços à comunidade do rol das condições do *sursis* processual. Nesse momento, o intuito defensivo foi acolhido pela Corte Estadual Gaúcha.

O inconformismo, portanto, mudou de lado. O Ministério Público do Rio Grande interpôs recurso especial ao Colendo Superior Tribunal de Justiça de modo a novamente inserir a prestação de serviços à comunidade como uma das condições para a consecução da suspensão condicional do processo. A egrégia Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao apelo nobre, conforme se constata na ementa a seguir:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. POSSIBILIDADE.

I - A teor do disposto no art. 89, § 2º, da Lei nº 9.099/95, afigura-se legítima a estipulação de condições facultativas, além daquelas previstas no parágrafo primeiro, para a suspensão condicional do processo.

II - Assim, a fixação de condição consubstanciada em prestação de serviços comunitários, desde que observados os princípios da adequação e da proporcionalidade, não configuram constrangimento ilegal, não equivalendo, portanto – tal determinação – à imposição antecipada de pena (Precedentes).

Recurso provido. (Fls. 2 a 4 da inicial – grifos no original).

Essa é a razão pela qual se insurge a impetrante neste *writ*.

O deferimento de liminar em *habeas corpus*, como se sabe, é medida de caráter excepcional, cabível apenas se a decisão impugnada estiver eivada de ilegalidade flagrante, demonstrada de plano, ou quando a situação apresentada nos autos representar manifesto constrangimento ilegal. Na hipótese vertente, verifica-se, de forma evidenciada, situação de flagrante ilegalidade apta a ensejar o deferimento da medida liminar.

Pelo que se depreende do acórdão impugnado, o Superior Tribunal de Justiça proveu o recurso especial interposto pelo *Parquet* estadual para restabelecer as condições por ele ofertadas para a concessão do *sursis* processual ao paciente, dentre elas a de prestação de serviços comunitários pelo prazo de três meses.

Suspensão condicional do processo com a imposição de qualquer sanção penal, mesmo porque, na hipótese, não há instrução criminal nem condenação. Desta feita, neste juízo de cognição sumária, revela-se incongruente, no caso concreto, a utilização de referida medida punitiva na fase condicionante.

Ante o quadro, sem prejuízo do reexame posterior da matéria, defiro a liminar para suspender, até o julgamento definitivo desta impetração, os efeitos do julgado proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos do Resp nº 1.179.684/RS.

Comunique-se, com urgência, solicitando informações à autoridade coatora e ao Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Lajeado/RS.

Publique-se.

Brasília, 26 de outubro de 2010.

Ministro DIAS TOFFOLI

Relator

(HC 105924 MC / RS - RIO GRANDE DO SUL; MEDIDA CAUTELAR NO *HABEAS CORPUS*; Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI; Julgamento: 26/10/2010; Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO; DJe-217 DIVULG 11/11/2010 PUBLIC 12/11/2010)

Por essas razões, concedo parcialmente a ordem para que o Ministério Público adequue a proposta de suspensão condicional do processo aos ditames da Lei nº 9.099/95.

É como voto.

INQUÉRITO Nº 2.093-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO
Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Indic./Invdo.: SEM INDICIADO
Investigados: JOSÉ ROBERTO DE LIMA, JOSÉ ROSENDO LUIS
DE OLIVEIRA, MARCOS TADEU SILVA E ELITON
FERREIRA DA SILVA

**EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. PRE-
FEITO. PROPRIETÁRIO DE CONSTRUTORA.
CHEFE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO. FRAU-
DE AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME
LICITATÓRIO. ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93.
INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM, EM FACE DE
AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO NA JUSTIÇA
FEDERAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA E ATIPICI-
DADE DA CONDUTA NÃO CONFIGURADAS.
INDÍCIOS DE AUTORIA, DE MATERIALIDADE, E
DE DOLO, NA PRÁTICA DO DELITO. DENÚNCIA
RECEBIDA.**

**- Inquérito instaurado para apurar a possível prá-
tica do delito previsto no art. 90 da Lei nº 8.666/
93, pelo Prefeito do Município de Riacho de San-
to Antônio/PB, o Chefe da Comissão de Licita-
ção, e os representantes da empresa vencedora
do certame licitatório fraudulento.**

**- Denunciados que, no procedimento licitatório
nº 04/2008, do interesse da Prefeitura do Municí-
pio de Riacho de Santo Antônio/PB, instaurado
para a aplicação dos recursos oriundos do Mi-
nistério do Turismo, destinados à construção e
reforma dos paralelepípedos das ruas principais
do referido Município, no valor de R\$ 513.228,61
(quinhentos e treze mil, duzentos e vinte e oito
reais e sessenta e um centavos), buscaram bur-
lar o referido procedimento seletivo, a fim de
adjudicar seu objeto à Construtora Planalto Ltda.,**

de propriedade de outro denunciado, mediante o pagamento de “comissões” que podiam chegar a 10% (dez por cento) do valor do contrato.

- Alegação de bis in idem em face de outro processo em andamento perante a Justiça Federal, já com denúncia recebida, relativamente aos denunciados, que não possuem prerrogativa de foro. Improcedência. O sistema informatizado deste Tribunal fez certo que o objeto da dita Ação Penal nº 2004.82.01.002068-0 vincula-se ao processamento e julgamento de estelionato, de falsidade ideológica, de crimes contra a Ordem Tributária e de “Lavagem” ou Ocultação de Bens, Direitos ou Valores (art. 22 da Lei nº 9.613/98), sendo diversos o pedido e a causa de pedir, não se configurando o alegado bis in idem.*
- Denúncia que se adequa às exigências legais para o seu recebimento, havendo indícios que apontam para a possibilidade, ao menos em tese, da existência de práticas delituosas.*
- Alegações deduzidas na defesa prévia que reclamam dilação probatória, o que impossibilita o encerramento da persecução penal, nesta face do processo.*
- Defesas prévias que não ilidiram as increpações constantes da peça acusatória. Fatos que, em tese, configuram o ilícito previsto no art. 90 da Lei nº 8.666/93. Denúncia recebida.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, receber a denúncia, 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, 9 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Inquérito que foi instaurado com o fito de apurar a responsabilidade penal de JOSÉ ROBERTO DE LIMA, Prefeito do Município de Riacho de Santo Antônio/PB, JOSÉ ROSENDO LUÍS DE OLIVEIRA, MARCOS TADEU SILVA, respectivamente, responsável legal, e responsável de fato, pela Construtora Planalto Ltda. e ÉLITON FERREIRA DA SILVA, membro da Comissão de Licitação do Município, dados como incursos nas penas do art. 90 da Lei nº 8.666/93 c/c o art. 29 do Código Penal.

O inquérito teve origem na Operação “I-Licitação” desencadeada pela Polícia Federal, em agosto de 2008, na qual verificou-se a existência de um esquema montado pelo ora denunciado Marcos Tadeu, consistente na falsificação de documentos públicos, falsidade ideológica, crimes contra a ordem tributária, formação de quadrilha, e fraude em diversas licitações públicas em vários municípios paraibanos, sendo de tal forma especializado, que conferia o aspecto de legalidade aos procedimentos licitatórios em que se envolvia.

Nos autos, há notícia de foram constatadas irregularidades no procedimento licitatório nº 04/2008, na qual a Prefeitura do Município de Riacho de Santo Antônio/PB, visava a aplicação dos recursos oriundos do Ministério do Turismo, destinados à construção e reforma dos paralelepípedos das ruas principais do referido Município, no valor de R\$ 513.228,61 (quinhentos e treze mil, duzentos e vinte e oito reais e sessenta e um centavos).

Segundo a denúncia, de acordo com as escutas telefônicas, o Prefeito (José Roberto) e José Rosendo travaram diversas conversas versando sobre a forma de “como burlar” o procedimento licitatório, a fim de adjudicar o respectivo objeto do torneio, à Construtora Planalto, de propriedade do segundo denunciado (José Rosendo).

Em uma das conversas o referido senhor pediu a Éliton Ferreira, chefe da comissão de licitação, para “esconder o edital” para o caso de alguém se queixar “a algum Promotor de Justiça”, afirmando que a ocultação do mesmo seria o segredo das fraudes – fl. 05.

Ressaltou-se que, como prova da violação do caráter competitivo do certame, os policiais federais tentaram, sem êxito, obter cópia do edital, além de não terem encontrado cópia dele em nenhum dos murais situados na área ocupada pela Prefeitura, e afirmou-se que a aparência de legalidade dos procedimentos licitatórios era garantida, por conta da participação de outras empresas, no certame, todas elas ligadas a Marcos Tadeu, e este repassava cerca de 3% (três por cento) do valor dos contratos firmados aos participantes como “remuneração” pela cobertura, restando configurada a prática do crime previsto no art. 90 da Lei nº 8.666/93.

Notificados, nos termos e para os fins do art. 4º da Lei nº 8.038/90, José Roberto e Éliton Ferreira, apresentaram, tempestivamente, defesa preliminar, pugnado pelo não recebimento da denúncia, alegando, em apertada síntese, a existência de **crime impossível**, porque os valores do Convênio ainda estão depositados na Caixa Econômica Federal - CEF, sem que a Construtora recebesse o dito numerário, **e a inexistência de crime**, tendo tomado todas as providências para a publicidade do edital da licitação, que também teria sido publicado no Diário Oficial do Estado, e na da União, segundo todos os critérios técnicos e legais necessários ao regular procedimento licitatório, além de não ter agido com dolo de fraudar a União ou de se locupletar dos valores relativos ao Convênio – fls. 259/270 e 272/276.

Na defesa preliminar Marcos Tadeu afirmou não ser proprietário da Construtora Planalto, que se sagrou vitoriosa na licitação, nem de nenhuma outra empresa participante do referido procedimento. Afirmou que não se faria presente a intenção de fraudar o procedimento licitatório, porque não participou de nenhum ato destinado a prejudicar a licitação da referida Prefeitura, tendo sido apenas procurado pelo Prefeito para a celebração de um contrato de prestação de serviços de construção civil, o que foi feito, contrato este que, posteriormente, foi anulado pela Prefeitura em obediência à recomendação do Ministério Público Federal - MPF, inexistin-

do prejuízo quer para a Prefeitura, quer para a União Federal – fls. 293/297.

José Rosendo, na resposta preliminar, sustentou, inicialmente, sua ilegitimidade de parte, por não ser funcionário público, de forma que não poderia ser investigado ou processado por crime de responsabilidade de funcionários públicos.

No mérito, sustentou a existência de *bis in idem*, porque denunciado pelos mesmos fatos pela Procuradoria da República do Município de Campina Grande/PB, no processo nº 2004.82.01.002068-0, no qual a Denúncia já fora recebida pelo MM. Juiz Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba, feito este que versou sobre os mesmos fatos. Ressaltou, também, não estar presente a responsabilidade, por não ser o representante legal da Construtora Planalto, mas sim um mero procurador, que atendia às ordens de Marcos Tadeu, o beneficiado, de fato, com (os resultados) do procedimento licitatório supostamente eivado de vícios para favorecer a empresa, requerendo, ao final, a sua absolvição sumária, com o não recebimento da denúncia feita contra si próprio – fls. 301/308.

Em resposta às defesas preliminares, a douta Procuradoria Regional da República sustentou que, para o recebimento da denúncia não se exigiria o exame do mérito da imputação, bastando apenas a verificação da existência de indícios da materialidade e da autoria do delito, para tal mister.

No mérito, esclareceu que seria desnecessária para a configuração do crime previsto no art. 90 da Lei nº 8.666/93 a efetiva utilização dos recursos do Convênio repassados ao Município. Afirmou que as irregularidades ocorridas no procedimento licitatório decorreram não de falhas na sua condução, mas sim do intuito deliberado de beneficiar, com uma licitação fictícia, a Construtora Planalto, representada por José Rosendo.

Toante à alegação de que este não poderia responder pelo delito por não ser funcionário público, ressaltou que ele contribuiu para a conduta ilícita junto com os outros denunciados, de acordo com as transcrições telefônicas acostadas aos autos. No tocante ao suposto *bis in idem*, afirmou que não assistiria razão a José Rosendo, porque não haveria qualquer documentação comproba-

tória do alegado. Requeru, por fim, o recebimento da denúncia – fls. 326/332.

Em face da certidão de fl. 348, determinei a regularização da representação processual dos denunciados – fl. 366 – o que foi devidamente cumprido – fls. 379 e 382.

Dispensei a revisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Data vênia, penso que não merecem prosperar as alegações efetuadas pelos denunciados.

No que tange ao suposto *bis in idem* (em face da Ação Penal nº 2004.82.01.002068-0, em trâmite na Seção Judiciária de Campina Grande/PB) tal alegado por José Rosendo, Luís de Oliveira e Marcos Tadeu, entendo que não lhes assiste razão.

A caracterização do *bis in idem* e o seu reconhecimento, exige a prova de que o MPF formulou, com relação ao mesmo acusado, denúncia relativa aos mesmos fatos e a mesma causa de pedir.

José Rosendo Luis de Oliveira e Marcos Tadeu Silva foram denunciados, junto com os demais, como incurso nas penas do art. 90 da Lei nº 8.666/93 neste Inquérito Policial.

De acordo com o sistema informatizado deste Tribunal, o objeto da Ação Penal nº 2004.82.01.002068-0 é o processamento e julgamento dos crimes de **estelionato** (art. 171 do Código Penal), **falsidade ideológica** (art. 299, do CP), crimes **contra a Ordem Tributária**, (art. 1º ao 3º da Lei 8.137/90 e art. 1º da Lei 4.729/65) e de “**Lavagem**” ou **Ocultação de Bens, Direitos ou Valores** (art. 22 da Lei nº 9.613/98), sendo diversos o pedido e a causa de pedir, não se configurando, portanto, o alegado *bis in idem*.

Marcos Tadeu sustentou sua ilegitimidade ativa por não ter qualquer participação na Construtora Planalto, que se sagrou vitoriosa na licitação, nem de nenhuma outra empresa participante do referido procedimento, porém não carreou para os autos quais-

quer provas das alegações que fez, de forma que seria temerário excluí-lo, de imediato e sumariamente da lide, máxime quando em depoimento prestado na Polícia Federal afirmou ser ele o responsável de fato pela dita empresa (a Construtora Planalto) – fls. 130/140.

A José Rosendo não assiste melhor sorte, no tocante à alegação de que não poderia ser responsabilizado pelo crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93 por não ser funcionário público, mas sim, um mero particular.

Dispõe o art. 327, § 1º, do Código Penal:

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.

Tendo José Rosendo agido como representante da empresa a ser beneficiada pelo Convênio, tendo, inclusive, agilizado e coordenado todo o procedimento licitatório fictício, juntamente com o Prefeito, ficam claros os indícios de sua participação no crime, sendo também, em tese, sujeito ativo do crime porque teria participado da licitação com o intuito de neutralizar (eliminar, caso assim se preferia) a natureza competitiva do certame, beneficiando sua empresa.

Também não parece configurada a hipótese de crime impossível, tal como alegado por José Roberto e Élinton Ferreira. O fato de o procedimento licitatório fraudulento ter sido anulado judicialmente por conta da chamada “Operação I-Licitação” levada a cabo pela Polícia Federal, não isenta os denunciados do crime, posto que as medidas judiciais destinadas a evitar a liberação dos recursos públicos oriundos do Convênio, causando maior prejuízo à Administração Pública, não decorreu da ação dos denunciados, mas sim, de agentes externos, no caso, os servidores (sentido lato da expressão) da Polícia Federal e do Ministério Público Federal.

Ressalte-se que o fato de os recursos do Convênio não terem sido liberados e ainda encontrarem-se (segundo os denunciados), intocados na conta específica à disposição do conveniente, não exclui o crime.

Isto porque para a consumação do que se acha posto no art. 90, da Lei nº 8.666/93 basta que os agentes busquem, mediante qualquer forma de ajuste, combinação, acordo ou qualquer outro expediente destinado a eliminar o caráter competitivo da licitação, promovendo uma competição ilusória para os concorrentes, quando os agentes já sabem previamente a empresa vencedora do certame. Sendo assim, não se faz necessário o recebimento da vantagem pecuniária indevida.

Sustentaram os denunciados que não teriam agido com o dolo de fraudar o procedimento licitatório, sendo as falhas na licitação decorrentes de meras irregularidades resultantes de sua inexperiência.

Contrariamente ao alegado por eles, das transcrições das gravações das interceptações telefônicas, observa-se claramente, na conversa de José Rosendo (proprietário da Construtora Planalto, vencedora do certame) com José Roberto (Prefeito Municipal de Santo Antônio/PB), que a documentação do certame, em especial o Edital, foi preparada pelo próprio José Rosendo, sendo que eles pediram a Éliton Ferreira da Silva (que, em tese tiraria cópia da documentação necessária para o procedimento licitatório) que “se escondesse” dos outros interessados a fim de que eles não tivessem acesso ao Edital – fls. 151/157.

Além do mais, nos depoimentos prestados na Polícia Federal, os próprios denunciados narram os fatos delituosos com riqueza de detalhes, sendo eles experientes em realizar condutas semelhantes, conforme excertos que ora destaco:

que o reinquirido afirma que realmente deu orientação ao Prefeito para que desaparecesse com o edital a fim de dificultar a participação de outras empresas; (...) que na licitação em espécie a empresa vencedora foi a Construtora Planalto, que o reinquirido estava representando; (...) que o reinquirido afirma que geralmente nas licitações há um prévio acordo entre os licitantes no sentido de que alguns deles desistam do certame mediante pagamento da

empresa vencedora do percentual do contrato firmado com o Ente Público – depoimento de José Rosendo Luís Oliveira, fls. 120/121.

Que o interrogado é o responsável pela administração da Construtora Planalto Ltda; (...) que o interrogado afirma que essa empresa é recente acreditando ter sido criada em janeiro desse ano; que ela também foi criada com o fim específico de participar de licitações; que o dinheiro que aportava na conta-corrente da empresa proveniente do Governo era sacado ou transferido para o verdadeiro executor da obra, sempre mediante pagamento da comissão a que o interrogado fazia jus; que a empresa Construtora Planalto Ltda foi constituída com a finalidade de participar de licitações destacando que recebia de 5% a 10% do valor total contratado pelo governo – depoimento de Marcos Tadeu Silva, fls. 130/140

Por fim, não há como prosperar o argumento de que a denúncia seria inepta, eis que foram descritos, da fl. 04 até a fl. 09, e de maneira satisfatória e detalhada, os fatos criminosos, as circunstâncias em que se deram tais fatos, e os meios supostamente utilizados por ele para a realização do delito, assegurando-se, assim, a clareza dos limites da acusação, sobre os quais se deu e se dará a defesa dos denunciados, no tocante à prática do crime previsto no art. 90 da Lei nº 8.666/93.

Em face da conformidade da peça acusatória com os requisitos postos no art. 41 do CPP, e não se fazendo presentes as hipóteses a que alude o art. 395 do mesmo diploma processual penal, não é inepta a denúncia.

Ademais, as alegações deduzidas nas defesas prévias reclamam dilação probatória, o que impossibilita o encerramento da persecução penal, nesta face do processo, não logrando os argumentos nelas constantes ilidir, cabalmente e de plano, as increpações contidas na peça de acusação.

Forrado nessas razões, e tendo por presentes os requisitos a que alude o art. 41 do Código de Processo Penal - CPP, e por não se fazerem presentes quaisquer das hipóteses listadas no art. 395 da mesma lei processual penal Diploma Legal, voto pelo recebimento da denúncia.

É como voto.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.457-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO SILVIO OUREM CAMPOS (CONVOCADO)
Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Recorridos: AISLAN DE MESQUITA FREITAS, ANTÔNIO FÁBIO BORGES, ANTÔNIO GOMES GERARDO, ANTÔNIO JOSÉ FERRO, EXPEDITO FERRO PEREIRA, FABIANA BORGE SOUSA LIMA, FRANCISCO EUDES PEREIRA, FRANCISCO GILIARDI FERREIRA DO NASCIMENTO, FRANCISCO RONALDO HERMÍNIO DE ALBUQUERQUE E MAX PAULI MARTINS CASSUNDÉ

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME DE EXERCER ATIVIDADE DE QUE ESTÁ IMPEDIDO POR DECISÃO ADMINISTRATIVA, ART. 205 DO CÓDIGO PENAL. EMPRESA DE SEGURANÇA PRIVADA FUNCIONANDO APÓS PROIBIÇÃO DA POLÍCIA FEDERAL. FERIMENTO DE BENS E INTERESSES DA UNIÃO. OFENSA À ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, ARTS. 109, IV E VI, DA CF/88.

- Em se tratando de empresa especializada em serviços de vigilância, compete à União, através do Ministério da Justiça por intermédio da Polícia Federal, a fiscalização e a autorização de funcionamento, nos exatos moldes do art. 20, I e II, da Lei nº 7.102/83.

- A empresa de segurança privada, cujos recorridos são responsáveis, estava funcionando de forma clandestina depois de serem desautorizados por ato administrativo emanado da Polícia Federal.

- Dessa forma, a não observância dos recorridos da ordem de não funcionamento exarada pela Polícia Federal, atenta contra um serviço por este fiscalizado e, em consequência, fere interes-

se daquele órgão federal, o que, com fundamento no art. 109, IV, da Constituição Federal de 1988, atrai a competência da respectiva persecução penal para a Justiça Federal.

- Ainda que assim não fosse, remanesce o convencimento da competência da Justiça Federal pela aplicação da regra insculpida no inciso VI, do retrocitado artigo, entendendo o delito tipificado no art. 205 do CP, como de ofensa à organização do trabalho, atraindo a competência da Justiça Federal, desta feita pela incidência do art. 109, VI, da CF/88. Precedentes: RSE 1413/PE, Origem Tribunal Regional Federal - 5ª Região Órgão Julgador: Segunda Turma Relator Desembargador Federal FRANCISCO BARROS DIAS; AMS 200033000340921, Relator(a) DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, Sigla do órgão TRF1, Órgão julgador QUINTA TURMA; ACR 200171100025064, Relator(a) TADAAQUI HIROSE, Sigla do órgão TRF4, Órgão julgador SÉTIMA TURMA.

- Recurso em Sentido Estrito provido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 17 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO SILVIO OURÉM CAMPOS - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO SILVIO OURÉM CAMPOS (Convocado):

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal, subscrito pelo Procurador da República RI-

CARDO MAGALHÃES DE MENDONÇA, contra decisão da MM. Juíza Federal Substituta da 8ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, Dra. DÉBORAAGUIAR SILVA SANTOS (fl. 124), que reconheceu a incompetência da Justiça Federal para julgar a Ação Penal Processo nº 2008.81.03.000797-0, proposta em desfavor de ANTÔNIO FÁBIO BORGES, GERSON MENDES CÉZAR, MAX PAULI MARTINS CASSUNDÉ, FRANCISCO RONALDO HERMÍNIO DE ALBUQUERQUE, FRANCISCO EUDES PEREIRA, ANTÔNIO JOSÉ FERRO, EXPEDITO FERRO PEREIRA, ANTÔNIO GOMES GERARDO, FRANCISCO GILIARD FERREIRA DO NASCIMENTO, AISLAN DE MESQUITA FREITAS e FABIANA BORGE SOUSA LIMA, pela suposta prática dos delitos previstos nos artigos 205 e 288 do Código Penal.

Entendeu a magistrada, para declinar da competência para a Justiça Estadual, que o crime supostamente atribuído aos recorridos – funcionamento de empresa de vigilância sem a devida autorização da Polícia Federal –, não envolve propriamente interesse coletivo do trabalho, razão pela qual não se justifica a deflagração da ação penal na Justiça Federal.

Noticiam os autos que os recorridos, responsáveis pela empresa NOTURNO PROTEÇÃO PATRIMONIAL MOTORIZADA LTDA., continuou a prestar serviços de segurança privada na região de Ipú/CE, mesmo depois de ter sido notificada para que encerrasse as suas atividades.

Em suas razões recursais (fls. 125/131), o Ministério Público Federal alega que em sendo a atividade de empresa de segurança autorizadas e fiscalizadas pelo Ministério da Justiça através da Polícia Federal, como previsto no art. 20 da Lei 9.017/1995, a prática dos acusados de exercer a atividade sem a devida autorização fere um serviço e, conseqüentemente, o interesse daquele ente, determinando-se por isso a competência da Justiça Federal, com demonstra o art. 109, IV, da Constituição Federal de 1988.

Regularmente intimados, os recorridos não apresentaram resposta.

O Procurador Regional da República WELLINGTON CABRAL SARAÍVA ofertou parecer assim ementado (fls. 158/161):

CONSTITUCIONAL E PENAL. CRIME CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

O delito de exercício de atividade com infração de decisão administrativa insere-se nos crimes contra a organização do trabalho, cuja competência para processamento é da Justiça Federal quando envolver lesão ao sistema de órgãos e institutos destinados a preservar, coletivamente, os direitos e deveres dos trabalhadores.

Também compete à Justiça Federal o julgamento do feito, pois o descumprimento de decisão administrativa ocorreu em detrimento de serviços e interesses da União, por intermédio do Departamento de Polícia Federal, autora da determinação, descumprida, de cessarem as atividades da empresa.

A empresa de vigilância NOTURNO PROTEÇÃO PATRIMONIAL LTDA. foi notificada pelo DPF para cessar suas atividades, por não atender aos requisitos necessários à concessão de autorização, mas desrespeitou a notificação e continuou em exercício.

Parecer pelo provimento do recurso.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO SILVIO OURÉM CAMPOS (Relator Convocado):

Em se tratando de empresa especializada em serviços de vigilância, compete à União, através do Ministério da Justiça por intermédio da Polícia Federal, a fiscalização e a autorização de funcionamento, nos exatos moldes do art. 20, I e II, da Lei nº 7.102/83¹.

¹ Art. 20. Cabe ao Ministério da Justiça, por intermédio do seu órgão competente ou mediante convênio com as Secretarias de Segurança Pública dos Estados e Distrito Federal: (Redação dada pela Lei 9.017, de 1995)

I - conceder autorização para o funcionamento:

- a) das empresas especializadas em serviços de vigilância;
- b) das empresas especializadas em transporte de valores; e
- c) dos cursos de formação de vigilantes;

II - fiscalizar as empresas e os cursos mencionados no inciso anterior;

Analisando os autos, verifico que a empresa de segurança privada, cujos recorridos são responsáveis, estava funcionando de forma clandestina depois de serem desautorizados por ato administrativo emanado da Polícia Federal (fls. 26/33).

Dessa forma, a não observância dos recorridos da ordem de não funcionamento exarada pela Polícia Federal, atenta contra um serviço por esta fiscalizado e, em consequência, fere interesse daquele órgão federal, o que, com fundamento no art. 109, IV, da Constituição Federal de 1988², atrai a competência da respectiva persecução penal para a Justiça Federal.

Ainda que assim não fosse, remanesce o convencimento da competência da Justiça Federal pela aplicação da regra insculpida no inciso VI, do retrocitado artigo, entendendo o delito tipificado no art. 205, do CP³, como de ofensa à organização do trabalho, atraindo a competência da Justiça Federal, desta feita pela incidência do art. 109, VI, da CF/88⁴.

Isso porque o referido art. 205 do CP, inserto no capítulo dos crimes contra a organização do trabalho, longe de tutelar o interesse do trabalhador de forma individualmente considerada, busca resguardar os sistemas de órgão e institutos destinados a preservar coletivamente os direitos e deveres dos trabalhadores.

² Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...)

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

³ Exercício de atividade com infração de decisão administrativa.

Art. 205 - Exercer atividade, de que está impedido por decisão administrativa:

Pena - detenção, de três meses a dois anos, ou multa.

⁴ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...)

VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

Essa vertente é brilhantemente defendida no judicioso parecer do Procurador Regional da República WELLINGTON CABRAL SARAIVA:

10. Relativamente à primeira interpretação, de que constitui crime contra a organização do trabalho, o delito tipificado no artigo 205 do Código Penal visa a resguardar o sistema de órgãos e institutos destinados a preservar, coletivamente, os direitos e deveres dos trabalhadores.

11. Não se trata dos interesses de um trabalhador individualmente considerado, mas da necessidade de se respeitarem as regras de organização do trabalho, consubstanciadas, neste caso, em decisão administrativa de proibição do funcionamento da empresa pelo não atendimento aos requisitos que ensejam a autorização.

12. Tutela-se, nesse delito, a execução das decisões administrativas proferidas quanto à autorização para o exercício de determinadas atividades. O intuito é justamente dar eficácia às decisões, de assegurar-lhes o cumprimento. Luiz Regis Prado, a esse respeito, pondera:

O artigo 205 do Código Penal pertence ao rol dos delitos contra a organização do trabalho e não menciona a violência ou a fraude em sua redação porque “ou atenta imediatamente contra o interesse público, ou imediatamente ocasiona uma grave perturbação da ordem econômica” (Exposição de Motivos, n° 67).

13. Destaque-se a importância do controle exercido pela Polícia Federal sobre as atividades de vigilância particular, ainda mais com utilização de arma de fogo, que põe em potencial risco a segurança da coletividade:

ADMINISTRATIVO. EMPRESA DE VIGILÂNCIA PRIVADA. ATIVIDADE IRREGULAR. NOTIFICAÇÃO DETERMINANDO O ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES DAS ATIVIDADES. LEGALIDADE. DIREITO DA SOCIEDADE À SEGURANÇA PÚBLICA QUE SE CONTRAPÕE AO DIREITO INDIVIDUAL AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. PREVALÊNCIA DO DIREITO COLETIVO. ATIVIDADE QUE NECESSITA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE COMPETENTE.

1. A exploração de serviços de vigilância privada requer a prévia autorização do Departamento de Polícia Fede-

ral. A falta de autorização implica no encerramento das atividades e imediata apreensão das armas e munições porventura utilizadas pelo infrator e seu recolhimento à Superintendência Regional da Polícia Federal, até a conclusão do procedimento penal cabível.

2. O princípio constitucional da ampla defesa cede lugar ao direito da sociedade à segurança pública. A continuidade dos serviços de vigilância oferecidos pela imetrante, sem a aprovação e o controle da Polícia Federal, mostra-se mais prejudicial à coletividade, eis que coloca em potencial risco todos aqueles que transitam pelo Condomínio.

3. Apelação não provida.

14. Segundo a denúncia, estaria configurado o crime do art. 205 do CP, pois os réus executaram o serviço de vigilância que estavam impedidos de fazer e descumpriram decisão válida do DPF, autoridade administrativa competente, no sentido de que as atividades cessassem.

15. Por conseguinte, é competente a Justiça Federal para processamento do feito, de conformidade com o art. 109, VI, da Constituição da República. Confira-se, *a contrario sensu*:

PENAL. CRIME CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. ART. 109, INCISO VI, DA CF/88.

1. Os crimes praticados contra a organização do trabalho, descritos nos artigos 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207 do nosso Código Penal, somente se inserem na competência dos Juízes Federais, nos termos do art. 109, VI, da CF/88, quando ofendam o sistema de órgãos e institutos que preservam, coletivamente, os direitos e deveres dos trabalhadores e, não, quando cometidos contra determinados trabalhadores ou contra empresas industriais [sic] ou comerciais, na condição de empregadoras. O que justifica a competência da Justiça Federal é o interesse de ordem geral na manutenção dos princípios basilares sobre os quais se estrutura o trabalho em todo País bem como o interesse coletivo na defesa da ordem pública.

2. Declinada a competência em favor do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

AGRAVO REGIMENTAL EM CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DIREITO PROCESSUAL PENAL. PROCEDIMENTO EM QUE APURADA SUPOSTA PRÁTICA DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTIGOS 203 E 207 DO CÓDIGO PENAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À ORGANIZAÇÃO GERAL DO TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL QUE SE AFIRMA, CONSOANTE OS TERMOS DA SÚMULA 115 DO TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS. DESPROVIMENTO.

1. Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes perpetrados contra a organização do trabalho, quando violados direitos dos trabalhadores considerados coletivamente.

2. A infringência dos direitos individuais de trabalhadores, sem que configurada lesão ao sistema de órgãos e instituições destinadas a preservar a coletividade trabalhista, afasta a competência da Justiça Federal. Competência do Juízo Estadual da 1ª Vara Criminal de Itabora/MG que se declara.

3. Agravo desprovido.

AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA PENAL. INTERESSE INDIVIDUAL DE TRABALHADOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. “Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho, quando tenham por objeto a organização geral do trabalho ou direitos dos trabalhadores considerados coletivamente”. (Súmula nº 115/TFR)

2. Tratando-se de interesses individuais dos trabalhadores, a competência para julgamento é da Justiça Estadual.

3. Agravo regimental desprovido.

16. Da mesma forma, ao se considerar a segunda interpretação, de que o ato consistiu em violação aos serviços e interesses da União, a competência pertence, com maior quantidade de razão, à Justiça Federal, consoante o mesmo art. 109, IV, da Constituição da República.

17. Há nítida violação aos interesses e serviços da Administração Pública com o descumprimento de decisão dela emanada no sentido de controlar as atividades de vigilância exercida por particulares.

18. A ressalva do inciso IV do art. 109, ao excluir da com-

petência da Justiça Federal as contravenções, não possui aplicação neste contexto, pois, embora a infração seja de menor potencial ofensivo, em virtude de sua pena máxima não ultrapassar dois anos, não constitui contravenção penal.

19. A decisão abaixo confirma a competência da Justiça Federal para o julgamento de delitos como o deste caso, a qual decorre tanto da prática de crime contra a organização do trabalho, quanto por ser em detrimento de interesses e serviços da União:

DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE COM INFRAÇÃO DE DECISÃO ADMINISTRATIVA (ART. 205 DO CÓDIGO PENAL): COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL (ART. 109, INCISO IV, DA CF). CONDENAÇÃO: LIMITES DA DENÚNCIA. TIPICIDADE. PRESCRIÇÃO. *HABEAS CORPUS*.

1. A conduta imputada ao paciente e pela qual foi condenado é exatamente a prevista no art. 205 do Código Penal: “exercer atividade com infração de decisão administrativa”.

2. Era competente a Justiça Federal para o processo e julgamento, por se tratar de crime, senão contra a organização do trabalho propriamente dita (art. 109, inc. VI, da CF), ao menos em detrimento de interesses de autarquia federal, como é o Conselho Regional de Medicina, que impusera ao réu a proibição de exercer a profissão (inc. IV do mesmo art. 109 da CF).

3. A conduta típica prevista no art. 205, por ser específica, exclui a do art. 282, que trata do exercício ilegal de medicina. E, no caso, o que houve foi o exercício da profissão, já obstado, anteriormente, por decisão administrativa, que vem a ser descumprida.

4. Também não se cogita da desobediência genérica a ordem legal de funcionário público (art. 330), pois não há simples ordem a ser cumprida, mas decisão administrativa de cassação de registro, que antes possibilitava o exercício da medicina, mas que com ela se tornou eficaz.

5. Igualmente não se trata da desobediência a decisão judicial, de que cogita o art. 359 do CP.

6. Basta um ato de desobediência à decisão adminis-

trativa, para que se configure o delito em questão (art. 205).

7. Computado o prazo prescricional, a partir desse único ou último ato, não decorreu ele por inteiro, já que os quatro anos, previstos no art. 109, V, do CP, não escoaram entre tal fato e o recebimento da denúncia, nem entre a data deste e a da publicação da sentença condenatória, nem entre a data desta e a do acórdão que a confirmou.

8. Não se caracterizou, no caso, hipótese de condenação além dos limites da denúncia.

9. HC indeferido.

No mesmo sentido de reconhecer a competência da Justiça Federal são os seguintes julgados que, *mutatis mutandi*, guardem estreita similaridade com o caso em exame:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. AFRONTA AOS REGISTROS DO SINARM (SISTEMA NACIONAL DE ARMAS). LEI Nº 10.826/2003. PORTE E REGISTRO DE ARMAS SOB O CONTROLE DA POLÍCIA FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PROVIDO.

1. Trata-se de Recurso em Sentido Estrito, interposto contra decisão do Juízo Federal *a quo*, que reconheceu sua incompetência para processar e julgar o caso e determinou a remessa dos autos à Justiça Estadual. O magistrado *a quo* entendeu que a mera apreensão de arma de fogo pela Polícia Federal não atrai para a Justiça Federal a competência para o processo e julgamento do caso, tendo em vista que não restou configurada lesão a bem, serviço ou interesse federal, nos termos do art. 109, IV, da Carta Magna de 1988.

2. O inquérito policial foi instaurado para apurar condutas delitivas previstas nos arts. 12 e 16, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 10.826/2003. Consta dos autos que foram encontradas, nos cofres da empresa de vigilância PRESERVE SEGURANÇA E TRANSPORTE DE VALORES LTDA., armas de fogo registradas em nome da empresa LISERVE VIGILÂNCIA E TRANSPORTE DE VALORES LTDA. Atualmente, tais armas se encontram sob a custódia da Polícia Federal.

3. No caso concreto, não houve apenas a mera apreensão

de arma de fogo. Foram encontradas na dependência da PRESERVE SEGURANÇA E TRANSPORTE DE VALORES LTDA. armas registradas em nome da LISERVE VIGILÂNCIA, o que configura o delito tipificado no art. 12 da Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento).

4. Segundo tal norma, o porte e o registro de armas está sob o controle da Polícia Federal. Assim, a posse ilegal de tais armas configura afronta ao controle e à fiscalização levados a cabo pela Polícia Federal.

5. A conduta tipificada, além de burlar o controle e fiscalização encetados pela Polícia Federal, igualmente ocasionou lesão à fidelidade e integridade dos registros de armas de fogo, por não condizer o depósito das armas com o registro do SINARM - Sistema Nacional de Armas.

6. Competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito que se reconhece.

7. Recurso em Sentido Estrito conhecido e provido.

(Acórdão por maioria no RSE 1413/PE, Origem Tribunal Regional Federal - 5ª Região Órgão Julgador: Segunda Turma Relator Desembargador Federal FRANCISCO BARROS DIAS, Data Julgamento 08/06/2010, Documento nº: 229395, Publicações FONTE: DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO - DATA: 22/06/2010 - PÁGINA: 153 - ANO: 2010)

ADMINISTRATIVO. EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA PRIVADA. AUTORIZAÇÃO E FISCALIZAÇÃO. COMPETÊNCIA DO DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL. ATIVIDADE EXERCIDA POR COOPERATIVA. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. LEI Nº 7.102/83.

1. Compete ao Departamento de Polícia Federal conceder autorização para o funcionamento das empresas especializadas em serviço de vigilância (Lei nº 9.017/95, art. 16).

2. É vedado às cooperativas, constituídas em conformidade com a Lei nº 5.764/71, prestar serviços de vigilância privada, uma vez que a Lei nº 7.102/83, estabelece, dentre outros requisitos, que as empresas especializadas na prestação de tal serviço, sejam constituídas sob a forma de empresas privadas, bem como que serão regidas pelas disposições da legislação civil, comercial, trabalhista, previdenciária e penal (art. 10).

3. Dispõe, ainda, a citada norma, que o exercício da profissão de vigilante requer prévio registro na Delegacia Re-

gional do Trabalho do Ministério do Trabalho, sendo-lhe fornecida Carteira de Trabalho e Previdência Social (art. 17).
4. Apelação da COOPASV improvida.

(Acórdão unânime no AMS 200033000340921, Relator(a) DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, Sigla do órgão: TRF1, Órgão julgador: QUINTA TURMA, Fonte: *DJ* DATA: 27/07/2006, PÁGINA: 67, Data da Decisão: 26/06/2006, Data da Publicação: 27/07/2006)

PENAL. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE COM INFRAÇÃO DE DECISÃO ADMINISTRATIVA. ART. 205 DO CP. COMPRA DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO SEM AUTORIZAÇÃO E EM DESACORDO COM DETERMINAÇÃO LEGAL OU REGULAMENTAR. ART. 10 DA LEI 9.437/97. DELITOS COMPROVADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA. MODIFICAÇÃO.

1. Para a execução de serviços de vigilância, a autoridade competente para conceder autorização de funcionamento é a Polícia Federal, conforme o art. 20, I, parágrafo único, da Lei nº 7.102/83, com redação determinada pela Lei nº 9.017/95.

2. Ausente a alegada boa-fé dos réus, posto já terem estes ciência de decisão judicial que declarou a competência da Polícia Federal para autorizar a atividade daqueles. Condenação mantida.

3. Basta a prática de qualquer uma das condutas previstas no art. 10 da Lei nº 9.437 para que o crime seja consumado, sendo irrelevantes a falta de consentimento para a utilização da arma por outrem ou a posse daquela no momento de sua apreensão.

4. Havendo a possibilidade de se aplicar a pena corporal, ou de multa, deve-se escolher pela última, quando as circunstâncias do crime indicarem que é medida suficiente, como é o caso dos autos.

(Acórdão unânime no ACR 200171100025064, Relator(a) TADAAQUI HIROSE, Sigla do órgão TRF4, Órgão julgador SÉTIMA TURMA, Fonte *DJ* 11/08/2004, PÁGINA: 471, Data da Decisão: 29/06/2004, Data da Publicação: 11/08/2004)

Forte nessas razões, dou provimento ao recurso em sentido estrito para reconhecer a competência da Justiça Federal para apreciar o feito.

Assim voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

4163-PB	Rel. Des. Federal Leonardo Resende (Convocado)	17
5191-PE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha	28
13120-CE	Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior ...	37
13797-RN	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias	45
13833-SE	Rel. ^a . Des. ^a . Federal Margarida Cantarelli	59
14513-RN	Rel. Des. Federal Emiliano Zapata Leitão (Convocado)	69
15006-CE	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.	79
15174-RN	Rel. Des. Federal Francisco Wildo	86
15591-CE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	99

APELAÇÃO CÍVEL

478850-RN	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	109
493565-PE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias	127
512314-CE	Rel. ^a . Des. ^a . Federal Margarida Cantarelli	148
516273-SE	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.	155

APELAÇÃO CRIMINAL

5959-PE	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	160
6543-CE	Rel. Des. Federal Vladimir de Souza Carvalho ..	169

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

94734-AL	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	176
----------	--	-----

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

1921-CE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	188
---------	---	-----

HABEAS CORPUS

4211-PE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha	194
4231-SE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo	207
4234-PB	Rel. Des. Federal Edilson Nobre Pereira Júnior .	216
4235-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	222

INQUÉRITO

2093-PB	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	229
---------	--	-----

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

1457-CE	Rel. Des. Federal Hélio Sívio Ourém Campos (Convocado)	238
---------	---	-----

ÍNDICE ANALÍTICO

A

Trbt	Ação anulatória. Perícia que demonstrou a inexistência de crédito fiscal à vista de parcelamento celebrado e adimplido. Procedência do pedido. Majoração dos honorários. APELREEX 15006-CE 79
Ct e Prev	Amparo social ao idoso. Hipossuficiência. Cônjuge que recebe aposentadoria no valor de um salário-mínimo. Aplicabilidade do Estatuto do Idoso. Direito ao benefício. APELREEX 13120-CE 37

C

Ct	Conflito negativo de competência. Ação previdenciária proposta na Justiça Estadual. Superveniente instalação de Vara do Juizado Federal em município diverso do foro do domicílio do autor. Competência de natureza relativa. Declinação de ofício. Impossibilidade. CC 1921-CE 188
Trbt	Contribuição previdenciária. Construção civil. Empresa prestadora de serviços. Fiscalização. Reconhecimento parcial da decadência. Aviso de Regularização de Obra (ARO). Arbitramento com base na tabela CUB (Custo Unitário Básico). Regularidade contábil da empresa atestada pela perícia judicial. Ilegalidade da aferição fiscal. Ausência do devido processo legal. Desconstituição do crédito. APELREEX 15591-CE 99

Trbt e PrCv	Contribuição social prevista na Lei nº 8.212/91, art. 22-A. Receitas decorrentes de vendas a empresas comerciais exportadoras (<i>trading companies</i>). Não incidência da imunidade prevista na CF/88, art. 149, § 2º, I. Constitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 245 da Instrução Normativa INSS/DC nº 03/2005. Preliminar de ausência de intimação da parte ré dos atos processuais após a vigência da Lei nº 11.457/2007. Nulidade. Inexistência. AI na AMS 94734-AL 176
Ct, Adm, Pen e PrPen	Crime contra o meio ambiente urbano. Alterar, sem licença da autoridade competente, o aspecto de local especialmente protegido por lei – CP, art. 166. Fatos anteriores à vigência da Lei nº 9.605/98. Sentença transitada em julgado para a defesa. Dosimetria. Pena pecuniária. Previsão. Confirmação da sentença. ACr 5959-PE 160
Pen e PrPen	Crime de exercício de atividade para a qual a empresa estava impedida por decisão administrativa. Empresa de segurança privada funcionando após proibição da Polícia Federal. Ferimento de bens e interesses da União. Ofensa à organização do trabalho. Competência da Justiça Federal. RSE 1457-CE 238
Pen e PrPen	Crime previsto na Lei nº 6.815/80, art. 125, inciso XIII. Réu italiano que teria registrado filho de casal brasileiro como seu, com o objetivo de obter visto de permanência no Brasil. Dolo não comprovado. Absolvição por falta de provas suficientes para a condenação. ACr 6543-CE 169

Prev	Cumulação de pedidos. Pensão por morte. Benefício requerido na condição de esposo. Qualidade de segurada especial da instituidora do benefício comprovada. Concessão. Conversão de amparo social em aposentadoria rural por idade. Possibilidade. Preenchimento dos requisitos necessários. AC 516273-SE 155
------	--

E

Adm	Exploração mineral. Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM. Registro de licenciamento. Autorização. Apresentação de licença ambiental. Prazo de 360 dias. Condição para manutenção. Ciência prévia do interessado. Não apresentação dentro do prazo. Cancelamento automático. Publicação do ato. Efeitos meramente declaratórios. Liberação da área objeto da licença. Possibilidade de ser outorgada a outros interessados. Recurso de terceiro prejudicado. Autorização de pesquisa. Cessão de direitos. Área acrescida. Ilegalidade do ato. AC 478850-RN 109
-----	---

F

Ct e Trbt	Fundo de Participação dos Municípios – FPM. Lei Complementar nº 91/97. Aplicação de redutor financeiro. Erro na fixação do coeficiente individual do ano de 1997. Ausência de prejuízos para o município. APELREEX 4163-PB 17
-----------	---

H

- Pen e PrPen *Habeas corpus*. Pedido de trancamento de ação penal. Denúncia por invasão e construção de moradia em área de manguezal. Manifesta atipicidade do fato. Atuação do poder público que conferiu razoável presunção de regularidade à moradia. Ausência de dolo evidenciada. Concessão da ordem. HC 4231-SE 207
- Ct e PrPen *Habeas corpus*. Pretensão de se trancar ação penal por suposta ausência de justa causa. Descaminho. Destinação comercial dos produtos. Valor total dos tributos devidos não aferido. Ausência de liquidez e certeza do montante do débito. Impossibilidade de trancamento da ação penal por restar dúvida quanto à falta de justa causa. Proposta de suspensão condicional do processo que se traduz em sanção penal. Infringência aos parâmetros estabelecidos na Lei nº 9.099/95. Concessão parcial da ordem. HC 4235-PE 222
- Pen *Habeas corpus*. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Excesso de prazo. Observância do princípio da razoabilidade. Tentativa de latrocínio. Formação de quadrilha. Constrangimento ilegal não configurado. Manutenção da prisão. Denegação da ordem. HC 4234-PB 216
- PrPen *Habeas corpus*. Reiteração parcial de pedido anteriormente formulado. Prisão preventiva. Requisitos do CPP, art. 312. Excesso de prazo para a instrução criminal não configurado. Problemas de saúde da pa-

ciente. Transferência de estabelecimento prisional. Possibilidade de acesso a médicos e hospitais especializados. Denegação da ordem. HC 4211-PE 194

I

Trbt Imposto de Renda Pessoa Jurídica. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. Empresa prestadora de serviços de internação domiciliar (*home care*). Natureza da atividade. Serviços hospitalares. Base de cálculo prevista para estabelecimentos hospitalares. APELREEX 5191-PE 28

Cv Indenização. Embargos à execução conexos. Projeto de financiamento do BNDES. Inexistência de responsabilidade pela realização do projeto prévio. Atividade de risco do empresário. Perícia realizada. Multa e juros devidos. Excesso de execução verificado. AC 493565-PE 127

M

Adm Militar reformado por invalidez há mais de 46 anos com direito ao recebimento da “etapa de asilado”, convertida em auxílio-invalidez com a edição da Lei nº 5.787/72. Eliminação em virtude de novas exigências para sua concessão e manutenção. Benefício já definitivamente incorporado ao patrimônio jurídico do seu titular. Impossibilidade de supressão. Direito adquirido. Pedido de indenização por danos morais. Ausência de direito. Ocorrência de mero aborrecimento. APELREEX 15174-RN 86

P

Pen e PrPen	Prefeito Municipal. Proprietário de construtora. Chefe da comissão de licitação. Fraude ao caráter competitivo de certame licitatório. Inocorrência de <i>bis in idem</i> , em face de ação penal em andamento na Justiça Federal. Inépcia da denúncia e atipicidade da conduta não configuradas. Indícios de autoria, de materialidade e de dolo na prática do delito. Denúncia recebida. INQ 2093-PB 229
Prev	Professor. Atividades concomitantes. Autor que é detentor de 2 vínculos empregatícios, um regido pelo Regime Geral da Previdência Social – RGPS e o outro pelo Regime Próprio de Previdência Social – RPPS. Simultaneidade de vínculos sob a égide da CLT. Contribuição para regimes diversos. Independência dos vínculos. Direito a dupla aposentadoria. APELREEX 13797-RN 45

S

Trbt	Salário-de-contribuição. Gratificação semestral. Bolsa de estudos. Contribuição previdenciária. Não incidência. Responsabilidade tributária. Terceirização. Retenção. Ausência. APELREEX 13833-SE 59
Prev	Segurado aposentado por invalidez. Exercício de mandato de vereador. Cancelamento do benefício com base na presunção de recuperação da capacidade laboral. Ilegalidade. Possibilidade de cumulação. AC 512314-CE 148

Adm

Servidor público. Licenças-prêmio adquiridas e não gozadas nem contadas em dobro para a aposentadoria. Possibilidade de conversão em pecúnia. Tempo de serviço prestado sob a égide da CLT. Contagem para efeitos de licença-prêmio. Aplicação da Súmula 678 do STF. APELREEX 14513-RN..... 69