

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

**JURISDIÇÃO**

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

Número 93 - Setembro/Outubro - 2011

R. TRF 5ª Região, nº 93, p. 1-347, Setembro/Outubro - 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

ARIVALDO FERREIRA SIEBRA JÚNIOR

ELIZABETH LINS MOURA ALVES DE CARVALHO

Diagramação

GABINETE DA REVISTA

Endereço eletrônico: [www.trf5.jus.br](http://www.trf5.jus.br)

Correio eletrônico: [revista.dir@trf5.jus.br](mailto: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 OLIVEIRA 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 - Jurisprudência .....	13
II - Índice Sistemático .....	337
III - Índice Analítico .....	341



**JURISPRUDÊNCIA**

---



## **AÇÃO RESCISÓRIA N° 6.563-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO  
Autor: FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE  
Ré: MARIA EUGENIA BARROSO SEVERIANO  
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO  
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ CAMINHA DE OLIVEIRA E OUTRO (RÉ)

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA OBJETIVANDO DESCONSTITUIR JULGADO QUE CONSIDEROU VÁLIDA A CUMULAÇÃO DA PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR DO IBGE, REGIDA PELA LEI 3.373, DE 1958, COM O RECEBIMENTO, POR PARTE DA PENSIONISTA, DE PROVENTOS ORIUNDOS DA OCUPAÇÃO DE CARGO PÚBLICO PERMANENTE, NA CONDIÇÃO DE SERVIDORA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ, A PARTIR DA CONVERSÃO DO CELETISTA EM REGIME ÚNICO OPERADO PELA LEI 8.112, DE 1990.**

**- A proibição, inserida no parágrafo único do inc. II do art. 3º da Lei 3.373, atinge a pensão temporária – caso da ré – no momento em que esta passa a ocupar cargo público permanente, independentemente de a ocupação se verificar voluntariamente ou por força de lei, como foi o caso.**

**- O julgado atacado, para ser mantido, reclamaria a presença de uma interpretação elástica, na qual estivesse fincado que, recebendo a pensão no momento em que não era ocupante de cargo público permanente, a pensionista teria sempre a seu favor o instante do recebimento, de modo que, mais tarde, quando passasse a ocupar cargo público permanente, a circunstância não mais lhe afetaria em nada, o que não é o caso.**

**- Procedência da ação. Isenção dos ônus sucumbenciais por litigar a vencida sob o pálio da justiça gratuita.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide o egrégio Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, julgar procedente a ação rescisória, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 31 de agosto de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Ação rescisória, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, contra Maria Eugênia Barroso Severiano, com base no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil, buscando desconstituir acórdão na AC 272044-CE, fl. 180.

O v. acórdão rescindendo, da lavra do des. Manuel Erhardt, da eg. Terceira Turma, restou assim ementado:

ADMINISTRATIVO. PENSÃO TEMPORÁRIA. LEI Nº 3.373/58. ACUMULAÇÃO COM RENDIMENTOS DE EMPREGO CONVERTIDO EM CARGO PÚBLICO POR FORÇA DA LEI Nº 8.112/90. FUNCIONÁRIA DA UFC. POSSIBILIDADE. HIPÓTESE DE DIREITO ADQUIRIDO. PRECEDENTE DESTA CORTE AMS Nº 47.403/CE.

- Constitui direito adquirido a continuidade na percepção de pensão temporária se a beneficiária, ocupante de emprego, tem este convertido em cargo público por força da vigência da Lei 8.112/90.

- Inaplicabilidade da restrição prevista no art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 3.373/58, que, de qualquer forma só alcançaria os cargos efetivos da administração direta – Súmula 168 do TCU.

- Apelação da autora provida. Apelação do INSS prejudicada.

A parte autora alega, preliminarmente, a inaplicabilidade das Súmulas 343 do Supremo Tribunal Federal, e 134 do Tribunal Federal de Recursos, vez que não há pronunciamentos diversos sobre os pontos ora tratados.

No mérito, defende que o v. decisório violou literal disposição de lei, porquanto, embora a autora, ora ré, tenha passado a ocupar cargo público, obteve o direito à continuidade na percepção de pensão temporária, em desacordo com o art. 5º, parágrafo único, da Lei 3.373/58.

Por fim, requer o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela, a desconstituição da decisão rescindenda, e a condenação da requerida na devolução do montante que vier a receber em virtude do julgado atacado.

Indeferimento, por maioria, do pedido de tutela antecipada, fls. 244-256.

Contestação de Maria Eugênia Barroso Severiano, fls. 259-263, requerendo, preliminarmente, os benefícios da justiça gratuita.

Atroa que o direito reconhecido no v. acórdão atacado está em harmonia com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, pelo que não mereceria qualquer reparo.

Parecer do Ministério Público Federal, fls. 267-275, opinando pela procedência do pedido rescisório, por entender que a *teor do art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 3.373/58, a percepção de outra fonte permanente é incompatível com a condição de pensionista temporária, hipótese essa na qual se enquadra aquela que teve o seu emprego público transformado em cargo estatutário*, fl. 267.

É o relatório.

Ao Revisor.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

A situação factual engloba o recebimento, por parte da ré, de uma pensão temporária, fulcrada na Lei 3.373, de 1958, decorrente da morte de seu pai, servidor do instituto-autor, e de vencimen-

tos, oriundos da sua condição de servidora da Universidade Federal do Ceará, inicialmente sob o regime celetista, e, a partir da vigência da Lei 8.112, de 1990, sob sua regência.

O julgado (fls. 175-180), que o autor pretende desconstituir, foi prolatado pela Terceira Turma, sendo relator o Des. Manoel Erhardt, então convocado, acompanhado pelos seus demais integrantes, os Desembargadores Ridalvo Costa e Geraldo Apoliano.

A ementa da decisão em tela está bem delineada e, por si só, já reflete a matéria em pauta:

(...)

Constitui direito adquirido a continuidade na percepção de pensão temporária se a beneficiária, ocupante de emprego, tem este convertido em cargo público por força da vigência da Lei 8.112/90.

Inaplicabilidade da restrição prevista no art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 3.373/58, que, de qualquer forma só alcançaria os cargos efetivos da administração direta – Súmula 168 do TCU, fl. 180.

O autor, na defesa de entendimento contrário, busca rescindir dito julgado, por defender que, a partir do momento em que a ré saiu das raias da Consolidação das Leis do Trabalho, passando a ser regida pela Lei 8.112, perdeu o direito ao recebimento da pensão, por força do parágrafo único do inc. II do art. 3º da Lei 3.373, do seguinte teor:

Parágrafo único. A filha solteira, maior de 21 (vinte e um) anos, só perderá a pensão temporária quando ocupante de cargo público permanente.

Penso que o instituto-autor está plenamente carregado de razão.

A norma, aninhada no aludido dispositivo, coloca à frente do recebimento da pensão um obstáculo: a ocupação, por parte da pensionista, de cargo público permanente.

O caráter temporário reside na limitação do tempo: o filho, ou enteado, até uma idade limite, ou seja, vinte e um anos; o filho inválido, enquanto durar a invalidez.



No caso e no outro, o limite está bem claro e contundente no sentido de que a pensão é temporária, não ostentando, em consequência, o caráter de pensão vitalícia, da qual difere radicalmente.

Apesar da sua condição de pensão temporária, o parágrafo único do inc. II do art. 3º da Lei 3.373, condiciona, nesse caso, a perda, quando a pensionista passa a ser ocupante de cargo público permanente.

A demandada teve o seu relacionamento de trabalho com a Universidade Federal do Ceará regido pela Lei 8.112, circunstância que faz, de uma vez por todas, com que a pensão deixe de ser paga, independentemente de a passagem da ré, do regime celetista para o único, ter se operado por força de lei.

O julgado, ao entender de forma diferente, violou literal dispositivo de lei, ao afastar a aplicação do referido dispositivo ao caso em tela, violação que se manifesta justamente ao esbaldar interpretação que não se casa com o dispositivo citado.

Se a simples ocupação de cargo público permanente por parte da pensionista já é o suficiente para afastá-la do recebimento da dita pensão, o julgado, ao enveredar por caminho completamente oposto, violou literalmente dispositivo de lei, a ponto de merecer ser rescindido.

O julgado atacado, para ser mantido, reclamaria a presença de uma interpretação elástica, na qual estivesse fincado que, recebendo a pensão no momento em que não era ocupante de cargo público permanente, a pensionista teria sempre a seu favor o instante do recebimento, de modo que, mais tarde, quando passasse a ocupar cargo público permanente, a circunstância não mais lhe afetaria em nada, o que não é o caso.

Por este entender, julgo procedente a presente ação rescisória, para desconstituir o julgado atacado.

Isento de custas processuais.

É como voto.

## AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 110.206-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO  
Agravante: NORDESTE SEGURANÇA DE VALORES PARAÍBA LTDA.  
Agravadas: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF E BRASIL FORT SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA E TRANSPORTE DE VALORES LTDA.  
Advs./Procs.: DRS. BRUNO MOURY FERNANDES E OUTROS (AGRTE.)

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE, EM AÇÃO CAUTELAR, INDEFERIU PEDIDO LIMINAR DE DESCLASSIFICAÇÃO DA EMPRESA BRASILFORT SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA E TRANSPORTE DE VALORES LTDA, CONCORRENTE DA AGRAVANTE, EM LICITAÇÃO REALIZADA PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL [PREGÃO ELETRÔNICO 0237030-2010], POR NÃO HAVER O ATO AGRAVADO IDENTIFICADO NENHUMA OFENSA ÀS REGRAS DO EDITAL, E QUE A CEF INFORMARA TER REALIZADO DILIGÊNCIAS QUE CORROBORARAM COM O ATESTADO DE QUALIFICAÇÃO APRESENTADO PELA EMPRESA VENCEDORA, ORA AGRAVADA.**

**- O item 8.4.1 do Edital, fl. 69, relativo à qualificação técnica, exige apenas a comprovação de trinta por cento dos quantitativos mensais estimados constates do Anexo V - Estimativa de Quantitativos e Preços. Por sua vez, o referido anexo traz as informações a respeito de preços e quantitativos de embarques mensais do serviço de transporte de valores, fl. 133, cuja exigência de trinta por cento pode ser provada pelo atestado de fls. 140-143, em especial o atestado da empresa Multibank S/A, no qual consta volume**

***mensal de sessenta milhões de reais em valores efetivamente trabalhados, o que, por si só, já supre as exigências do referido item do edital licitatório.***

***- Em pedido de retratação, a agravante alega, conforme documentos em apenso aos autos, que a licitante Brasifort juntou contratos relativos apenas ao serviço de transporte de valores firmados com várias franqueadas do Multbank, nada existindo a respeito de tratamento/preparação de numerário e custódia de valores (tesouraria bancária), o que vem a confirmar que o atestado fornecido pelo Multbank e apresentado na fase de habilitação do pregão eletrônico em referência é falso (...), fl. 190.***

***- Em se tratando de documento novo, a rigor, sua juntada deve ser feita no juízo da causa, e não, no âmbito do Tribunal, por meio de agravo de instrumento, cuja interposição devolve à segunda instância única e exclusivamente a matéria objeto da decisão agravada.***

***- Competiria ao juízo originário decidir, em primeiro lugar, a respeito da farta documentação aqui apresentada em forma de apensos, inclusive acerca da nova alegação de falsidade documental contra a parte agravada. Sem o conhecimento, pelo juízo a quo, a respeito da referida documentação, qualquer ato deste Tribunal, apoiado na citada prova, implicaria, em tese, supressão de instância, não autorizada pelo ordenamento jurídico.***

***- Finalmente, o fato de a empresa vencedora Brasifort não haver apresentado a apólice do seguro na data da assinatura do contrato, ocorrida em 14 de julho de 2010, mas somente em 21 de julho, não é motivo suficiente para a adoção da drástica medida anulatória, uma vez que a finalidade do seguro é a proteção e a garantia do serviço contratado, o qual só teve início, efetiva-***

**mente, em 28 de julho de 2010, não encerrando esse fato nenhum prejuízo à execução contratual. - Agravo regimental não conhecido por incabível. Agravo de instrumento improvido.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, não conhecer do agravo regimental e negar provimento ao agravo de instrumento, 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:

Agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão do douto juízo da 7ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, fls. 157-159, que, em ação cautelar, indeferiu pedido liminar de desclassificação da empresa Brasilfort Serviços de Vigilância e Transporte de Valores Ltda., concorrente da agravante, em licitação realizada pela Caixa Econômica Federal [Pregão Eletrônico 0237030-2010], por não haver o ato agravado identificado nenhuma ofensa às regras do edital, e que a CEF informara ter realizado diligências que corroboraram com o atestado de qualificação apresentado pela empresa vencedora, ora agravada.

Nesse mesmo ato, a d. julgadora *a quo* determinou que fossem disponibilizados à empresa agravante toda documentação obtida pela Caixa Econômica Federal em diligência realizada na empresa Brasilfort, relativamente ao cumprimento das exigências editalícias, fl. 159.

A agravante alega que a empresa Brasilfort agiu em desacordo com vários itens constantes no edital, visto que não teria atendido às exigências editalícias de quantitativo relativas ao objeto da licitação, alegando que a concorrente deveria comprovar, ao me-

nos, nove meses de prestação de serviços, no entanto, só comprovou quatro meses de serviços prestados; que o atestado fornecido pelo Multbank contém informação inverídica. Alega, ainda, que a d. magistrada não levou em consideração ausência de apresentação da apólice de seguro, afirmando que no momento do início da prestação de serviço de custódia e tesouraria [objeto da licitação], a empresa concorrente não possuía referida apólice, indispensável à prestação do serviço.

Indeferi o efeito suspensivo, fls. 186-187.

*À vista de fato novo constatado através de análise da documentação disponibilizada pela Caixa Econômica Federal, a agravante reitera a alegação de ausência de apresentação de apólice de seguro pela empresa vencedora, Brasilfort, agravada, e que ela [agravada] a respeito do atestado de qualificação, só juntou contratos relativos ao serviço de transporte de valores firmados com várias franqueadas do Multbank, nada existindo a respeito de tratamento/preparação de numerário e custódia de valores (tesouraria bancária), concluindo ser falso o atestado apresentado na fase de habilitação, requerendo a retratação deste juízo a fim de ser deferida a liminar substitutiva de suspensão do processo licitatório, fls. 188-192.*

Interpõe, também, agravo regimental, valendo-se das mesmas razões acima, fls. 196-209.

Indeferi, também, o pedido de reconsideração, fls. 552-553.

Contram minuta da Caixa Econômica Federal, fls. 213-213.

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

Nordeste Segurança de Valores da Paraíba Ltda. pretende obter, por meio deste agravo de instrumento, liminar substitutiva destinada a declarar a desclassificação da empresa Brasilfort Serviços de Vigilância e Transporte de Valores Ltda., concorrente da agravante, em licitação realizada pela Caixa Econômica Federal [Pregão Eletrônico 0237030-2010].

O item 8.4.1 do Edital, fl. 69, relativo à qualificação técnica, exige apenas a comprovação de trinta por cento dos quantitativos mensais estimados constantes do Anexo V - Estimativa de Quantitativos e Preços. Por sua vez, o referido anexo traz as informações a respeito de preços e quantitativos de embarques mensais do serviço de transporte de valores, fl. 133, cuja exigência de trinta por cento pode ser provada pelo atestado de fls. 140-143, em especial o atestado da empresa Multibank S/A, no qual consta volume mensal de sessenta milhões de reais em valores efetivamente trabalhados, o que, por si só, já supre as exigências do referido item do edital licitatório.

Em pedido de retratação, a agravante alega, conforme documentos em apenso a estes autos, disponibilizados pela CEF, *que a licitante Brasifort juntou contratos relativos apenas ao serviço de transporte de valores firmados com várias franqueadas do multibank, nada existindo a respeito de tratamento/preparação de numerário e custódia de valores (tesouraria bancária), o que vem a confirmar que o atestado fornecido pelo Multibank e apresentado na fase de habilitação do pregão eletrônico em referência é falso (...)*, fl. 190.

É preciso, antes de mais nada, esclarecer que, em se tratando de documento novo, a rigor, sua juntada deve ser feita no juízo originário, e não, no âmbito deste Tribunal, por meio de agravo de instrumento, cuja interposição devolve à segunda instância única e exclusivamente a matéria objeto da decisão agravada, e mais, depois de já examinada e indeferida a liminar substitutiva.

Competiria ao juízo da causa decidir, em primeiro lugar, a respeito da farta documentação aqui apresentada em forma de apensos, inclusive acerca da nova alegação de falsidade documental contra a parte agravada. Sem o conhecimento, pelo juízo *a quo*, da referida documentação, qualquer ato deste Tribunal, apoiado na citada prova, implicaria, em tese, supressão de instância, não autorizada pelo ordenamento jurídico.

A devolutibilidade no agravo de instrumento não é da mesma intensidade encontrada na apelação. O agravo de instrumento devolve ao tribunal tão somente a matéria objeto da decisão agravada, sob pena de supressão de instância.

Afora os documentos só agora juntados, e não trasladados do feito original, nada há de concreto capaz de me fazer inclinar pelo deferimento da liminar substitutiva, pelo que rejeito o pedido de reconsideração.

Finalmente, o fato de a empresa vencedora Brasifort não haver apresentado a apólice do seguro na data da assinatura do contrato, ocorrida em 14 de julho de 2010, mas somente em 21 de julho, não é motivo suficiente para a adoção da drástica medida anulatória de todo o certame, uma vez que a finalidade do seguro é a proteção e a garantia do serviço contratado, o qual só teve início, efetivamente, em 28 de julho de 2010, não encerrando esse fato nenhum prejuízo à execução contratual.

Diante do exposto, não conheço do agravo interno, por incabível (parágrafo único do art. 527 do Código de Processo Civil), e nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 112.868-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA  
Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Agravados: ESTADO DA PARAÍBA E LOTERIA DO ESTADO DA PARAÍBA - LOTEPI  
Lit. Passivos: LUIZ GONÇALVES DE BARROS E OUTROS  
Advs./Procs.: DRS. PAULO BARBOSA DE ALMEIDA FILHO (1º AGRDO.) E JOSÉ GOMES DE LIMA NETO E OUTROS (2º AGRDO.)

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLORAÇÃO DE LOTERIA E JOGOS DO BICHO. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. LEI ESTADUAL DA PARAÍBA Nº 7.416/2003. ADIN Nº 3.277/2007. SÚMULA VINCULANTE Nº 2 DO STF. INEFICÁCIA DAS AUTORIZAÇÕES E CONCESSÕES. IN-**

**TERDIÇÃO DOS ESTABELECIMENTOS. CABIMENTO. PUBLICIDADE DEVIDA.**

**- A autorização para exploração de loterias e jogos do bicho está condicionada à edição de lei ordinária federal, em face da competência privativa da União (art. 22, inciso XX, da CR/88) para regulamentação de tal matéria, razão pela qual restou declarada a inconstitucionalidade da Lei Paraibana nº 7.416/2003 no julgamento da ADIn nº 3.277/2007, estando o aludido entendimento consolidado na Súmula Vinculante nº 02 do STF.**

**- Hipótese em que não devem subsistir as autorizações e concessões feitas pelo Estado da Paraíba, mediante sua autarquia estadual – LOTEPE – para funcionamento dos estabelecimentos que desenvolvam atividades lotéricas e de jogo do bicho.**

**- Afigura-se, desse modo, cabível a interdição desses pontos, sendo, ainda, devida a inserção nas respectivas páginas oficiais na internet do Governo do Estado da Paraíba e da autarquia LOTEPE, informando acerca da ineficácia das autorizações para exploração de loterias e jogos do bicho naquele Estado da federação.**

**- Agravo de instrumento provido. Regimental prejudicado.**

**ACÓRDÃO**

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

Recife, 1º de setembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator



## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão proferida em ação civil pública, na qual foi parcialmente concedida antecipação de tutela, indeferindo-se, porém, pleitos de interdição de estabelecimentos lotéricos e de divulgação de ilicitude de atividades estaduais exploradoras de jogos.

O recorrente alega, em síntese, que devem ser acolhidos os pleitos indeferidos, pois:

a) nunca houve, no Brasil, permissivo legal para exploração de “jogo do bicho”, destacando que tal prática, nos termos do Decreto-Lei nº 6.529/44, é contravenção penal;

b) sendo ilícita a combatida atividade, não poderia o Governo do Estado da Paraíba incentivá-la;

c) em face de disposição expressa constante do artigo 22, inciso XX, alínea *d*, da Carta Magna vigente, é inconstitucional a norma estadual criadora de irregular sistema de sorteio, a Lei Estadual nº 7.416/2003, destacando que o colendo Supremo Tribunal Federal (STF), na ADI nº 3277, já procedeu à declaração desta inconstitucionalidade e que, ausente menção aos efeitos desta declaração, é patente que há retroatividade;

d) condicionar a aplicação da declaração de inconstitucionalidade referida a esclarecimento expresse quanto aos seus efeitos configura indício de quase conivência com o questionado jogo (fl. 05);

e) a prática combatida encontra, também, expressa vedação em face do teor da Súmula Vinculante nº 02 do colendo STF.

Aduz, ainda, que:

a) tratando-se de contravenção, é desnecessário se examinar a admissibilidade da prática com base em qualquer outra espécie normativa;

b) é irrelevante a argumentação relacionada à extinção de postos de trabalho;

c) sendo o próprio Governo do Estado da Paraíba o responsável pela atividade ilícita, é evidente a necessidade de convocação de força federal para a interdição dos estabelecimentos;

d) as medidas reclamadas não são irreversíveis e não esvaziam o objeto da ação original, de modo que, estando atendidos os pressupostos para sua concessão, devem ser acatadas neste agravo.

O pedido de concessão de efeito ativo ao recurso foi deferido em decisão de fls. 66/70, contra a qual foi interposto agravo regimental (fls. 73/ 92).

À fl. 164, foi proferido despacho para cumprimento do provimento liminar.

Em peça de fls. 167/170 v., o Ministério Público Federal oferece parecer, agitando preliminar de inadmissibilidade do agravo regimental e pugnando, no mérito, pelo provimento do recurso.

Às fls. 172/176, o *Parquet* noticia o descumprimento do comando liminar, requerendo a convocação da Superintendência da Polícia Federal da Paraíba para realização de tal tarefa.

Em despacho de fl. 184, noticiou-se ao recorrente que o cumprimento do comando liminar competia ao juízo *a quo*, de modo que a este o pleito de fls. 172/176 deveria ser direcionado.

É o relatório.

## **VOTO**

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

A insurgência do Ministério Público Federal no presente recurso de agravo de instrumento volta-se contra decisão proferida na Ação Civil Pública 0006174-38.2010.4.05.8200 que ratificou a decisão prolatada nos autos da Ação Civil Pública 0001102-70.2010.4.05.8200, em que restou deferida parcialmente a liminar postulada, tendo sido acolhido apenas o seu pedido formulado no sentido de que: a) a LOTEF não mais volte a expedir novos atos de autori-

zação para a exploração de quaisquer modalidades de jogos lotéricos no Estado da Paraíba, independente da denominação apresentada; b) o Estado da Paraíba e a LOTEP suspendam todos os anúncios publicitários e a divulgação dos jogos e loterias nos meios de comunicação, a exemplo de rádio, televisão, jornal, revista e internet.

Pretende, desse modo, o *Parquet* Federal, a obtenção de tutela concessiva junto a esta egrégia Corte para que o Estado da Paraíba e a LOTEP insiram informações em suas respectivas páginas eletrônicas, na rede mundial de computadores, de que todas as autorizações concedidas são ineficazes, em face da declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 7.416/2003-PB e nos termos da Súmula Vinculante nº 2 do STF; e para que a Polícia Federal interdite os estabelecimentos relacionados na exordial da ação civil pública, os quais comercializam jogos de bicho, com a apreensão do material utilizado no exercício da atividade desses jogos e dos produtos deles advindos.

O cerne da questão trazida a debate consiste em apreciar se as autorizações existentes no Estado da Paraíba para exploração e o funcionamento de estabelecimentos de diversas modalidades de jogos lotéricos devem subsistir.

Compulsando os autos, convém mencionar que o Ministério Público Federal intentou junto ao juízo *a quo* a Ação Civil Pública tombada sob o número 0001102-70.2010.4.05.8200, a qual restou desmembrada em onze outros feitos da mesma espécie, relativos às pessoas físicas que comercializam a atividade do jogo do bicho no Estado da Paraíba, de um dos quais se originou a decisão que ensejou o presente recurso.

Observa-se, pois, que a legislação específica acerca dos serviços de loterias encontra-se arrimada no sentido de que a concessão ou exploração lotérica consiste em uma derrogação das normas de Direito Penal, que tipificam as atividades de jogos de azar como contravenção penal (art. 58 do Decreto-Lei nº 6.259/1944).

Sendo conferida à União a competência privativa para a expedição de normas criminais, restou também estabelecido no art. 3º do mesmo diploma que a concessão ou exploração das mencio-

nadas atividades sempre advirá de disposição legal daquele ente federativo. Encontra-se, assim, assentada a referida norma, *in verbis*:

A concessão ou exploração lotérica, como derrogação das normas do Direito Penal, que proíbem o jogo de azar, emanará sempre da União, por autorização direta quanto à loteria federal ou mediante decreto de ratificação quanto às loterias estaduais.

Tal disciplinamento restou recepcionado pela Constituição da República de 1988, ao prever expressamente em seu art. 22, inciso XX, a competência privativa para edição de normas respeitantes a sistemas de consórcios e sorteios.

Em vista do cenário acima traçado, cumpre analisar o caso específico das autorizações para funcionamento dos estabelecimentos destinados à exploração de jogos lotéricos no Estado da Paraíba, que tem como autarquia responsável pela direção, coordenação, execução, credenciamento, autorização e exploração das referidas atividades a LOTEPA - Loteria do Estado da Paraíba.

Muito embora tenha o magistrado singular considerado que o *fumus boni iuris* apenas estava presente em relação ao pleito de suspensão de novos atos de autorização para exploração de quaisquer modalidades de jogos lotéricos, bem como de anúncios publicitários relativos a estes, tendo em conta a declaração pelo STF da inconstitucionalidade da Lei Estadual paraibana nº 7.416/2003, por meio da ADIn nº 3.277, de 02 de abril de 2007, a qual conferia suporte às sobreditas autorizações, entendo que os efeitos dessa declaração devem ser mais abrangentes, em obediência à sistemática de controle abstrato das normas.

Com efeito, é consabido que, uma vez declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, há o desfazimento por completo das relações jurídicas disciplinadas pela norma fulminada, cuja retroação se dá com alcance *ex tunc*, salvo quando expressamente invocado o dispositivo do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, que possibilita a modulação dos efeitos da decisão que reconheceu a inconstitucionalidade.

Merece registro que a jurisprudência da excelsa Corte sedimentou o entendimento acima esposado, restando consubstanci-

ado na Súmula Vinculante nº 02/2003, que contém o seguinte teor: *É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.*

Desse modo, tenho que não devem subsistir as autorizações para exploração de atividades lotéricas no âmbito do Estado da Paraíba que tenham como fundamento a mencionada Lei nº 7.416/2003.

No que atine às autorizações e concessões existentes anteriores à aludida legislação, constato que igual sorte deve ser aplicada.

É que o Decreto-Lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967, previu a impossibilidade de criação de novas loterias estaduais, anuindo quanto às existentes, desde que não ocorra aumento de suas emissões, limitadas às quantidades de bilhetes e séries em vigor na data de publicação desta norma.

Demais disso, restou assentado no art. 33 da mencionada legislação a previsão de que as loterias estaduais continuarão regidas pelo Decreto-Lei nº 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, quando não houver colidência entre os termos desta norma e o Decreto-Lei nº 204/1967.

Transcreve-se adiante o inteiro teor das disposições acima referidas, *in verbis*:

**Art 32. Mantida a situação atual, na forma do disposto no presente Decreto-Lei, não mais será permitida a criação de loterias estaduais.**

§ 1º As loterias estaduais atualmente existentes não poderão aumentar as suas emissões ficando limitadas às quantidades de bilhetes e séries em vigor na data da publicação deste Decreto-Lei.

Art 33. No que não colidir com os termos do presente Decreto-Lei, as loterias estaduais continuarão regidas pelo Decreto-Lei nº 6.259, de 10 de fevereiro de 1944. (Grifei)

Nesse passo, tendo o Decreto-Lei nº 204/1967 previsto a vedação de concessão a terceiros do serviço de exploração lotérica, não há que se cancelar que os Estados-membros – como pre-

tende a Paraíba, por meio de sua autarquia estadual (LOTEP) –, continuem a atribuir a terceiros tais atividades, notadamente considerando o disposto no art. 9º do Decreto-Lei nº 6.259 que estipula o prazo máximo de validade das concessões até então existentes em cinco anos<sup>1</sup>.

Nesse sentido, encontra-se jurisprudência deste egrégio Tribunal, outrora mencionada quando do deferimento do provimento liminar (fls. 66/70):

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLORAÇÃO LOTERIA. LEI ESTADUAL. CRIAÇÃO ANTERIOR AO DECRETO-LEI Nº 204/67. SÚMULA VINCULANTE Nº 2 DO STF. INAPLICABILIDADE. POSSIBILIDADE DE EXPLORAÇÃO. LIMITES. IMPOSSIBILIDADE DE EXPLORAÇÃO POR CONCESSÃO OU OUTRA FORMA INDIRETA.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao proferir os julgamentos que levaram à edição da Súmula Vinculante, fez ressalva expressa no que diz respeito a loterias criadas pelos estados antes da entrada em vigor do Decreto-Lei 204/67.

2. A situação da loteria do Ceará não se enquadra na moldura fixada pela Súmula Vinculante nº 2, isso porque foi criada por meio da Lei nº 52, de 7 de novembro de 1947, ou seja, em momento anterior à edição do Decreto-Lei nº 204/67.

3. Se é certo que as loterias estaduais existentes antes do advento do Decreto-Lei n. 204/67 continuaram a ser regidas pelo Decreto-Lei nº 6.259/44 (art. 32 do Decreto-Lei nº 204/67), não menos certo é que as disposições deste diploma legal que permitiam a concessão da exploração do serviço não foram mantidas pelo Decreto-Lei nº 204/67 (art. 1º c/c art. 33). Tem-se, assim, que desde o advento do Decreto-Lei nº 204/67 as concessões passaram a ser proibidas, sendo inadmissível que os Estados-Membros atribuíssem a terceiros tal atividade.

4. No presente caso, há uma pessoa jurídica de direito privado que explora o serviço da loteria do Estado do Ceará, mas isso não mais poderia estar ocorrendo pelo menos desde o advento do Decreto-Lei nº 204/67 – este ato

---

<sup>1</sup> Art. 9º A loteria federal e as estaduais subordinar-se-ão às seguintes condições:

1) prazo máximo de cinco (5) anos para as concessões;

normativo passou a proibir expressamente a concessão do serviço de loterias –, ou pelo menos desde 5 (cinco) anos a contar da vigência deste diploma legal, isso porque o Decreto-Lei nº 6.259/44 somente permitia a concessão por tal prazo (art. 9º, item 1º). Situação que se agrava porque sequer há notícia de regular contrato de concessão em favor da ESCOL.

5. O Estado do Ceará poderia continuar explorando o serviço de loteria, desde que, nos termos do § 1º do art. 32 do Decreto-Lei nº 204/67, não aumentasse as suas emissões e ficasse limitada “às quantidades de bilhetes e séries em vigor na data da publicação deste Decreto-Lei”.

6. Dos produtos lotéricos descritos na inicial (totolec, loteria dos sonhos e bilhete tradicional) tem-se como evidente, até mesmo pela denominação, que “totolec” e “loteria dos sonhos” não existiam na época em que editado o Decreto-Lei nº 204/67. Admite-se, assim, apenas o denominado “bilhete tradicional” de loteria.

7. Inexistência de prova de que, na exploração do sistema tradicional de loteria, tenha sido desrespeitado o disposto no § 1º do art. 32 do Decreto-Lei nº 204/67.

8. Procedência em parte do pedido formulado na ação civil pública no sentido de proibir a exploração do serviço de loteria por parte da pessoa jurídica de direito privado, como também proibir a exploração por parte do Estado do Ceará do serviço de loteria que não seja o denominado “bilhete tradicional”.

9. Apelação parcialmente provida. (2ª T., AC 490147/CE, Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias, julg. 25/05/2010)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLORAÇÃO DE JOGOS DE BINGO, LOTERIA OU SIMILARES. PRÁTICA ILEGAL. SÚMULA VINCULANTE Nº 2 DO STF.

1. Descabe agravo inominado contra pronunciamento do relator que atribui ou não efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

2. Agravo manejado pela Agência de Regulação de Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco, contra decisão liminar proferida em sede de ação civil pública no sentido de suspender autorização concedida à ré Serviços e Administração Pernambuco Dá Sorte Ltda. no que se refere aos serviços de loterias e sorteios, com a sustação dessas atividades.

3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já se posicionara no sentido da inviabilidade da exploração de bingos, loterias e assemelhados sem legislação federal que expressamente o permitisse (STF - Supremo Tribunal Federal, ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.277/PB, Relator: Sepúlveda Pertence; *DJ* 25-05-2007, pp-00063).

4. Tal posicionamento foi consolidado com a publicação da Súmula Vinculante nº 2 do Supremo Tribunal Federal, publicada no Diário da Justiça de 06/06/2007.

5. Agravo inominado não conhecido e Agravo de instrumento improvido. (3ª T., AGTR 82.787-PE, Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, julg. 06/05/2010)

Nesse toar, alinhio-me às conclusões lançadas quando do exame da tutela recursal pretendida:

Assim, não cabe questionar se as autorizações para a exploração de jogos teriam sido expedidas pela LOTEP, com base na Lei Estadual/PB 7.416/2003, declarada inconstitucional pela ADI 3.277, ou com fundamento no Decreto-Lei 204/67, c/c Decreto-Lei 6.259/1944, pois, no primeiro caso a lei não se encontrava válida, enquanto que no segundo caso não mais autorizava a concessão a terceiros dos serviços lotéricos.

De um modo ou de outro, os atos concretos (as autorizações) não encontram fundamento em ato normativo válido, sendo, por consequência, nulos.

De outro vértice, no que tange ao pleito para que a Polícia Federal interdite os estabelecimentos relacionados na inicial, com a consequente apreensão do material utilizado na comercialização dos jogos do bicho e do produto auferido, tenho por acolher os argumentos expendidos nas razões recursais do Órgão Ministerial para desafiar a decisão combatida.

Entendo que a adoção dessa medida confere, sob um primeiro aspecto, efetividade ao julgamento emanado da Suprema Corte na já mencionada ADIn nº 3.277/2007, que declarou a inconstitucionalidade da Lei Estadual paraibana nº 7.416/2003, destinada a regular o sistema de consórcios e sorteios no aludido ente federativo.

Não há, pois, de ser acolhido o alegado prejuízo à economia popular citado na decisão fustigada, com a vedação da prática da



atividade em questão há décadas no Estado, porquanto é certo que a Justiça não pode ser conivente com atividade ilícitas.

Ao meu sentir, também não se afigura razoável considerar que o Poder de Polícia conferido à Administração tem o condão de diferir a pretendida atuação de interdição dos estabelecimentos, cuja norma que ampara os seus funcionamentos viola comando legal já declarado inconstitucional pela excelsa Corte, sendo, ainda, a prática das atividades ali verificadas consideradas contravenções penais.

Na esteira desse pensamento, revela-se apropriado a inserção nas respectivas páginas oficiais do Estado da Paraíba e da LOTEPE informando a ineficácia das autorizações para exploração da prática de jogos do bicho, ante a decisão da Suprema Corte no julgamento da inconstitucionalidade da Lei nº 7.416/2003 na ADIn nº 3.277/2007.

Registro apenas que a medida de intervenção dos citados estabelecimentos deve ser feita em prazo razoável (até sessenta dias), a contar da comunicação desta decisão, mediante missão planejada e executada pela Polícia Federal, com a adoção das cautelas necessárias.

Necessário se faz mencionar que, em face do julgamento do presente recurso, resta prejudicado o exame do agravo regimental interposto.

Com essas considerações, dou provimento ao agravo de instrumento, com o fim de determinar que: a) o Estado da Paraíba e a LOTEPE insiram informações em suas respectivas páginas eletrônicas, na rede mundial de computadores, de que todas as autorizações concedidas são ineficazes, em face da declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 7.416/2003-PB e nos termos da Súmula Vinculante nº 02; e, b) a Polícia Federal interdite, em até 60 (sessenta) dias, os estabelecimentos relacionados na inicial, que comercializam jogos de bicho, com a apreensão do material utilizado na comercialização desses jogos e do produto obtido com essa atividade.

Outrossim, julgo prejudicado o exame do agravo regimental.

É como voto.

## AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 115.398-AL

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CÍNTIA MENEZES BRUNETTA (CONVOCADA)  
Agravante: UNIÃO  
Agravado: ANDRÉ LUIZ BEZERRA DA SILVA FILHO (INCAPAZ)  
Reptes: MARIA CÍCERA MESQUITA E DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

**EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. CÂNCER RARO. CIRURGIA REALIZADA APENAS POR POUCOS CENTROS ESPECIALIZADOS NO PAÍS. CUSTEIO DE VIAGEM E CIRURGIA EM UNIDADE DIVERSA DO DOMICÍLIO DO AUTOR. DIREITO À SAÚDE E VIDA. CABIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA. RECURSO DESPROVIDO.**

**- A União interpõe agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra decisão da 1ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas, proferida na Ação Ordinária nº 0004667-60.2010.4.05.8000.**

**- Questiona-se antecipação dos efeitos da tutela deferida em benefício de André Luiz Bezerra da Silva Filho, incapaz, portador de sérias enfermidades, notadamente epilepsia grave, tumor do hipotálamo e retardo físico e mental. Segundo a Defensoria Pública do Estado de Alagoas e parecer médico de expert na área oncológica, há apenas dois centros no Brasil capazes de realizar a intervenção cirúrgica.**

**- A tutela antecipada foi deferida nos seguintes termos: “18. Por todo o exposto, defiro o pedido liminar (sic), confirmando, destarte, a decisão proferida pelo Juiz de Direito da Comarca de Porto Calvo, determinando à União Federal, ao Estado de Alagoas e ao Município de Porto Cal-**

**vo, que, acaso ainda não tenham cumprido a decisão proferida por aquele Órgão Jurisdicional, que autorizem e custeiem o tratamento fora do Estado de Alagoas, com viagem aérea para Ribeirão Preto - SP, São Paulo - SP ou para Porto Alegre - RS, onde há centro médico apto a fazer a cirurgia de que depende o autor, sob pena de fixação de multa-diária”.**

**- A agravante sustenta, em resumo: a) incompetência absoluta da Justiça Federal diante da ilegitimidade passiva da União; b) falta de interesse de agir do autor, pois inexisteria notícia nos autos de mora no trâmite administrativo de seu requerimento de tratamento; c) ingerência do Poder Judiciário em políticas públicas; d) incidência da cláusula da reserva do possível e afronta ao princípio democrático, especificamente ao da isonomia, ao se favorecer uma determinada pessoa em detrimento de todos os demais necessitados de tratamento de saúde; e) o seu papel é de gestão, não execução de atividades vinculadas ao SUS.**

**- De acordo com os arts. 196 e 198 da Carta da República, a saúde é direito de todos e constitui dever do Estado, em seu sentido uno, cujos atos e serviços públicos voltados para a concretização dessa meta, inseridos mesmo no próprio conceito de cidadania plena, se estruturam num sistema integrado, indivisível, onde a hierarquização apresenta-se apenas como modus operandi, mas não desconfigura o caráter solidário a ligar a União, Estado-membro e município, pelo qual a qualquer um deles, ainda que individualmente, cabe realizar faticamente o princípio constitucional.**

**- Competindo ao Poder Judiciário o mister de garantir, em última instância, a devida reverência aos ditames imperativos máximos delineados na Constituição, não há de se cogitar de in-**

**gerência indevida na seara administrativa, porquanto em nenhum momento o decisório construiu um juízo de mérito quanto ao tipo de tratamento medicinal adequado ao paciente. Ponderou, em verdade, se a demora do Estado em permitir a retirada do tumor maligno no hipotálamo, cuja cirurgia não é possível ser realizada no Estado de Alagoas, sem alicerce nos princípios jurídicos da razoabilidade e proporcionalidade, privilegiando em excesso a face econômica em detrimento do valor “vida”.**

**- No exercício de seu papel judicante, saliente-se, ainda, não haver afronta aos princípios da impessoalidade ou isonomia. Afinal, incorreu uma interpretação casuística para beneficiar a autora em contraposição a toda uma coletividade, mas se declarou dentro de um conflito de interesses pontual a existência de um dos direitos fundamentais dessa mesma sociedade, a saber, o gozo da saúde. Acima de tudo, no exercício basilar do Estado de Direito de proteção à intangibilidade do ser humano, não deve esmorecer o Poder Judiciário perante a tão debatida cláusula da reserva do possível – arma típica que os entes estatais vinculados ao SUS esgrimem contra o cidadão, por suposta preocupação de toda a coletividade –, sob pena de tudo se relativizar e deixar órfãos todos eles, individualmente considerados. É dizer, devemos realizar sempre um exercício de ponderação, não se inclinando em demasia para qualquer dos lados.**

**- Sob essa óptica, o caso concreto não implicará um dispêndio tão lesivo que justifique desamparar o autor da demanda, que seria vítima de um sistema econômico que concentra os especialistas de cada área da medicina em poucos centros de excelência.**

**- Precedentes: TRF da 5ª Região, Agravo de Instrumento nº 96.564-SE, Quarta Turma, unânime,**

**relatora a Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, julgado em 04.08.2009, DJ de 28.08.2009.**

**- Agravo de instrumento desprovido.**

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 8 de setembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL CÍNTIA MENEZES BRUNETTA - Relatora Convocada

## **RELATÓRIO**

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CÍNTIA MENEZES BRUNETTA (Convocada):

A União interpõe agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra decisão do MM. Juiz Federal Substituto Sérgio de Abreu Brito, da 1ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas, proferida na Ação Ordinária nº 0004667-60.2010.4.05.8000, fls. 27/32.

Questiona-se antecipação dos efeitos da tutela deferida em benefício de André Luiz Bezerra da Silva Filho, incapaz, portador de sérias enfermidades, notadamente epilepsia grave, **tumor do hipotálamo** e retardo físico e mental.

Eis o teor do dispositivo:

18. Por todo o exposto, defiro o pedido liminar (*sic*), confirmando, destarte, a decisão proferida pelo Juiz de Direito da Comarca de Porto Calvo, determinando à UNIÃO FEDERAL, ao ESTADO DE ALAGOAS e ao MUNICÍPIO DE PORTO CALVO, que, acaso ainda não tenha cumprido a decisão proferida por aquele Órgão Jurisdicional, que autorizem e custeiem o tratamento fora do Estado de Alagoas, com viagem aérea para Ribeirão Preto - SP, São Paulo - SP ou para Porto Alegre - RS, onde há centro médico

apto a fazer a cirurgia de que depende o autor, sob pena de fixação de multa-diária.

19. Determino que os réus tomem, repito, se até agora já não o fizeram, todas as providências administrativas, no âmbito da Administração federal, estadual e municipal, direta e indireta, para evitar delongas desnecessárias ao cumprimento da decisão.

20. Sem prejuízo do prazo acima fixado, devem as entidades réus, no prazo de 72 h (setenta e duas horas), a contar da intimação, informar nos autos que providências já foram tomadas para o cumprimento da antecipação de tutela.

A agravante sustenta, em resumo: a) incompetência absoluta da Justiça Federal diante da ilegitimidade passiva da União; b) falta de interesse de agir do autor, pois inexistiria notícia nos autos de mora no trâmite administrativo de seu requerimento de tratamento; c) ingerência do Poder Judiciário em políticas públicas; d) incidência da cláusula da reserva do possível e afronta ao princípio democrático, especificamente ao da isonomia, ao se favorecer uma determinada pessoa em detrimento de todos os demais necessitados de tratamento de saúde; e) o seu papel é de gestão, não execução de atividades vinculadas ao SUS.

O Desembargador Federal José Maria Lucena denegou o efeito suspensivo, fls. 45/49.

Contrarrazões às fls. 51/56.

O MPF opinou pelo desprovimento do recurso.

### **VOTO**

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CÍNTIA MENEZES BRUNETTA (Relatora Convocada):

Prefacialmente, inverterei a ordem usual da análise dos pressupostos da tutela antecipada – verossimilhança do direito e perigo da demora –, considerando a gravidade dos fatos narrados nos autos.

Pois bem, destaca-se às fls. 35/39 que a Defensoria Pública do Estado de Alagoas promoveu a demanda diante da notícia de o agravado precisar urgentemente de cirurgia para retirada de um

tumor no hipotálamo e a Dr<sup>a</sup>. Valéria Nogueira (CRM 4069), *expert* na área, ter declarado existirem apenas dois centros especializados para tal intervenção no País, quais sejam, em Ribeirão Preto/SP e Porto Alegre/RS.

Ademais, em razão das demais moléstias, principalmente epilepsia de difícil controle (G 40.2), caracterizada por grandes convulsões, aliada a transtornos de comportamento, suas condições físicas estão se deteriorando com maior celeridade.

O *periculum in mora* é inquestionável, portanto.

Passo ao exame das preliminares de modo sucinto a se impor pela natureza do conflito de interesses.

De acordo com os arts. 196 e 198 da Carta da República, a saúde é direito de todos e constitui dever do Estado, em seu sentido uno, cujos atos e serviços públicos voltados para a concretização dessa meta, inseridos mesmo no próprio conceito de cidadania plena, se estruturam num sistema integrado, indivisível, onde a hierarquização apresenta-se apenas como *modus operandi*, mas não desconfigura o caráter solidário a ligar a União, Estado-membro e município, pelo qual a qualquer um deles, ainda que individualmente, cabe realizar faticamente o princípio constitucional.

Competindo ao Poder Judiciário o mister de garantir, em última instância, a devida reverência aos ditames imperativos máximos delineados na Constituição, não há de se cogitar de ingerência indevida na seara administrativa, porquanto em nenhum momento o decisório construiu um juízo de mérito quanto ao tipo de tratamento medicinal adequado ao paciente.

Ponderou, em verdade, se a demora do Estado em permitir a retirada do tumor maligno no hipotálamo, cuja cirurgia não é possível ser realizada no Estado de Alagoas, sem alicerces nos princípios jurídicos da razoabilidade e proporcionalidade, privilegiando em excesso a face econômica em detrimento do valor “vida”.

No exercício de seu papel judicante, saliente-se, ainda, não haver afronta aos princípios da impessoalidade ou isonomia. Afinal, incorreu uma interpretação casuística para beneficiar a autora em contraposição a toda uma coletividade, mas se declarou dentro de um conflito de interesses pontual a existência de um dos

direitos fundamentais dessa mesma sociedade, a saber, o gozo da saúde.

Acima de tudo, no exercício basilar do Estado de Direito de proteção à intangibilidade do ser humano, não deve esmorecer o Poder Judiciário perante a tão debatida cláusula da reserva do possível – arma típica que os entes estatais vinculados ao SUS esgrimem contra o cidadão, por suposta preocupação de toda a coletividade –, sob pena de tudo se relativizar e deixar órfãos todos eles, individualmente considerados.

É dizer, devemos realizar sempre um exercício de ponderação, não nos inclinando em demasia para qualquer dos lados.

Sob essa óptica, entendo que o caso concreto não implicará um dispêndio tão lesivo que justifique desamparar o autor da demanda, que seria vítima de um sistema econômico que concentra os especialistas de cada área da medicina em poucos centros de excelência.

Firmadas essas premissas, tenho que o cumprimento da tutela de urgência pode ser atribuída aos três entes federativos do polo passivo da ação ordinária, em solidariedade.

À guisa de arremate para todos os fundamentos apresentados neste ponto, servem de fecho os seguintes julgados, os quais acrescentam veneráveis outros pertinentes a teses não trazidas aqui pela agravante, mas de inquestionável importância:

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INEXISTÊNCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DIREITO À SAÚDE E À VIDA.

1. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no polo passivo da demanda.

2. É obrigação do Estado garantir a saúde dos cidadãos, competindo-lhe o fornecimento de medicamentos excepcionais, ainda que não constantes da lista do SUS.

3. A imputação pelo Judiciário, ao Executivo, da obrigação de custear medicamentos, não implica indevida intromissão na lei orçamentária, nem atenta contra o Princípio da Separação dos Poderes.



4. As alegações não suscitadas na primeira instância não podem ser conhecidas por esta Corte, eis que não é possível inovar em sede de recurso.

5. Apelações e remessa oficial improvidas.

(TRF da 5ª Região, Apelação Cível nº 467.464-RN, Terceira Turma, unânime, relator o Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, julgado em 06.08.2009, *DJ* de 18.09.2009)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DIREITO DE TODOS À SAÚDE (ART. 196, CF/88). DEVER DO ESTADO. ABRANGÊNCIA DAS TRÊS ESFERAS DA FEDERAÇÃO. SOLIDARIEDADE. DIREITO À VIDA.

I. O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública em defesa de direito indisponível como é o direito à saúde de pessoa carente. (Precedente: REsp 837591/RS, Relator: Min. José Delgado, *DJ* 11.09.2006)

II. Ressalvadas as hipóteses expressamente previstas no art. 1º da Lei nº 9.494/97, é possível a concessão da tutela de urgência contra a Fazenda Pública quando demonstrados os requisitos exigidos no art. 273 do Código de Processo Civil.

III. Inexistindo decisão *ultra petita*, não há que se falar em violação dos 128 e 460 do CPC.

IV. O art. 196 da Constituição Federal de 1988 reconhece ser a saúde um direito de todos e dever do Estado *lato sensu* (União, Estados e Municípios), de modo que a este compete assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros, o acesso à medicação e ao tratamento indispensável à saúde do cidadão.

V. O Sistema Único de Saúde - SUS tem por objetivo a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade. Desse modo, restando comprovado o acometimento do indivíduo por determinada moléstia, necessitando de medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.

VI. No presente caso, o MPF busca o provimento de urgência para o fornecimento de suplemento protéico e o complexo vitamínico àqueles usuários do SUS que se sub-

meteram à cirurgia bariátrica, no Estado de Sergipe, desde que comprovem a necessidade de fazer o uso do medicamento. Assim, deve o Poder Público, através do SUS, realizar o tratamento necessário, com o fornecimento da medicação indicada pelo médico responsável pelos pacientes, a fim de que seja observado seu direito à vida.

VII. “A cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”. (STJ, REsp 811608/RS, Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ em 04/06/2007)

VIII. Agravo de instrumento improvido.

(TRF da 5ª Região, Agravo de Instrumento nº 96.564-SE, Quarta Turma, unânime, relatora a Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, julgado em 04.08.2009, DJ de 28.08.2009)

Desacolho, em suma, todas essas alegações da União, recebendo o recurso apenas em seu efeito devolutivo.

Assim voto.

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 116.029-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT  
Agravante: AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO - ANP  
Agravado: GEL PETRÓLEO LTDA.  
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO  
Advs./Procs.: DRS. FELIPE MACEDO DANTAS E OUTROS (AGRDO.)

***EMENTA: ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEL FORA DAS ESPECIFICAÇÕES PERMITIDAS. FISCALIZAÇÃO. INTERDIÇÃO DO ES-***

**TABELECIMIENTO. DECISÃO QUE LIMITOU A INTERDIÇÃO À BOMBA DE COMBUSTÍVEL IRREGULAR. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. AGTR IMPROVIDO.**

**- Observa-se da análise do auto de infração lavrado pela ANP que a irregularidade constatada foi a comercialização de gasolina tipo C aditivada, com 21% de álcool etílico anidro combustível (AEAC), enquanto que o correto seria 25%.**

**- É fato notório que quanto menos álcool etílico anidro adicionado à gasolina, mais puro é o combustível obtido, sendo, inclusive, mais benéfico o referido consumo, pois maior será a quilometragem alcançada por litro de combustível. Sendo assim, não havendo qualquer dano aos consumidores no fato de se comercializar gasolina com teor de AEAC de 21%, não se mostra razoável/proporcional a interdição do estabelecimento da agravante.**

**- Ressalte-se que a legislação atualmente em vigor, qual seja, a Portaria n° 07/2010, prevê que a referida mistura pode variar entre 20% e 25%, fixando, durante determinado período (90 dias, a partir de 01 de fevereiro), o percentual obrigatório de 20% de adição de etanol anidro combustível à gasolina. Tal variação se dá, exclusivamente, por questões de ordem econômica, pois o teor de etanol na gasolina é influenciado por fatores como safra e impostos aplicados sobre combustíveis, quando a safra de cana-de-açúcar está em alta, aumenta-se a quantidade de álcool na mistura da gasolina; se estiver na entressafra, diminui-se a quantidade de etanol.**

**- Dessa forma, ainda que se considere existir irregularidade na comercialização de gasolina aditivada com concentração de AEAC correspondente a 21%, tal fato não pode dar ensejo à interrupção da venda do mesmo, nem, tampouco, à**

***interdição do estabelecimento como um todo, tendo em vista a ausência de prejuízo, tanto para o consumidor quanto para a concorrência. Registre-se que a agravante não está auferindo qualquer vantagem com a venda do referido combustível, isto porque, o preço do litro da gasolina pura é bem mais elevado que o do litro do etanol anidro. Assim, na verdade, estaria amargando prejuízo, o que demonstra, em última análise, a ausência de qualquer proveito econômico em tal prática, configurando-se, portanto, desproporcional a medida punitiva imposta à agravante pela ANP.***

***- Com efeito, o ato de interdição efetivado pela ANP não observou os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Embora se trate de um ato discricionário, diante da valoração subjetiva da necessidade de interdição, tendo em vista que art. 5º, III, da Lei 9.847/1999 consigna que a fiscalização “poderá” interditar, não estabelecendo qualquer requisito para tanto, a Administração tem que agir com razoabilidade nas suas escolhas. Destarte, a decisão discricionária será ilegítima, ainda que não contrarie qualquer norma legal/infralegal, quando não restar demonstrada a proporção adequada entre os meios que emprega e os fins que deseja alcançar.***

***- No caso vertente, o meio empregado foi a interdição do estabelecimento, enquanto que o fim a ser alcançado seria o interesse público, substanciado no repúdio à comercialização de combustível adulterado. Todavia, salta aos olhos a ilegitimidade/ilegalidade do referido ato, tendo em vista a inexistência de qualquer prejuízo para a sociedade, bem como de proveito econômico para a agravante, já que o combustível, que ensejou a interdição, na verdade é mais benéfico para o consumidor. Dessa forma, ultrapas-***

**sando a ANP os limites da discricionariedade, pode o Poder Judiciário corrigir tal ilegalidade.**  
**- Imperiosa se faz a anulação do ato de interdição praticado pela ANP, tendo em vista a ilegalidade decorrente da contrariedade aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.**  
**- Agravo de instrumento improvido.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGTR 116029-RN, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 4 de agosto de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pela ANP - Agência Nacional do Petróleo, contra decisão do douto Juiz Federal da 5ª Vara da SJ/RN, que deferiu *parcialmente o pedido de antecipação dos efeitos da tutela determinando à ANP que proceda, no prazo de vinte e quatro horas, à liberação dos bicos de abastecimento do estabelecimento da parte autora que não estejam vinculados ao tanque de combustível do qual adveio a amostra em que foi constatada a irregularidade da mistura, permanecendo a interdição oriunda do Ato de Fiscalização nº 124.704.11.28.31.6857 apenas sobre os bicos de abastecimento que estiverem conectados com aquele tanque* (fl. 71).

2. Alega a agravante, em apertada síntese, que a interdição total do estabelecimento mostra-se como meio idôneo para impedir a comercialização irregular de combustível e, por consequên-

cia a concorrência desleal, bem como para resguardar os consumidores quanto a combustíveis defeituosos.

3. Foram apresentadas as contrarrazões.

4. É o relatório.

## VOTO

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

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pela ANP - Agência Nacional do Petróleo, contra decisão do douto Juiz Federal da 5ª Vara da SJ/RN, que deferiu *parcialmente o pedido de antecipação dos efeitos da tutela determinando à ANP que proceda, no prazo de vinte e quatro horas, à liberação dos bicos de abastecimento do estabelecimento da parte autora que não estejam vinculados ao tanque de combustível do qual adveio a amostra em que foi constatada a irregularidade da mistura, permanecendo a interdição oriunda do Ato de Fiscalização nº 124.704.11.28.31.6857 apenas sobre os bicos de abastecimento que estiverem conectados com aquele tanque* (fl. 71).

2. Observa-se da análise do auto de infração lavrado pela ANP que a irregularidade consubstanciou-se em *comercializar gasolina tipo C aditivada através do bico de abastecimento nº 12, bomba medidora série nº 504881, interligando tanque de armazenamento nº 1 com 21% de AEAC adicionado ao produto, estando, portanto, fora das especificações estabelecidas, uma vez que o correto é de 25%, mais ou menos 1%*. Diante da referida irregularidade, foi determinada a apreensão de toda a gasolina aditivada depositada no tanque de armazenamento, bem como a interdição de 12 bicos de abastecimento, ou seja, a interdição total do estabelecimento.

3. A agravante, todavia, irresignada com a manutenção da interdição no que pertine aos bicos de combustível vinculados ao tanque nº 12, no qual foi constatada a suposta irregularidade, requer a liberação do mesmo. Para tanto, alega que a gasolina aditivada por ela comercializada está dentro das especificações técnicas, pois quanto menos AEAC houver no respectivo combustível, mais pura é a gasolina obtida e, portanto, mais benéfica aos veículos dos consumidores.

4. Desse modo, o cerne da presente controvérsia consubstancia-se na análise da existência de irregularidade na venda do respectivo combustível, bem como, na verificação de proporcionalidade da medida punitiva adotada pela agravada.

5. A Portaria n° 07, de 11 de janeiro de 2010 do Ministério de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, quanto ao limite de álcool etílico anidro combustível (AEAC) à gasolina, estabelece que:

Art. 1º Aprovar a fixação em **vinte por cento**, pelo prazo de 90 (noventa) dias, a partir de zero hora do dia 1º de fevereiro de 2010, do percentual obrigatório de adição de etanol anidro combustível à gasolina.

Art. 2º Findo o prazo estabelecido no artigo anterior, o percentual obrigatório de adição de etanol anidro combustível à gasolina retorna ao percentual de **vinte e cinco por cento**.

6. É fato notório que quanto menos álcool etílico anidro adicionado à gasolina, mais puro é o combustível obtido, sendo, inclusive, mais benéfico o referido consumo, pois maior será a quilometragem alcançada por litro de combustível. Sendo assim, não havendo qualquer dano aos consumidores no fato de se comercializar gasolina com teor de AEAC de 21%, não se mostra razoável/proporcional a interdição do estabelecimento da agravante.

7. Ressalte-se que a legislação atualmente em vigor, qual seja, a Portaria n° 07/2010, prevê que a mistura pode variar entre 20% e 25%, fixando, durante determinado período (90 dias, a partir de 01 de fevereiro), o percentual obrigatório de 20% de adição de etanol anidro combustível à gasolina. Tal variação se dá, exclusivamente, por questões de ordem econômica, o teor de etanol na gasolina é influenciado por fatores como safra e impostos aplicados sobre combustíveis, quando a safra de cana de açúcar está em alta, aumenta-se a quantidade de álcool na mistura da gasolina; se estiver na entressafra, diminui-se a quantidade de etanol.

8. Dessa forma, penso, *data venia*, que embora haja irregularidade na comercialização de gasolina aditivada com concentração de AEAC correspondente a 21%, quando o correto seria 25%, tal fato não pode dar ensejo à interrupção da venda do mesmo, nem, tampouco, à interdição do estabelecimento como um todo,

tendo em vista a ausência de prejuízo, tanto para o consumidor quanto para a concorrência, no referido ato.

9. Registre, ainda, que a agravante não está auferindo qualquer vantagem com a venda do referido combustível, isto porque, o preço do litro da gasolina pura é bem mais elevado que o do litro do etanol anidro. Dessa maneira, na verdade, estaria amargando prejuízo, o que demonstra, em última análise, a ausência de qualquer proveito econômico em tal prática.

10. Nesse sentido, a Lei nº 9.847/1999, que dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, e que se baseou a ANP para interditar o estabelecimento da agravante, *in verbis*:

Art. 5º Sem prejuízo da aplicação de outras sanções administrativas, a fiscalização poderá, como medida cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005)

III - interditar, total ou parcialmente, nos casos previstos nos incisos II, VI, VII, VIII, IX, XI e XIII do art. 3º desta Lei, as instalações e equipamentos utilizados diretamente no exercício da atividade outorgada; (Incluído pela Lei nº 11.097, de 2005)

Art. 8º A pena de suspensão temporária, total ou parcial, de funcionamento de estabelecimento ou instalação, será aplicada:

I - quando a multa, em seu valor máximo, não corresponder, em razão da gravidade da infração, **à vantagem auferida em decorrência da prática infracional;**

11. Nesse passo, entendo que configura-se desproporcional a medida punitiva imposta à agravante pela ANP, pois não havendo prejuízo na comercialização do combustível em comento, nem qualquer vantagem econômica aferida pela empresa, não se perfaria necessária a interdição do respectivo estabelecimento. Ademais, a ANP deixou de esclarecer porque seria necessária a interdição total, limitando-se a tecer considerações genéricas.

12. Com efeito, o ato administrativo de interdição do estabelecimento da agravante não observou os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Embora se trate de um ato discricionário,



diante da valoração subjetiva da necessidade de interdição, tendo em vista que o referido preceito consigna que a fiscalização **poderá** interditar, não estabelecendo qualquer requisito para tanto, a Administração, no caso a ANP, tem que agir com razoabilidade nas suas escolhas. Destarte, a decisão discricionária será ilegítima, ainda que não contrarie qualquer norma legal/infralegal, quando não restar demonstrada a proporção adequada entre os meios que emprega e os fins que deseja alcançar.

13. No caso vertente, o meio empregado foi a interdição do estabelecimento, enquanto que o fim a ser alcançado seria o interesse público, consubstanciado no repúdio à comercialização de combustível adulterado. Todavia, salta aos olhos a ilegitimidade/ilegalidade do referido ato, tendo em vista a inexistência de qualquer prejuízo para a sociedade, bem como de proveito econômico para a agravante. Dessa forma, ultrapassando a ANP os limites da discricionariedade, pode o Poder Judiciário corrigir tal ilegalidade.

14. Trago à baila a Súmulas 473 do STF, por se coadunar com a presente situação:

Súmula nº 473: A Administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

14. Assim, imperiosa se faz a anulação do ato de interdição praticado pela ANP, tendo em vista a ilegalidade decorrente da contrariedade aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

15. Do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

16. É como voto.

## **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 8.776-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ (CONVOCADO)  
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Apeladas: TIM NORDESTE S/A, BCP S/A (CLARO), TNL PCS S/A E AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL  
Advs./Procs.: DRS. CARLOS SUPLYCY DE FIGUEIREDO FORBES E OUTRO (1ª APDA.), RICARDO AZEVEDO SETTE E OUTROS (2ª APDA.), HERMANO GADELHA DE SÁ E OUTRO (3ª APDA.)  
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. TELEFONIA CELULAR NA MODALIDADE PRÉ-PAGA. CRÉDITOS ADQUIRIDOS MEDIANTE CARTÕES PRÉ-PAGOS. FIXAÇÃO DE PRAZO DE 90 DIAS PARA SUA UTILIZAÇÃO. LEGALIDADE DOS NORMATIVOS DA ANATEL SOBRE O TEMA. APELAÇÃO IMPROVIDA.**

**- Ação civil pública aforada por parte legítima, o Ministério Público Federal, visando o reconhecimento da nulidade, por ilegalidade, do item 4.6 (e subitens 4.6.1 e 4.6.1.1) da Instrução Normativa 03/98 da ANATEL, particularmente no ponto relativo à restrição de prazo de validade de 90 dias para a utilização de créditos, adquiridos mediante cartões pré-pagos, imposta aos usuários do serviço de telefonia celular pré-paga.**

**- A edição das Resoluções nºs 316/02 e 477/07 não importou na revogação da Instrução Normativa nº 03/98, que, continuando em vigor, pode em tese ser anulada em razão de juízo sobre sua legalidade, nela incluída a verificação sobre a obediência aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, vedado, contudo, o ingresso do**

***Poder Judiciário na parcela de discricionariedade reservada à Administração na disciplina dos serviços públicos (mérito administrativo).***

***- “O serviço pré-pago é remunerado apenas pelos créditos adquiridos pelo usuário. Eles são usados para que se façam ligações, e não para recebê-las. A indefinição de prazo de validade dos créditos pode significar o uso, ainda que parcial, de serviço gratuito. Existe, portanto, racionalidade na previsão de prazos, inclusive diferenciados” (AgRg no REsp 1222916/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª T, julgado em 07/04/2011, DJe 25/04/2011).***

***- Reiterados precedentes do Superior Tribunal Justiça no sentido de declarar a legalidade da fixação de prazos para a utilização de créditos de telefonia pré-paga.***

***- Apelação do Ministério Público Federal conhecida, porém improvida.***

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 8 de setembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ - Relator Convocado

## **RELATÓRIO**

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

Cuida-se de pretensão formulada em sede de ação civil pública, aforada pelo Ministério Público Federal, visando o reconhecimento da nulidade, por ilegalidade do item 4.6 (e subitens 4.6.1 e

4.6.1.1) da IN 03/98 da ANATEL, notadamente no que pertine à restrição de prazo de validade de 90 dias para a utilização de créditos, adquiridos mediante cartões pré-pagos, imposta aos consumidores/usuários do serviço de telefonia celular pré-pago.

A partir dessa premissa, postula as providências antecipatórias constantes dos itens “a” a “o” da rubrica denominada tutela antecipada constante da petição inicial e do final deferimento dos itens “a” a “e” da rubrica denominada do pedido que figura, igualmente, na exordial.

Nesse caso, além do reconhecimento da nulidade, estão ainda a condenação das empresas demandadas à reativação do serviço aos usuários que, em razão da não reinserção dos créditos remanescentes após o escoamento do mencionado prazo de 90 dias sofreram interrupção na prestação do serviço, além de indenização, inclusive a título de dano moral coletivo, a ser revertida ao fundo criado pelo art. 13 da Lei nº 7.347/85.

A demanda foi julgada improcedente pela v. sentença às fls. 1649 a 1659 dos autos.

Interposta apelação pelo MPF, foram aviadas contrarrazões pelas operadoras TIM NORDESTE S/A (fls. 1677 a 1696); BCP S/A – Claro (fls. 1699 a 1732); TNL PCS S/A (fls. 1736 a 1783), bem como pela ANATEL (fls. 1787 a 1801).

É o relatório.

## **VOTO**

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

A matéria em questão, qual seja, o reconhecimento da nulidade, por ilegalidade do item 4.6 (e subitens 4.6.1 e 4.6.1.1) da Instrução Normativa 03/98 da ANATEL, notadamente no que pertine à restrição de prazo de validade de 90 dias para a utilização de créditos, adquiridos mediante cartões pré-pagos, imposta aos consumidores/usuários do serviço de telefonia celular pré-pago, já está fartamente debatida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Antes de adentrar ao mérito propriamente dito, observo que aquela colenda Corte reconhece a legitimação e, assim, o interes-

se de agir do Ministério Público Federal para figurar como autor em ações civis públicas com esse específico objetivo, procedimento esse que também é apontado como adequado. (v. STJ. REsp 806.304/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª T, julgado em 02/12/2008, DJe 17/12/2008)

Quanto ao mérito propriamente dito, a questão em debate parece já haver sido efetivamente pacificada naquela Corte Superior, nos termos do ora mencionado REsp 806.304/RS.

O Superior Tribunal de Justiça, naquela assentada, definiu pela integral legalidade dos normativos da ANATEL cujo objeto é a disciplina e a sistematização do período de utilização dos créditos adquiridos por consumidores usuários de telefones celulares pré-pagos.

Diante da invulgar competência do ilustre Relator, Ministro Luiz Fux, que, por sua vez, prestigia explicitamente a não menos capacitada sentença proferida em primeiro grau de Jurisdição, creio ser suficiente apenas a transcrição dos principais trechos do voto – e de consequência da d. sentença – aos quais também me acosto para julgar a presente ação civil pública:

14. Alegada perda de eficácia da Norma nº 03/98 que não invalida os pedidos de cessação do abuso consubstanciado na limitação do período de validade dos créditos telefônicos adquiridos no sistema pré-pago. Seja qual for o ato administrativo atualmente em vigor no trato das questões referentes à validade dos créditos no sistema pré-pago, a realidade é que tal fato em hipótese alguma invalida o pleito esboçado na exordial, o qual se refere, em última análise, à necessidade da cessação da limitação do período de validade dos créditos telefônicos adquiridos no sistema pré-pago, escopo maior da ação ora em trâmite.

15. Até porque a Norma nº 03/98, pelo que se extrai dos considerandos preliminares à atual Resolução nº 316/27.09.2002, continua em vigor, não tendo sido revogada por aquela.

16. A isso somam-se os fatos de que a) este era o diploma legal aplicado pelas empresas de telefonia em exame à época dos fatos, conforme exsurge, *verbi gratia*, das fls. 40-41 e b) a nova Resolução nº 316/2002 repete a disposi-

ção contida no diploma legal anterior, mais uma vez limitando a validade dos créditos adquiridos no sistema pré-pago:

Art. 55. Os créditos podem estar sujeitos a prazo de validade.

§ 1º A prestadora pode oferecer créditos com qualquer prazo de validade, desde que possibilite ao usuário a aquisição de créditos, de valores razoáveis, com o prazo igualou superior a 90 (noventa) dias.

§ 2º A prestadora deve oferecer, no mínimo, em suas lojas próprias, créditos com validade de 90 (noventa) dias.

(...)

Nesse sentido, ainda, concluiu, com inteiro acerto, o ilustre Magistrado, a fls. 1083/92, *verbis*:

“O Ministério Público insurge-se contra a fixação, estabelecida pela ANATEL, por meio da Norma nº 03/98, hoje substituída pela Resolução nº 316/02, de prazo de validade para a fruição, pelo usuário, dos créditos da telefonia móvel pré-paga.

A apreciação da matéria requer, no entanto, um exame das características do sistema de prestação dos serviços de telefonia. Passo, então, a empreender tal tarefa.

A Lei nº 9.472/97, atendendo ao disposto no artigo 21, inciso XI, da Carta Política (com redação determinada pela Emenda Constitucional nº 8, de 1995), organizou os serviços de telecomunicações e criou o ente regulador do sistema, a ANATEL.

O instrumento normativo acima mencionado estabeleceu, em seu artigo 63, que os serviços de telecomunicações podem ser prestados em regime de direito público ou em regime de direito privado. Na primeira modalidade de prestação as operadoras do sistema ficam obrigadas à observância dos princípios da continuidade e da universalização do serviço, enquanto que na segunda devem ser observadas, além das suas disposições específicas da Lei nº 9.472/97, os princípios constitucionais da ordem econômica. A definição sobre as modalidades de serviço a serem prestados em regime de direito público e em regime de direito privado foi cometida ao Poder Executivo Federal pelo artigo 18 daquele diploma legal.

O Executivo, usando a faculdade que lhe conferiu a norma

antes referida, editou o Decreto nº 2534, de 02 de abril de 1998, aprovando o Plano Geral de Outorgas, no qual ficou definido que se sujeita à prestação em regime de direito público, ainda que não exclusivamente, apenas o serviço de telefonia fixa comutada. Para as demais atividades de telecomunicações restou denominada a adoção do regime de direito privado.

Em suma, na estrutura hoje definida para exploração das telecomunicações, foi dado um caráter de essencialidade à telefonia fixa, com imposição de obrigação às prestadoras de universalização e continuidade do serviço, enquanto à telefonia móvel foi conferida uma feição mais livre, embora também sujeita à observância dos princípios, diretrizes e restrições estabelecidas pela Lei nº 9.472/97.

Fixado o delineamento geral do sistema de prestação de serviços de telecomunicações, cumpre examinar, para deslinde do feito, as características da telefonia móvel pré-paga.

O serviço de telefonia móvel pré-paga foi instituído pela Norma nº 03/98 da ANATEL, estando regido atualmente pela Resolução nº 316/02.

Observada a norma que originalmente o regulou, destacam-se as seguintes características do plano de serviço pré-pago: (a) simplicidade para adesão ao serviço (itens 2.3, 2.7 e 2.8); (b) proibição de representar prejuízo aos usuários do plano básico oferecido pela operadora (item 4.1, a); (c) proibição de ser adotado como substituto do plano básico ofertado pela concessionária (item 4.1, b); (d) validade limitada dos créditos adquiridos utilização do sistema.

A Resolução nº 316/02 da ANATEL manteve, em linhas gerais, as características da telefonia móvel pré-paga acima elencadas, especificando que 'a prestadora deve estabelecer plano Básico de Serviço, para pagamento após a prestação do serviço mediante faturamento mensal' (art. 47) e determinando que 'nenhum outro Plano de Serviço pode ser ofertado pela prestadora sem que esta tenha à disposição o Plano Básico de Serviço' (art. 47, § 2º).

Em síntese, a Agência Nacional de Telecomunicações instituiu a telefonia móvel pré-paga como serviço peculiar, alternativo e simplificado, garantindo aos usuários, por outro lado, a oferta de plano básico pós-pago.

Assim, a criação de plano de serviço alternativo, com características próprias, não ofende, ainda que defluído o prazo mínimo de validade para fruição dos créditos adquiridos pelo usuário, o princípio da razoabilidade, porque é garantida ao consumidor a possibilidade de adesão ao sistema pós-pago, podendo este, assim, optar pelo serviço mais adequado às suas necessidades. Ademais, por tal razão, resta evidente que não há imposição aos consumidores das restrições que caracterizam o serviço pré-pago, visto que a eles é disponibilizada outra modalidade de contratação, se esta lhes for mais favorável.

Por outro lado, a ANATEL, ao editar as normas acima referidas, não descuroou com a observância do princípio da eficiência na gestão do sistema de telecomunicações nacional. Com efeito, além de garantida a prestação do serviço de telefonia fixa com caráter de essencialidade, fica resguardada a oferta de telefonia móvel na modalidade pós-paga e viabilizado o fornecimento de planos com características diferenciadas e particulares para o atendimento de necessidades dos destinatários do sistema. Logo, dada a diversidade de serviços oferecidos à coletividade e a fixação de garantias mínimas ao usuário, resta evidenciada a gestão e a organização racional e eficiente dos serviços de telefonia.

Ainda, em face dos argumentos acima expendidos e observando-se, em especial, que é assegurado ao usuário a prestação dos serviços de telefonia mediante plano básico estabelecido segundo regras previamente fixadas, tenho que o delineamento do sistema adotado pelo Poder Público está de acordo com os fins de interesse público que devem nortear a organização das telecomunicações no país, aí incluída a necessidade de desenvolvimento do setor, bem como os direitos do usuário do serviço fixados na Lei Geral de Telecomunicações.

Saliento, ainda, que o regramento atacado pelo Ministério Público não ofende o disposto no artigo 128 da Lei nº 9.472/97. Isso porque os prazos definidos nos instrumentos normativos editados pela ANATEL, Norma nº 03/98 e Resolução nº 316/02, fixam apenas os interstícios mínimos a serem observados pelas operadoras para validade dos créditos adquiridos pelos consumidores. A norma, portanto, não impõe limitação à prestação do serviço, mas, ao con-



trário, vista resguardar o direito dos usuários, sem deixar de preservar, por outro lado, a liberdade das concessionárias para criação de condições mais favoráveis para o oferecimento da telefonia móvel pré-paga.

Por fim, cabe registrar que a estruturação definida pelo regramento infraconstitucional não está em desacordo com o texto da Lei Maior, na medida em que esta outorgou ao legislador ordinário a organização do sistema de telecomunicações nacional.

Tenho, assim, que o regramento da telefonia móvel pré-paga está adequado aos preceitos constitucionais e legais que devem orientar a atuação da Agência Nacional de Telecomunicações.

Cabe analisar, então, se, observada sob a ótica da relação estabelecida entre os usuários e as empresas concessionárias, a fixação de prazo de validade para fruição dos créditos deste serviço configura cláusula abusiva ou ofensa ao direito de propriedade.

As operadoras de telefonia fornecem no mercado de consumo serviços de telecomunicações, *in casu*, a possibilidade de comunicação por aparelhos celulares, mediante remuneração da atividade. Os usuários do serviço, a seu turno, utilizam-no, em seu interesse pessoal ou profissional, como destinatários finais. É nítida, portanto, a relação de consumo que se forma entre prestadores e usuários e a sujeição deste vínculo jurídico às normas do Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, mesmo apreciada com base nas normas da Lei nº 8.078/90, a relação ora examinada não se afigura abusiva ou ilegal.

A abusividade das práticas comerciais, que compreendem a realização de publicidade abusiva ou a imposição aos consumidores de cláusulas abusivas, têm no Código enumeração exemplificativa e devem ser aferidas no caso concreto, observada a relação de consumo em sua integralidade.

Ademais, na sistemática adotada pela Lei nº 8.078/90, configuram cláusulas abusivas aquelas que colocam a parte mais vulnerável da relação de consumo, o consumidor (artigo 4º, inciso I, do instrumento normativo acima mencionado), em situação desfavorável ou que violam o princípio da boa-fé (artigo 4º, inciso III, do mesmo diploma legal).

No caso dos autos, tenho que a limitação temporal para utilização dos créditos adquiridos pelo consumidor do serviço de telefonia móvel pré-paga não caracteriza a ocorrência de qualquer dos vícios acima apontados.

Conforme evidencia o conteúdo da Norma nº 03/98 da Agência Nacional de Telecomunicações, hoje substituída pela Resolução nº 316/02 do mesmo ente, a aquisição de créditos para utilização do serviço ('cartão') assegura ao usuário o direito à realização de ligações correspondentes ao seu valor e ao recebimento ilimitado de chamadas durante o período de 120 (cento e vinte dias). Além disso, não há pagamento de assinatura mensal para que o consumidor tenha, durante o prazo antes assinalado, seu aparelho celular habilitado e em funcionamento.

Assim, afigura-se evidente que a quantia satisfeita pelo usuário na contratação do serviço, além de representar o crédito que pode ser empregado para a efetivação de chamadas para terceiros, remunera os seus custos de disponibilização e de manutenção. Portanto, para resguardar a viabilidade econômica dessa modalidade de telefonia móvel, a fruição dos serviços pelo usuário deveria sofrer algumas restrições, que, na hipótese em exame, são a limitação do número de chamadas ao montante do valor satisfeito na adesão ao sistema e a fixação de prazo máximo de utilização da linha para recebimento de ligações, em caso de não inserção de novos créditos.

Desse modo, nos planos pré-pagos de telefonia celular, não é possível vislumbrar a ocorrência de desequilíbrio entre os contratantes que coloque o consumidor em situação desfavorável e que, por consequência, implique violação ao regramento instituído pelo Código de Defesa do Consumidor. Na verdade, nessa modalidade de serviço, o consumidor realiza uma contratação a baixo custo e obtém, em contrapartida, uma prestação que se apresenta limitada. Contudo, as limitações impostas pela ANATEL e pelas prestadoras não se apresentam, como visto, desarrazoadas, nem tampouco oneram excessivamente o usuário.

Na verdade, o sistema de telefonia pré-pago, embora limitado nas prestações oferecidas pelas companhias que o operam, apresenta-se como opção barata de acesso à telefonia móvel, beneficiando, como é notório, a população de renda mais baixa, que pode utilizar as parcelas dispo-

níveis de seus ganhos para a contratação do serviço, sem a inclusão no seu orçamento de encargo fixo mensal. Por outro lado, não há violação ao princípio da boa-fé ou hipótese de propaganda abusiva.

Como dito alhures, os planos de telefonia móvel pré-pagos são oferecidos como alternativa aos sistemas pós-pagos, não havendo, portanto, imposição desse sistema de comunicação móvel ao consumidor.

Além disso, as condições de contratação são previamente definidas, de modo que a possibilidade de interrupção do serviço, pela não inserção de novos créditos no prazo ajustado, é previamente conhecida pelo contratante. Com efeito, a própria Norma nº 03/98 da ANATEL, assim como a Resolução nº 316/02 daquele ente impõe às operadoras a ampla comunicação aos usuários, por ocasião da adesão à telefonia móvel pré-paga, das condições de sua fruição.

Tenho, portanto, que o ajuste estabelecido entre as operadoras e os consumidores do serviço de telefonia móvel pré-paga apresenta-se pautado pela transparência, lisura e idoneidade exigidas pelo princípio da boa-fé, o qual, por força do disposto no artigo 4º, inciso III, da Lei nº 8.078/90, deve orientar as relações de consumo.

Ainda, dada a exigência de comunicação aos consumidores sobre as condições para adesão ao serviço, fica afastada qualquer possibilidade de configuração de propaganda enganosa ou abusiva.

Cumpra observar, por outro lado, que a fixação de prazo para fruição dos créditos adquiridos pelo usuário não ofende o direito de propriedade deste, na medida em que não há locupletamento das empresas operadoras de telefonia. Como visto, ainda que não efetivada nenhuma ligação durante o prazo de validade dos créditos, a quantia despendida pelo consumidor do serviço reverte em utilidades para ele, que, durante tal período, teve o seu aparelho celular operante e pôde receber número ilimitado de ligações.

Resta, ainda, perquirir se, conforme declinado na inicial, fica caracterizada hipótese de incoerência da Norma nº 03/98, passível de interpretação em favor do consumidor. Segundo sustenta o *Parquet*, o item 2.4 da Norma nº 03/98 da Agência Nacional de Telecomunicações garante que os débitos referentes ao sistema de telefonia móvel pré-

paga só podem ser abatidos do crédito do usuário após a efetiva utilização do serviço. Por outro lado, o subitem 4.6.1, alínea e, da mesma norma, fixa o prazo máximo de noventa (90) dias para utilização dos créditos adquiridos pelo contratante, sob pena de interrupção do serviço para chamadas originárias. Desse modo, consoante os termos da inicial, dado o caráter contraditório das disposições regulamentares, deve ser dada interpretação favorável ao consumidor, nos termos do disposto nos artigos 46 e 47 da Lei nº 8.078/90.

Sem razão o demandante.

O item 2.4 do instrumento normativo acima referido fixa o critério para que os créditos utilizados pelo usuário sejam abatidos de seu saldo disponível, enquanto o item 4.6.1 estabelece o prazo de validade para fruição dos créditos adquiridos perante a operadora. Não se trata, portanto, de norma que regula, de maneira contraditória, a mesma matéria, ficando afastada, com isso, a possibilidade de interpretação benéfica ao consumidor.

Por fim, na medida em que, consoante acima analisado, a regulação fixada pela ANATEL para o serviço pré-pago não implica em violação aos direitos do consumidor ou à propriedade privada, além de viabilizar o desenvolvimento do setor de telecomunicações garantir a livre concorrência entre as prestadoras, tenho que não há qualquer ofensa aos princípios, consagrados no artigo 170 da Constituição Federal, que devem orientar a ordem econômica nacional.

Não é possível vislumbrar, portanto, qualquer infração ao ordenamento jurídico pátrio na fixação de prazo para utilização dos créditos adquiridos pelos usuários do serviço de telefonia celular pré-paga.

Outrossim, verificada a regularidade do sistema adotada para a prestação da telefonia móvel pré-paga, quer sob a ótica das normas constitucionais e de direito administrativo que condicionam a atuação da ANATEL, quer sob o ponto de vista da relação de consumo estabelecida entre usuários e operadoras, não há que se falar em ofensa à esfera íntima dos consumidores do serviço. Com isso, fica prejudicada a apreciação do pedido de indenização por danos morais deduzido na inicial. (Grifo nosso)

Em face de todos os argumentos acima expendidos, impõe-se a improcedência da presente demanda.

Cito ademais, apenas para demonstrar que o referido entendimento encontra-se pacificado no âmbito daquela c. Corte, *locus* constitucionalmente competente para a harmonizar a interpretação das questões jurídicas em âmbito legal, como a presente, os seguintes arestos:

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. TELEFONIA MÓVEL. CRÉDITOS ATIVADOS EM CELULARES PRÉ-PAGOS. FIXAÇÃO DE PRAZO DE VALIDADE.

1. A ação cautelar destinada a agregar efeito suspensivo a recurso especial é medida de caráter restrito, só deferível quando cabalmente satisfeitos os requisitos dos arts. 798 e 799 do Estatuto Processual Civil, cabendo à parte demonstrar a real possibilidade de êxito do recurso interposto.

2. É da exclusiva competência das agências reguladoras estabelecer as estruturas tarifárias que melhor se adequem aos serviços de telefonia oferecidos. Ao intervir na relação jurídica para alterar as regras fixadas pelos órgãos competentes, o Judiciário corre o risco de criar embaraços que podem não apenas comprometer a qualidade desses serviços, mas, até mesmo, inviabilizar a sua prestação.

3. Evidenciados os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, há de ser deferida a tutela cautelar, de maneira a garantir o resultado útil do recurso especial interposto.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg na MC 10.915/RN, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 01/06/2006, DJ 14/08/2006, p. 258)

PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA DE TELEFONIA PRÉ-PAGO. VALIDADE DOS CRÉDITOS. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO ESPECIAL. CONJUGAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DE CONCESSÃO DA CAUTELAR.

I - Tem-se impositiva a procedência da cautelar que visa, em *ultima ratio*, à suspensão de *decisum* proferido em ação civil pública, o qual impôs a alteração no sistema de telefonia pré-pago, implicando em prejuízo irreparável para a parte.

II - O acórdão que ampara a tutela antecipada tem nature-

za provisória pendente de confirmação no juízo ordinário, sem falar dos recursos aplicáveis, e a reversibilidade da implantação de nova tecnologia para permitir a utilização dos créditos para período indeterminado, o que importaria em maior prejuízo para a companhia requerente.

III - Além da análise encimada, observe-se ainda que os valores não auferidos pela requerente dificilmente seriam recompostos em face da natureza do sistema pré-pago.

IV - Medida cautelar procedente.

(MC 10.443/PB, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 04/04/2006, DJ 04/05/2006, p. 133)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇO DE TELEFONIA CELULAR PRÉ-PAGO. CRÉDITOS ADQUIRIDOS MEDIANTE CARTÕES PRÉ-PAGOS. FIXAÇÃO DE PRAZO DE 30 DIAS PARA UTILIZAÇÃO. LEGITIMIDADE DA REGULAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Anatel tem competência para estabelecer estruturas tarifárias que melhor se ajustem aos serviços de telefonia oferecidos pelas empresas concessionárias, com o objetivo de assegurar o seu funcionamento em condições de excelência.

2. São legítimas a Resolução da Anatel que disciplina a matéria e a sistemática que rege os créditos de telefone celular pré-pagos.

3. O serviço pré-pago é remunerado apenas pelos créditos adquiridos pelo usuário. Eles são usados para que se façam ligações, e não para recebê-las. A indefinição de prazo de validade dos créditos pode significar o uso, ainda que parcial, de serviço gratuito. Existe, portanto, racionalidade na previsão de prazos, inclusive diferenciados.

4. A regulação pela Anatel para o serviço pré-pago não implica, *in casu* e *a priori*, violação aos direitos do consumidor, à isonomia ou à propriedade privada.

5. Há paradigma do STJ que acolhe a legitimidade da fixação de prazos para a utilização de créditos de telefonia pré-paga, bem como todas as demais premissas aqui referidas (REsp 806.304/RS, Primeira Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 17.12.2008).

6. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1222916/PR, Rel. Ministro Herman Benja-

min, Segunda Turma, julgado em 07/04/2011, DJe 25/04/2011)

Ante tais considerações, conheço do apelo formulado pelo Ministério Público Federal, mas nego-lhe integral provimento.

É como voto.

## **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO 12.506-SE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES  
Apelante: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE SERGIPE - IFET/SE  
Apelada: EAS CONSTRUÇÃO LTDA.  
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO  
Adv./Proc.: DR. ANTÔNIO FERNANDO VALERIANO (APDA.)

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. SUSTAÇÃO DO PAGAMENTO SOB A ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADES NO SEU CUMPRIMENTO. FATOS E PROVAS DOS AUTOS.**

**- Demonstração de que a contratada, de boa-fé, executou normalmente os serviços contratados. Quitação do pagamento em relação à Nota Fiscal n° 220/2009.**

**- Obrigatoriedade da Instituição-ré adimplir o valor faturado nas notas fiscais 221/2009 (R\$ 15.056,17) – devidamente atestada –, e 232/2009 (R\$ 88.005,83) – cujo pagamento foi suspenso por motivo que não pode ser imputado à demandante.**

**- Autarquia Federal. Isenção de custas. Precedentes.**

**- Apelação improvida e remessa oficial parcialmente provida.**

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 30 de agosto de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

O IFET/SE apela de sentença que julgando procedente, em parte, os pedidos autorais, condenou-lhes ao pagamento do valor total de R\$ 103.062,00, relativo à execução dos serviços consignados nas notas fiscais de nº 221/2009 (R\$ 15.056,17) e nº 232/2009 (R\$ 88.005,83), vinculados ao Contrato n. 10/2009-GD/EA-FSC/SE e originados da Tomada de Preço nº 03/2008 – destinada a serviços de reforma de suas unidades administrativas e pedagógica.

Sustenta o Instituto-réu que a empresa apelada não cumpriu o que estava avençado, cometendo várias irregularidades. Que ao sustar o pagamento apenas aplicou a previsão da cláusula quarta do contrato. E que, um dos galpões objeto do contrato veio a desabar totalmente por culpa da recorrida.

Contrarrazões apresentadas.

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Impende analisar se a suspensão do pagamento do valor contratado pelo IFET/SE com a ora recorrida encontra amparo legal.



Note-se que a Empresa EAS Construção Ltda. se insurge contra o não pagamento das Notas Fiscais nº 220, 221 e 232, todas emitidas em 2009 – vinculadas ao contrato nº 10/2009-GD/EAFC/SE.

Ao proferir seu *decisum*, o magistrado de 1º grau, com clareza de detalhes, fez ver:

Registro, desde logo, a inexistência de controvérsia quanto à contratação da parte autora para a execução dos itens enumerados no Contrato nº 10/2009-GD/EAFC/SE, firmado com a Escola Agrotécnica Federal de Sergipe, após sucedida pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Sergipe. Seguem o mesmo raciocínio os três aditivos firmados entre as partes (fls. 29-31).

A pretensão autoral funda-se, basicamente, no inadimplemento contratual por parte do réu, o Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Sergipe, que se recusou a pagar os valores constantes das notas fiscais nº 220, de 24/04/2009, nº 221, de 05/03/2009, e a de nº 232, de 04/08/2009.

Conforme a requerente, a justificativa para a sustação dos pagamentos, dada à época dos fatos, baseava-se na constatação de irregularidades nas obras, levantadas por fiscais da ré, nos termos do ofício que recebera em 23/09/2009 (fl. 34), estando em anexo o Relatório nº IFS/SC/CGAF nº 03/2009 (fls. 35-36).

**Em juízo, o demandado, ao contestar, nada aludiu às supostas irregularidades consignadas no Relatório nº IFS/SC/CGAF nº 03/2009, escudando-se em fatos diversos para justificar a glosa das notas fiscais, e tão-somente quanto as de nº 220 e 232. Nesse sentido, aduziu, primeiramente, que o não pagamento da nota fiscal nº 232, de 04/08/2009, no valor de R\$ 88.005,83, decorreu do desabamento do Galpão 5, recém reformado pela autora, e cujos itens faziam parte da mencionada nota fiscal.**

Quanto à nota fiscal nº 220, de 24/04/2009, no valor de R\$ 67.792,39, sua impugnação baseara-se na constatação, por seus fiscais, de medições incorretas de vários itens. Esclarece, no entanto, que após a correção de preenchimento pela parte autora, com emissão da nota fiscal nº 229, no valor de R\$ 31.914,36, houve regular pagamento dos respectivos serviços.

2.1.2 - Do alegado direito de crédito quanto à Nota Fiscal nº 220, de 24/04/2009, no valor de R\$ 67.792,39:

Princípio pela análise dos fatos envolvendo a nota fiscal nº 220, de 24/04/2009, no valor de R\$ 67.792,39.

Com efeito, o réu trouxe, às fls. 52-53, cópia de uma comunicação interna sua, datada de 21/09/2009, na qual os fiscais por ela designados informam que a nota fiscal nº 220, de 24/04/2009, no valor R\$ 67.792,39, nada obstante tivesse recebido normal encaminhamento, foi posteriormente glosada, por conter “medições incorretas (p/ maior)”. Continua o texto informando que, após contato com a EAS Ltda., esta refez as medições e emitiu nova nota fiscal de nº 229, já agora no valor de R\$ 31.914,36, cujo pagamento restou efetivado.

O teor da aludida Comunicação Interna (fls. 52-53), foi corroborado por um dos seus subscritores, José Franco de Azevedo, que, ao depor em juízo (fls. 149-150), asseverou:

[...] que era responsável por manter contatos com a equipe de engenharia da escola, sediada em Aracaju, a fim de que esta subsidiar na execução da obra de reforma; que, para cada obra, eram indicados dois servidores, integrando uma comissão de fiscalização, tendo em vista que não há quadros especializados nesse sentido; [...] que o depoente era um dos responsáveis por atestar as faturas de alguns contratos, inclusive daquele que se reportava à reforma do galpão; [...] que confirma o teor do documento de fls. 52/53 dos presentes autos; que, no que se refere à nota fiscal nº 000220, conforme fl. 120 dos autos, houve discordância no tocante aos seguintes itens: a) falta de prova da consistência do concreto, e b) itens não executados; que, muito embora tenha o depoente atestado a realização dos serviços, fl. 120, posteriormente, quando se verificou que a nota não atendia devidamente, fora feita uma reunião com a empresa para acertamento; que, dessa forma, a empresa apresentou uma nova nota fiscal, de nº 000229, datada de 24/04/2009, no valor de R\$ 31.914,36 (trinta e um mil, novecentos e catorze reais e trinta e seis centavos), a qual foi devidamente paga; que esclarece que o valor dessa nota fiscal nº 000229 corresponde à nota fiscal nº 000220, com a retirada dos itens que não foram executados; que a nota fiscal nº 000220, se for paga, se-

rão pagos em duplicidade alguns itens já pagos por via da nota fiscal nº 000229; [...]

A partir dos elementos acima declinados, **há que se aceitar a conclusão de que a parte autora efetivamente recebeu pelos serviços de engenharia inicialmente faturados na nota fiscal nº 220, a qual, posteriormente, fora corrigida, com a substituição pela nota fiscal nº 229, já agora com o devido valor de R\$ 31.914,36. Tal conclusão é inferida a partir da verossimilhança, coerência e segurança quanto ao teor do que se contém no documento de fls. 52-53 e no depoimento da testemunha José Franco de Azevedo, que, de resto, não sofreram quaisquer críticas da parte autora.**

Cumprе lembrar, ainda nessa linha de adequabilidade da prova, seja ela documental, testemunhal ou técnica, que **a parte requerente não formulou nenhum tipo de impugnação, deixando de enfrentar os diversos pontos ali revelados, quais sejam: 1) impugnação administrativa da nota fiscal nº 220/2009, no valor de R\$ 67.792,39; 2) substituição dessa nota fiscal pela nota fiscal nº 229, no valor de R\$ 31.914,36; e 3) efetivo pagamento desse último valor pelo réu.**

Em suas razões finais (fls. 157-160), a parte autora nada argumenta quanto ao ponto, limitando-se a repetir, basicamente, os argumentos alinhavados na sua réplica, sem tecer um único comentário refutando a substituição das notas fiscais e o subsequente pagamento.

2.1.3 - Do alegado direito de crédito quanto à Nota Fiscal nº 232, de 04/08/2009, no valor de R\$ 88.005,83:

**No que pertine à nota fiscal nº 232, de 04/08/2009, no valor de R\$ 88.005,83, tem-se que, a partir do objeto licitado (Contrato nº 10/2009-DG/EAFC/SE, de fls. 14-27), não se pode imputar à parte autora a responsabilidade pelo desabamento do Prédio-Galpão 5.**

Deveras. O Contrato nº 10/2009-DG/EAFC/SE, de fls. 14-27, que não sofreu alteração, no ponto, pelos Aditivos nº 01/2009, nº 2009 e nº 03/2009, de fls. 29-31, estipula, meramente, serviços de “Reforma das Unidades Administrativas e Pedagógicas, localizadas na

**Escola Agrotécnica Federal de São Cristóvão/SE”, sendo o “Item 06 - Reforma da Unidade de Produção - Prédio Galpão 05”.**

Em sua contestação, o demandado afirma que a mencionada reforma se consubstanciou na substituição do telhamento, madeiramento e coluna de alvenaria (fl. 49), nada aludindo, ainda que por decorrência dessa reforma, quanto à obrigatoriedade de análise da estrutura e fundação do referido prédio.

Por conseguinte, é de se supor que houvesse, por parte do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Sergipe, prévio estudo técnico apontando pela desnecessidade de reforço das estruturas dos galpões que teriam o seu telhamento trocado.

Ao licitar, meramente, a troca das coberturas, sem anterior avaliação de engenharia, mediante corpo técnico próprio ou por específica licitação, assumiu o demandado inteira responsabilidade por eventual ruína parcial ou completo desmoronamento da edificação – como efetivamente veio a ocorrer –, cujas causas, a despeito da inexistência de posterior laudo técnico, apontam no sentido de falhas na estrutura previamente edificada por empresa diversa da autora, e que não suportou o peso do novo telhado.

**A inexigibilidade de prévio estudo técnico ou projeto estrutural, as deficiências na apuração administrativa do desabamento e na formação da defesa processual pelo réu – que, ao arguir fato modificativo do direito pleiteado, atraiu o ônus probatório para si –, ensejam o afastamento de qualquer responsabilidade da parte autora pelo evento danoso.**

**Por igual decorrência, tais circunstâncias não invalidam o direito autoral à percepção do crédito pelos serviços executados, plasmados na nota fiscal nº 232, de 04/08/2009, no valor de R\$ 88.005,83, sob pena de enriquecimento sem causa do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Sergipe.**

2.1.4 - Do alegado direito de crédito quanto à Nota Fiscal nº 221, de 05/03/2009, no valor de R\$ 15.056,17:

**Silenciou a requerida, em sua contestação, quanto aos motivos do não pagamento da nota fiscal nº**

**221, de 05/03/2009, no valor de R\$ 15.056,17.** Sequer alegou, a exemplo da comunicação extrajudicial enviada à parte autora (documento de fl. 34), de que o motivo fundamenta-se em irregularidades quanto à validade da licitação, tanto sob o aspecto formal (fracionamento dos itens de engenharia e homologação da adjudicação à empresa ora demandante), como também quanto à execução do contrato sob o aspecto financeiro. Tais objeções foram levantadas por órgão interno seu, e materializadas no Relatório nº IFS/SC/CGAF nº 03/2009 (fls. 35-36).

Contudo, foi o próprio Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Sergipe que junto, em anexo à sua contestação, a já referida Comunicação Interna, datada de 21/09/2009 (fls. 52-53), em que os fiscais Marcelo Matias e José Franco de Azevedo, asseveram que:

[...] com relação à NF de nº 221, a orientação que foi passada da Engenharia para os fiscais e a empresa EAS, naquele momento, foi que todo e qualquer aditivo da respectiva obra deveria ser lançado ao final da mesma; sendo assim, a referida nota fiscal não foi encaminhada para pagamento. Em meados do mês de junho, em reunião com a Direção Geral deste *Campus*, o setor de Engenharia (*Campus Aracaju*), os fiscais do contrato e a EAS, foi sinalizado, após consenso, o início do pagamento de aditivos, mas devido o (*sic*) acúmulo de serviços referentes a novos boletins de medições e suas respectivas notas fiscais, a nota supracitada passou despercebida em meio à documentação.

Diante do exposto, estamos encaminhando a NF de nº 221 para os procedimentos cabíveis [...] (destaquei)

Averbo, uma vez mais, que datam de 21/09/2009 os esclarecimentos acima transcritos, reconhecendo a regularidade da nota fiscal nº 221, cujo atesto referível à prestação dos serviços, inclusive, pode ser divisado à fl. 153, sendo posterior, destarte, à comunicação de suspensão dos pagamentos, subscrita em 10/09/2009.

**Ora, apesar da discordância de setores internos do réu quanto à eventual regularidade do processo de Tomada de Preço nº 03/2008, o certo é que a parte autora, de boa-fé, executou normalmente os servi-**

**ços para os quais fora contratada e chegou a receber por diversas notas fiscais emitidas, apenas suspendendo as atividades em 23/09/2009, após ser notificada na pessoa de seu representante legal (fl. 34).**

Sob tais aspectos, e tendo em mira os graves prejuízos econômicos suportados pela parte autora diante da suspensão do contrato e dos respectivos pagamentos, força é convir da obrigatoriedade do demandado adimplir o valor faturado na nota fiscal nº 221, de 05/03/2009, da ordem de R\$ 15.056,17 (fl. 153), sendo certo que tal direito creditório restou incontroverso nesta demanda.

### 3 - Dispositivo.

Ante todo o exposto, julgo PROCEDENTE, EM PARTE, os pedidos autorais, apenas para condenar o réu ao pagamento do valor total de R\$ 103.062,00 (cento e três mil, e sessenta e dois reais), relativo à execução dos serviços consignados nas notas fiscais de nº 221, de 05/03/2009 (R\$ 15.056,17), e nº 232, de 04/08/2009 (R\$ 88.005,83), vinculados ao Contrato nº 10/2009-GD/EAFSC/SE, por sua vez originados da Tomada de Preço nº 03/2008.

Para fins de correção monetária, na forma do Manual de Cálculos desta Justiça Federal, considerar-se-á o valor individual de cada nota fiscal, tendo, como marco inicial, o trigésimo primeiro dia posterior à sua emissão, haja vista o *quantum* pactuado na cláusula terceira, parágrafo primeiro, alínea a, do Contrato nº 10/2009-GD/EAFSC/SE (fls. 14-27). Deverão incidir, também, juros de mora, estes computados a partir da citação válida, no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês.

Verificando que a parte autora decaiu de parte mínima dos pedidos, condeno ainda a requerida ao reembolso das custas e ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), conforme parâmetros estabelecidos no art. 20, § 4º, do CPC. (Grifei)

Não observo a carência de qualquer reparo na referida sentença, no tocante ao mérito aqui discutido. Todos os fundamentos nela deduzidos se coadunam com os fatos, provas e argumentos sustentados por cada uma das partes em relação às notas fiscais de serviços mencionadas.

O referido *decisum*, acertadamente chamou atenção para os seguintes aspectos:

1. Em relação à Nota Fiscal 220/09 – que posteriormente foi substituída pela NF 229/09 – “a parte requerente não formulou nenhum tipo de impugnação, deixando de enfrentar os diversos pontos ali revelados, quais sejam: a) impugnação administrativa da nota fiscal nº 220/2009, no valor R\$ 67.792,39; 2) substituição dessa nota fiscal pela referida nota fiscal nº 229, no valor de R\$ 31.914,36; e 3) efetivo pagamento desse último valor pelo réu”;

2. No tocante à Nota Fiscal 221/09, além da própria Administração ter atestado a prestação do serviço, restou silente, em sua contestação, quanto as razões que teriam motivado a suspensão do seu pagamento, no valor de R\$ 15.056,17;

3. Quanto à NF 232/09, no valor de R\$ 88.005,83, “a partir do objeto licitado (Contrato nº 10/2009-DG/EAFC/SE, de fls. 14-27), não se pode imputar à parte autora a responsabilidade pelo desabamento do Prédio-Galpão 5. É que a reforma contratada relativa ao referido galpão se consubstanciou tão-somente na substituição do telhamento, madeiramento e coluna de alvenaria, nada aludindo, ainda que por decorrência dessa reforma, quanto à obrigatoriedade de análise da estrutura e fundação do referido prédio”.

4. Que, apesar do dissenso entre os setores internos do IFET/SE quanto à eventual regularidade do processo de Tomada de Preço nº 03/2008, o certo é que a parte autora, **de boa-fé**, executou normalmente os serviços para os quais fora contratada e chegou a receber por diversas notas fiscais emitidas.

Assim, resta intocável a decisão no que concerne questão meritória.

Ocorre que também constou da condenação a fixação dos honorários advocatícios em R\$ 5.000,00 e das custas do processo.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial, tão-somente, para afastar a condenação em custas, tendo em vista que a recorrente, na qualidade de autarquia federal, equipara-se à Fazenda Pública, sendo, portanto, isenta de tal ônus.

É como voto.

## APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO 12.878-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES  
Apelante: UNIÃO  
Apelada: LENIRA DO NASCIMENTO ARRAIS E OUTRO  
Advs./Procs.: DRs. MARIA DO SOCORRO SAMPAIO E OUTROS (APDA.)

**EMENTA: ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL. PENSÃO VITALÍCIA. IRMÃ IDOSA. HIPÓTESE DO ART. 217, I, ALÍNEA E.**

**- Dependência econômica materialmente comprovada através de robusto arcabouço probatório documental e oral. Percepção de aposentadoria por invalidez que não obsta a pensão vitalícia.**

**- Desnecessidade de demonstração da exclusividade da dependência econômica. Juros de mora em 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, até o mês de junho de 2009, devendo, a partir do mês seguinte, incidir na forma prevista no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/2009.**

**- Apelo improvido e remessa oficial parcialmente provida.**

### ACÓRDÃO

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

Recife, 30 de agosto de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator



## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Trata-se de remessa oficial e apelação ante sentença que julgou procedente o pedido, para condenar a União a prover pensão vitalícia à autora, irmã da ex-servidora federal Valnice Gomes do Nascimento, instituidora do benefício. Houve ainda condenação ao pagamento das parcelas de pensão vencidas, desde o falecimento da ex-servidora, compensados os valores já pagos por força da tutela antecipada à autora e à sua irmã Irenéa Gomes do Nascimento, que faleceu no curso deste processo. O dispositivo restou assim lançado:

Ante o exposto, julgo extinto o processo, sem resolução de mérito, quanto à ex-autora Irenéa Gomes do Nascimento, e, ao mesmo tempo, no tocante à litisconsorte ativa Lenira do Nascimento Arrais, confirmo a antecipação de tutela anteriormente deferida às fls. 306-310 e julgo procedente o pedido, para condenar a União a prover-lhe o benefício de pensão vitalícia, nos termos delineados nos arts. 215 e 217, inc. I, alínea e, da Lei nº 8.112/1990, bem como a pagar-lhe as importâncias pretéritas a contar do falecimento da ex-servidora Valnice Gomes do Nascimento, em 15.02.2004, deduzidas as verbas já pagas por força da aludida antecipação de tutela, inclusive com a parcela referente à gratificação natalina. 46. Referidas verbas vencidas e não-solvidas hão de ser pagas com juros de mora, a partir da citação, no patamar de 0,5% (meio por cento) ao mês, conforme disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com redação dada pela MP 2.180-35/2001, bem como com correção monetária, de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 242/2002, ou outro manual semelhante que venha a substituí-lo. 47. Custas isentas em virtude da concessão do benefício da gratuidade judiciária. Condeno ainda a União Federal ao pagamento de honorários advocatícios com base em 10% (dez) por cento do valor da condenação, a teor do art. 20, § 3º, do CPC.

Em suas razões recursais (fls. 490/493), a União alega que a autora não teria comprovado dependência econômica para com a

ex-servidora Valnice Gomes do Nascimento, principalmente em razão de já perceber determinada prestação previdenciária.

A apelada ofereceu contrarrazões, para rechaçar as alegações da União e pugnar pela manutenção integral da sentença.

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

No presente caso, verifico que a sentença vergastada observou bem a jurisprudência pertinente à matéria, bem como o robusto arcabouço probatório – testemunhal e documental – colacionado aos autos.

A tese sustentada pela União, tanto em sede de contestação como de apelo, alicerça-se na suposta inexistência do requisito da dependência econômica, exigida pelo art. 217, alínea e, da Lei 8.112/90, para a percepção da pensão ora em debate. A apelante alega que, em virtude de a autora/apelada já receber benefício previdenciário – destaque-se, aposentadoria por invalidez no valor de um salário mínimo –, não se poderia falar em dependência econômica.

Da leitura dos autos, resta fácil a observação de que a apelada efetivamente recebia ajuda econômica de sua já falecida irmã, Valnice Gomes do Nascimento, para a realização de tratamentos médicos e para a aquisição de medicamentos. É importante observar que a aposentadoria por invalidez, por si só, não bastaria para a subsistência digna da autora, que inegavelmente dependia economicamente de sua irmã. Assim, ainda que a autora receba benefício previdenciário, por ser este de valor mínimo, faz-se mister o provimento jurisdicional para assegurar-lhe a pensão por morte aqui postulada, porquanto satisfaz os requisitos legais – art. 215 e art. 217, inc. I, alínea e, da Lei 8.112/90. É assim que vem entendendo este Tribunal, conforme se depreende dos precedentes que colaciono (APELREEX 337331/PB, 4ª Turma; APELREEX 9692, 1ª Turma):

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. GENITORA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. PROVA ORAL.

**- É de se conceder a pensão por morte à mãe que demonstra sua dependência econômica em relação ao filho falecido, ainda que não exclusiva, mediante a prova oral colhida em juízo e não contraditada pelo réu.**

- O pagamento dos atrasados devem ser corrigidos monetariamente, conforme a Lei nº 6.899/81, e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação, observando a prescrição quinquenal e excluindo as parcelas vincendas do cálculo da verba honorária, conforme a Súmula nº 111 - STJ.

- Apelação provida. (Grifei)

ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE DE EX-SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PESSOA DESIGNADA MAIOR DE 60 ANOS. LEI 8.112/90, ART. 217, II, E. PRECINDIBILIDADE DE DESIGNAÇÃO FORMAL. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. A pensão por morte encontra amparo no art. 217 da Lei 8.112/90, e é devida aos dependentes do servidor, que vier a falecer, aposentado ou não, figurando dentro do rol de tais dependentes a pessoa designada maior de 60 anos.

2. A jurisprudência tem se posicionado no sentido de ser dispensável a designação formal nos assentamentos do instituidor, não tendo, assim, o condão de obstar a obtenção do benefício, desde que comprovada a dependência econômica por outros meios idôneos.

**3. Comprovada a dependência econômica da autora em relação a sua irmã, ex-servidora do INSS, por meio de correspondências enviada para a falecida e para a apelada constando o mesmo endereço (fls. 21/24). Há a oitiva, em Juízo, das testemunhas Maria José Venâncio de Souza, Luis Ferreira de Lima, Maria de Fátima e Maria Luzinete Duarte da Silva, afirmando de maneira uníssona que a autora sempre morou juntamente com a irmã Edith da Cruz Matos, pois ambas eram solteiras, mantendo relação de dependência econômica para com esta (fls. 118/121).**

4. O pagamento das parcelas em atraso devem ser a partir do requerimento administrativo (12/07/2007), uma vez que

somente foi requerida a pensão 6 meses após o óbito da servidora, conforme o art. 74, II da Lei 8213/90. 5. Juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, até o mês de junho de 2009, devendo, a partir do mês seguinte, incidir na forma prevista no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/2009. 6. Remessa oficial e à apelação do INSS parcialmente providas, tão-somente para determinar que o pagamento das parcelas em atraso sejam contadas a partir da data do requerimento administrativo, e os juros de mora devem ser de 0,5% ao mês, a partir da citação, até o mês de junho de 2009, devendo, a partir do mês seguinte, incidir na forma prevista no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/2009. (Grifei)

Dessarte, quanto ao mérito da pensão, a sentença merece ser mantida por seus próprios fundamentos.

O *decisum* merece reparo apenas no que toca aos juros de mora. Devem incidir juros de mora em 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, até o mês de junho de 2009, devendo, a partir do mês seguinte, incidir na forma prevista no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/2009.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo e dou parcial provimento à remessa oficial, apenas no que toca aos juros de mora, para que a incidência seja de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, até o mês de junho de 2009, devendo, a partir do mês seguinte, incidir na forma prevista no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/2009.

É como voto.

## **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 16.872-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS  
Apelante: ESTADO DO CEARÁ  
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Part. Int.: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA  
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO  
Adv./Proc.: DR. FÁBIO CARVALHO DE ALVARENGA PEIXOTO (APTE.)

**EMENTA: ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROLONGAMENTO DE VIA EXPRESSA URBANA. EDIFICAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. COMPROVAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA AMBIENTAL. CONCLUSÃO DAS OBRAS. INTERESSE NO PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECONHECIMENTO. EXCLUSÃO DA EMPRESA EMPREITEIRA DA LIDE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO PELA DEGRADAÇÃO AMBIENTAL DECORRENTE DAS OBRAS. DEVER DE PROMOVER AS MEDIDAS MITIGADORAS DOS DANOS AMBIENTAIS ESTABELECIDAS EM EIA/RIMA. CONDENAÇÃO EM OBRIGAÇÃO DE FAZER E NO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA NO VALOR DOS DANOS. IMPOSSIBILIDADE. RECOLHIMENTO DE VALORES PECUNIÁRIOS DECORRENTES DE DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER. FISCALIZAÇÃO QUANTO AO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER. COMPETÊNCIA DO IBAMA. PREVALÊNCIA DO FUNDO ESTADUAL DE DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDAS.**

**- Hipótese de apelação e remessa oficial de sentença que, em sede de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, julgou procedente em parte o pedido inicial, para condenar o Estado do Ceará, responsável por obra de prolongamento/ampliação de logradouro em área de preservação permanente, na obrigação de fazer consistente em promover as medidas sócio-ambientais reparadoras dos impactos ecológicos, visando mitigar a degradação ambiental decorrentes da obra, sob pena de pagamento de indenização compensatória correspondente à expressão pecuniária do dano ecológico causado.**

**- A conclusão das obras que são objeto de discussão não implica em reconhecer a perda do objeto da ação civil pública, subsistindo o interesse no prosseguimento do feito para que se possa analisar o cabimento da obrigação de fazer no tocante à adoção das medidas reparadoras dos danos ambientais.**

**- O cumprimento da obrigação de fazer consistente na adoção das medidas de recuperação do meio ambiente é ínsita ao ente público responsável pela realização da obra, no caso, o Estado Ceará. Tais diligências refogem à competência da empresa contratada para a execução dos serviços e, uma vez concluída a obra, cessou a responsabilidade da empreiteira, que não pode ser compelida a promover as medidas reparadoras da degradação ambiental requeridas pelo autor. Assim, deve ser mantida a sentença na parte que extinguiu o processo sem resolução de mérito em relação à empresa empreiteira, sob o argumento de que não mais perdura qualquer vinculação jusprocessual que justifique a sua manutenção no polo passivo da ação civil pública.**

**- O meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem comum de uso do povo, cabendo ao Po-**

***der Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo.***

***- Em matéria ambiental o ordenamento jurídico pátrio agasalha a responsabilidade objetiva e impõe a recomposição integral dos prejuízos por parte dos agentes infratores.***

***- Nos termos da Lei nº 6.938/81, o simples fato da obra ter se realizado em área de preservação permanente, por si só, demonstra os malefícios da construção ao meio ambiente.***

***- Ante a reconhecida necessidade de ampliação de via pública, dada a importância dessa obra para a coletividade, impende exigir-se que esta seja feita com o mínimo de degradação ao meio ambiente, e que, caso esta se verifique, sejam cumpridas pelo Poder Público as medidas recomendadas para mitigar tais consequências.***

***- No caso presente, é indiscutível a ocorrência dos danos ambientais suscitados pelo Ministério Público Federal, o que impõe o dever do ente público ora recorrente, responsável pela obra, em restabelecer a área afetada ao status quo ante, mediante a adoção de todas as medidas cabíveis para tanto.***

***- De acordo com laudo técnico elaborado pelo IBAMA, os impactos ambientais em exame estão de maneira geral sendo minimizados ao longo do tempo, bem como que a vegetação de mangue se recuperou satisfatoriamente, o que comprova que as medidas reparadoras adotadas pelo recorrente, ao longo do tempo, têm sido satisfatórias para recuperar os danos ambientais decorrentes da obra em área de preservação permanente.***

***- No caso concreto, na hipótese de descumprimento das medidas atinentes à obrigação de fazer, é possível a cominação de multa de valor elevado, visando compelir o inadimplente ao cumprimento da obrigação determinada. Ante esta***

**possibilidade, não se afigura cabível a substituição da obrigação de fazer pelo pagamento de indenização compensatória na forma estabelecida no decisum recorrido.**

**- A Lei Complementar nº 46/2004, de 15.07.2004, instituiu o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos do Estado do Ceará (FDID), estabelecendo que deverão ser direcionados para este os valores decorrentes de condenações em ações civis públicas fundamentadas na Lei nº 7.347/85. Os impactos ecológicos ora analisados se verificam em áreas não sujeitas a jurisdição federal, de forma que se mostra razoável que eventuais condenações do apelante em multas decorrentes do descumprimento da obrigação de fazer sejam revertidas em favor do referido Fundo de Defesa de Direitos Difusos do Estado (FDID).**

**- A Lei nº 6.938/81, em seu artigo 6º, IV, atribui ao IBAMA o dever de “executar e fazer executar, como órgão federal, a política e diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente”. Assim, inexistente dúvida quanto à competência do IBAMA para promover a execução da proteção ao meio ambiente, estando bem delineada na legislação a atividade fiscalizadora do IBAMA nos casos da espécie, devendo acompanhar o cumprimento das medidas para satisfação da obrigação de fazer por parte do ente público ora apelante.**

**- Merece reforma a sentença a quo para afastar a condenação do apelante quanto ao pagamento de indenização compensatória, em caso de descumprimento da obrigação de fazer que lhe foi imposta na sentença, bem como para estabelecer que eventuais valores pecuniários resultantes de multa que venham a ser imputados ao Ente Público apelante, pelo descumprimento da obrigação, devam ser contabilizados no Fundo de Defesa de Direitos Difusos do Estado do Ceará (FDID).**



**- *Apelação e remessa oficial parcialmente 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, dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 12 de julho de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS  
- Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de apelação cível interposta pelo Estado do Ceará e remessa oficial de sentença proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 3ª Vara Federal do Ceará, Dr. Marcus Vinícius Parente Rebouças, em sede de Ação Civil Pública – Processo nº 98.05.42736-6, julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar o ente público ora apelante a promover as medidas sócio-ambientais reparadoras dos impactos ecológicos discriminados no Estudo de Impacto Ambiental que instruiu o feito.

O Ministério Público Federal ajuizou a presente ação civil pública contra o Estado do Ceará, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA e a Empresa Industrial Técnica S.A. - EIT, com o fito de salvaguardar os ecossistemas naturais ligados ao Rio Cocó, que poderiam ser comprometidos com as obras de prolongamento da malha viária da Av. Sebastião de Abreu, na Cidade de Fortaleza (CE). Para tanto, o Parquet requereu a paralisação das obras mediante a anulação do ato do IBAMA que autorizou a realização das referidas obras, sob o argumento de que o respectivo EIA/RIMA foi formalizado ao arrepio da lei. Requereu ainda a condenação dos demandados a promover a recuperação material da área, mediante o replantio das árvo-

res derrubadas para implantação das obras do referido logradouro. Em caso de impossibilidade material do cumprimento da obrigação de fazer, pugnou pela condenação dos réus ao pagamento de indenização compensatória correspondente ao valor do dano ecológico causado.

O processo foi extinto sem resolução de mérito em relação à Empresa Industrial Técnica S.A. - EIT, empreiteira de contratação para a execução dos serviços, sob o argumento de que em virtude da conclusão das obras não mais perdura o interesse de agir em relação a essa demandada.

O pedido inicial foi parcialmente acolhido para condenar o Estado do Ceará a adotar, dentro do lapso temporal de 100 (cem) dias, a contar do trânsito em julgado, as medidas sócio-ambientais reparadoras e/ou mitigadoras de impactos ecológicos discriminadas no EIA/RIMA, sob pena de “pagamento de indenização compensatória correspondente à expressão pecuniária do dano ecológico causado que porventura ainda remanescer, a ser eventualmente objeto de ulterior arbitramento judicial”. O Juízo de piso determinou ainda que os valores decorrentes da condenação pecuniária devem ser revertidos para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD).

Em relação ao IBAMA o Juízo *a quo* reconheceu que o seu encargo obrigacional “diz respeito apenas ao cumprimento das atribuições de monitoramento e controle policial do plano de mitigação dos impactos ambientais, atribuição esta cujo descumprimento é passível de responsabilização própria, inclusive na seara funcional e criminal”. Sendo assim, entendeu que não se justifica a imputação, à Autarquia, de eventual responsabilização ambiental sucessiva pela remota desídia do Estado do Ceará em cumprir as obrigações a seu cargo.

O Estado do Ceará insurge-se contra a condenação que lhe fora imposta e pugna pela reforma da sentença, alegando, em síntese, que:

- (a) as obras em questão foram devidamente autorizadas mediante licença regularmente expedida pelo IBAMA em 16.08.1991, com base no EIA/RIMA elaborada por empresa especializada;

(b) a licença do IBAMA autorizava a Secretaria de Transporte, Energia, Comunicações e Obras a proceder ao desmatamento de 2 ha (dois hectares), para permitir a execução da abertura da Av. Sebastião de Abreu, condicionado ao prévio licenciamento ambiental a ser realizado pela SEMACE - Secretaria do Meio Ambiente do Estado do Ceará;

(c) o MPF não questiona a legalidade formal do procedimento licenciatório, mas apenas aponta supostas irregularidades formais do EIA/RIMA;

(d) o Ente Público ora recorrente nunca se opôs ao cumprimento das medidas mitigadoras do impacto ambiental propostas no EIA/RIMA e que correspondem à tutela judicial inibitória requerida pelo MPF;

(e) não obstante a comprovação do cumprimento da tutela inibitória requerida pelo MPF, o Juízo *a quo* condenou indevidamente o Estado do Ceará a adotar “as medidas sócio-ambientais reparadoras e/ou mitigadoras de impactos ecológicos discriminadas no EIA/RIMA”, sob pena de pagamento de indenização correspondente à expressão do dano ambiental que porventura remanescer;

(f) a nulidade da sentença *a quo*, uma vez que esta confunde a tutela inibitória requerida com a tutela meramente declaratória, tendo em vista que a *questio iuris* do processo consiste apenas em saber se o Ente Público ora apelante é ou não responsável pela execução das medidas reparadoras requeridas;

(g) em momento algum o Estado do Ceará sustentou que não se obriga a cumprir as medidas ambientais constantes do referido EIA/RIMA, o que impõe a extinção do processo sem resolução de mérito, em face da falta de interesse-necessidade;

(h) ante a ausência de comprovação do ilícito e do dano, a decisão *a quo* deveria ser pela improcedência do pleito inicial;

(i) a existência de contradição entre a fundamentação e o dispositivo do *decisum* ora recorrido, já que a sentença recorrida deferiu tutela inibitória (contra um ilícito) e ressarcitória (contra um dano), sem haver a prova do efetivo dano ambiental exigido;

do no caso desta última, remetendo a análise de toda a questão para a fase executória;

(j) o MPF requereu que a condenação em indenização pecuniária, para reparação dos danos, deveria ser alternativa e subsidiária, e somente deveria ser imposta em caso de não ser possível o cumprimento da tutela específica consistente na reparação ambiental;

(k) o dispositivo sentencial é insubsistente, pois prevê indevidamente a conversão da obrigação em perdas e danos (conversão em tutela ressarcitória), em caso de descumprimento da obrigação de fazer;

(l) a nulidade da sentença, por conter julgamento condicional, o que afronta o parágrafo único do artigo 460 do Código de Processo Civil, segundo o qual “a sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional”;

(m) as medidas mitigadoras do impacto ambiental consignadas no EIA/RIMA em comento estão sendo efetivamente cumpridas pelo recorrente, conforme consta de laudo técnico do IBAMA acostado aos autos, atestando a satisfatória recuperação ambiental da região;

(n) as recomendações feitas no final do relatório de fls. 1.154/1.157 não estão contidas no referido EIA/RIMA e, portanto, fogem ao objeto do processo. Neste caso, reputa-se como *ultra petita* a sentença que condena o apelante a cumprir medidas que não estejam expressamente previstas no EIA/RIMA;

(o) a questão da competência fiscalizatória do IBAMA, constante do dispositivo da sentença é estranha ao processo, não tendo constado em nenhuma parte dos autos;

(p) a prevalência do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos do Estado do Ceará (FDID) sobre o da União Federal (FDD), o que impõe a reversão de eventuais valores decorrentes de condenação pecuniária em prol do referido Fundo Estadual;

(q) o descabimento da correção monetária da indenização a partir da sentença, uma vez que eventual condenação será apurada *a posteriori*, incidindo na hipótese a Súmula nº 362 do c. STJ.

Em sede de contrarrazões (fls. 1.317/1.326), o recorrido defende a manutenção da sentença de primeiro grau, alegando a inexistência de incongruência interna naquele *decisum* para justificar a sua reforma, uma vez que há perfeita consonância entre a sua fundamentação e seu dispositivo.

No Parecer nº 1700/2001 (fls. 1.333/1.350) o representante do *Parquet* opina como *custos legis* pelo provimento parcial do apelo, apenas no tocante à destinação dos recursos relativos a eventual condenação em reparação de danos, por entender que este deve ser contabilizado no Fundo Estadual.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Trata-se de apelação cível interposta pelo Estado do Ceará e remessa oficial de sentença proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 3ª Vara Federal do Ceará, em sede de ação civil pública, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar o ente público ora apelante a promover as medidas sócio-ambientais reparadoras dos impactos ecológicos discriminados no EIA/RIMA que instruiu o feito, sob pena de pagamento de indenização compensatória correspondente ao dano.

DA NÃO OCORRÊNCIA DE PERDA DE OBJETO DA ACP EM FACE DA CONCLUSÃO DAS OBRAS

A princípio, cabe analisar a subsistência de interesse de agir do *Parquet*, em face da conclusão das edificações que são objeto da ACP em comento.

O fato de já terem sido concluídas as obras do prolongamento e alargamento da Av. Sebastião de Abreu não implica em reconhecer a perda do objeto da ação. Diante dessa situação fática resta prejudicada a análise apenas dos pedidos de paralisação das obras em questão, bem como em relação ao pleito de anulação do ato administrativo licenciatório exarado pelo IBAMA.

Os estudos técnicos elaborados por especialistas e acostados aos autos (fls. 108/139) atestam que a implantação das obras

da referida avenida, que é objeto da discussão, acarretou o inarredável desmatamento de área de manguezal e o aterro da área onde seria feita a ampliação do logradouro, inclusive para a construção de uma ponte sobre o Rio Cocó, evidenciando que tais medidas acarretaram, de fato, danos ambientais.

O Estudo e Relatório de Impacto Ambiental - EIA/RIMA que instruiu a concessão da respectiva licença pelo IBAMA também deixa patente que a obra em questão acarretaria impactos ambientais na região, havendo necessidade de adoção de várias medidas ambientais reparadoras e/ou mitigadoras das consequências ao meio ambiente.

Sendo assim, os impactos ecológicos decorrentes da construção da referida via expressa autorizam o prosseguimento do feito para que se possa analisar o cabimento da obrigação de fazer, que é objeto da tutela requerida pelo Ministério Público Federal na presente ACP, consistente na adoção das medidas reparadoras dos danos ambientais consignadas no citado EIA/RIMA.

Ademais, a questão relativa à existência ou não do interesse de agir em virtude da conclusão das obras já foi devidamente examinada e decidida por esta Corte Regional nos autos da apelação cível, AC 147043-CE, tendo este Colegiado reformado a sentença que decidiu pela extinção do processo por carência de ação em virtude do término das obras.

Logo, descabe maior discussão a respeito, devendo ser mantida a sentença na parte que reconheceu o interesse do autor no prosseguimento do feito, mesmo após a conclusão das obras que são objeto da controvérsia.

#### DA EXCLUSÃO DA EMPREITEIRA DO POLO PASSIVO DA DEMANDA

Por força da remessa necessária cabe analisar a extinção do processo sem resolução de mérito em relação à Empresa Industrial Técnica - EIT, empreiteira contratada para a realização das obras em discussão.

A partir do momento em que se verificou a conclusão das obras o objeto da demanda foi direcionado para a análise da responsabilidade do Estado pelos impactos ambientais causados pela referi-

da construção. Logo, o objeto da ação passou a ser principalmente a obrigação de fazer quanto à reparação dos efeitos nocivos causados ao meio ambiente, cuja restauração deveria ser feita mediante a adoção das várias medidas mitigadoras relacionadas no EIA/RIMA.

A incumbência de reparar os danos ambientais, à evidência, é reservada ao Estado do Ceará, por ser o responsável pela obra de ampliação da avenida, sob o acompanhamento do IBAMA, dentro da esfera de competência fiscalizatória dessa Autarquia Federal. Em resumo, o cumprimento da obrigação de fazer, consistente na adoção das medidas de recuperação do meio ambiente requeridas pelo MPF, é ínsita ao ente público responsável pela realização da obra, no caso, o Estado Ceará. Tais diligências refogem à competência da empresa contratada para a execução dos serviços e, uma vez concluída a obra, entendendo que cessou a responsabilidade da empreiteira, que não pode ser compelida a promover as medidas que são objeto da presente ACP.

Nesse contexto, deve ser mantida a sentença na parte que determinou a exclusão da EIT da lide, sob o argumento de que “não mais perdura qualquer vinculação jusprocessual que justifique a manutenção da Empresa Industrial Técnica S/A (EIT) no vértice passivo desta ação civil pública”.

#### DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM MATÉRIA AMBIENTAL

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem comum de uso do povo, cabendo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo.

No que diz respeito à reparação do dano ao meio ambiente, o ordenamento jurídico pátrio agasalha a responsabilidade objetiva e impõe o dever de recomposição integral dos prejuízos por parte dos agentes infratores.

Conforme se infere da farta documentação acostada aos autos, a obra de extensão da Av. Sebastião de Abreu, com a construção de ponte sobre o Rio Cocó, em Fortaleza, foi edificada invadindo área legalmente considerada de preservação permanente (manguezal e rio), atividade causadora de degradação ambiental que exige a pronta recuperação.

Nos termos da Lei nº 6.938/81, o simples fato da obra ter se realizado em área de preservação permanente, por si só, demonstra a maléfica interferência da construção em apreço no ecossistema do manguezal e região adjacente.

Em relação ao meio ambiente, a sua prevenção é a medida principal a ser observada, seguida pela reparação da degradação que venha a ser constatada e, em caso da sua impossibilidade, impõe-se a indenização pecuniária na forma da legislação vigente.

Diante da reconhecida necessidade de ampliação do citado logradouro público, dada a importância dessa obra para a coletividade, impende exigir-se que a sua realização seja feita como o mínimo de degradação ao meio ambiente, e que, caso esta se verifique, sejam cumpridas pelo Poder Público as medidas recomendadas para mitigar tais consequências.

No caso presente é indiscutível a ocorrência dos danos ambientais suscitados pelo MPF, sendo inegável o dever do responsável pela obra em restabelecer a área afetada, mediante a adoção de todas as medidas cabíveis para tanto.

Assim, nos termos da legislação vigente, o Estado do Ceará, ora recorrente, responde objetivamente pela reparação do dano ambiental causado, eis que é o responsável pela obra em questão.

#### DA CONDENAÇÃO EM OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA

O apelante se insurge contra a parte da sentença que o condenou a pagar indenização compensatória, em caso de descumprimento da obrigação de fazer. Afirma não ser possível conciliar a tutela ressarcitória com a obrigação de fazer no caso presente, ante a não comprovação de qualquer ilícito ou dano passível de ensejar a reparação na forma determinada na sentença recorrida.

Ao longo de toda a marcha processual percebe-se que o propósito do MPF, em caso de não obtenção de êxito no embargo da obra, é a adoção das medidas tendentes a minorar as consequências ambientais decorrentes da construção ora discutida. Estas medidas inclusive estavam expressamente consignadas nos relatórios do EIA/RIMA, onde foram feitas várias recomendações com



o fito de reverter os efeitos deletérios decorrentes da obra a ser realizada na área de manguezal.

Na sentença ora apelada, o Juízo condenou o Estado do Ceará a adotar, dentro do lapso temporal de 100 (cem) dias, a contar do trânsito em julgado, as medidas sócio-ambientais reparadoras e/ou mitigadoras de impactos ecológicos discriminadas no EIA/RIMA. E em caso de não cumprimento de tal obrigação condenou o demandado ao *“pagamento de indenização compensatória correspondente à expressão pecuniária do dano ecológico causado que porventura ainda remanescer, a ser eventualmente objeto de ulterior arbitramento judicial”*.

É cediço que em casos como o dos autos se deve primar pela busca da efetiva reparação dos danos perpetrados ao meio ambiente, mediante a condenação do infrator a promover todas as medidas possíveis e que se façam necessárias para repor o ecossistema ao *status quo ante*.

Como afirmado, no caso em tela o EIA/RIMA deixou assente as consequências inevitavelmente advindas com a realização da obra, bem como estabeleceu quais as medidas que seriam necessárias para mitigar as consequências ecológicas nefastas. Neste caso, caberia ao Estado do Ceará, ora apelante, o ônus de promover todas as medidas ali recomendadas, visando reverter os danos na área afetada pelo empreendimento, sobretudo por se tratar de uma tutela possível de ser cumprida sem maiores questionamentos.

O dispositivo sentencial ora atacado se compõe de dois provimentos distintos: o primeiro consiste na condenação do apelante na adoção, em determinado prazo, de todas as medidas sócio-ambientais reparadoras elencadas no EIA/RIMA; o segundo estabelece que caso o Estado do Ceará assim não proceda, será condenado a pagar indenização compensatória correspondente à expressão pecuniária do dano ecológico causado que porventura ainda remanescer.

É cabível tecer aqui algumas considerações sobre ao instituto da tutela específica, criado com o advento da Lei nº 8.952/94, que deu nova redação ao *caput* do artigo 461 e parágrafos do CPC. A novel legislação trouxe a lume o instituto da denominada tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer.

Com o surgimento do novo instituto processual da tutela específica, a regra da conversão da obrigação em perdas e danos, antes adotada, passou a constituir-se em exceção, assumindo a execução específica o papel de regra geral. Assim, de acordo com a legislação processual em vigor, admite-se a conversão da tutela específica em reparação de danos apenas naqueles casos em que há pedido expresso do autor da demanda neste sentido e, sobretudo, diante da impossibilidade material da execução específica da obrigação de fazer ou de não fazer.

Não se pode cogitar de impossibilidade de cumprimento da obrigação de fazer, no caso dos presentes autos, pois se as medidas reparadoras do meio ambiente constam expressamente do EIA/RIMA, fica evidente a possibilidade da sua realização. Assim, não se discute que a obrigação de fazer buscada pelo MPF na presente ação é perfeitamente possível de ser alcançada, o que afasta a possibilidade de sua conversão na forma prevista nos parágrafos do artigo 461 do CPC, e nos termos consignados na sentença a quo em caso de descumprimento quanto à condenação em obrigação de fazer.

Quanto ao cumprimento da obrigação de fazer imposta na sentença, observe-se que, após a conclusão das obras do logradouro, o IBAMA foi instado a fazer uma avaliação das consequências e uma fiscalização quanto ao efetivo cumprimento das medidas mitigadoras de impacto ambiental constantes do EIA/RIMA. Em resposta, a referida Autarquia apresentou o relatório técnico de fls. 1.154/1.157, no qual dá conta das providências reparadoras então adotadas pelo Estado do Ceará.

De acordo com o laudo do IBAMA os impactos ambientais observados estão de maneira geral sendo minimizados ao longo do tempo, bem como que a vegetação de mangue se recuperou satisfatoriamente nesse período de tempo, inclusive nas áreas de antigas salinas. Ainda de acordo com a avaliação da citada Autarquia, a abertura da via expressa propiciou alguns benefícios às espécies vegetais existentes na região, permitindo que “o sistema vegetacional existente atingisse um desenvolvimento exuberante quanto ao seu porte”, o que foi favorecido por um maior acesso dessas espécies às correntes de oxigênio e raios solares.

No que pertine ao cumprimento e à efetividade das medidas impostas pelo EIA/RIMA e que são objeto da obrigação de fazer, é oportuno transcrever as conclusões firmadas no referido laudo do IBAMA, *verbis*:

O presente relatório técnico permite concluir que:

a) o desmatamento foi rigorosamente controlado, restringindo-se unicamente a abertura da avenida;

b) a vegetação de mangue apresenta um desenvolvimento satisfatório;

(c) que os taludes encontram-se preservados e estabilizados;

(d) os canteiros centrais foram povoados com vegetação atípica;

(e) que as condições de favorecimento para situação hidrodinâmica na área afetada está de acordo com o previsto no RIMA;

(f) que as salinas do lado oeste estão se recuperando lentamente por via natural;

(g) que apesar das leucenas cumprirem o seu papel de estabilizadoras dos taludes, as mesmas comprometem a harmonia paisagística da área.

Nas conclusões firmadas pelo Órgão Público fiscalizador do meio ambiente percebe-se que o Ente Público vem cumprindo a contento a obrigação imposta na sentença, e que a única ressalva feita não diz respeito especificamente à preservação ambiental, mas ao aspecto paisagístico, uma vez que a espécie de árvore implantada nos canteiros centrais do logradouro prolongado é do tipo “leucenas” que, a despeito de cumprir o seu papel de estabilização vegetal, exige a poda sistemática para manter a harmonia com o aspecto paisagístico da via. Esta medida inclusive foi recomendada pelo IBAMA na parte final do seu relatório.

À luz das conclusões firmadas pelo IBAMA, é de se reconhecer que, em termos gerais, quanto à tutela inibitória requerida pelo MPF, as medidas mitigadoras dos danos constantes do EIA/RIMA vêm sendo cumpridas pelo ente público, com o escopo de buscar efetividade na recuperação da degradação ambiental *sub examine*.

No caso concreto, na hipótese de descumprimento das medidas atinentes à obrigação de fazer, é possível a cominação de multa de valor elevado, visando compelir o inadimplente ao cumprimento da obrigação determinada. Isso é possível na hipótese de não vir o Estado do Ceará a cumprir todas as exigências do EIA/RIMA. Ante esta possibilidade, não se afigura cabível a substituição da obrigação pela reparação de danos estabelecida no *decisum* ora recorrido, podendo, no entanto, ser fixada multa na forma aqui delineada, por ocasião da verificação da constatação da efetividade das obrigações após escoado o prazo estabelecido na sentença.

Nessa senda, merece reforma a sentença *a quo* para afastar a condenação do apelante quanto ao pagamento de indenização compensatória, em caso de descumprimento da obrigação que lhe foi imposta na sentença, subsistente de forma irremediável a obrigação de fazer já em andamento.

#### DA COMPETÊNCIA FISCALIZADORA DO IBAMA

No tocante à competência para o licenciamento ambiental, a Constituição Federal não estabeleceu nenhum nexos entre a dominialidade do bem jurídico porventura afetado ou a extensão nacional, regional ou local de eventuais impactos ambientais. Neste caso, quanto à competência para a concessão de licenciamento de obras é preciso ater-se às peculiaridades do caso concreto e à potencialidade do dano ambiental que se alega, à luz da análise técnica feita pelas autoridades competentes.

No tocante à competência para gerir o meio ambiente, o artigo 10 da Lei nº 6.938/81 (com redação dada pela Lei nº 7.804/89), assim dispõe a respeito da matéria:

Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

(...)

§ 4º Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA o licenciamento previsto no *caput* deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional.

Como bem destacado no parágrafo 4º do dispositivo supra transcrito, o IBAMA possui competência para cuidar do licenciamento ambiental quando as atividades envolvidas sejam de significativo potencial de impacto ambiental, o que é o caso dos autos.

Por seu turno, o artigo 6º, IV, da referida Lei atribui ao IBAMA o fim de “executar e fazer executar, como órgão federal, a política e diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente”. Assim, inexistente dúvida quanto à competência do IBAMA para promover a execução da proteção ao meio ambiente.

Na decisão ora recorrida o Juízo *a quo* condenou o IBAMA a supervisionar o cumprimento da obrigação de fazer imposta na sentença, determinando que cabe àquele Órgão “monitorar e acompanhar o efetivo e diligente cumprimento das medidas mitigadoras por parte do Estado do Ceará, obedecido o prazo estipulado, valendo-se para tanto, se necessário, do pleno exercício dos poderes policiais de que dispõe, sob pena de pagamento de multa cominatória no importe diário de R\$ 100,00 (cem reais) ...”.

Nos termos da legislação que regula a proteção ambiental, fica bem delineada a atividade fiscalizadora do IBAMA, a quem compete atuar nos casos da espécie. Assim, não há qualquer prejuízo em se atribuir àquela Autarquia o dever de acompanhar o cumprimento das medidas para satisfação da obrigação de fazer por parte do ente público ora apelante, sobretudo por se tratar de atribuição afeta à competência do citado Órgão Federal.

Consequentemente, não prospera a alegação do apelante quando afirma que a questão da competência fiscalizatória do IBAMA constante do dispositivo da sentença é estranha ao processo.

#### DA PREVALÊNCIA DO FUNDO DE DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS ESTADUAL

O apelante defende que na hipótese de vir a ser condenado ao pagamento de valores relativos a ressarcimento de danos ou mul-

tas, estes deverão ser revertidos em prol do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos do Estado do Ceará (FDID), em detrimento do Fundo Federal da mesma natureza.

A Lei nº 7.347/85, ao disciplinar a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, assim dispõe em relação à constituição dos Fundos da espécie, *verbis*:

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

A Lei Complementar nº 46/2004, de 15.07.2004, instituiu o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos do Estado do Ceará (FDID), estabelecendo que deverão ser direcionados para este os valores decorrentes de condenações em ações civis públicas que sejam fundamentadas na Lei nº 7.347/85.

Os impactos ecológicos ora analisados se verificam em áreas não sujeitas a jurisdição federal. Assim sendo, se mostra razoável que os valores atinentes a eventuais condenações do apelante em multas decorrentes do descumprimento da obrigação de fazer sejam revertidas em favor do referido Fundo de Defesa de Direitos Difusos do Estado (FDID), e não para o Fundo Federal (FDD) como ficou estabelecido na sentença.

## CONCLUSÕES

À luz destas considerações, fica patente a impossibilidade de condenação do apelante ao pagamento de indenização compensatória correspondente ao valor do dano ecológico, na forma estabelecida na sentença ora recorrida, em caso de não cumprimento da obrigação de fazer.

Contudo, não há que se falar em nulidade da sentença por julgamento *ultra petita*, como pretende o apelante, mas apenas na sua reforma parcial para afastar a condenação substitutiva imposta ao ente público recorrente.

A hipótese é de se acolher em parte o apelo, apenas para afastar a condenação do Estado do Ceará ao pagamento de indeniza-

ção compensatória, em caso de descumprimento da obrigação de fazer imposta na sentença, bem como para estabelecer que eventuais valores pecuniários resultantes de multa que venham a ser imputados ao Estado do Ceará, pelo descumprimento da obrigação, devem ser contabilizados no Fundo de Defesa de Direitos Difusos do Estado do Ceará (FDID).

Isso posto, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

### **APELAÇÃO CÍVEL Nº 437.996-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO  
Apelante: RAIMUNDO PORFIRIO SAMPAIO NETO  
Apelados: FUNDO GARANTIDOR DE CREDITOS - FGC E  
TERRA COMPANHIA DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO  
Advs./Procs.: DRS. ERNANDES NEPOMUCENO DE OLIVEIRA  
(APDO.) E OUTROS E OTTO STEINER JUNIOR E  
OUTROS (1º APDO.)

**EMENTA: CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MANUTENÇÃO INDEVIDA POR DEMASIADO TRANSCURSO DE TEMPO DE ÔNUS CAUCIONÁRIO SOBRE IMÓVEL PELO BACEN. ORIGEM NA CESSÃO DE DIREITOS HIPOTECÁRIOS DA EMPRESA TERRA CRÉDITO IMOBILIÁRIO PARA O BACEN. QUITAÇÃO INTEGRAL DO FINANCIAMENTO PELO MUTUÁRIO, SENDO CANCELADAS A HIPOTECA E A CÉDULA HIPOTECÁRIA EM NOME DA EMPRESA TERRA, FALTANDO APENAS O LEVANTAMENTO DO ÔNUS CAUCIONÁRIO INSTITUÍDO A FAVOR DO BACEN. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. PROCEDÊNCIA. DANOS MATERIAIS. NÃO COMPROVAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA.**

**- Situação em que o autor apela de sentença que, muito embora tenha condenado o Banco Cen-**

*tral do Brasil a retirar o óbice caucionário incidente sobre o imóvel descrito na inicial, julgou improcedente o pedido de danos morais e materiais.*

*- Impossibilidade de o magistrado de primeira instância, após a prolação da sentença, determinar a substituição processual do BACEN pelo Fundo Garantidor de Créditos - FGC, seja porque não detinha competência para tanto em face do esgotamento da prestação jurisdicional em 1º grau, seja porque ainda que o FGC tivesse absorvido os créditos do FGDLI - Fundo de Garantia dos Depósitos e Letras Imobiliários até então geridos pelo BACEN, o que importa é que o pedido formulado na inicial de reparação por danos morais e materiais foi atribuído à conduta do BACEN que manteve o gravame do bem após a quitação da dívida e não da conduta do FGC. Correção da decisão proferida nesta instância recursal que determinou o reingresso na lide do BACEN e a exclusão do FGC.*

*- Em tema de nulidades processuais, vigora o princípio do prejuízo (pas de nullité sans grief), somente se invalidando determinado ato nas hipóteses em que fique devidamente comprovado que o alegado vício exerceu influência direta na apuração da verdade substancial. Ora, o fato de não ter constado na publicação da decisão – que reincluiu o BACEN e excluiu o FGC da lide – o nome do Fundo Garantidor de Créditos não traz nenhum prejuízo ao julgamento do recurso da parte autora, nem muito menos ao FGC que foi excluído do polo passivo do processo, sendo apenas necessário que se dê ciência ao FGC sobre sua exclusão do feito, o que será suprido com a publicação do acórdão.*

*- Demonstrado que se passaram mais de vinte anos da quitação do imóvel, datada de 10/05/1991, sem que o autor pudesse dispor de seu bem em face da manutenção indevida de ônus caucio-*



***nário instituído em favor do BACEN, é inegável que tal evento causa um sentimento de angústia ao mutuário pela incerteza de quando poderia dispor de maneira plena da propriedade de seu imóvel, o que dá ensejo à reparação por danos morais.***

***- Fixação do montante de R\$ 10.000,00, a título de danos morais, que se mostra razoável para compensar a angústia sofrida por longo lapso temporal em que o autor ficou privado da disposição plena de seu imóvel.***

***- Manutenção da improcedência dos danos materiais em face da não comprovação da existência de prejuízo sofrido por eventual proposta ou interesse de venda do bem.***

***- Em face da sucumbência mínima, impõe-se a condenação do réu em custas e em honorários advocatícios no percentual de 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.***

***- Apelação parcialmente provida.***

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 26 de julho de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de apelação interposta por Raimundo Porfírio Sampaio Neto, em sede de ação ordinária ajuizada por si em desfavor

do Banco Central do Brasil (BACEN) e da empresa Terra Companhia de Crédito Imobiliário com o objetivo de compelir a autarquia federal a autorizar o cancelamento de caução avençada por esta com a outra ré, feita sobre direitos hipotecários referentes ao financiamento do imóvel do autor, assim como de obter indenização por danos morais e materiais, contra sentença que acolhendo a preliminar de ilegitimidade excluiu a empresa Terra Companhia de Crédito Imobiliário do polo passivo da presente demanda e, no mérito, julgou parcialmente procedente o pedido para condenar o BACEN a retirar o óbice caucionatório incidente sobre o imóvel descrito às fls. 12/13, sob averbação nº 05/32.909, de 11/12/90, sob pena de multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia de atraso, não o fazendo em 5 (cinco) dias da intimação, após o trânsito em julgado da sentença.

Através do despacho de fl. 186, o juízo *a quo*, atendendo a solicitação do BACEN, determinou a substituição no polo passivo da referida autarquia federal pelo Fundo Garantidor de Créditos - FGC.

Em suas razões recursais, alega o particular que o dano material e moral foram ocasionados pela conduta ilícita do Banco Central que o impossibilitou de dispor livremente de seu bem, situação que atingiu a plenitude de seu direito à propriedade. Defende, ainda, a ocorrência de dano moral resultante da relutância do Banco em cancelar a caução averbada, embora tenha quitado o imóvel desde 10/05/1991. Pugna, por fim, pela reforma da sentença no que diz respeito à compensação de honorários e sucumbência recíproca.

Contrarrazões do FGC às fls. 191/198.

Decisão de meu substituto eventual, Des. Fed. Conv. Rubens Canuto, às fls. 207/208, determinando à exclusão do FGC e à reinclusão do BACEN no polo passivo da presente lide, sob o fundamento de que o magistrado de primeira instância, após a prolação da sentença, não poderia determinar a exclusão do BACEN, seja porque não detinha competência, seja porque o pedido de reparação por danos morais foi atribuído à conduta da autarquia federal que manteve o ônus caucionatório sobre o imóvel a que se refere à inicial após a quitação pelo mutuário e não de conduta do FGC.

Contrarrazões do Banco Central às fls. 220/224.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

De início, aprecio a alegação levantada pelo Banco Central do Brasil, em suas contrarrazões, acerca da impossibilidade de sua reinclusão no polo passivo da demanda.

Não poderia o magistrado de primeira instância, após a prolação da sentença, determinar a substituição processual do BACEN pelo Fundo Garantidor de Créditos - FGC (fl. 186), seja porque não detinha competência para tanto porque esgotada a sua prestação jurisdicional, seja porque ainda que o FGC tivesse absorvido os créditos do FGDLI - Fundo de Garantia dos Depósitos e Letras Imobiliários até então geridos pelo BACEN, o que importa é que o pedido formulado na inicial de reparação por danos morais e materiais foi atribuído à conduta da autarquia federal que manteve o gravame caucionatório sobre o imóvel após a quitação do financiamento, e não de conduta do FGC.

Rejeitada, pois, a preliminar.

Analisando, ainda, a preliminar arguida pelo Banco Central, em memorial apostado às fls. 221/224, através do qual argui a nulidade da publicação da decisão de fls. 207/208 por não ter constado ali o nome do Fundo Garantidor de Créditos - FGC.

Em tema de nulidades processuais, vigora o princípio do prejuízo (*pas de nullité sans grief*), somente se invalidando determinado ato nas hipóteses em que fique devidamente comprovado que o alegado vício exerceu influência direta na apuração da verdade substancial. Ora, o fato de não ter constado na publicação da decisão – que reincluiu o BACEN e excluiu o FGC da lide – o nome do Fundo Garantidor de Créditos não traz nenhum prejuízo ao julgamento do recurso da parte autora, nem muito menos ao FGC que foi excluído do polo passivo do processo, sendo apenas necessário que se dê ciência ao FGC sobre sua exclusão do feito, o que será suprido com a publicação do acórdão.

Afastada, portanto, a preliminar.

No mérito, a controvérsia da presente questão cinge-se tão somente à verificação da ocorrência de danos materiais e morais provenientes da recusa do Banco Central em proceder ao cancelamento da Averbação de nº 05/32.909 do imóvel a que se refere à inicial.

O autor ora recorrente contraiu financiamento de imóvel junto à Terra Companhia de Crédito Imobiliário. Esta, por sua vez, realizou contrato com o Banco Central do Brasil, com quem possuía dívidas, dando em garantia as cauções sobre créditos hipotecários de vários imóveis, inclusive o do ora apelante.

Ocorre que, conforme demonstrado às fls. 14/18, o autor procedeu à quitação antecipada do débito, liquidando-se o saldo devedor do contrato de financiamento. Diante disso, buscou o ora recorrente a obtenção de cancelamento da hipoteca e da averbação de caução dos direitos creditórios decorrentes de empréstimo com mútuo hipotecário, realizado entre o Banco Central e a Terra Companhia de Crédito Imobiliário.

Ante a recusa do cartório imobiliário em executar o cancelamento sem a autorização expressa do Banco Central, foi que o apelante procurou a referida instituição financeira com o fito de requerer a expedição de autorização para efetuar o cancelamento.

Em virtude de Execução Fiscal promovida contra a Terra Companhia de Crédito, o Banco Central se declarou impedido de adotar providências no sentido de efetuar a baixa do gravame em face da cessão de direitos creditórios de hipoteca firmados entre a empresa Terra e o Bacen.

Alega, então, o autor que a conduta adotada pelo Banco causou-lhe inúmeros danos de natureza moral e patrimonial, uma vez que teve frustrada uma promessa de compra e venda do imóvel em razão da indisponibilidade plena de seu bem, ocasionada diretamente pela conduta do Banco Central.

No que se refere aos supostos danos materiais, na hipótese, o recorrente limitou-se ao campo das alegações, não trazendo aos autos nenhum elemento probatório que comprove a perda patrimonial decorrente da conduta do Banco. Compulsando os autos,

não vislumbro também qualquer proposta de compra do imóvel ou prova do interesse de terceiro em adquirir o imóvel.

Dessa forma, tendo em vista que nenhum dano foi demonstrado em decorrência da recusa do ato de liberação do gravame do imóvel, descabe a indenização pretendida a título de danos materiais.

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.

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.

Embora não se possa efetivamente comprovar a ocorrência de danos morais, na medida em que os elementos característicos do dano moral não são empiricamente verificáveis, tais caracteres somente podem ser analisados à luz de sua potencialidade danosa, tendo por base a normalidade das relações pessoais.

Na hipótese em apreço, afirma o apelante que o fato de o Banco ter se recusado a liberar o gravame do seu bem imóvel, constitui ato capaz de justificar o deferimento de indenização por danos morais, em razão dos transtornos que lhe advieram a partir de então, uma vez que foi impossibilitado de dispor plenamente de seu bem.

Não há dúvida, pois, de que o evento descrito nos autos é capaz de ensejar danos morais, visto que passados mais de vinte anos da quitação do imóvel, datada de 10/05/1991, não poderia o BACEN manter o gravame do bem, a pretexto de que a empresa Terra Lhe era devedora em face da cessão de direitos creditórios de hipoteca, situação que impossibilitou por demasiado transcurso de tempo o pleno domínio do autor sobre o imóvel descrito na inicial, o que certamente lhe causou, no mínimo, um sentimento de angústia que ultrapassa o mero aborrecimento.

No mesmo sentido, cito os seguintes precedentes:

CIVIL. DANOS MORAIS. PROVA DA OCORRÊNCIA DO EVENTO DANOSO. QUITAÇÃO DE FINANCIAMENTO. DEMORA NA BAIXA DE HIPOTECA. ATO POTENCIALMENTE DANOSO. DEVER DE INDENIZAR.

1. Não há que se cogitar em comprovação do dano como requisito para a indenização por danos morais, diante da impossibilidade de verificação empírica dos atributos da personalidade.

2. Ocorrendo ato objetivamente capaz de gerar prejuízo moral como a vergonha, dor ou humilhação, incidem as normas civis que geram dever de indenizar.

3. Configura-se dano moral indenizável a permanência do nome de cliente como inadimplente de financiamento mesmo após sua quitação, especialmente porque ocasionou não só a demora por mais de 2 anos quanto à baixa de gravame de imóvel, mas principalmente porque retira a tranquilidade do cliente, causando-lhe sérios abalos psicológicos.

4. Redução da indenização por danos morais de R\$ 49.221,87 para R\$ 10.000,00, quantia esta que se revela mais razoável e proporcional ao evento danoso, considerando a dimensão do evento e a idoneidade financeira do ofensor.

5. Apelação parcialmente provida.

(AC 200883000086070, Rel. Des. Fed. Francisco Wildo, TRF5 - 2ª Turma, 12/11/2009)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. SFH. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO DE COOPERATIVA HABITACIONAL. INEXISTÊNCIA. RESOLUÇÃO DO MÚTUO. ADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES. LIBERAÇÃO DA HIPOTECA. DEMORA INJUSTIFICADA. OBSTÁCULO AO PLENO DOMÍNIO DO BEM. DANOS MORAIS. CABIMENTO.

1. O contrato discutido é o do financiamento do imóvel, no qual não há nenhuma interferência da Cooperativa Habitacional, não ostentando esta, portanto, qualquer interesse jurídico que justifique a sua presença na relação processual. Hipóteses dos arts. 46, 47 ou 75 do CPC não configuradas.

2. Quitado o financiamento do imóvel, e cumpridas as demais obrigações assumidas pelos mutuários, fato incontroverso no processo, passados mais de quatro anos sem que o agente financeiro oferecesse os meios para a baixa

do gravame hipotecário, de forma a possibilitar aos adquirentes o pleno domínio sobre o bem, obrigando-os a movimentar o aparelho judiciário estatal para obter tal desiderato, cabível a condenação ao pagamento de danos morais, nos termos do art. 5º, V, da CF c/c o art. 159 CC/16 (arts. 186 e 927 CC/02).

3. Precedentes da eg. Corte.

4. Apelação improvida.

(AC 200483000069273, Des. Fed. Edilson Nobre, TRF5 - Quarta Turma, 26/03/2009)

No que se refere ao *quantum* indenizatório, penso que o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de danos morais, é razoável para compensar a angústia sofrida por longo lapso temporal em que o autor ficou privado de dispor de seu imóvel.

Sobre o montante indenizatório deverão incidir correção monetária, a partir da publicação do acórdão, nos moldes do Manual de Cálculo da Justiça Federal, bem como de juros de mora de 0,5% ao mês, a contar do evento danoso, até o advento do Código Civil de 2002, a partir de onde incidirá o percentual de juros de 1% ao mês. Todavia, após a entrada em vigor da Lei nº 11.960/09, os juros moratórios e a correção monetária deverão ser fixados de acordo com os parâmetros ali estabelecidos.

Em face da sucumbência mínima, condeno o BACEN em custas e honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

Ante do exposto, dou parcial provimento à apelação.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 442.702-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA  
Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF  
Apelada: ROSANAMIRANDA ALMEIDA  
Advs./Procs.: DRS. CONCEIÇÃO KEANE GOMES CHAVES  
(APTE.) E BIANÇA BERNARDO MENDONÇA MAR-  
QUEZ E OUTRO (APDA.)

***EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. SEGURO SAÚDE. SAÚDE CAIXA. CIRURGIA PLÁSTICA CORRETIVA PÓS GASTROPLASTIA. OBESIDADE MÓRBIDA. PORTARIA 545/GM. SUS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.***

***- Reconhecida a necessidade do paciente em realizar gastroplastia, em decorrência de obesidade mórbida, é dever do plano assistencial arcar com a cirurgia plástica reparadora, prevista pelo SUS, através da PORTARIA 545/GM: Art. 1º Incluir na Tabela de Procedimentos do SIH-SUS o grupo de procedimentos e procedimentos abaixo descritos: 38.101.04.1 - Cirurgia Plástica Corretiva pós-Gastroplastia e 38.058.13.8 - Dermolipectomia Abdominal pós-Gastroplastia.***

***- In casu, a demandante após o sucesso da execução da gastroplastia redutora emagreceu cerca de 30 kg, conforme noticiam os autos. Consequentemente a este emagrecimento criou uma tumoração abdominal (hérnia abdominal), conhecido pela designação de abdome de avental, decorrência do enorme excesso de pele resultante de seu grande emagrecimento. A cirurgia reparadora deste quadro apresentado pela promotente é a “dermolipectomia abdominal pós gastroplastia”.***

***- A apelante não pode se eximir de cobrir a cirurgia reparadora, a uma, porque autorizou a primeira cirurgia, a gastroplastia, reconhecendo,***



***desta forma, a necessidade da mesma, a duas, porque há previsão do SUS, no caso de pós-Gastroplastia – através da Portaria 545/GM, a três, porque trata-se de relação consumerista, conforme precedentes jurisprudenciais desta eg. Corte (AC 497148-PE, Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, TRF5 - Quarta Turma, 20/05/2010 e AC 407504, Quarta Turma, Relator o Des. Federal Marcelo Navarro, publicada do DJ em 26.03.2009).***

***- Mantenho os honorários em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.***

***- Apelação improvida.***

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 30 de agosto de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de apelação de sentença, fls. 153/160, da lavra do Juiz Federal da 3ª Vara-PE, Dr. Ricardo César Mandarinho Barreto, que julgou procedente o pedido, para determinar à ré autorize em favor da autora sua submissão ao procedimento cirúrgico de “hernioplastia incisional” com aposição de tela de prolene 43.08.015-4, Cid k43.9, que afirmou não se recursar, bem como o procedimento cirúrgico denominado “Dermolipctomial Abdominal”, a serem realizados simultaneamente pelos drs. Álvaro Ferraz, CRM 9178, e Marcelo Miranda, CRM 2985, no Hospital São Marcos, com o custeamento de todas as despesas médicas devidas ao referido hospital.

Concedeu, ainda, a antecipação da tutela, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais) pelo descumprimento, a ser suportada solidariamente inclusive pelo seu Superintendente Regional.

Apelou a Caixa Econômica Federal para que seja modificada a sentença proferida e que seja revogada a tutela antecipada sob o argumento de que o plano assistencial Saúde Caixa é um programa de assistência médico-supletiva fixado em um acordo coletivo de trabalho, sendo certo que foi atribuído à Caixa a gestão e operacionalização do mesmo, o que revela a regularidade da fixação dos critérios para o custeio de cirurgia plástica, os quais não foram atendidos pela apelada.

É o relatório.

### **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

A questão posta a deslinde cinge-se da verificação da necessidade de cirurgia estética reparadora a ser liberada pelo plano de assistência da demandante, que foi portadora de obesidade mórbida, sendo-lhe deferido pelo plano Saúde Caixa, a execução de gastroplastia redutora (conhecida popularmente como redução de estômago).

A demandante após o sucesso da execução da gastroplastia redutora emagreceu cerca de 30 kg, conforme noticiam os autos. Conseqüentemente a este emagrecimento criou uma tumoração abdominal (hérnia abdominal), conhecido pela designação de abdome de avental, decorrência do enorme excesso de pele resultante de seu grande emagrecimento. A cirurgia reparadora deste quadro apresentado pela promovente é a “dermolipectomia abdominal pós-gastroplastia”.

A apelante alegou que não tem obrigação de fazer cobertura das despesas da cirurgia reparadora de que necessita a demandante porque a relação entre a demandante e a demandada não estaria inserida no direito do consumidor por ser um programa de assistência médico-supletiva fixado em um acordo coletivo de trabalho.

Tal argumento não prospera, a apelante não pode se eximir de cobrir a cirurgia reparadora, primeiramente porque autorizou a primeira cirurgia, a gastroplastia, reconhecendo, desta forma, a necessidade da mesma, segundo, porque há previsão do SUS, no caso de pós-gastroplastia – através da Portaria 545/GM, *in verbis*:

Portaria nº 545/GM Em 18 de março de 2002.

O Ministro de Estado da Saúde, no uso de suas atribuições,

Considerando a Portaria GM/MS 628, de 26 de abril de 2001, que aprovou o Protocolo de Indicação de Tratamento Cirúrgico da Obesidade Mórbida - Gastroplastia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS;

Considerando a necessidade de permanente atualização dos procedimentos de alta complexidade e estratégicos, constantes das Tabela do SIA/SUS e SIH/SUS, e

Considerando a necessidade de criar mecanismos que facilitem o acesso aos pacientes submetidos à Gastroplastia, aos procedimentos de cirurgia plástica corretiva, quando tecnicamente indicado, resolve:

**Art. 1º Incluir na Tabela de Procedimentos do SIH-SUS o grupo de procedimentos e procedimentos abaixo descritos:**

**38.101.04.1 - Cirurgia Plástica Corretiva pós-Gastroplastia**

**38.058.13.8 - Dermolipectomia Abdominal pós-Gastroplastia.**

Há precedentes jurisprudenciais desta eg. Corte neste mesmo sentido, dentre os quais destaco o da lavra da excelentíssima Desembargadora Federal Margariada Cantarelli, na AC 497148-PE, cujos judiciosos fundamentos do voto passo à transcrição:

A Constituição Federal garante o direito à saúde (art. 196), definindo, ainda, que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle (art. 197). Dessa forma, não se sustenta a alegação da apelante de que se trata de acordo de vontades, eximindo-se das regras consumeristas: Nesse sentido, o julgamento da AC 407504 (2005.84.00.009114-5), Quarta Turma, Relator o Des. Federal Marcelo Navarro, publicada do *DJ* em 26.03.2009:

“ADMINISTRATIVO. SAÚDE CAIXA. PLANO DE AUTOGESTÃO. INICIDÊNCIA DO CDC. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO QUE NÃO SE ENCONTRA NA LISTA DOS NÃO COBERTOS PELO PAMS. POSSIBILIDADE.

1. A relação estabelecida entre o beneficiário do plano de saúde vinculado à CEF, Saúde Caixa, e esta empresa pública possui natureza consumerista, mesmo constituindo plano de autogestão, uma vez que se dá entre uma empresa prestadora de serviço e um cidadão que ocupa a posição de consumidor.

2. Uma vez prevista a cobertura de determinada doença no plano de saúde, somente será legítima a limitação de determinado tratamento quando for expressamente prevista.

3. Apelação não provida.”

A prescrição médica do uso de certa técnica cirúrgica não poderia ser contraditada por autoridade gerencial. O médico é o profissional competente para julgar a conveniência, segurança e oportunidade do emprego da ciência e das técnicas curativas. Em sentido análogo, colo o julgamento da APEL-REEX 2008.83.00.014568-2, Segunda Turma, Des. Federal Convocado Rubens de Mendonça Canuto, publico no *DJ* em 05.08.2009:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REMOÇÃO POR MOTIVO DE DOENÇA DO SERVIDOR. ART. 36, PARÁGRAFO ÚNICO, III, *B*, DA LEI 8.112/90. COMPROVAÇÃO DE DOENÇA POR JUNTA MÉDICA OFICIAL.

- O art. 36, parágrafo único, III, *b*, da Lei nº 8.112/90 prevê a hipótese de remoção a pedido do servidor por motivo de saúde seu ou de dependente, condicionada à comprovação por junta médica oficial.

- Embora a Junta Médica Oficial da UFPE 23074.018729/08-12 (fls. 18/36) tenha dado parecer favorável ao pleito da servidora, concordando com os médicos que trataram a examinada no sentido de que sua permanência em João Pessoa traria condições psicossociais favoráveis a uma boa evolução do estado de saúde em que se encontra a servidora, a Universidade indeferiu o pedido da servidora por não implicar em qualquer contrapartida da UFPB em termos de permuta ou redistribuição de cargo efetivo idêntico.

- No caso de remoção de que trata o art. 36, parágrafo único, III, b, da Lei 8.112/90, basta a comprovação da doença grave do servidor pela Junta Médica Oficial, não há necessidade de contrapartida pelo órgão recebedor do cargo, uma vez que a Administração, na hipótese, não exerce o juízo de oportunidade ou conveniência.
- Apelação e remessa improvidas.”

Seria absurdo, ainda, deixar de prestar assistência médica necessária por motivos econômicos. Infeliz, a meu ver, esse argumento levantado pela apelante, visto que não só nosso sistema jurídico, que prioriza a vida e a dignidade humana, mas do bom senso moral e religioso da nossa sociedade.

Penso justa a condenação por danos morais, não só fundamentando-se no sofrimento causado à apelada, como na procrastinação da cirurgia decorrente da recusa na cobertura da mesma, e levando-se em consideração, ainda, as diversas causas idênticas anteriormente julgadas no mesmo sentido contra a ora apelante.

Mantenho, ainda, a condenação da apelante no pagamento das custas e honorários advocatícios, nos termos da sentença apelada.

Pelo exposto, nego provimento à apelação e ao agravo retido, mantendo integralmente a sentença apelada.

É como voto.

Assim restou ementado:

CONSTITUCIONAL. SAÚDE-CAIXA. CARÁTER CONSUMEIRISTA. GASTROPLASTIA VIDEOLAPAROSCÓPICA. APELAÇÃO E AGRAVO RETIDO IMPROVIDOS.

**1. O seguro saúde-caixa é uma relação consumeirista, não se eximindo das regras do direito do consumidor.** (Grifei)

2. O médico é o profissional competente para julgar a conveniência, segurança e oportunidade do emprego da ciência e das técnicas curativas.

3. Reputa-se abusiva a cláusula do acordo coletivo que desobriga o seguro-caixa a cobrir cirurgia não elencada em seu anexo.

4. Razoável, ainda, a fixação da indenização por dano moral em módicos R\$ 1.000,00.

5. Apelação e agravo retido improvidos, para manter integralmente a sentença apelada.

(AC 200983000119894, Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, TRF5 - Quarta Turma, 20/05/2010)

Desta feita, a apelante não pode se eximir de cobrir a cirurgia reparadora, a uma, porque autorizou a primeira cirurgia, a gastroplastia, reconhecendo, desta forma, a necessidade da mesma, a duas, porque há previsão do SUS, no caso de pós-gastroplastia – através da Portaria 545/GM, a três, porque se trata de relação consumerista, conforme precedentes jurisprudenciais desta eg. Corte (AC 497148-PE, Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, TRF5 - Quarta Turma, 20/05/2010 e AC 407504, Quarta Turma, Relator o Des. Federal Marcelo Navarro, publicada do *DJ* em 26.03.2009).

Mantenho os honorários em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Pelo exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 446.635-SE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR  
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Apelado: LUIZ MACÁRIO DE SANTANA  
Repte.: PROCURADORIA DO INSS  
Advs./Procs.: DRS. ANTONIO SOARES SILVA JÚNIOR E OUTROS (APDO.)

***EMENTA: APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL. PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. ATIVIDADE CATALOGADA COMO PENOSA. TÉCNICO EM TELECOMUNICAÇÕES. RECONHECIMENTO POR PRESUNÇÃO LEGAL ATÉ A LEI 9.032/95. IMPLEMENTO DO TEMPO DE SERVIÇO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. RECURSO DE APELAÇÃO DISSOCIADO DOS FUNDAMENTOS DE FATO E***

**DIREITO. NÃO CONHECIMENTO. REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDA**

**- Os fundamentos de fato e de direito que embasam o pedido de nova decisão é requisito essencial da apelação, sem o qual fica impedida a sua apreciação pela instância ad quem.**

**- Hipótese em que o recorrente apresenta razões dissociadas do que fora apreciado na sentença, o que equivale a sua não apresentação, uma vez que, em ambas as situações, é desconhecida a irresignação do vencido em face do decisum.**

**- A atividade exercida pelo demandante, técnico em telecomunicações, enquadra-se no código 2.4.5 do Decreto nº 53.831/64, a ensejar o reconhecimento do tempo de serviço especial até 28.04.95, em razão de, a partir de tal data, exigir a Lei 9.032/95 a comprovação da efetiva exposição aos agentes insalubres, o que não ocorreu.**

**- Tendo implementado 35 anos de serviço, faz jus o autor a usufruir da aposentadoria por tempo de contribuição, conforme lhe assegura o art. 201, § 7º, da Constituição Federal.**

**- Quanto aos juros de mora, em nome da segurança jurídica, do ponto de vista esposado pelo órgão ao qual o Constituinte de 1988 outorgou o múnus de velar pela aplicação, inteireza positiva e uniformidade interpretativa da lei federal (art. 105, III, CF), no intervalo compreendido entre a vigência do novo Código Civil e a Lei 11.960/2009, nas lides envolvendo benefício a ser quitado pelo regime geral de previdência social, devem ser de 1% (um por cento ao mês).**

**- A Lei 11.960/2009, ao modificar o art. 1º-F da Lei 9.494/97, possui aplicabilidade imediata, aplicando-se aos processos em curso, remate que, preservando o entendimento de que não se pode cogitar de direito adquirido a regime jurídico, harmoniza-se com similar orientação do Supremo Tribunal Federal, relacionada à demarcação**

***temporal da eficácia da redação originária do dispositivo legal modificado. Ademais, a negativa do reconhecimento de aplicabilidade imediata à referida norma equivale a declaração implícita de sua inconstitucionalidade em homenagem à segurança jurídica, o que exigiria a observância da reserva de plenário (art. 97, CF).***

***- Apelação não conhecida e remessa oficial parcialmente provida para estabelecer que os juros de mora devidos a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 devem observar os índices de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.***

## **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, não conhecer da apelação e dar parcial provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Relator.

Recife, 9 de agosto de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE  
JÚNIOR - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR:

Cuida-se de remessa oficial e de apelação do INSS interposta contra sentença que reconheceu o exercício de atividade especial pelo apelado, assegurando-lhe o direito à concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, com proventos integrais, a contar da data do ajuizamento da ação, com o pagamento das parcelas em atraso, acrescidas de correção monetária, na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal e juros de mora de 1% ao mês.



Em seu recurso de apelação o INSS aduz razões dissociadas do conteúdo da sentença, ao arguir que as anotações na carteira de trabalho por força de decisão judicial na seara trabalhista não teria valor probatório.

Houve contrarrazões, pugnando preliminarmente o apelado pelo não conhecimento do recurso e, no mérito, defendendo a manutenção da sentença.

É o relatório.

## VOTO

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

Assiste razão ao recorrido.

Em seu recurso, o apelante traz razões inteiramente dissociadas do que fora decidido na sentença, uma vez que o tempo de serviço especial reconhecido em favor do autor não decorre de anotação na carteira de trabalho por força de decisão judicial trabalhista, mas, sim, de regular atividade profissional prestada junto à empresa de telecomunicações, no Estado de Sergipe, com as diversas anotações na carteira de trabalho, relativas a férias e aumento de salário, sem que em nenhum momento no curso do processo fosse questionada a validade de tais anotações, sendo totalmente dissociado do conteúdo da decisão vergastada o recurso de apelação do INSS.

Consoante preceitua o art. 514 do CPC, os fundamentos de fato e de direito que embasam o pedido de nova decisão é requisito essencial da apelação, sem o qual fica impedido o conhecimento do recurso.

Nesse sentido, leciona Nelson Nery Júnior (*in* Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2000, São Paulo, pp. 317/320):

Entendemos que a exposição dos motivos de fato e de direito que ensejaram a interposição do recurso e o pedido de nova decisão em sentido contrário à recorrida são requisitos essenciais e, portanto, obrigatórios. A inexistência das razões ou de pedido de nova decisão acarreta juízo de admissibilidade negativo: o recurso não é conhecido.

(...)

O recurso se compõe de duas partes distintas sob o aspecto de conteúdo: a) declaração expressa sobre a insatisfação com a decisão (elemento volitivo); b) os motivos dessa insatisfação (elemento de razão ou descritivo).

Sem a vontade de recorrer não há recurso. Essa vontade deve manifestar-se de forma inequívoca, sob pena de não conhecimento. Não basta somente a vontade de recorrer, sendo imprescindível a dedução das razões (descrição) pelas quais se pede novo pronunciamento jurisdicional sobre a questão objeto do recurso.

As razões de recurso são elementos indispensáveis para que o tribunal, ao qual se dirige, possa julgá-lo, ponderando-as em confronto com os motivos da decisão recorrida que lhe embasaram a parte dispositiva.

Na verdade, são as razões do recorrente que delimitam a matéria que é devolvida ao exame do Tribunal, com exceção daquelas que ao órgão superior é dado conhecer, de ofício, por se tratarem de questões de ordem pública.

Outrossim, apresentando o recorrente razões dissociadas do que fora apreciado na sentença, isso equivale a sua não apresentação, uma vez que, em ambas as situações, é desconhecida a irresignação do vencido em face do *decisum*.

Verifico, pois, que o pleito da recorrente não é digno de conhecimento.

Passo a analisar a condenação imposta ao ente público, por força da remessa oficial.

A controvérsia cinge-se em reconhecer tempo de serviço especial prestado pela parte autora, no exercício da atividade de técnico em telecomunicações.

A aposentadoria especial está assim disciplinada:

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 2º A data de início do benefício será fixada da mesma forma que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no art. 49.

§ 3º A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

Nos termos legais, é indispensável fique evidenciado que o impetrante trabalhava sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos.

Contudo, importante trazer à baila, de forma sucinta, a evolução da legislação sobre a matéria, especialmente nos pontos que aqui interessam.

Como é cediço, no tocante à concessão de benefícios previdenciários, o tempo de serviço é regido pela lei vigente na época em que efetivamente o serviço fora prestado. Assim, a atividade prestada, em condições especiais, anteriormente à vigência da Lei 9.032/95 e descrita pelos anexos dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, era considerada especial por mera presunção legal, não necessitando, por conseguinte, de qualquer laudo ou documento que comprovasse a efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos. Ressalte-se que somente era exigida prova pericial que comprovasse a atividade penosa, perigosa ou insalubre, nos casos em que o serviço não se achasse descrito nos decretos acima referidos.

Com a edição da Lei 9.032/95, em 28.04.1995, passou-se a exigir a comprovação de que o interessado realmente trabalhava exposto a agentes nocivos, de modo habitual e permanente. E, após a Lei 9.528, de 10.12.1997 (decorrente da conversão de MP 1596-14), que alterou a redação do art. 58, §1º, da Lei Orgânica de Benefícios da Previdência Social (Lei 8.231/91), e logo depois sofreu pequena alteração trazida pela Lei 9.732/98, ficou estabelecido que a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos “será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou por engenheiro de segurança do trabalho nos termos da legislação trabalhista”.

Essa mesma lei também acrescentou o § 4º ao art. 58 da Lei 8.213/91, determinando a necessidade da empresa elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico do trabalhador, abrangendo todas as atividades exercidas por ele, devendo fornecer-lhe cópia autêntica do referido documento, quando da rescisão do contrato de trabalho.

No tocante à limitação contida no art. 28 da Lei 9.711, de 20/11/1998, no sentido de que somente poderia haver conversão de tempo especial em comum até 28/05/1998 – demais de, no próprio âmbito administrativo, não encontrar guarida, uma vez que o próprio Decreto 4.827/2003, ao incluir o § 2º no art. 70 do Decreto nº 3.048/99, estendeu essa regra de conversão para qualquer tempo –, a jurisprudência de nossos tribunais é pacífica quanto a essa possibilidade, sendo objeto de julgamento em sede de recurso repetitivo no Superior Tribunal de Justiça, conforme adiante se vê:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA. SERVIÇO PRESTADO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS APÓS MAIO DE 1998. CONVERSÃO EM TEMPO COMUM. POSSIBILIDADE. ART. 60 DO DECRETO 83.080/79 E 6º DA LICC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O Trabalhador que tenha exercido atividades em condições especiais, mesmo que posteriores a maio de 1998,

tem direito adquirido, protegido constitucionalmente, à conversão do tempo de serviço, de forma majorada, para fins de aposentadoria comum. Nesse sentido: REsp. 1.151.363/MG, representativo da controvérsia, de relatoria do douto Ministro JORGE MUSSI e julgado pela Terceira Seção desta Corte no dia 23.3.2011.

2. Agravo Regimental do INSS desprovido.  
(STJ, Quinta Turma, AgRg no Resp 1069632/MG, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, v.u., DJe de 14/04/2011)

O Superior Tribunal de Justiça decidiu em recurso especial representativo de controvérsia, submetido ao rito do art. 543-C, § 1º, do CPC, que deverá ser observada a lei em vigor por ocasião do exercício da atividade exercida sob condições especiais para fins de sua conversão em atividade comum. Consultar:

PREVIDENCIÁRIO. MATÉRIA DECIDIDA EM RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA, SOB O RITO DO ART. 543-C, § 1º, DO CPC E RESOLUÇÃO Nº 8/2008. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM. OBSERVÂNCIA DA LEI EM VIGOR POR OCASIÃO DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE. DECRETO N. 3.048/1999, ARTIGO 70, §§ 1º E 2º. FATOR DE CONVERSÃO. EXTENSÃO DA REGRA AO TRABALHO DESEMPENHADO EM QUALQUER ÉPOCA.

1. A teor do § 1º do art. 70 do Decreto nº 3.048/99, a legislação em vigor na ocasião da prestação do serviço regula a caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais. Ou seja, observa-se o regramento da época do trabalho para a prova da exposição aos agentes agressivos à saúde: se pelo mero enquadramento da atividade nos anexos dos Regulamentos da Previdência, se mediante as anotações de formulários do INSS ou, ainda, pela existência de laudo assinado por médico do trabalho.

2. O Decreto nº 4.827/2003, ao incluir o § 2º no art. 70 do Decreto nº 3.048/99, estendeu ao trabalho desempenhado em qualquer período a mesma regra de conversão. Assim, no tocante aos efeitos da prestação laboral vinculada ao Sistema Previdenciário, a obtenção de benefício fica submetida às regras da legislação em vigor na data do requerimento.

3. A adoção deste ou daquele fator de conversão depende,

tão somente, do tempo de contribuição total exigido em lei para a aposentadoria integral, ou seja, deve corresponder ao valor tomado como parâmetro, numa relação de proporcionalidade, o que corresponde a um mero cálculo matemático e não de regra previdenciária.

4. Agravo regimental improvido.

(STJ, Quinta Turma, AgRg no Resp 1108375/PR, rel. Min. Jorge Mussi, v.u., *DJe* de 25/05/2011)

Quanto ao fator multiplicador a ser adotado na conversão do tempo de serviço, ficou assentado que seria aquele segundo a legislação vigente ao tempo do requerimento do benefício. Nesse sentido, consultar o julgado representativo de controvérsia:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. CONVERSÃO. FATOR APLICÁVEL. MATÉRIA SUBMETIDA AO CRIVO DA TERCEIRA SEÇÃO POR MEIO DE RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIVERGÊNCIA SUPERADA. ORIENTAÇÃO FIXADA PELA SÚMULA 168 DO STJ. INCIDÊNCIA.

1. A questão que se coloca a esta Terceira Seção diz respeito a qual índice multiplicador deve ser utilizado para a conversão de tempo de serviço especial em comum: aplica-se a tabela em vigor à época do requerimento do benefício ou aquela vigente durante o período em que efetivamente exercida a atividade especial?

2. A respeito do tema, esta Corte Superior de Justiça tinha entendimento firmado no sentido de que o fator a ser utilizado na conversão do tempo de serviço especial em comum seria disciplinado pela legislação vigente à época em que as atividades foram efetivamente prestadas. Desse modo, para as atividades desenvolvidas no período de vigência do Decreto nº 83.090/1979, deveria ser empregado o fator de conversão 1,2, nos termos do art. 60, § 2º, que o prevê expressamente.

3. Contudo, a Quinta Turma desta Corte Superior de Justiça, em Sessão realizada em 18/8/2009, no julgamento do Recurso Especial nº 1.096.450/MG, de que Relator o em. Min. Jorge Mussi, consolidou novo posicionamento sobre o tema, estabelecendo que o multiplicador aplicável em casos de conversão de tempo especial para a aposenta-

doria por tempo de serviço comum deve ser o vigente à época em que requerido o benefício previdenciário, e não aquele em que houve a efetiva prestação de serviço.

4. Por fim, registre-se que o tema em debate foi conduzido a esta Terceira Seção, por ocasião do julgamento do Recurso Especial 1.151.363/MG (acórdão publicado no *DJe* 5/4/2011), processado segundo o regime do art. 543-C do CPC, tendo a referida Corte fixado, por unanimidade, a compreensão de que o multiplicador aplicável, na hipótese de conversão de tempo especial para aposentadoria por tempo de serviço comum, deve ser o vigente à época em que requerido o benefício previdenciário.

5. Nesses moldes, estando a matéria pacificada no âmbito da Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, em idêntico sentido ao acórdão embargado, há de incidir, na espécie, a orientação fixada pela Súmula 168/STJ.

6. Embargos de divergência rejeitados.

(STJ, Terceira Seção, EREsp 1105506 / RS, rel. Min. Og Fernandes, *DJe* de 20/05/2011)

Importante, ainda, ressaltar que o art. 15 da Emenda Constitucional 20, de 15.12.1998, é expresso em determinar que “até que a lei complementar a que se refere o art. 201, § 1º, da Constituição Federal, seja publicada, permanece em vigor o disposto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8213, de 24 de julho de 1991, na redação vigente à data da publicação desta Emenda”.

No caso dos autos, o autor comprovou, através dos documentos de fls. 18/26, ter laborado no interstício de 10.03.76 a 10.09.99 na empresa Telecomunicações de Sergipe S/A, na função de técnico de telecomunicações, atividade considerada especial por presunção legal até 28/04/95, quando da edição da Lei 9.032/95, por estar descrita no item 2.4.5 do Decreto nº 53.831/64.

A única censura a ser feita quanto à sentença é a extensão do reconhecimento do tempo especial até 05/03/97, quando deveria limitar-se a 28.04.95, quando da edição da Lei 9.032/95, uma vez que não há nos autos prova acerca da efetiva exposição aos agentes nocivos, como requer a legislação previdenciária, limitando-se o reconhecimento por presunção legal até essa data.

Isso, no entanto, não altera a solução dada ao caso, considerando que o autor já havia implementado, à data da propositura da

ação, 35 anos de serviço, pois no interstício de 10/05/76 a 28/04/95 perfaz um tempo especial de 18 anos, 11 meses e 19 dias (6.919 dias), que, ao ser convertido em comum, com o acréscimo do fator 1,4, passa a equivaler a **9.687 dias**, que somado ao tempo comum relativo ao serviço prestado à TELERGIPE, de 29.04.95 a 10.09.99 (04 anos, 04 meses e 12 dias, ou seja, 1.592 dias) e contribuído como autônomo, de 11/09/99 a 30/11/04 (05 anos, 02 meses, e 19 dias, ou seja, 1.904 dias), perfaz um total de 13.183 dias, ou seja, 36 anos e 43 dias.

Tendo implementado 35 anos de serviço, faz jus o autor a usufruir da aposentadoria por tempo de contribuição, conforme lhe assegura o art. 201, § 7º, da Constituição Federal.

No tocante ao percentual fixado a título de juros de mora, tem-se que aspecto de interesse, e de relevante aplicação prática, é o que concerne em saber qual o critério que, nas ações versando o deferimento de benefícios previdenciários, deve balizar a incidência dos juros moratórios no período compreendido entre a vigência do atual Código Civil e a Lei 11.960/2009.

Mesmo inexistindo norma específica, o que conduziria, a meu sentir, à incidência da norma geral, qual seja, o art. 1.062 do Código Civil de 1916, a estatuir o percentual mensal de 0,5% (meio por cento), o Superior Tribunal de Justiça, a quem compete uniformizar a interpretação da lei federal, lançou-se à analogia com o Decreto-Lei 2.322/87, relacionado aos débitos trabalhistas, para o fim de aplicar percentual de 1% (um por cento), fazendo-o a contar da citação, conforme sua Súmula 204. Assim o deliberado no REsp 238.780 (6ª Turma - v.u. - Rel. Min. Vicente Leal, *DJU* de 10-04-2000)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Eis a parte essencial da ementa do julgado: “Juros moratórios. Taxa. Termo inicial. Nos débitos decorrentes de reajuste de proventos, embora sejam direitos nitidamente estatutários e não trabalhistas, por consubstanciarem dívidas de valor de natureza alimentar, impõe a incidência dos juros moratórios sobre seus valores na taxa privilegiada de 1% ao mês, compatibilizando-se a aplicação simultânea do Decreto-Lei nº 2.322/87 e do artigo 1.062, do Código Civil”.



Com a entrada em vigor do novo Código Civil em 10/01/2003, o Superior Tribunal de Justiça seguiu inflexível com seu entendimento, desprezando, assim, o disposto no seu art. 406, em favor do art. 3º do Decreto-Lei 2.322/87.

Conferir os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA A DECISÃO DE INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. COMPLEMENTAÇÃO DA PENSÃO DE EX-FERROVIÁRIO. APLICAÇÃO DAS NORMAS DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DA LEI PREVIDENCIÁRIA. JUROS DE MORA. PERCENTUAL DE 1% (UM POR CENTO) AO MÊS. PRECEDENTES DO STJ.

1. Não obstante a natureza estatutária da complementação da pensão do ex-ferroviário, a Lei 8.186/91 determinou a observância, nesses casos, das normas de concessão de benefícios da Lei Previdenciária.

2. Assim, impõe-se a aplicação, na presente demanda, do entendimento da Terceira Seção deste Pretório de que aos benefícios previdenciários, por se tratar de débito de natureza alimentar, deve incidir juros de mora de 1% ao mês. Precedentes do STJ.

3. Agravo Regimental da União desprovido.

(STJ - Quinta Turma - AGA 990084 - Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho - v.u. - DJE de 13/10/2008)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. VERBAS DE CARÁTER ALIMENTAR. JUROS DE MORA. 1% AO MÊS. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO.

**1. De acordo com a iterativa jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, nas demandas previdenciárias, por envolverem verbas de natureza alimentar, deve incidir juros de mora de 1% ao mês, nos termos do art. 3º do Decreto-Lei 2.322/87.**

2. Agravo regimental improvido.

(STJ - Sexta Turma - AAREsp 929339 - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - v.u. - DJE de 22/11/2010)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. JUROS DE MORA. SÚMULA Nº 204/STJ. INCIDÊNCIA.

1. Está consolidado o entendimento, no âmbito da Terceira Seção deste Tribunal Superior, no sentido de que, em

razão do caráter alimentar dos benefícios previdenciários, os juros de mora devem ser fixados em 1% (um por cento) ao mês, nos termos da Súmula nº 204/STJ.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - Sexta Turma - AGREsp 1148115 - Rel. Min. Og Fernandes - v.u. - DJE 08/11/2010)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. SÚMULA 211/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRESTAÇÕES VINCENDAS. SÚMULA 7/STJ. JUROS DE MORA. PATAMAR DE 1% (UM POR CENTO).

I - A matéria referente a não ocorrência de prescrição quinquenal, tal como exposta pelo agravante, não foi apreciada pelo v. acórdão recorrido, o que, *in casu*, impossibilita o presente recurso nobre, por ausência de prequestionamento. Aplicação das Súmulas 282/STF e 211/STJ.

II - A jurisprudência desta e. Corte encontra-se assente no sentido de que, nas ações previdenciárias, os honorários advocatícios devem ser fixados com exclusão das prestações vincendas, considerando-se apenas as prestações vencidas até o momento da prolação da decisão que concede o benefício.

III - A revisão do percentual da verba honorária reclama, para sua análise, o reexame de circunstâncias fáticas estipuladas pelo art. 20, § 3º, alíneas a, b, e c, e § 4º, do CPC, matéria defesa em sede de recurso especial ante o óbice do enunciado nº 07 da Súmula do c. STJ.

**IV - Nas ações previdenciárias em que se discutem verbas de caráter eminentemente alimentar, é entendimento da e. Terceira Seção deste c. STJ que os juros de mora devem ser fixados no percentual de 1% (um por cento) ao mês. Agravo regimental desprovido.**

(STJ - Quinta Turma - AGREsp1133545 - Rel. Min. Felix Fischer - v.u. - DJE de 14/12/2009)

A despeito de discordar do entendimento, por entender não ser admissível o emprego da analogia quando a hipótese se encaixava no âmbito de norma legal genérica, de modo a afastar o pressuposto da ausência de lei sobre a matéria controvertida, não posso desconhecer que se trata apenas duma opinião isolada.

Com essa ressalva, sou pela adoção, em nome da segurança jurídica, do ponto de vista esposado pelo órgão ao qual o Constituinte de 1988 outorgou o múnus de velar pela aplicação, inteireza positiva e uniformidade interpretativa da lei federal (art. 105, III, CF), de sorte que, no intervalo compreendido entre a vigência do novo Código Civil e a Lei 11.960/2009, os juros de mora, nas lides envolvendo benefício a ser quitado pelo regime geral de previdência social, devem ser de 1% (um por cento) ao mês.

Relativamente à aplicabilidade da Lei nº 11.960/2009, entendo que esta, ao modificar o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, possui aplicabilidade imediata, aplicando-se aos processos em curso, remate que, preservando o entendimento de que não se pode cogitar de direito adquirido a regime jurídico, harmoniza-se com similar orientação do Supremo Tribunal Federal, relacionada à demarcação temporal da eficácia da redação originária do dispositivo legal modificado. Ademais, a negativa do reconhecimento de aplicabilidade imediata à referida norma equivale a declaração implícita de sua inconstitucionalidade em homenagem à segurança jurídica, o que exigiria a observância da reserva de plenário (art. 97, CF).

Aspecto que, por sua relevância, exige melhor análise está na questão acerca da incidência, a partir de sua vigência, da alteração imposta pela Lei nº 11.960/2009 ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, estatuinto, agora de maneira genérica – pois a redação imediatamente anterior era restrita às condenações em favor de servidores públicos –, às condenações impostas em detrimento da fazenda pública, que, a título de correção monetária e juros de mora, serão adotados – e, mesmo assim, uma só vez –, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça, por sua 3ª Seção, ao pôr cobro ao REsp 1.086.944/SP (v.u. - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - *DJE* de 04-05-2009), por ocasião do debate envolvendo a redação anterior do art. 1º-F, acrescentado à Lei nº 9.494/97 pela MP 2.180- 35/2001, o qual determinou que os juros de mora nas condenações em favor de servidores públicos fossem fixados em 6% ao ano, assentou a compreensão de que, em possuindo natureza de direito material, a inovação legislativa

somente poderia ser aplicada às ações ajuizadas posteriormente à sua vigência.

Diante da similitude das disciplinas legislativas citadas, pode-se, à primeira vista, prever que esse critério, por força duma obrigação de coerência da Corte Superior, deva, igualmente, prevalecer quanto à Lei nº 11.960/2009.

Penso, com a devida licença, que tal precedente não estabelece o melhor caminho a ser seguido.

Em sentido diametralmente oposto, ao se defrontar sobre o marco temporal da aplicação da redação antecedente do art. 1º-F, o Supremo Tribunal Federal, por ambas as turmas, propendeu pela incidência imediata (2ª T. - AGR no RE 559.445/PR. - v.u. - Rel. Min. Ellen Gracie - *DJE* de 12-06-2009; 1ª T. - AGR no AI 778.920/RS - m.v. - Rel. Min. Rlicardo Lewandowski - *DJE* de 18-11-2010).

Esse entendimento é o mais adequado quanto à Lei nº 11.960/2009, especialmente pelo fato de se estar diante de questão constitucional.

A Constituição de 1988, ao consagrar a tutela à segurança jurídica em seu texto, afora as matérias de natureza penal (art. 5º, XL) e tributária (art. 150, III, a), não enveredou pela senda da irretroatividade, mas sim da aplicabilidade imediata das normas jurídicas, com as exceções enumeradas pelo art. 5º, XXXVI, quais sejam o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Nesse sentido, bastante explicativo o fundamento constante da ADI 605-MC/DF (Pleno - v.u. - Rel. Min. Celso de Mello - *DJU* de 05-03-93).

Não estando a matéria abrangida por sentença irrecorrível, não se pode cogitar de direito adquirido, pois, do contrário, estar-se-ia admitindo a presença de tal franquia magna em relações continuativas de caráter estatutário, o que, como é sabido, malferia a jurisprudência do Pretório Excelso (RE 94.020 - Rel. Min. Moreira Alves - RTJ 104/269; RE 105.137 - Rel. Min. Cordeiro Guerra - RTJ 115/379).

Por outro lado, orientação que afasta, em relação jurídica continuada, a aplicação duma lei, a partir da sua entrada em vigor, mesmo sem invocar, para tanto, ofensa a preceito constitucional, implica não em medida de correção ou de atenuação, nos casos

concretos, da eficácia de norma legal, como se tem com a equidade, o abuso de direito, a fraude à lei, dentre outros, mas sim em tácita declaração de inconstitucionalidade, porque oferta alteração de seu sentido de maneira abstrata.

Daí que o ponto de vista favorável à incidência da Lei nº 11.960/2009 somente para os processos iniciados após sua vigência exige a necessidade de passar pelo crivo da reserva de plenário (art. 97, CF), pena de quebrantamento à Súmula Vinculante 10.

Só para fins de reforço argumentativo, esclareça-se que um dos precedentes que respaldam a mencionada súmula vinculativa foi o RE 482.090-1/SP (Pleno - v.u. - Rel. Min. Joaquim Barbosa - *DJE* de 12-03-2009), mediante o qual se invalidou decisão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (REsp 644.736 - Rel. Min. Teori Zavascki - *DJ* de 27.08.2007) que, às voltas com a interpretação dos arts. 3º e 4º da LC 118/2005, determinou sua aplicabilidade unicamente para os processos ajuizados a partir de sua entrada em vigor, invocando, mesmo sem explicitação, critérios supostamente extraídos da Lei Maior.

Em conclusão, limitar pura e simplesmente, a aplicação da Lei 11.960/2009 aos processos ajuizados a partir de sua vigência, além de conferir interpretação equivocada ao art. 5º, XXXVI, da Lei Maior, viola, por igual, o disposto no art. 97 do mesmo diploma.

O que se quer dizer, com referência à suposta violação do art. 97 da Constituição Federal, é que órgão fracionário desta Corte, ainda que entenda contrário ao direito adquirido à incidência da Lei nº 11.960/2009, não pode afastar esta, sem o procedimento de arguição de inconstitucionalidade, previsto no art. 481 do CPC.

Ante o exposto, não conheço do recurso de apelação e dou parcial provimento à remessa oficial para estabelecer que a correção monetária e os juros de mora devidos a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 devem observar os índices de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 448.676-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA  
Apelante: UNIÃO  
Apelada: CORALINA CALHEIROS WANDERLEY (INCAPAZ)  
Repte.: NEWTON CALHEIROS WANDERLEY  
Advs./Procs.: DRS. ROBERTO TAVARES MENDES FILHO E  
OUTRO (APDA.)

***EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ESTATUTO DO IDOSO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). TRATAMENTO MÉDICO. PACIENTE PORTADOR DE ALZEHEIMER. AVC. TRANSFERÊNCIA ENTRE HOSPITAIS. IMPOSSIBILIDADE.***

***- Dispõe o estatuto do idoso no seu art. 3º, in verbis: É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.***

***- A saúde está expressamente prevista no art. 196, caput, da CF, como direito de todos e dever do Estado, garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, bem como através do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, sendo uma responsabilidade comum da União, dos Estados, do DF e dos Municípios a concretização de tal direito.***

***- In casu, a demandante é portadora de Alzeheimer, encontrando-se debilitada por uma infecção urinária e AVC sendo sua prioridade permanecer em Maceió-AL visto que a transferência entre hospitais, no caso trazê-la para Recife (Hospital da Marinha), lhe é desfavorável, pelo próprio risco do transporte e pela distância que fi-***

***cará de seus familiares que podem hoje lhe prestar assistência no Hospital da Unimed em Maceió. Sentença que se mantém por seus judiciosos fundamentos.***

***- Honorários advocatícios mantidos no valor fixado pela sentença, qual seja, 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.***

***- Apelação e remessa obrigatória, tida por interposta, improvidas.***

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 30 de agosto de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Cuida-se de apelação e remessa obrigatória tida por interposta contra a sentença de folhas 82/85, da lavra do juiz federal da Seção Judiciária de Alagoas, Dr. Sebastião José Vasques de Moraes, que julgou procedente o pedido da parte autora, para condenar solidariamente a União a manter a demandante no Hospital da Unimed, em Maceió, eximindo-se de transferi-la para o Hospital da Marinha em Recife. Condenou, ainda, a ré em custas e honorários advocatícios que fixou em 10% sobre o valor da causa.

Nas razões recursais coligidas às folhas 89/92, a União, aduzindo, que a demandante não faz jus ao tratamento no Hospital da Unimed em Maceió conforme lhe foi concedido na sentença pois não lhe foi autorizado nem há previsão legal para isso no sistema a que faz jus, qual seja, o do Fundo de Saúde da Marinha (FUSMA).

Contrarrazões às fls. 101/104.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

A questão posta a deslinde cinge-se a verificação do direito da promovente, portadora de Alzheimer que, vindo representada por seu filho, requer permanecer hospitalizada no Hospital da Unimed, em Maceió, custeada pelo Fundo de Saúde da Marinha (FUSMA).

A promovente encontra-se amparada pelo Estatuto do Idoso, sendo imperativo, ao exame da matéria, que façamos uma breve incursão ao texto daquela lei.

Dispõe o art. 3º da Lei 10.741/2003:

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

A saúde está expressamente prevista no art. 196, cabeça, da CF, como direito de todos e dever do Estado, garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, bem como através do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, sendo uma responsabilidade comum da União, dos Estados, do DF e dos Municípios a concretização de tal direito.

Enquanto direito essencialmente vinculado à vida e à proteção da integridade físico-psíquica do ser humano, a saúde não pode ser interpretada apenas como um enunciado meramente programático, mas, sim, como um direito fundamental cuja efetivação é dever do Poder Público, pois a sua não concretização consiste em evidente afronta à dignidade da pessoa humana. Ainda que tal direito não estivesse expressamente previsto na CF/88, a sua estreita vinculação com o direito à vida, bem supremo do ser humano, o conduziria à situação de direito fundamental implícito, de modo



que a sua efetivação também seria um dever do Estado, vez que a ação deste está vinculada pela imediata aplicabilidade das normas dos direitos fundamentais.

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são solidariamente responsáveis pela efetivação do direito à saúde (art. 23, inciso II, da CF), o que implica não apenas na elaboração de políticas públicas e em uma consistente programação orçamentária para tal área, como também em uma atuação integrada entre tais entes, que não se encerra com o mero repasse de verbas. O Poder Público não se exime de tal responsabilidade quando investe ou repassa recursos para serem aplicados na área da saúde. Em sendo investida verba pública para tais fins e não havendo a efetivação do direito que se quer garantir, é notório que a política adotada não se coaduna com a realidade a ser enfrentada ou que tal política não foi concretizada como programada, sendo dever de todos os entes federados atentarem para tal fato e atuarem de modo a cumprir com as suas responsabilidades constitucionais.

A jurisprudência nacional possui reiteradas decisões no sentido de que o direito à saúde é líquido e certo, bem como de que a saúde é direito público subjetivo, não podendo ser reduzido a mera promessa constitucional vazia, sendo tal direito exigível em Juízo por não ser um mero enunciado programático. Dessa forma, vigora o entendimento de que é dever do Poder Público disponibilizar tratamento médico-hospitalar à população que dele necessitar, ou seja, oferecer o serviço essencial na esfera médica, o que inclui o fornecimento de medicamentos, sob pena de incidência em grave comportamento inconstitucional, ainda que por omissão, pelo não fornecimento de condições materiais de efetivação de tal direito fundamental.

Nesse sentido: STF (AI-AgR nº 648.971/RS e RE nº 195.192/RS) e STJ (RMS nº 11.183/PR).

A alegação genérica de limitações orçamentárias vinculadas à reserva do possível, além de não provada concretamente quanto à eventual indisponibilidade de fundos para o atendimento da pretensão inicial, não é suficiente para obstar a concretização do direito constitucional em exame, sobretudo quando notório o fato de que o Poder Público possui verbas de grande vulto destinadas a

gastos vinculados a interesses bem menos importantes do que a saúde da população (por exemplo, publicidade, eventos festivos etc.), os quais podem e devem ser, se for necessário, redirecionados para a satisfação de direitos essenciais da população.

Não se está, ressalte-se, diante de intromissão indevida do Poder Judiciário em esfera de atuação reservada aos demais Poderes, mas, ao contrário, de atuação judicial de natureza prestacional positiva calcada em relevante fundamento constitucional e na omissão ilegal do Poder Público em seu atendimento, sem que este tenha, concretamente, apresentado qualquer fundamento minimamente oponível à sua concretização.

Nesta eg. Corte Regional há inúmeros arestos na matéria ora em exame, dentre os quais colho, entre os mais recentes, este abaixo colacionado:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. IDOSO. TRATAMENTO MÉDICO. OSTEOPOROSE. FIBROSE PULMONAR. TUTELA ANTECIPADA. FORNECIMENTO DE FÁRMACO. POSSIBILIDADE.

I. Comprovada a existência da necessidade de realização do procedimento médico solicitado pelo agravante, cabe ao Poder Judiciário garantir o seu fornecimento em respeito ao princípio da legalidade. **Em especial quando se trata de idoso, que tem assegurado o direito à saúde por disposição constitucional, e pela legislação específica infraconstitucional, qual seja, o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003).** (Grifei)

II. É plausível a argumentação de que o fornecimento do tratamento médico deva ser realizado de modo a não comprometer o orçamento público. No entanto, esta justificativa não pode ser aplicada de modo genérico, sem que sejam efetivamente apresentados pela Fazenda Pública elementos que demonstrem o comprometimento do seu orçamento no atendimento da situação em discussão.

III. Segundo laudo médico particular, a agravante padece de osteoporose severa, CID-M 80, e “com múltiplas fraturas vertebrais, não responde a anti-absortivos orais, necessitando de tratamento com medicação anabólica (*teriparatida-forteo*)”. Também consta densitometria óssea, onde se constata, pelo exame realizado mediante análise de feixes energéticos, que a recorrente sofre de osteoporose.

IV. Não bastasse essa condição, a recorrente é portadora de fibrose pulmonar severa, conforme atesta laudo a informar que o quadro “evolui com insuficiência respiratória crônica, necessitando de oxigênio suplementar de forma intermitente e severa limitação física”. Corroborada a informação anterior a declaração assinada por especialista em pneumologia broncoscopista.

V. Portanto, considero demonstrada a gravidade e a urgência de um provimento que lhe assegure tratamento para as enfermidades de que é portadora, pelos exames e laudos médicos que comprovam a necessidade e a adequação dos fármacos requeridos, inclusive, em face da indicação de marca específica, vez que, conforme Ofício nº 421/2010-UNICAT, da Secretária de Saúde do Rio Grande do Norte, o medicamento *forteo* “não é contemplado em nenhum programa do SUS”, não indica nenhum medicamento similar disponível que poderia substituir o prescrito pela médica.

VI. Agravo de instrumento provido para conceder em definitivo a antecipação de tutela, e determinar o regular prosseguimento do feito.

(AG 0005893-10.2011.4.05.0000, Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, TRF5 - Quarta Turma, 12/07/2011, Diário da Justiça Eletrônico - Data: 21/07/2011 - Página: 585 - Ano: 2011)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. TRATAMENTO DE SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO E DO ESTADO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. ART. 196 DA CF/88.

1. Trata o caso dos autos acerca do fornecimento, no prazo de 5 (cinco) dias, do tratamento gratuito, mediante a aplicação de 01 ampola intravítrea mensal do medicamento LUCETIS (RANIBIZUMABE), conforme prescrição médica, por um período de 3 a 12 meses.

2. O direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana é garantido constitucionalmente, sendo dever do Estado em qualquer esfera, seja Federal, Estadual e Municipal, adotar medidas para a sua garantia.

3. Deve-se observar o comando constitucional inscrito no art. 196, que elevou a saúde à condição de direito fundamental, bem como prestigiar a boa-fé que deve nortear os

atos das partes e daqueles que participam do processo, a fim de se evitar possível agravamento da condição de saúde da Recorrente. 4. Precedentes desta Eg. 2ª Turma ratificando a responsabilidade solidária dos entes públicos. 5. Agravo de instrumento improvido.

(AG 00048390920114050000, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 - Segunda Turma, 16/06/2011)

*In casu*, a demandante é portadora de Alzheimer, encontrando-se debilitada por uma infecção urinária e AVC sendo sua prioridade permanecer em Maceió-AL visto que a transferência entre hospitais, no caso trazê-la para Recife (Hospital da Marinha), lhe é desfavorável, pelo próprio risco do transporte e pela distância que ficará de seus familiares que podem hoje lhe prestar assistência no Hospital da Unimed em Maceió. Sentença que se mantém por seus judiciosos fundamentos.

Honorários advocatícios mantidos conforme estipulados na sentença, no valor de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Pelo exposto, mantenho a sentença recorrida, nego provimento à apelação e a remessa obrigatória, tida por interposta.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 462.741-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
Apelante: ALUMINIC INDL/ S/A E OUTROS  
Apelado: BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL - BNDES  
Recte. Ades.: BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL - BNDES  
Advs./Procs.: DRS. MANUEL DE FREITAS CAVALCANTE JUNIOR E OUTROS (APTE.) E PAULO ROBERTO DE SOUZA CIRINO E OUTROS (APDO.)

**EMENTA: TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE. REPRESENTAÇÃO JUDICIAL. REGULARIDADE. CONTRATO DE FINANCIAMENTO. BNDES. LEGITIMIDADE PARA COBRANÇA. EXCESSO NA EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RECURSO ADESIVO. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO.**

*- Inicialmente, deve ser indeferido o pedido formulado pelo apelante, após a distribuição deste feito no Tribunal, porquanto a alegação de excesso de garantia já foi afastada pelo magistrado de Primeiro Grau quando do proferimento da sentença, não tendo havido qualquer demonstração de inconformismo pelos embargantes ao veicularem suas razões de apelo. Trata-se, portanto, de capítulo da sentença contra o qual não se interpôs recurso, restando intangível à apreciação deste Tribunal.*

*- Não merece prosperar a invocação de ausência de documentos comprobatórios da legitimidade da outorga de poderes constantes na procuração juntada à execução, porque presentes nestes autos os elementos suficientes a compro-*

**var a regularidade da representação processual do BNDES.**

**- A procuração juntada aos autos da Execução representa instrumento público, lavrado por oficial de Cartório de Notas, cujos atos gozam de fé pública e de presunção de veracidade, não se vendo no referido documento qualquer mácula a infirmar sua validade.**

**- O Estatuto Social do BNDES, aprovado através do Decreto 4418/2002, fixa ao Presidente da dita empresa pública a atribuição de representá-la em juízo e constituir mandatários e procuradores para tal finalidade. No caso dos presentes autos, a procuração foi outorgada pelo Sr. Guido Mantega, que, à época, presidia a entidade.**

**- No concernente à legitimidade ad causam do BNDES para a propositura da ação executiva, também não alcança êxito o argumento trazido pelo embargante.**

**- A execução movida pelo BNDES versa sobre dívida decorrente de inadimplemento de obrigação pactuada em contrato de financiamento firmado entre a referida instituição e a empresa Aluminic Industrial S/A, no qual foram disponibilizados créditos compostos, dentre outras fontes, de recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT e do Fundo de Participação PIS/PASEP.**

**- No entanto, o fato de os recursos provirem de fundos públicos de titularidade da União não retira do BNDES a legitimidade para cobrar a dívida ora em questão. Isso porque, nos termos do Decreto 4418/2002, nas operações que envolvem recursos provenientes das contribuições dos trabalhadores, como no caso o FAT, o PIS ou o PASEP, a referida empresa pública atua como agente da União, a ela cabendo, portanto, promover a recuperação dos créditos decorrentes dos financiamentos concedidos.**

- *Em relação ao FAT, especificamente, a Lei 8.019/90 fixa a responsabilidade do BNDES pela gestão destes recursos, atribuindo ao agente financeiro o conseqüente risco para o recebimento dos créditos decorrentes das operações de financiamento efetuadas.*
- *Alegou o apelante a impossibilidade de ajuizamento de ação executiva, porquanto os créditos cobrados advêm de contrato de financiamento mediante abertura de crédito, o que, nos termos das súmulas 233 e 247 do STJ, não representam título executivo e demandam ação monitória.*
- *Equivoca-se o apelante ao referir-se às citadas Súmulas, porquanto os ditos julgados referem-se a contrato de abertura de crédito em conta corrente, não se adequando ao caso ora em análise.*
- *O título executivo extrajudicial acostado aos autos corresponde a contrato de financiamento lavrado através de escritura pública, passada em Cartório de Notas (no caso, o 17º Ofício de Notas da cidade do Rio de Janeiro/RJ) e está previsto no art. 585, II, do Código de Processo Civil.*
- *Ademais, esta eg. Turma já teve oportunidade de apreciar o título extrajudicial no qual se ampara a presente execução, confirmando sua liquidez e certeza, nos termos do acórdão anteriormente proferido, que anulou a sentença e determinou o retorno dos autos para dilação probatória.*
- *Também no julgamento da Apelação Cível 451390/PE, interposta em ação de busca e apreensão embasada no mesmo contrato de financiamento aqui discutido (Crédito de nº 01.2.575.7.1), a eg. Primeira Turma confirmou a validade do título extrajudicial que embasa esta execução (DJ: 18/08/2010).*
- *Quanto aos questionamentos sobre os valores cobrados na execução, sustentando o apelante*

*a iliquidez e incerteza do crédito, também não merecerem acolhida.*

*- Os presentes autos foram devolvidos ao primeiro grau de jurisdição para que fossem apuradas as alegações de incorreção no valor exigido pelo exequente, verificando-se, através de perícia contábil, o cumprimento dos termos contratados para a cobrança do crédito, em função do inadimplemento, observando-se os encargos derivados da mora, o montante de juros aplicável, entre outros aspectos a serem discriminados pelas partes litigantes.*

*- Apesar da essencialidade de que se revestia essa prova pericial, o embargante deixou transcorrer in albis o prazo fixado para o pagamento dos honorários do perito, tendo em vista que sua irresignação contra o despacho que indeferiu seu pedido de justiça gratuita também não logrou êxito neste Tribunal.*

*- Ausente, portanto, a prova do fato constitutivo do direito do embargante, a quem cabia o ônus de produzi-la (art. 333, I, do CPC), outra alternativa não restou senão pronunciar a improcedência do pedido, conforme decidiu o magistrado sentenciante.*

*- Analisados os pontos trazidos pelo apelante, passa-se a apreciar o recurso adesivo apresentado pelo BNDES, visando à majoração da verba honorária fixada na sentença em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).*

*- Nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, julgada improcedente a demanda, impõe-se a fixação da verba honorária a partir de apreciação equitativa, levando em consideração as normas previstas nas alíneas a, b e c do § 3º do mesmo art. 20.*

*- Em causas de valor elevado, como se dá nesse feito (atribuída na petição inicial em R\$ 6.300.299,86), os honorários advocatícios não devem se restringir à aplicação de percentuais*



**sobre tal montante, podendo ser arbitrados em valor determinado.**

**- No caso em apreço, é de se reconhecer o empenho e o zelo com que realizaram o trabalho os procuradores do BNDES, no entanto, tal eficiência no labor não justifica a condenação do vencido em patamares bastante elevados.**

**- É importante destacar que os presentes embargos à execução veicularam impugnações que não trouxeram elementos de grande complexidade à defesa, tratando, sobretudo, de questões genéricas, inerentes a diversidade de ações executivas de dívidas derivadas de contratos de financiamento, quais sejam: alegações sobre excesso de garantia, penhora incidente em bem de família, descumprimento do contrato, aplicação de juros e multa, anatocismo, aplicabilidade do CDC, comissão de permanência, contrato de adesão, vencimento antecipado do contrato e liquidez e certeza da dívida.**

**- Outro fator a ser considerado é o fato de que os causídicos da embargada, conforme se vê nos documentos constantes dos autos, têm residência no lugar da prestação dos serviços, ou seja, a cidade onde foi ajuizada a ação.**

**- Vale ressaltar, também, que a própria recorrente, ao contrarrazoar o recurso adesivo outrora interposto pela embargante contra a sentença que foi posteriormente anulada neste Tribunal (recurso este que versava sobre pedido de majoração da verba honorária arbitrada no mesmo valor de R\$ 10.000,00, que seria arcada pelo BNDES em favor dos embargantes), alegou a pertinência do valor fixado na sentença.**

**- Assim, respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, assim como o da justa remuneração dos advogados, mantém-se a condenação nos padrões determinados na sentença.**

**- Apelação e recurso adesivo não providos.**

## ACÓRDÃO

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

Recife, 18 de agosto de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de apelação de sentença proferida em embargos à execução opostos por Aluminic Industrial S/A, Alexandre Sacramento Mariz e Glabem de Arruda Mariz em face de execução de título extrajudicial movida pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES.

Decidida a causa no primeiro grau de jurisdição, por sentença de fls. 374/377, vieram os autos a esta eg. Turma para apreciação dos recursos, que restaram assim julgados (fls. 484/491):

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. FINANCIAMENTO. BNDES. EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE. LIQUIDEZ E CERTEZA DO TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. ATUALIZAÇÃO DO PRINCIPAL. CÁLCULOS ARITMÉTICOS. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA.

1. Hipótese em que o juiz *a quo* entendeu não subsistir os elementos da certeza e liquidez ao título executivo extrajudicial, composto de contrato de financiamento mediante abertura de crédito entre a empresa executada e o BNDES, composto de dois subcréditos, discriminados em “subcrédito A” e “Subcrédito B”.

2. Os valores liberados pelo BNDES à empresa a conta das etapas contratuais referentes ao “subcrédito A”, ostentaram os valores discriminados na execução, que foram R\$ 900.092,36, R\$ 402.103,92, R\$ 386.148,40, R\$

2.230.571,98, totalizando a quantia de R\$ 4.469.164,60, os quais atualizados, desembocam na quantia de R\$ 5.040.506,82.

3. A atualização do principal encontra-se escorada na CLÁUSULA TERCEIRA do contrato então firmado, a qual prevê as condicionantes de atualização do principal devido, pois este deve sofrer, por suposto, a atuação do tempo, no que se refere ao custo da moeda, encargos financeiros, *spread* bancário, tal como bem delineou o apelante em suas razões.

4. Se de um lado o valor da dívida exsurge líquido (parcelas recebidas pela executada, devidamente atualizadas, e acrescidas de encargos contratuais) – liquidez obtida através de meros cálculos aritméticos – e de outro resplandece o *quantum*, ao menos em tese, certo e exigível, merece reforma o provimento de primeiro grau.

5. O título executivo em tela contém todos os dados necessários à atualização dos valores devidos, tanto que assim procedeu o BNDES por meio de simples cálculo aritmético. Se excessos houve, cumpre a redução do *quantum* exequendo, o que em nada afeta a liquidez do título.

6. Idêntica ilação pode ser feita em relação ao “Subcrédito B”.

7. As demais discussões travadas nos autos necessitam de dilação probatória – a ser realizada pelo juízo de primeiro grau, e lá devidamente enfrentadas, sob pena de supressão indevida de instância, visto não serem aplicáveis, ao caso, as disposições do art. 515, § 3º, do CPC –, direcionada sobretudo à verificação dos quesitos trazidos pela embargante, mormente sobre a composição dos encargos derivados da mora, montante de juros aplicável, entre outros a serem discriminados pelas partes litigantes.

8. Anulada a sentença de primeiro grau, resta esvaziado o objeto do recurso adesivo.

Apelação do BNDES parcialmente provida.

Recurso adesivo não conhecido.

Retornando os autos ao juízo de origem, deu-se seguimento à instrução probatória. Concedido prazo para depósito do valor dos honorários periciais, os embargantes requereram o benefício da justiça gratuita, pleito este indeferido na instância inferior e, também, neste Tribunal (AGTR 113205/PE).

Decorrido *in albis* o prazo para o pagamento dos honorários do perito, o magistrado concluiu pela preclusão da oportunidade para a realização da prova pericial, dando por encerrada a fase instrutória.

Passando a julgar a causa, o douto juiz sentenciante entendeu pela improcedência dos pedidos formulados pelo embargante (entre os quais aqueles relativos à composição dos encargos da mora e dos juros, à condenação do Banco a realizar as amortizações e à prática de anatocismo, com a anulação da cobrança dos juros), ante a ausência de prova. Afastou, ainda, as alegações de excesso de penhora e de impenhorabilidade do bem ofertado.

Inconformados, os embargantes interpuseram apelação sustentando, em breve síntese, as seguintes questões: 1) ausência de documentos comprobatórios da legitimidade para outorga de procuração, porquanto, quando ajuizada a ação executiva, em 06/12/2005, a exequente não juntou aos autos qualquer ato constitutivo e nem as atas de eleição de seus diretores; 2) ilegitimidade ativa *ad causam*, tendo em vista o objeto da execução versar sobre recursos oriundos do FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador, sendo, portanto, de propriedade da União; 3) impossibilidade de ajuizamento de ação executiva, porquanto os créditos cobrados advêm de contrato de financiamento mediante abertura de crédito, o que, nos termos das súmulas 233 e 247 do STJ, não representam título executivo e demandam ação monitória e 4) iliquidez e incerteza do crédito, porque: a) não houve qualquer amortização; b) houve erro na fixação do valor da dívida: o montante cobrado não corresponde a 70% do valor total, nem guarda relação com o quantitativo das liberações efetuadas e c) não se admite cumulação de comissão de permanência com juros.

O BNDES interpôs recurso adesivo pleiteando a majoração da verba honorária, fixada no Primeiro Grau em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), tendo em vista o valor da causa, indicado na inicial em R\$ 6.300.299,86 (seis milhões, trezentos mil, duzentos e noventa e nove reais e oitenta e seis centavos).

Contrarrazões às fls. 656/664 e 669/674.

Distribuídos os autos a este Relator, os embargantes atravessaram petição, às fls. 681/682, requerendo a liberação da penhora gravada sobre imóvel residencial, sob o argumento de excesso de garantia.

Conclusos, vieram-me os autos para análise.

Relatei.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Inicialmente, indefiro o pedido formulado às fls. 681/682, porquanto a alegação de excesso de garantia já foi afastada pelo magistrado de Primeiro Grau quando do proferimento da sentença, não tendo havido qualquer demonstração de inconformismo pelos embargantes ao veicularem suas razões de apelo.

Assim, trata-se de capítulo da sentença contra o qual não se interpôs recurso, restando intangível à apreciação deste Tribunal.

Feitas tais considerações, passo a apreciar a apelação dos embargantes.

Não merece prosperar a invocação de ausência de documentos comprobatórios da legitimidade da outorga de poderes constantes na procuração juntada à execução.

Entendo presentes nestes autos os elementos suficientes a convencer-me da regularidade da representação processual do BNDES. Isso porque a procuração juntada aos autos da Execução, cuja cópia consta à fl. 72, representa instrumento público, lavrado por oficial de Cartório de Notas, cujos atos gozam de fé pública e de presunção de veracidade, não se vendo no referido documento qualquer mácula a infirmar sua validade.

O Estatuto Social do BNDES, aprovado através do Decreto 4418/2002, fixa ao Presidente da dita empresa pública a atribuição de representá-la em juízo e constituir mandatários e procuradores para tal finalidade. No caso dos presentes autos, a procuração foi outorgada pelo Sr. Guido Mantega, que, à época, presidia a entidade.

No concernente à legitimidade *ad causam* do BNDES para a propositura da ação executiva, não comungo do entendimento trazido pelo embargante.

É verdade que a execução movida pelo BNDES versa sobre dívida decorrente de inadimplemento de obrigação pactuada em contrato de financiamento firmado entre a referida instituição e a empresa Aluminic Industrial S/A, no qual foram disponibilizados créditos compostos, dentre outras fontes, de recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT e do Fundo de Participação PIS/PASEP (conforme contrato juntado às fls. 75/89).

No entanto, o fato de os recursos provirem de fundos públicos de titularidade da União não retira do BNDES a legitimidade para cobrar a dívida ora em questão. Isso porque, nos termos do Decreto 4418/2002, nas operações que envolvem recursos provenientes das contribuições dos trabalhadores, como no caso o FAT, o PIS ou o PASEP, a referida empresa pública atua como agente da União, a ela cabendo, portanto, promover a recuperação dos créditos decorrentes dos financiamentos concedidos.

Veja-se a respeito o que diz o art. 8º do dito Decreto:

Art. 8º O BNDES, diretamente ou por intermédio de empresas subsidiárias, agentes financeiros ou outras entidades, exercerá atividades bancárias e realizará operações financeiras de qualquer gênero, relacionadas com suas finalidades, competindo-lhe, particularmente:

I - financiar, nos termos do art. 239, § 1º, da Constituição, programas de desenvolvimento econômico, com os recursos do Programa de Integração Social - PIS, criado pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP, criado pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970;

II - promover a aplicação de recursos vinculados ao Fundo de Participação PIS-PASEP, ao Fundo da Marinha Mercante - FMM e a outros fundos especiais instituídos pelo Poder Público, em conformidade com as normas aplicáveis a cada um; e

III - realizar, na qualidade de Secretaria Executiva do Fundo Nacional de Desenvolvimento - FND, as atividades ope-

racionais e os serviços administrativos pertinentes àquela autarquia.

**§ 1º Nas operações de que trata este artigo e em sua contratação, o BNDES poderá atuar como agente da União, de Estados e de Municípios, assim como de entidades autárquicas, empresas públicas, sociedade de economia mista, fundações públicas e organizações privadas.**

Em relação ao FAT, especificamente, a Lei 8.019/90 fixa a responsabilidade do BNDES pela gestão destes recursos, atribuindo ao agente financeiro o conseqüente risco para o recebimento dos créditos decorrentes das operações de financiamento efetuadas. Veja-se a respeito:

Art. 1º A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS), criado pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), criado pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, será destinada, a cada ano, à cobertura integral das necessidades do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), de que trata o art. 10 da Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990.

Art. 2º Conforme estabelece o § 1º do art. 239 da Constituição Federal, pelo menos 40% da arrecadação mencionada no artigo anterior serão repassados ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), para aplicação em programas de desenvolvimento econômico. (...)

§ 4º Correrá por conta do BNDES o risco das operações financeiras realizadas com os recursos mencionados no *caput* deste artigo.

Entendendo configurada a legitimidade do BNDES para ajuizar a execução ora discutida, passo a analisar o outro ponto trazido na apelação.

Alegou o apelante a impossibilidade de ajuizamento de ação executiva, porquanto os créditos cobrados advêm de contrato de financiamento mediante abertura de crédito, o que, nos termos das súmulas 233 e 247 do STJ, não representam título executivo e demandam ação monitória.

Equivoca-se, no entanto, o recorrente ao referir-se às Súmulas 233 e 247 do STJ<sup>1</sup>, porquanto os ditos julgados referem-se a contrato de abertura de crédito em conta corrente.

O título executivo extrajudicial ora em discussão corresponde a contrato de financiamento lavrado através de escritura pública, passada em Cartório de Notas (no caso, o 17º Ofício de Notas da cidade do Rio de Janeiro/RJ) e está previsto no art. 585, II, do Código de Processo Civil, de seguinte dicção:

Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

(...)

II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores;

Ademais, no caso ora tratado, esta eg. Turma já teve oportunidade de apreciar o título extrajudicial no qual se ampara a presente execução, confirmando sua liquidez e certeza, nos termos do acórdão de minha lavra (fls. 484/491), a seguir transcrito:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. FINANCIAMENTO. BNDES. EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE. LIQUIDEZ E CERTEZA DO TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. ATUALIZAÇÃO DO PRINCIPAL. CÁLCULOS ARITMÉTICOS. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA.

1. Hipótese em que o juiz *a quo* entendeu não subsistir os elementos da certeza e liquidez ao título executivo extrajudicial, composto de contrato de financiamento mediante abertura de crédito entre a empresa executada e o BNDES, composto de dois subcréditos, discriminados em “subcrédito A” e “Subcrédito B”.

---

<sup>1</sup> Súmula 233. O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não é título executivo.

Súmula 247. O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória.



2. Os valores liberados pelo BNDES à empresa a conta das etapas contratuais referentes ao “subcrédito A”, os-tentaram os valores discriminados na execução, que fo-ram R\$ 900.092,36, R\$ 402.103,92, R\$ 386.148,40, R\$ 2.230.571,98, totalizando a quantia de R\$ 4.469.164,60, os quais atualizados, desembocam na quantia de R\$ 5.040.506,82.

3. A atualização do principal encontra-se escorada na CLÁUSULA TERCEIRA do contrato então firmado, a qual prevê as condicionantes de atualização do principal devi-do, pois este deve sofrer, por suposto, a atuação do tem-po, no que se refere ao custo da moeda, encargos finan-ceiros, *spread* bancário, tal como bem delineou o apelante em suas razões.

**4. Se de um lado o valor da dívida exsurge líquido (parcelas recebidas pela executada, devidamente atualizadas, e acrescidas de encargos contratuais) – liquidez obtida através de meros cálculos aritméti-cos – e de outro resplandece o *quantum*, ao menos em tese, certo e exigível, merece reforma o provi-mento de primeiro grau.**

5. O título executivo em tela contém todos os dados ne-cessários à atualização dos valores devidos, tanto que assim procedeu o BNDES por meio de simples cálculo aritmético. Se excessos houve, cumpre a redução do *quan-tum* exequendo, o que em nada afeta a liquidez do título.

6. Idêntica ilação pode ser feita em relação ao “Subcrédito B”.

7. As demais discussões travadas nos autos necessitam de dilação probatória – a ser realizada pelo juízo de primei-ro grau, e lá devidamente enfrentadas, sob pena de sup-ressão indevida de instância, visto não ser aplicável, ao caso, as disposições do art. 515, parágrafo 3º, do CPC –, direcionada sobretudo à verificação dos quesitos trazidos pela embargante, mormente sobre a composição dos en-cargos derivados da mora, montante de juros aplicável, en-tre outros a serem discriminados pelas partes litigantes.

8. Anulada a sentença de primeiro grau, resta esvaziado o objeto do recurso adesivo. Apelação do BNDES parcial-mente provida. Recurso adesivo não conhecido.

Também no julgamento da Apelação Cível 451390/PE, inter-posta em ação de busca e apreensão embasada no mesmo con-

trato de financiamento aqui discutido (Crédito de nº 01.2.575.7.1), esta eg. Turma confirmou a validade do título extrajudicial que embasa esta execução.

Eis os termos do acórdão, também de minha lavra:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. FINANCIAMENTO. BNDES. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AQUISIÇÃO DE BENS. GARANTIA REFERENTE A PARCELA DO CRÉDITO (SUBCRÉDITO “B”). ILIQUIDEZ DO TÍTULO. DESCARACTERIZADA A ALEGAÇÃO. EXCESSO DE GARANTIA. INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO CDC. COAÇÃO MORAL. IMPROCEDÊNCIA DO RECURSO.

1. Hipótese de ação de busca e apreensão, fundada em inadimplemento contratual de financiamento bancário (R\$ 8.800.000,00), a fim de garantir parcela do crédito (Subcrédito “B” ou 30% da avença) através da apreensão de bens móveis adquiridos em alienação fiduciária, conforme previsão contratual.

2. Sobre a aventada iliquidez do título, da leitura atenta do provimento de primeiro grau, percebe-se que a temática já foi devidamente enfrentada, pelo que foi decotado do título executivo em liça os bens não adquiridos pela contratante, em vista da execução parcial da avença. É que – nos termos declarados pelo BNDES – o contrato foi interrompido, à conta do inadimplemento da contratante, pelo que os recursos para aquisição de bens (em alienação fiduciária) deixaram de ser repassados. Não se faz, portanto, possível a busca e apreensão de bens que sequer foram adquiridos, e uma vez retirado do título os referidos bens, remanesce válida a pretensão do BNDES quanto aos demais.

3. A garantia é vinculada ao bem adquirido, relativo à alienação fiduciária, regida por norma próprias, e estabelecida em função de parte específica do contrato de financiamento (“Subcrédito B”), o qual faz frente a 30% do crédito previsto no contrato. Dessa forma, o contrato previu regra clara a respeito de cada subcrédito, desmerecendo razão o pleito da recorrente, o qual transpassa o próprio objeto da presente ação de busca e apreensão, visto atingir hipótese versada em ação executiva própria, a qual discute o “Subcrédito A”. De mais a mais, a recorrente não fez prova

de suas alegações, visto não ter atendido ao despacho judicial para pagamento dos honorários periciais, renunciando à produção de prova de suas manifestações.

4. O caso dos autos não revela relação de consumo, pois a empresa utilizou o financiamento na qualidade de insumo, destinado a impulsionar a sua atividade empresarial, pelo que, seja adotando a teoria finalista (subjetiva), seja nos termos da dita teoria maximalista, não é possível visualizar a caracterização de relação consumeirista. Não bastasse, ainda de acordo com a teoria finalista, a qual ganhou guarida na jurisprudência do col. STJ, não é possível identificar a hipossuficiência da empresa.

5. Nesses termos, faz-se necessário rechaçar os pedidos referentes à utilização do CDC, referentes à suposta abusividade de cláusulas da avença, juros e multa contratuais, como, outrossim, a possibilidade de vencimento antecipado do débito.

6. Acerca do suposto inadimplemento imotivado do BNDES, não se desincumbiu a parte apelante do ônus de comprovar tal mister, pelo que deve ser desconsiderada a afirmação.

7. A alegação é destituída de qualquer viabilidade jurídica. Não calha, em absoluto, a afirmação de que a empresa ALUMINIC tenha sofrido constrangimento quanto a sua participação na tratativa. Deveras, dada a vultosa quantia objeto do contrato, se mostra natural que a entidade financeira busque meios aptos a garantir seu crédito, diminuindo o risco da operação, possibilitando, inclusive, oferecer os recursos com taxas mais atraentes do que as cobradas no mercado.

Apelação improvida. (AC 451390/PE, DJ: 18/08/2010)

Assim, descabida a alegação de imprestabilidade do título executivo.

Quanto aos questionamentos sobre os valores cobrados na execução, sustentando o apelante a iliquidez e incerteza do crédito, entendo não merecerem acolhida.

Isso porque os autos foram devolvidos ao primeiro grau de jurisdição para que fossem apuradas as alegações de incorreção no valor exigido pelo exequente, verificando-se, através de perícia contábil, o cumprimento dos termos contratados para a cobrança

do crédito, em função do inadimplemento, observando-se os encargos derivados da mora, o montante de juros aplicável, entre outros aspectos a serem discriminados pelas partes litigantes.

Apesar da essencialidade de que se revestia essa prova pericial, o embargante deixou transcorrer *in albis* o prazo fixado para o pagamento dos honorários do perito, tendo em vista que sua irrisignação contra o despacho que indeferiu seu pedido de justiça gratuita também não logrou êxito neste Tribunal.

Ausente, portanto, a prova do fato constitutivo do direito do embargante, a quem cabia o ônus de produzi-la (art. 333, I, do CPC), outra alternativa não resta senão pronunciar a improcedência do pedido, conforme decidiu o magistrado sentenciante.

Analisados os pontos trazidos pelo apelante, passo a apreciar o recurso adesivo apresentado pelo BNDES, visando à majoração da verba honorária fixada na sentença em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, julgada improcedente a demanda, impõe-se a fixação da verba honorária a partir de apreciação equitativa, levando em consideração as normas previstas nas alíneas *a*, *b* e *c* do § 3º do mesmo art. 20.

Em causas de valor elevado, como se dá nesse feito (atribuída na petição inicial em R\$ 6.300.299,86 – seis milhões, trezentos mil, duzentos e noventa e nove reais e oitenta e seis centavos), os honorários advocatícios não devem se restringir à aplicação de percentuais sobre tal montante, podendo ser arbitrados em valor determinado.

No caso em apreço, reconheço o empenho e o zelo com que realizaram o trabalho os procuradores do BNDES, no entanto, tal eficiência no labor não justifica a condenação do vencido em patamares bastante elevados.

É importante destacar que os presentes embargos à execução veicularam impugnações que não trouxeram elementos de grande complexidade à defesa, tratando, sobretudo, de questões genéricas, inerentes a diversidade de ações executivas de dívidas derivadas de contratos de financiamento, quais sejam: alegações sobre excesso de garantia, penhora incidente em bem de família,

descumprimento do contrato, aplicação de juros e multa, anatocismo, aplicabilidade do CDC, comissão de permanência, contrato de adesão, vencimento antecipado do contrato e liquidez e certeza da dívida.

Outro fator a ser considerado é o fato de que os causídicos da embargada, conforme se vê nos documentos constantes dos autos, têm residência no lugar da prestação dos serviços, ou seja, a cidade onde foi ajuizada a ação.

Vale ressaltar, também, que a própria recorrente, ao contrarrazoar o recurso adesivo outrora interposto pela embargante contra a sentença que foi posteriormente anulada neste Tribunal (recurso este que versava sobre pedido de majoração da verba honorária arbitrada no mesmo valor de R\$ 10.000,00, que seria arcada pelo BNDES em favor dos embargantes), alegou a pertinência do valor fixado na sentença.

Assim, entendendo respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, assim como o da justa remuneração dos advogados, mantenho a condenação nos padrões determinados na sentença.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e ao recurso adesivo.

Assim voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 467.160-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA  
Apelante: COOPERATIVA REGIONAL DOS PRODUTORES DE AÇÚCAR E ÁLCOOL DE ALAGOAS  
Apelada: FAZENDA NACIONAL  
Advs./Procs.: DRS. DANIELLE TENÓRIO TOLEDO CAVALCANTE E OUTROS (APTE.)

**EMENTA: CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITOS DECORRENTES DE EMPRÉSTIMOS EXTERNOS GARANTIDOS PELO EXTINTO IAA. SUB-ROGAÇÃO DA UNIÃO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. NULIDADE DA SENTENÇA. AFASTAMENTO. LIQUIDEZ, CERTEZA E EXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO. PRESUNÇÃO NÃO ELIDIDA. EXCESSO DE EXECUÇÃO. INOCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO. DESCABIMENTO.**

**- Diante da natureza privada do crédito cobrado na execução, consistente na aquisição de contratos de mútuo firmados pelas usinas de açúcar e álcool do Estado de Alagoas, garantidos por aval do extinto Instituto do Açúcar e do Alcool, há de ser aplicado o prazo prescricional vintenário estabelecido no Código Civil de 1916, no seu art. 177, vigente à época, inexistindo espaço para a aplicação do Decreto nº 20.910/32, por não se tratar na hipótese de regime de direito administrativo.**

**- Considerando que a embargante foi notificada do vencimento do débito em 19/07/1988 e o feito executivo foi ajuizado em 16/04/1996, não há que se falar no instituto em comento.**

**- Preliminar de nulidade da sentença rejeitada, uma vez que os documentos juntados aos autos pela embargada, por ocasião da sua manifesta-**

**ção acerca da realização do segundo laudo pericial, constituem reprodução daqueles que já integravam o conjunto probatório, inexistindo, pois, qualquer violação ao disposto no art. 398 do CPC.**

**- O decisum impugnado também não padece de qualquer invalidade em razão da não aplicação dos arts. 454, § 3º, e 456 do Estatuto Processual Civil, pois os dispositivos legais referidos dizem respeito aos casos em que se faz necessária a realização de audiência de instrução e julgamento, não sendo esta a hipótese dos autos.**

**- A presunção de liquidez, certeza e exigibilidade da Certidão de Dívida Ativa não restou elidida, eis que ficou demonstrado nos autos que o MEMO STN/COFEM/DIESP-DICOE nº 2.383 (128), de 15/05/95, ao listar os valores honrados pelo Instituto do Açúcar e do Alcool como avalista/ fiador de empréstimos externos, não fez referência a todos os débitos contraídos pela embarcante junto às instituições financeiras internacionais, ali restando consignado apenas o montante do mútuo contratado com o Banque NMB Interunion (contrato nº 141/24432), o qual correspondia à quantia de R\$ 9.638.717,79. Ficou comprovada, também, a existência de débitos da recorrente para com outros bancos estrangeiros, os quais foram quitados pelo IAA, mas que não estavam inclusos no quadro de devedores constante do MEMO STN/COFEM/DIESP-DICOE nº 2.383 (128), de 15/05/95, de maneira que a quantia exigida na CDA está correta.**

**- Caso em que no montante originariamente executado não foi incluído valor algum decorrente da rolagem da dívida externa brasileira, estando a Certidão de Dívida Ativa restrita à cobrança das cifras referentes aos avais quitados pelo extinto IAA.**

**- A compensação dos créditos pertencentes às**

***filiadas da apelante, decorrentes do Programa de Política de Preço Nacional Equalizado - Açúcar e Álcool, apenas restou provada em relação a Usinas Reunidas Seresta S/A, sendo certo que o montante por ela devido foi excluído da CDA após a embargada reconhecer que dita cooperada renegociou o débito administrativamente com a Secretaria do Tesouro Nacional.***

***- É descabida a condenação em honorários advocatícios quando julgados improcedentes embargos à execução fiscal (Súmula nº 168 do extinto TFR).***

***- Apelação parcialmente provida.***

### **ACÓRDÃO**

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

Recife, 1º de setembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Cuida-se de apelação interposta contra sentença que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal opostos pela Cooperativa Regional dos Produtores de Açúcar e Álcool de Alagoas.

A apelante sustenta, preliminarmente, a nulidade do julgado, ao argumento de que houve violação ao art. 398 do CPC, pois não lhe foi dada oportunidade para manifestar-se sobre os documentos juntados pela parte contrária, e afronta aos arts. 454, § 3º, e 456 do mesmo Diploma Legal, eis que, em razão da complexida-



de da causa, as partes deveriam ter apresentado memoriais antes da prolação da sentença.

No mérito, sustenta, em síntese, que o título que embasa a execução é ilícido, sob os seguintes argumentos: a) o valor indicado na alínea “a” da Nota STN DF/COFEM/DIESP-DICOE nº 0924 (063), item 3, de R\$ 11.745.599,30, apurado no processo administrativo nº 17944.000060/93-39, em 01/11/94, a título de avais e fianças honrados pelo extinto Instituto do Açúcar e do Alcool, em razão do empréstimo firmado com o *Banque NMB Interunion*, está equivocado, pois o Memo STN/COFEM/DIESP-DICOE nº 2.383 (128), de 15.05.95, é claro em afirmar que o débito assumido pelo IAA em face do aludido mútuo correspondia, naquela mesma data, a R\$ 9.638.717,79; b) a quantia de US\$ 2.445.861,30, correspondente a R\$ 2.066.752,80, objeto do Acordo de Reestruturação da Dívida de Médio e Longo Prazo - DMLP, autorizado pela Resolução nº 98/92, do Senado Federal, foi incluída na Certidão de Dívida Ativa; c) a Nota STN DF/COFEM/DIESP nº 544 (064), de 28/12/94, e o Relatório IAA do Banco do Brasil-700 não servem para respaldar a cobrança perpetrada pela Fazenda Nacional, de modo que, tanto a primeira quanto a segunda CDA, são ilícidas.

Mais adiante, a recorrente defende a incerteza e a inexigibilidade do título executivo, sob o fundamento de que as usinas e a filiais tiveram seus créditos do Programa de Política de Preço Nacional Equalizado - Açúcar e Alcool retidos para compensação pelo Tesouro Nacional, consoante se extrai da Nota STN/CODIP/DIREC 145, existindo, ainda, saldo credor a favor das unidades industriais a seguir nominadas: Sumaúma, Capricho, João de Deus, Triunfo, Santa Clotilde, Terra Nova e SERESTA. Aduz que o Ofício nº 4.522 STN/COARP/DICRE, datado de 1998, excluiu a Usina Triunfo da relação de devedores, de modo que não seria possível admitir, como o fez a sentença, a informação TELEX/STN/COFEM/DIESP NR 262 (307) como motivo impeditivo ao reconhecimento da liquidação do débito por tal Usina, pois este último documento é do ano de 1994.

Contesta, em seguida, o valor do *quantum* devido, após a sua conversão para a moeda brasileira, alegando que dita conversão deveria ter ocorrido na data do pagamento efetuado pelo extinto

IAA, à taxa de venda do câmbio do dia, o que não ocorreu, inviabilizando-se a fixação de um valor que pudesse servir de base aos cálculos posteriores. Afirma que o montante obtido, depois de ter sido convertido para o Real, não fez distinção entre principal e juros, fazendo incidir sobre a soma de ambos correção monetária e novos juros. Insurge-se, também, contra a aplicação da Taxa Selic e contra o encargo legal de 20% previsto no Decreto-Lei nº 1.025/69, asseverando, caso não seja considerado ilegal o referido encargo, que haverá *bis in idem* no tocante à verba honorária fixada na sentença (em 2% sobre o valor da causa).

Contrarrazões da Fazenda Nacional às fls. 724/763.

Às fls. 770/775, vem a apelante requerer que seja decretada, de ofício, a prescrição quinquenal da execução fiscal, na forma do art. 1º do Decreto nº 20.910/32.

Em despacho proferido à fl. 803, o então Relator Convocado deixou assentado que a análise do referido pleito seria feita no momento do julgamento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

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

A matéria devolvida para exame deste Tribunal diz respeito à cobrança de crédito decorrente de empréstimos contraídos pela Cooperativa Regional dos Produtores de Açúcar e Álcool de Alagoas, junto a instituições financeiras internacionais, com aval do extinto IAA.

Inicialmente, convém apreciar a prejudicial de prescrição suscitada às fls. 770/775.

Entendo que, no caso em tela, diante da natureza privada do crédito em questão, há de ser aplicado o prazo prescricional vintenário estabelecido no Código Civil de 1916, no seu art. 177, vigente à época da aquisição dos contratos de mútuo, inexistindo espaço para a aplicação do Decreto nº 20.910/32, por não se tratar a hipótese de regime de direito administrativo.

Nesse contexto, tendo a apelante sido notificada do vencimento do débito em 19/07/1988 e a execução fiscal sido ajuizada em 16/04/1996, não há que se falar no instituto em comento.

No tocante à preliminar de nulidade da sentença, verifico que a mesma não merece prosperar.

Com efeito, inexistente qualquer violação ao art. 398 do CPC, uma vez que os documentos juntados pela Fazenda Nacional (fls. 595/604), por ocasião da sua manifestação acerca do segundo laudo pericial, constituem reprodução daqueles que já integravam o conjunto probatório (v.g. fls. 595/596 e 379/380; 597/601 e 435/439; 602/603 e 445/446, sendo certo que, no tocante ao doc. fl. 604, ele sequer foi mencionado na sentença), de modo que não havia qualquer razão para que fosse aberta oportunidade à embargante (em atitude francamente protelatória!), para sobre eles pronunciar-se.

Da mesma forma, deve ser rechaçada a intenção da recorrente em anular o *decisum* impugnado pelo fato de não ter sido observado o disposto nos arts. 454, § 3º, e 456, ambos do Estatuto de Ritos, pois os dispositivos legais referidos dizem respeito aos casos em que se faz necessária a realização de audiência de instrução e julgamento, não sendo esta a hipótese dos autos.

Embora a causa seja realmente complexa, observo que o juiz foi zeloso em instruir o processo da melhor maneira, a fim de que as questões controvertidas pudessem ser bem elucidadas, tanto é que houve, inclusive, a realização de duas perícias neste feito. Estava, portanto, o processo pronto para julgamento (após tramitar por mais de dez anos no primeiro grau), de modo que seria descabida a apresentação de memoriais pelas partes.

Feitas essas considerações, adentro no mérito da contenda.

Os presentes embargos têm por objetivo desconstituir a Certidão de Dívida Ativa nº 43 6 95 000024-79, oriunda do Processo Administrativo nº 17944001315/94-34, a qual embasa a execução fiscal nº 96.0004915-7. Inicialmente, o débito inscrito em dívida ativa foi de R\$ 13.732.458,19, porém, após a própria embargante reconhecer que o montante devido por uma das usinas filiadas à embargante (Usinas Reunidas Seresta S.A.) não deveria ter sido alvo de inscrição, porque foi renegociado administrativamente com

a Secretaria do Tesouro Nacional, aquele valor foi alterado para R\$ 11.790.258,74, o que motivou a substituição da CDA originária por aquela que atualmente aparelha o feito executivo.

Consoante já dito em breves linhas no início deste voto, a quantia executada pela Fazenda Nacional resultou de empréstimos contraídos pelas usinas de açúcar do Estado de Alagoas, através de sua Cooperativa Regional, junto a bancos internacionais, tendo o antigo IAA como avalista.

Diante do inadimplemento dos contratos pelas referidas unidades industriais, o instituto em comento efetuou o pagamento de boa parte do débito, tendo recebido dos credores estrangeiros a respectiva quitação. A parte remanescente, segundo consta da inicial dos embargos, foi transformada em bônus, sendo o seu pagamento protraído para o futuro, integrando a dívida externa brasileira objeto de rolagem.

Com a extinção do IAA, a União sub-rogou-se nos seus direitos, na qualidade de sua sucessora, por força da Lei nº 8.029/90, surgindo, pois, daí, a explicação para o fato de tal ente público figurar no polo ativo da execução.

Pois bem. Nos embargos, a Cooperativa Regional dos Produtores de Açúcar e Álcool alega que nada deve à FN, ao argumento de que a ação executiva é fruto de um desencontro de informações gerado pelos próprios órgãos da Administração.

Nesse contexto, sustenta a iliquidez, a incerteza e a inexigibilidade do título extrajudicial com respaldo nos seguintes fundamentos: a) no valor originário inscrito em dívida ativa foram incluídos os débitos objetos de reestruturação da dívida externa brasileira; b) houve a quitação do montante cobrado na execução fiscal através de compensação com créditos do Programa de Política de Preço Nacional Equalizado - Açúcar e Álcool; c) não foi observada, por ocasião da conversão da dívida para a moeda brasileira (Real) a taxa de câmbio do dia, o que repercutiu no cálculo da atualização monetária do crédito; d) inconstitucionalidade do encargo legal de 20% previsto no Decreto-Lei nº 1.025/69.

A apelante ainda se insurge contra a parte da sentença que a condenou ao pagamento de honorários advocatícios, em 2% (dois por cento) sobre o valor da causa.

Após minuciosa análise dos elementos constantes dos autos, verifiquei que a sentença impugnada exige ratificação no tocante ao mérito em si da lide.

O primeiro ponto controvertido a ser esclarecido é saber qual o exato valor que foi pago pelo extinto IAA aos credores internacionais, na qualidade de avalista das usinas filiadas à embargante.

A recorrente alega que o total devido, em 01/01/94, era de R\$ 9.638.717,79, consoante estaria descrito no MEMO STN/COFEM/DIESP-DICOE nº 2.383 (128), de 15/05/95 (fls. 268/273).

Ocorre, no entanto, que o aludido documento, ao listar os valores honrados pelo Instituto do Açúcar e do Alcool como avalista/fiador de empréstimos externos não fez referência a todos os débitos contraídos pela embargante junto às instituições financeiras internacionais, ali restando consignado apenas o montante do mútuo contratado por ela com o *Banque NMB Interunion* (contrato nº 141/24432), o qual correspondia à quantia citada no parágrafo anterior. Vale ressaltar que dito contrato constituiu o objeto do processo administrativo nº 17944.000060/93-39 (fl. 444).

Tanto isso é verdade que, na página 270, o memorando em tela, no item 02, ressalta que:

(...) as dívidas das usinas e cooperativas constantes do quadro de avais e fianças honrados pelo IAA<sup>1</sup>, integram processos já encaminhados a essa PGFN, para inscrição dos respectivos débitos em Dívida Ativa da União, conforme abaixo:

- processo nº 17944.001315/94-34 - COPALAG;
- processo nº 17944.000186/95-39 - COPER (inclui a dívida da Coop. Agríc. do Tiriri);
- processo nº 17944.000207/95-15 - COPERFLU;
- processo nº 17944.000224/95-26 - Usina Tamoio;
- processo nº 17944.000225/95-94 - Usina Santa Rita.

Ou seja, dito documento, ao destacar o valor devido pela recorrente a apenas um dos credores internacionais, ainda afirma que tal débito integra um outro processo administrativo (o de nº 17944.001315/94-34), que já havia sido encaminhado à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional para inscrição em dívida ativa.

---

<sup>1</sup> Quadro constante da página anterior do Memorando (fl. 269 do processo).

Ademais, cabe ressaltar que não pairam quaisquer dúvidas acerca da existência de débitos da embargante para com outros bancos estrangeiros, os quais foram quitados pelo IAA, mas que não estão inclusos no quadro de devedores constante do MEMO STN/COFEM/DIESP-DICOE nº 2.383 (128), de 15/05/95, antes citado. Essa conclusão se extrai do relatório IAA 705 (fls. 432/434), no bojo do qual aparecem descritos outros contratos firmados pela COPAL com o *Bankinvest* (nºs 141/24300 e 641/0022) e com o *Sudameris* (nº 01/79).

Tal afirmação também pode ser corroborada através da Nota STN/DF/COFEM/DIESP nº 544 (064), de 28/12/94 (fls. 379/380), na qual está registrado que a Cooperativa dos Produtores Regionais de Açúcar e Álcool de Alagoas-COPAL contraiu 05 empréstimos externos, garantidos por aval/fiança do ex-Instituto do Açúcar e do Álcool-IAA, destinados a capital de giro e desenvolvimento de infraestrutura de suas cooperadas. Dos empréstimos citados, faz-se referência a contratos celebrados entre a embargante e as três instituições financeiras internacionais (*Bankinvest Ltd*, *Banque NMB-Interunion* e *Sudameris*).

Logo em seguida, dita Nota destaca o fato de que o IAA honrou diversas parcelas dos pactos mencionados e traz uma listagem dos valores que cada filiada da embargante devia à União, chegando à quantia de R\$ 11.745.599,30. Esse documento, conforme item 06, foi submetido à apreciação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para fins de inscrição do referido valor em dívida ativa, já que esgotadas as tentativas amigáveis para o seu recebimento.

Resta claro, portanto, que a cifra total devida pela embargante, a partir do cotejamento dessa documentação, era de R\$ 11.745.599,30, estando nesse montante incluídos os R\$ 9.638.717,79, os quais diziam respeito apenas à dívida contraída junto a um dos bancos estrangeiros.

Por seu turno, não há que se falar em contradição entre o teor do conteúdo do MEMO STN/COFEM/DIESP-DICOE nº 2383 (128), de 15/05/95, e o da Nota STN DF/COFEM/DIESP-DICOE nº 924 (063), de 08/09/95 (fls. 445/446), pois este último documento apenas confirma o que foi dito linhas atrás. Com efeito, essa Nota faz alusão ao Processo Administrativo nº 17944.000060/93-39 e nela

se afirma que dito procedimento se refere exclusivamente à dívida contraída pela COPAL junto ao *Banque NMB-Interunion*, detalhando, mais adiante, os haveres da União, relativos ao que o IAA desembolsou na condição de avalista/fiador e à parte remanescente do débito, que não foi paga nem pelo IAA e nem pelas usinas filia-das, alusiva à renegociação no âmbito dos acordos de reestrutur-ação da dívida externa do Setor Público. Esses haveres ficaram assim descritos:

(...)

3. Em vista disso, os haveres em questão assumem dois aspectos bastante distintos, a saber:

a) R\$ 11.745.599,30 (equivalente a US\$ 13.900.117,51), posição em 01.11.94, decorrentes de avales e fianças hon-rados pelo extinto IAA;

b) US\$ 2.445.680,01, decorrentes da troca de dívidas do setor público brasileiro junto a credores estrangeiros, me-diante a emissão de bônus pela União, nos termos do Acordo de Reestruturação da Dívida de Médio e Longo Prazos, autorizado pela Resolução nº 98, de 23.12.92, do Senado Federal.

4. A dívida relacionada na alínea “a” do item precedente, considerando que foram esgotados os procedimentos ad-ministrativos para sua cobrança, tanto pelo Banco do Bra-sil – antigo agente financeiro do IAA –, como por esta Se-cretaria, integrou o processo nº 17944.001315-94-34, o qual contemplou a totalidade dos avales/fianças prestados pelo extinto IAA à Coopalag, em diversos empréstimos exter-nos tomados pela mesma. O referido processo foi encami-nhado à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, para inscrição do débito total em Dívida Ativa da União, através da Nota STN DF/COFEM/DIESP nº 544 (064), de 28.12.94.

5. No que se refere à dívida mencionada na alínea “b” do mesmo item, informamos que está em curso nesta STN processo de negociação do débito entre a União e a Coo-palag.

6. Ante o exposto e considerando que somente o débito decorrente de avales/fianças honrados pelo extinto IAA encontra-se em situação irregular, e que o mesmo já está abrangido pelo processo citado no parágrafo nº 4, sugerimos, se de acordo com V. Sa., encaminhar o incluso pro-cesso à PGFN para ser promovida a sua juntada ao de nº 17944.001315/94-34.

Resta claro, portanto, que a cifra total devida pela embargante, a partir do cotejamento dessa documentação, era de R\$ 11.745.599,30, estando nesse montante incluídos os R\$ 9.638.717,79, os quais diziam respeito apenas à dívida contraída junto a um dos bancos estrangeiros.

Convém esclarecer que a primeira cifra citada foi apurada em 01.11.94, sendo certo ressaltar que a quantia inscrita originariamente na Dívida Ativa, em 01.04.95, chegou ao importe de R\$ 13.732.458,19, conforme Memorando STN DF/COFEM/DIESP nº 2.724 (151), de 05.06.95, nele constando todas as usinas cooperadas em débito. Esse último montante mencionado foi modificado após o ajuizamento da execução fiscal, tendo a CDA sido substituída, uma vez que a embargada verificou que, por ocasião da inscrição desse débito, não houve a exclusão dos valores relativos à Usinas Reunidas Seresta S.A., a qual havia feito negociação com a STN. Dessa forma, subtraindo-se R\$ 13.732.458,19 de R\$ 1.942.199,45, chegou-se ao resultado de R\$ 11.790.258,74, em 01/04/95.

Os argumentos aqui expostos, embasados nos documentos citados, em via reflexa, servem para afastar, também, a alegação segundo a qual os valores relativos à parte do débito que não foi quitado pelo IAA e que passou a fazer parte da dívida externa brasileira teriam sido incluídos na Certidão de Dívida Ativa, já que a referida documentação demonstrou de maneira inequívoca de onde surgiu a quantia de R\$ 11.745.599,30 e por qual razão não seria devido pela embargante, apenas, o valor de R\$ 9.638.717,79.

Ressalte-se, além disso, que a já mencionada Nota STN DF/COFEM/DIESP-DICOE nº 924 (063), de 08/09/95 (fls. 445/446), deixa bem clara a diferença entre a dívida que foi paga pelo IAA e que, portanto, foi objeto de execução fiscal, e a que restou negociada no âmbito da dívida externa do Brasil.

Chega-se, dessa forma, à inquestionável conclusão de que na quantia originariamente executada não foi incluído valor algum decorrente da rolagem da dívida externa brasileira, estando a Certidão de Dívida Ativa restrita à cobrança das cifras referentes aos avais quitados pelo extinto IAA.



Assim, diante da apreciação dos elementos constantes dos autos, não restou elidida a presunção de certeza, liquidez e exigibilidade da CDA, no tocante ao débito executado, a teor do que dispõe o art. 3º da Lei nº 6.830/80.

Ultrapassado esse ponto, é preciso averiguar se a dívida foi paga mediante compensação, conforme alega a embargante.

Segundo a recorrente, as usinas cooperadas teriam créditos perante a União, os quais seriam decorrentes do Programa de Política de Preço Nacional Equalizado - Açúcar e Alcool, e que os mesmos foram utilizados para reembolsar tal entidade das quantias relativas aos avais pagos pelo IAA. Afirma que, em face de inúmeros contratos juntados ao feito, dito reembolso se operou mediante compensação e que algumas unidades industriais, após compensados esses valores, permaneceram titulares de créditos remanescentes.

Quanto a essa questão, verifico que a sua análise deve partir do documento de fl. 450, no qual consta a relação das usinas devedoras. São elas: Cia Açucareira Central Sumaúma, Cia Açucareira Climério Sarmento, Cia Açucareira Usina Capricho, Cia Açucareira Usina João de Deus, Triunfo Agroindustrial S. A., Usina Alegria S. A., Usina Santa Clotilde S. A., Usina São Simeão Açúcar e Alcool, Usina Terra Nova S. A. e Usinas Reunidas Seresta S.A. O somatório do montante devido resultou em R\$ 13.732.458,19.

Ocorre que, ao contrário do que afirma a apelante, nos autos constam apenas contratos de renegociação e quitação de dívida proveniente do Programa de Política de Preço Nacional Equalizado – Açúcar e Alcool relativos a cinco usinas: Usinas Reunidas Seresta S/A, Triunfo Agro Industrial S/A, Usina Cansanção de Sinimbu S/A, Industrial Porto Rico S/A e Usina Bititinga S/A.

No tocante a Usinas Reunidas Seresta S/A, consoante já dito anteriormente, realmente ficou comprovada a renegociação da sua dívida com a União, de maneira que a embargada, ao verificar tal fato, providenciou a retificação da CDA que aparelha a execução para dela excluir a quantia antes devida por tal cooperada.

No entanto, com relação à Usina Triunfo Agro Industrial S/A, a pretendida compensação foi tornada sem efeito, conforme se veri-

fica do documento TELEX/STN/COFEM/DIESP/NR. 262 (307), de 19/10/94, acostado à fl. 391.

Nesse particular, convém registrar que, embora no Ofício nº 4.522 STN/COARP/DICRE (fls. 458/459) não haja referência àquela usina, não significa dizer que ela nada mais devia à União, em razão da compensação dos créditos, uma vez que dito documento, datado de 24/11/98, no item 06, deixou de contemplar os débitos que já haviam sido inscritos em dívida ativa, nos quais restou incluso o valor devido pela Usina Triunfo, inscrito em 27/03/1996.

Quanto às demais usinas (Usina Cansanção de Sinimbu S/A, Industrial Porto Rico S/A e Usina Bititinga S/A.), deve-se destacar que as quantias devidas por elas sequer foram incluídas na CDA que embasa a execução fiscal, de acordo com o doc. fl. 379, de modo que não há que se falar em compensação.

No que diz respeito aos outros motivos alegados pela embargante para desconstituir o título executivo, quais sejam, a não observância, no momento da conversão dos valores devidos em dólar para o Real, da taxa de câmbio do dia, com reflexos na atualização monetária do crédito, e a inconstitucionalidade da cobrança do encargo de 20% previsto no Decreto-Lei nº 1.025/69, entendo que resta impossibilitada a sua apreciação, pois tais assuntos constituem inovação em sede de recurso, pois sequer constaram da inicial dos embargos, não tendo, em consequência, ditas matérias, sido analisadas no primeiro grau.

Por oportuno, considero importante abrir um parêntese, nesse momento, para destacar que há tópicos insertos no Memorial preparado pela apelante que não foram sequer objeto de debate no recurso, a exemplo do item nº 27, em que a recorrente afirma que o contrato nº 641/0022, no valor de US\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil dólares norte-americanos), celebrado com o *Bankinvest Ltd*, em 30/04/1985, citado na Nota STN DF/COFEM/DIESP nº 544 (064), teria sido firmado, na realidade, com a Cooperativa de Pernambuco (COOPER), e não com a COPAL, de modo que não pode ser apreciado nesta seara.

Com efeito, uma leitura atenta à peça recursal demonstra que, em momento algum, a recorrente afirma, expressa e especificamente, que tal débito seria de titularidade da Cooperativa de Per-

nambuco, o que impede, pois, a análise desse ponto somente suscitado em sede de memoriais.

Finalmente, cabe ressaltar que, apenas no tocante à condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, será atendida a pretensão da embargante.

É que a Súmula nº 168 do extinto TFR estabelece que “o encargo de 20% do Dec.-Lei nº 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios”.

Como na CDA já consta o referido encargo e, sabendo-se que nele já está embutida a verba honorária, resta impossível a condenação da embargante ao seu pagamento, sob pena de *bis in idem*.

Nesse sentido, colaciono o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO INTERPOSTA POR MONTE HOTÉIS S/A, EM SEDE DE EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL, VISANDO AFASTAR A CONDENAÇÃO DA EMBARGANTE EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Os pedidos relativos aos presentes embargos à execução fiscal foram julgados improcedentes, cuja sentença condenou o embargante em custas e honorários advocatícios, (...) observo que o pedido de renúncia ocorreu após a manifestação do embargado (exequente). Assim, é cabível a condenação do embargante no pagamento dos honorários advocatícios, fl. 164.

2. A extinção dos presentes embargos à execução fiscal, em face da improcedência dos pedidos, enseja o não cabimento de condenação do embargante na verba honorária, por ser inadmissível o *bis in idem*, devido ao encargo de 20% (vinte por cento) já incluso no débito consolidado, a teor do Decreto-Lei 1.025/69.

3. Esta eg. Turma vinha entendendo cabível a condenação em honorários advocatícios em sede de embargos à execução, por se tratar de ação autônoma, contudo o STJ pacificou a questão, em julgamento à luz do procedimento dos recursos repetitivos, descrito no art. 543-C do Código de Processo Civil e na Resolução STJ 08/2008: REsp 1.143.320-RS, min. Luiz Fux, julgado em 12 de maio de 2010.

4. Apelação provida.  
(TRF-5ª R., 3ª T., AC 505878, rel. Des. Federal Vladimir Carvalho, DJe 07/10/10, p. 762)

Com essas considerações, dou parcial provimento à apelação, apenas para afastar a condenação da embargante ao pagamento dos honorários advocatícios.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 497.623-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO  
Apelantes: SUZÉLIA MATIAS MENDONÇA DO NASCIMENTO E OUTROS  
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Repte.: PROCURADORIA DO INSS  
Advs./Procs.: DRS. JOSE AUGUSTO DE OLIVEIRA AMORIM (APTES.)

***EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO “AUXÍLIO-DOENÇA”. POSSIBILIDADE. MORTE DO AUTOR NO DECURSO DO PROCESSO. PARCELAS DEVIDAS DESDE O REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO ATÓ O ÓBITO DO AUTOR. SUCESSORES HABILITADOS. CAUSA MADURA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. ATUALIZAÇÃO DOS VALORES EM COMPLEMENTO PELA LEI Nº 11.960/09. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM 10% SOBRE O VALOR DA CONDENÇÃO. SÚMULA Nº 111, STJ.***

***- O “auxílio-doença”, por sua própria natureza, é um benefício previdenciário que destina-se a ser temporário, ou seja, enquanto permanecer a incapacidade do segurado, sendo certo que pode ser renovado a cada nova oportunidade em que o segurado dele necessitar.***

***- Apelates que comprovaram o atendimento dos***

***pressupostos da incapacidade física e o exercício da atividade rural, pelo falecido.***

***- Documentos colacionados aos autos tais como: declaração de exercício de atividade rural do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Lagoa Salgada/RN – fl. 35; contrato de comodato rural – fl. 48; declaração de exercício de atividade rural do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Lagoa Salgada/RN – fl. 51; ficha de associado do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Lagoa Salgada/RN – fl. 52; certidão de óbito em que consta a profissão do de cujus como sendo agricultor – fl. 254; recibos de contribuições ao Sindicato dos trabalhadores rurais de Lagoa Salgada/RN – fl. 31.***

***- Falecimento do autor no curso do processo. Presença nos autos de elementos de cognição suficientes para que se pudesse formar a convicção acerca do fato da incapacidade do autor, desde a data da apresentação do requerimento administrativo (diversos atestados médicos fls. 60/71 e 289; concessão do “auxílio-doença”, consoante demonstrativo DATAPREV, às fls. 322/323).***

***- Situações elencadas nos atestados – hipertensão arterial, insuficiência coronária, cardiopatia isquêmica, angioplastia com colocação de stent – que inabilitavam o autor para a prática laboral, e que guardam estreita relação com a causa mortis indicada na certidão de óbito, fl. 254, “falência cardíaca, isquemia miocárdica, hipertensão arterial”.***

***- Natureza personalíssima do benefício de “auxílio-doença”. Extingue-se com a morte do beneficiário. Impossibilidade de concessão, na forma originária, aos respectivos dependentes do de cujus. Parcelas vencidas e não pagas, desde o requerimento administrativo até o óbito do autor, que já haviam sido constituídas, em vida,***

**como crédito em favor do requerente. Possibilidade de transmissão aos respectivos sucessores (art. 112 da Lei nº 8.213/91).**

**- Injustificada a nulidade da sentença. Inteligência do art. 515, § 3º. Causa que se encontra devidamente instruída. Presença dos elementos probatórios imprescindíveis para a formação da convicção do Julgador. Possibilidade de exame da matéria trazida a tomo, pelo mérito.**

**- Juros moratórios à taxa de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação válida (Súmula 204-STJ). Incidência do disposto na Lei nº 11.960/09, aos fatos ocorridos a partir da sua vigência, consoante julgamento proferido no REsp nº 1.193.062/RJ, Relator Min. Benedito Gonçalves, publicado em 28.10.2010.**

**- Verba honorária mantida em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, o que se mostra em conformidade com os ditames do art. 20, § 4º, do CPC. Observância do disposto na Súmula nº 111 do STJ.**

**- Apelação provida, em parte.**

## **ACÓRDÃO**

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

Custas, como de lei.

Recife, 4 de agosto de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Ação ordinária ajuizada com pedidos cumulados de: a) concessão do “auxílio-doença”; b) “indenização por danos morais”.

No duto Juízo *a quo* extinguiu-se o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, IV, do Código de Processo Civil - CPC.

Na sentença de fls. 341/343, o magistrado entendeu que, em se tratando de “auxílio-doença”, e tendo ocorrido o falecimento do autor ao longo da marcha processual, não poderiam os sucessores pleitear o direito ao pagamento daquele benefício, de natureza personalíssima, e que se extinguiu em face do óbito do segurado-demandante.

Na apelação, pugnou-se pela reforma da decisão para o fim de que fosse reconhecida a imprescritibilidade das parcelas em atraso, devendo o pagamento retroagir à data do cancelamento indevido do benefício.

Os sucessores habilitados aduziram ser equivocado o entendimento do Juiz, no tocante ao fato de não se cuidar de direito personalíssimo; daí a necessidade de reforma da sentença para determinar-se o prosseguimento do feito (fase instrutória).

Contrarrazões à fl. 353. Dispensada a revisão.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

O “auxílio-doença” é um benefício previdenciário pago em decorrência de incapacidade temporária; costuma ser devido por um certo (e curto) lapso temporal, embora a lei não fixe prazo máximo de vigência; é renovável a cada oportunidade em que o segurado dele necessite.

O benefício deve cessar quando houver a recuperação da capacidade para o trabalho, salvo quando o segurado for insusceptível

vel de recuperação para a atividade habitual, caso em que deverá submeter-se a um procedimento de reabilitação profissional, que lhe possibilite o exercício de outra atividade que lhe garanta a subsistência (será aposentado por invalidez, no caso de ser considerado irrecuperável, nos termos do art. 62 da Lei nº 8.213/91).

Para o deferimento do “auxílio-doença”, na condição de segurado especial, tal como pleiteado pela autora, há de se analisar se estão presentes os seguintes requisitos: *a incapacidade física, e a comprovação do exercício de atividade rural.*

Tais exigências estão postas na legislação de regência, conforme se vê do disposto no art. 39, I, combinado com o art. 59 da Lei nº 8.213/91.

Ressalte-se que para os trabalhadores rurais referidos no inciso VII do art. 11 da Lei nº 8.213/91, não se faz necessária a comprovação da carência – em número mínimo de contribuições – para a obtenção dos benefícios listados no art. 18 da norma adrede identificada.

A exigência da carência para os trabalhadores rurais, transmuta-se para a necessidade de comprovação do exercício de atividade rural, em número de meses referentes à carência do referido benefício, nos termos do art. 106, combinado com o art. 11, VII, § 1º, da Lei nº 8.213/91.

Quanto ao requisito da atividade rural, registre-se que a jurisprudência já pacificou o entendimento segundo o qual o rol de documentos listados no cânone das disposições do art. 106 da Lei nº 8.213/91, é meramente exemplificativo e não, taxativo, podendo acolher-se, portanto, outras provas que sirvam para demonstrar, idônea e suficientemente, os fatos.

Foram colacionados aos autos, dentre outras, cópias de documentos tais como: *declaração de exercício de atividade rural do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Lagoa Salgada/RN – fl. 35; contrato de comodato rural – fl. 48; declaração de exercício de atividade rural do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Lagoa Salgada/RN – fl. 51; ficha de associado do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Lagoa Salgada/RN – fl. 52; certidão de óbito em que consta a profissão do de cujus como sendo agricultor – fl. 254;*



*recibos de contribuições ao Sindicato dos trabalhadores rurais de lagoa Salgada/RN – fl. 31.*

A propósito, confira-se o seguinte julgado:

AÇÃO ORDINÁRIA. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADORA RURAL. LEI Nº 8.213/91. COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RURAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APLICAÇÃO DO ART. 20, PARÁGRAFO 3º, DO CPC. POSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO.

**- A certidão de casamento, o contrato de parceria, a declaração de exercício de atividade rural, formam início de prova material, que corroboradas com a prova testemunhal são suficientes para comprovarem a ocupação laborativa de rurícola da autora**, sendo a hipótese de se reconhecer o direito à percepção do benefício do salário-maternidade. (...) (TRF5, AC-20020599 0000794/PB, 1ª Turma, Dec: 09/10/2003, Des. Fed. José Maria Lucena) - destaquei.

Tais elementos, interpretados conjuntamente, aprestam-se para comprovar que o autor, de fato, exerceu tal atividade no período de carência exigido em lei, ainda que de forma descontínua. A este respeito, confira-se a seguinte ementa:

PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADORA RURAL. SALÁRIO-MATERNIDADE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR PROVA TESTEMUNHAL. DIREITO. EXISTÊNCIA.

(...) 3. Caso em que a promovente logrou demonstrar sua condição de trabalhadora rural através de início de prova material corroborado pelos testemunhos colhidos, dando ensejo à concessão do benefício postulado.

(...) (TRF5, AC-458008/PB, 2ª Turma, Dec: 11/11/2008, Des. Fed. Luiz Alberto Gurgel de Faria)

Destaco, outrossim, que não se faz necessário que a prova material seja produzida em relação a todo o período do exercício da atividade rural, bastando que seja contemporânea a uma parte desse mesmo exercício. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. DIVERGÊNCIA ENTRE TURMAS RECURSAIS. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. EXIGÊNCIA PARA TODO PERÍODO DE TEMPO CORRESPONDENTE À CARÊNCIA DO BENEFÍCIO. DESNECESSIDADE.

CONHECIMENTO DA DIVERGÊNCIA. DESPROVIMENTO DO INCIDENTE.

(...) **O início de prova material necessariamente não deve ser produzido em relação a todo o período de atividade rural, bastando que seja contemporâneo a uma parte de seu exercício.** (...) (JEF, Incidente de Uniformização de Jurisprudência, Processo nº 20038413000 6662/RN, TNU, *DJU*: 14-4-2004, Rel. Juiz Federal Osni Cardoso Filho) - destaquei.

Em que pese haver extrato do CNIS informando acerca da existência de vínculos empregatícios – fl. 326 – isto, **por si só, não se configura em óbice** ao reconhecimento da condição de segurado especial, mormente se a atividade exercida revelou a característica da essencialidade para o sustento próprio e para a manutenção do grupo familiar e, ainda, ficando constatado o exercício de atividades em períodos esporádicos (*intervalos entre a admissão e a rescisão contratual*) se comparado ao extenso período de trabalho no campo, que se deseje comprovar.

Ademais, sendo a atividade rural ofício que não se desenvolve em plena continuidade do tempo (*é extremamente dependente de elementos naturais como os aspectos climáticos para o período do plantio e colheita*) e, portanto, nos períodos em que não se reúnem as condições adequadas para o exercício, ou pela existência de desequilíbrios naturais (estiagem), o trabalhador se vê obrigado a procurar meios para a sobrevivência, encontrando no exercício eventual de outras atividades, a fonte para o respectivo sustento.

A propósito, confira-se o seguinte julgado:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. TRABALHADOR RURAL. SEGURADO ESPECIAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. REQUISITOS. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

(...) 3. Notícia de eventual trabalho urbano não possui, por si só, o condão de afastar a qualidade de segurada especial, se os elementos probatórios informam que aludidos serviços eram desempenhados nas folgas das lidas rurícolas. Ou seja, tratava-se de labor eventual, sem qualquer comprovação fática de que tais proventos suplantassem ao labor rural, donde decorre a inviabilidade de descarac-

terização da condição de rurícola por tal motivo. (TRF4; 200204010177835/RS; 6ª Turma; 21.7.2004, pg. 809)

Em que pese ter havido esforços no sentido da realização da perícia judicial – fl. 233 – para a análise do requisito da incapacidade física, o autor veio a falecer no curso do processo.

Mas há nos autos elementos de cognição bastantes para que se possa firmar a convicção acerca do fato da incapacidade do autor, desde a apresentação do requerimento administrativo. Refiro-me aos diversos atestados médicos fls. 60/71 e 289, além, é claro, do próprio reconhecimento do estado de saúde precário do autor, pelo próprio INSS, à época da concessão do “auxílio-doença”, consoante demonstrativo DATAPREV, às fls. 322/323.

Ademais, cumprе ressaltar que as causas elencadas nos atestados acima descritos, acerca dos sintomas (*hipertensão arterial, insuficiência coronária, cardiopatia isquêmica, angioplastia com colocação de stent, etc.*) que inabilitavam a autora para o trabalho, guardam estreita relação com a *causa mortis* indicada na certidão de óbito, fl. 254, “falência cardíaca, isquemia miocárdica, hipertensão arterial”.

Destarte, penso que o autor havia satisfeito os requisitos para o recebimento do benefício de “auxílio-doença” desde quando postulou o favor legal, na via administrativa.

Não sobrepairam dúvidas no que diz respeito à natureza personalíssima do benefício “auxílio-doença”. Extingue-se com a morte do beneficiário, não sendo possível a sua concessão na forma originária aos seus dependentes. Entretanto, em que pese seu caráter personalíssimo, as parcelas vencidas e não pagas do requerimento administrativo até o óbito do autor já haviam sido constituídas, em vida, como crédito (em favor da requerente) e dessa forma, seria possível a transmissão aos seus sucessores em razão do falecimento. É o que se extrai do art. 112 da Lei nº 8.213/91, *verbis*:

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

Nada obstante o pedido de reforma da sentença e retorno dos autos à Primeira Instância para prosseguimento do feito, penso que em nada justificaria a declaração de nulidade da sentença, mormente porque, no cotejo do que estatui a redação do art. 515, do CPC, especificamente ao § 3º, tenho como *desnecessária a devolução dos autos à Instância de origem, em homenagem e prestígio à prevalência dos princípios da economia, celeridade e instrumentalidade face ao formalismo processual.*

Penso que o caso sob exame subsume-se à previsão legal acima descrita, uma vez que a causa encontra-se devidamente instruída, estando presentes, pois, os elementos probatórios imprescindíveis à formação da convicção do julgador, sendo possível nesse caso, e sem qualquer ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição, a apreciação do mérito nesta Instância (teoria da causa madura).

No particular, vem bem a tomo o seguinte julgado desta e. Corte, *verbis*:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE VENCIMENTOS. DATA-BASE. REVISÃO GERAL ANUAL. ARTIGO 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MATÉRIA DE INICIATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. SENTENÇA QUE INDEFERIU PLEITO DE REPOSIÇÃO SALARIAL, MAS CONCEDEU INDENIZAÇÃO NÃO POSTULADA NA EXORDIAL. JULGAMENTO *ULTRA PETITA*.

1. A sentença impugnada, apesar de sua magistral fundamentação, desviou-se do postulado na exordial, eis que se pretendia obter reposição salarial e deferiu-se indenização, configurando, nesse tocante, julgamento *extra petita*.  
2. A despeito da nulidade da sentença, é possível o julgamento por esta Corte, mediante aplicação analógica do art. 515, § 3º, do CPC. (...) (AC 2000810000 74350, Des. Fed. Joana Carolina Lins Pereira, TRF5 - 3ª Turma, 17/02/2006) - Destaqueei.

Assim, etendo ser pertinente o pagamento, aos Sucessores, das parcelas relativas ao benefício de “auxílio-doença” desde o requerimento administrativo até o óbito do autor.

Os juros moratórios devem incidir a taxa 1%(um por cento) ao mês, a partir da citação válida (Súmula 204-STJ). Incidência do disposto na Lei nº 11.960/09, aos fatos ocorridos a partir da sua vigência, consoante julgamento proferido no REsp nº 1.193.062/RJ, Relator Min. Benedito Gonçalves, publicado em 28.10.2010. Confira-se, no particular, excerto da ementa do julgado:

5. A Lei nº 11.960/2009, que veio alterar o critério de cálculo dos juros moratórios, previsto no artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997, também possui natureza instrumental e material, motivo por que não pode incidir nos feitos em andamento.

Em relação à verba honorária, em se cuidando de ação previdenciária, normalmente de complexidade intermediária, penso que será razoável fixar-se o percentual em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, o que se mostra em conformidade com os ditames do art. 20, § 4º, do vigente Código de Processo Civil - CPC. Cumpre que se observe, contudo, o disposto na Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Ante o exposto, dou provimento, em parte, à apelação.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 499.260-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO (CONVOCADO)  
Apelante: DANIEL FERREIRA DA SILVA  
Apelados: ESTADO DE PERNAMBUCO, INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO  
Advs./Procs.: DRS. JOÃO PAULO RODRIGUES DO NASCIMENTO E OUTROS (APTE.) E PEDRO HENRIQUE B. REYNALDO ALVES (1º APDO.)

***EMENTA: AMBIENTAL. PARQUE NACIONAL DE FERNANDO DE NORONHA. ÁREA DE POSSE E DOMÍNIO PÚBLICOS. IMÓVEL RESIDENCIAL. CONSTRUÇÃO. ILEGALIDADE. DEMOLIÇÃO.***

***- A declaração que a proteção de determinada área é relevante para proteção do meio ambiente à atividade de cunho administrativo, sendo atribuição natural do Poder Executivo. Constitucionalidade dos Decretos nºs 92.755/86 e 96.693/88, que criaram a Área de Proteção Ambiental e o Parque Nacional Marinho de Fernando de Noronha, e do Plano de Manejo de Fernando de Noronha em face da Constituição de 1967, com alterações da Emenda Constitucional nº 01/69.***

***- A extinção do Território Federal de Fernando de Noronha, com a incorporação da respectiva área ao Estado de Pernambuco (art. 15 do ADCT), não é incompatível com a existência da Área de Proteção Ambiental Federal e do Parque Nacional Marinho de Fernando de Noronha. Recepção dos decretos presidenciais pela Constituição de 1988.***

***- A Lei nº 11.304/95 do Estado de Pernambuco criou o Parque Estadual Marinho de Fernando***

*de Noronha, compreendido por toda a área do Arquipélago de Fernando de Noronha (art. 97), que pertence ao patrimônio imobiliário do mesmo Distrito (art. 82).*

*- O Parque Nacional ou Estadual “tem como objetivo básico a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico” e suas áreas são de posse e domínio públicos (art. 11, caput e § 1º, da Lei Federal nº 9.985/00).*

*- As áreas integrantes de Parque Nacional e/ou Estadual são non edificandi. A construção de imóvel à revelia do Poder Público numa Unidade de Conservação Integral já seria suficiente para justificar sua demolição, o que se mostra ainda mais adequado quando a obra foi concluída mesmo após a lavratura de auto de infração e notificação de demolição pelo IBAMA.*

*- Conflitos entre princípios constitucionais devem ser resolvidos pela técnica da ponderação de interesses. O direito à moradia não deve ser prestigiado em relação à proteção do meio ambiente se o imóvel destinado à residência foi construído em Parques Nacional e Estadual mesmo depois da lavratura de auto de infração aplicador de multa e de notificação de demolição pelo órgão ambiental competente.*

*- Arguição de inconstitucionalidade (dos Decretos nºs 92.755/86 e 96.693/88 e do Plano de Manejo de Fernando de Noronha) rejeitada.*

*- Apelação improvida.*

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apela-

ção, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 16 de agosto de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA  
CANUTO - Relator Convocado

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR RUBENS DE MENDONÇA  
CANUTO (Convocado):

O Juízo da 12ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, julgando parcialmente procedente ação civil pública aforada pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), com adesão litisconsorcial do Ministério Público Federal (MPF), da Administração Estadual do Arquipélago de Fernando de Noronha e do Instituto Chico Mendes de Biodiversidade (ICM-Bio), determinou a demolição de casa construída na Rua Major Costa, s/n, Vila do Trinta, situada na área do Parque Nacional Marinho de Fernando de Noronha, após o trânsito em julgado, sob pena de multa de R\$ 400,00 por dia de atraso (fls. 318-322).

O réu Daniel Ferreira da Silva interpôs recurso de apelação (fls. 334-368) e juntou documentos (fls. 369-373).

O apelante principia seu recurso sustentando a inconstitucionalidade dos decretos presidenciais instituidores da Área de Proteção Ambiental (APA/FN) e do Parque Nacional Marinho de Fernando de Noronha. Alega que esses decretos foram editados na vigência da Constituição de 1967, alterada pela Emenda Constitucional nº 01/69, que apenas atribuía ao Presidente da República poder para expedição de decretos regulamentares (e não autônomos). Prossegue afirmando que a persistência da Área de Proteção Ambiental e do Parque Nacional em Fernando de Noronha encontra obstáculo no art. 15 do ADCT da Constituição da República de 1988, o qual extinguiu o Território Federal de Fernando de Noronha e reincorporou sua área ao Estado de Pernambuco. Por fim, a invalidade dos decretos é questionada em razão da falta de participação popular em sua elaboração e da inexistência de estudos técnicos quanto à necessidade de criação das áreas de proteção.



Também se alega: (a) a nulidade do processo em razão da inexistência de litisconsórcio necessário unitário, porquanto, segundo o apelante, deveriam ter sido citados para a causa seu pai, que possui e explora economicamente há mais de 40 anos a gleba onde o imóvel foi construído, e sua esposa na condição de coproprietária; (b) a ilegitimidade ativa do IBAMA e do MPF, uma vez que o Arquipélago de Fernando de Noronha pertence ao Estado de Pernambuco; (c) a necessidade de o Distrito Estadual de Fernando de Noronha integrar a lide, a fim de que proceda da forma como lhe aprouver; (d) que a prudência recomenda a suspensão deste processo cível até julgamento da Ação Penal nº 0013674-20.2008.4.05.8300.

O recorrente alega que o imóvel residencial que se pretende demolir, cuja área não ultrapassa 40m<sup>2</sup>, está situado em zona urbanizada, não ocupada por vegetação nativa. Ainda é alegada a ausência de prova técnica de que a área situa-se nos limites do Parque Nacional e que não seria razoável e proporcional prestigiar-se o meio ambiente em detrimento do direito constitucional à moradia.

A pretensão recursal também foi embasada nos princípios da boa-fé e da confiança na Administração Pública, os quais se apontam como violados pelo fato de o IBAMA ter aplicado administrativamente apenas a sanção de advertência, mas mesmo assim ter ajuizado ação judicial visando à demolição do imóvel. Em seguida, passa-se a apontar vícios que maculariam o auto de infração lavrado pelo IBAMA.

O apelante qualifica-se como integrante da comunidade tradicional de Fernando de Noronha, de modo que não pode ser excluído da Política Ambiental, tendo direitos reconhecidos pela Lei nº 11.428/06 e pelo Decreto nº 6.040/07, e defende a possibilidade de regularização administrativa da obra.

Ao cabo da peça recursal, postula-se a atribuição de efeito suspensivo à apelação e, nesta ordem, a extinção do processo sem resolução de mérito, a anulação do processo ou o provimento do recurso, com a declaração de inconstitucionalidade ou de não recepção do Decreto nº 96.694, de 14/09/1988.

O Juízo *a quo* determinou o encaminhamento dos autos à Distribuição para inclusão da Administração Estadual do Arquipélago de Fernando de Noronha no pólo ativo, recebeu o recurso, determinou a intimação dos apelados e do MPF (fl. 374).

Apresentaram contrarrazões o Estado de Pernambuco (fls. 382-384), o IBAMA (fls. 385-389) e o MPF (fls. 391-397v), todos postulando o improvimento da apelação.

A Procuradoria Regional da República opinou pelo improvimento da apelação (fls. 402-413), juntando cópia do texto do Decreto nº 96.694, de 14/09/1988 (fls. 414-416).

Repisando os mesmos fundamentos da apelação, o apelante suscitou Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade ou de Não-recepção dos Decretos nºs 92.755/86 e 96.693/88, que instituíram, respectivamente, a Área de Proteção Ambiental e o Parque Nacional Marinho de Fernando de Noronha, e do Plano de Manejo (fls. 418-431). Foram apresentados documentos (fls. 432-737).

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pela rejeição da arguição de inconstitucionalidade (fls. 740-743).

É o relatório.

## VOTO

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

No ordenamento processual civil pátrio vigora a teoria da asserção, segundo a qual as condições da ação devem ser analisadas à luz da lide deduzida em juízo através da petição inicial. Haverá legitimidade ativa sempre que o demandante se atribuir a titularidade do direito subjetivo, pretensão ou ação. Isso é o bastante. A efetiva existência dos mesmos é matéria de mérito.

Pelo que se depreenda da petição inicial (fls. 03-09) e do requerimento de ingresso no processo na condição de litisconsorte ativo (fls. 70-70v), o IBAMA e o MPF afirmaram ser titulares da ação de direito material decorrente do direito (difuso) à tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por outras vertentes: a incorporação do Arquipélago de Fernando de Noronha ao território do Estado de Pernambuco não obsta

que nele seja instituída Área de Proteção Ambiental Federal; a existência de cláusula contratual estabelecendo que o Distrito de Fernando de Noronha represente a União, ativa ou passivamente, nas causas envolvendo bens afetos ao arquipélago não afasta a possibilidade de a União demandar ou ser demandada diretamente ou pela sua autarquia ambiental; a Lei nº 11.516/07, que instituiu o Instituto Chico Mendes, reservou ao IBAMA competência supletiva quanto ao exercício do poder de polícia ambiental para a proteção das unidades de conservação instituídas pela União (art. 1º, parágrafo único).

Mesmo que assim não fosse, tanto o Estado de Pernambuco, por meio da Administração Estadual do Arquipélago de Fernando de Noronha, quanto o Instituto Chico Mendes de Biodiversidade ratificaram a petição inicial (fls. 247 e 316), sanando qualquer vício que, em tese, pudesse impedir o julgamento do mérito.

Diante de todos esses fatores, a pretensão à extinção do processo sem resolução de mérito não merece acolhimento.

O apelante sustenta a necessidade de inclusão no polo passivo de seu genitor, que possui e explora economicamente há mais de quatro décadas a gleba onde o imóvel foi construído, e sua esposa, na condição de coproprietária do bem.

Se a demanda versasse sobre direito real imobiliário, dissesse respeito a fatos por ambos praticados ou posse conjunta seria necessária a citação de ambos os cônjuges, nos termos do art. 10, I, II e § 2º, do Código de Processo Civil. Contudo, esse não é o caso. A ação demolitória do imóvel tem fundamento em ilícito ambiental, já que sua construção deu-se em área de proteção (Parque Nacional) e sem licença do Poder Público, caso em que a legitimidade passiva é exclusiva do infrator, que, inclusive, está na posse do imóvel.

Também não procede a pretensão recursal de suspensão deste feito até julgamento definitivo da Ação Penal nº 0013674-20.2008.4.05.8300. Primeiro em razão do princípio da independência entre as instâncias cível e penal; segundo porque inexistente relação de prejudicialidade entre esta ação cível e aquela ação penal; terceiro porque o processo-crime está suspenso com fundamento

no art. 89 da Lei nº 9.099/95, conforme pude constatar em consulta ao sistema processual da Justiça Federal em Pernambuco.

A questão de fundo tem como cerne a determinação de demolição do imóvel residencial construído, sem licença do Poder Público, na Rua Major Costa, s/n, Vila do Trinta, situado na área do Parque Nacional Marinho de Fernando de Noronha.

O apelante sustenta, sucessivamente, a inconstitucionalidade (perante a Constituição de 1967, com alterações da Emenda Constitucional nº 01/69), e a não-recepção (pela Constituição de 1988) dos Decretos nºs 92.755/86 e 96.693/88, que instituíram a Área de Proteção Ambiental e o Parque Nacional Marinho de Fernando de Noronha, e do Plano de Manejo. Tais questionamentos são levantados tanto na própria apelação quanto na arguição de inconstitucionalidade suscitada autonomamente.

A alegação de inconstitucionalidade dos aludidos decretos em face da Constituição de 1967, com alterações da Emenda Constitucional nº 01/69, fundamenta-se: a) na impossibilidade de criação de Área de Proteção Ambiental e Parque Nacional por meio de decreto do Poder Executivo, os quais somente poderiam ser editados para a regulamentação de lei; c) na falta de participação popular em sua elaboração; e c) na inexistência de estudos técnicos quanto à necessidade de criação da área de proteção.

O art. 81, III, da Constituição de 1967, com alterações da Emenda Constitucional n. 01/69, vigente na época da edição dos atos normativos impugnados, atribuía competência privativa ao Presidente da República para *“sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução”*. Por isso, o apelante entende que seria inconstitucional se criar Área de Proteção Ambiental e Parque Nacional por decreto.

No entanto, o art. 5º, a, da Lei nº 4.771/65 e o art. 9º, VI, da Lei nº 6.938/81 previram expressamente a competência do Poder Público Federal, Estadual e Municipal para criarem Parques, Reservas Biológicas e Áreas de Proteção Ambiental. Ao se referirem a Poder Público, estavam querendo dizer Poder Executivo. Tanto é que o Decreto n. 88.351/83 previa, no âmbito federal, competir ao Presidente da República a criação de Área de Proteção Ambiental através de decreto (artigos 31 e 32).

Nem poderia ser diferente, porquanto o reconhecimento de que certa área merece especial proteção estatal por motivos ambientais é atividade tipicamente administrativa, não legislativa. Portanto, o órgão naturalmente competente para exercê-la é o Poder Executivo, não o Legislativo.

A alegação de inconstitucionalidade fundada na falta de participação popular e de estudos técnicos não procede porque, assim como na atual, na Constituição de 1967, com alterações da Emenda Constitucional nº 01/69, não havia exigências nesse sentido.

A não-recepção dos Decretos nºs 92.755/86 e 96.693/88 é alegada em razão de sua incompatibilidade com o art. 15 do ADCT da Constituição da República de 1988, que extinguiu o Território Federal de Fernando de Noronha e incorporou sua área ao Estado de Pernambuco. Assim, não poderia subsistir a Área de Proteção Ambiental Federal de Fernando de Noronha.

A improcedência do argumento é manifesta. O simples fato de a área de proteção ambiental federal encontrar-se na área territorial de um estado-membro não afeta sua existência ou a validade e eficácia do ato que a instituiu. Fosse assim, como o Brasil é uma federação, onde todo seu território é dividido em Estados-Membros e num Distrito Federal, a União não poderia instituir qualquer área de preservação ambiental ou parque nacional. O raciocínio do apelante vai de encontro aos artigos 23, VII, e 225, § 1º, III, da Constituição de 1988, que atribuem à União competência (concorrente com a dos Estados, Distrito Federal e Municípios) para proteção do meio ambiente.

Inexistindo qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade nos decretos que instituíram Área de Proteção Ambiental e o Parque Nacional Marinho de Fernando de Noronha, bem como no Plano de Manejo, passo à análise da situação concreta.

O imóvel cuja demolição foi determinada na sentença está situado no interior do Parque Nacional Marinho de Fernando de Noronha, criado pelo Decreto nº 96.693/88 da Presidência da República, e do Parque Estadual Marinho de Fernando de Noronha, instituído no art. 97 da Lei 11.304/95 do Estado de Pernambuco. É o que se depreende do Auto de Infração nº 507.481, lavrado pelo IBAMA (fl. 11), cuja presunção de veracidade não foi infirmada pelo

apelante, que se limitou a alegar, genericamente, a inexistência de marcos dos limites dos parques e de estudos técnicos para a delimitação de suas áreas.

Consoante o art. 11 da Lei nº 9.985/00, o Parque Nacional “*tem como objetivo básico a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico*”. Sendo categoria de Unidade de Conservação Integral, o Parque Nacional tem o objetivo de “preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais, com exceção dos casos previstos nesta Lei” (art. 7º, I e § 1º). Essas regras se aplicam ao Parque Estadual e ao Parque Natural Municipal (art. 11, § 4º).

Sendo vedada a construção na área dos Parques Nacional e Estadual de Fernando de Noronha, agiu acertadamente o IBAMA ao lavrar o Auto de Infração nº 507.481, aplicando ao responsável multa de R\$ 10.000,00 (fl. 11), e a Notificação nº 515.005, para que demolisse a obra (em andamento) no prazo de cinco dias (fl. 12).

O apelante ignorou solenemente o Auto de Infração e a Notificação, concluindo a obra contra determinação expressa do IBAMA. Fato, aliás, que o levou à condição de réu na Ação Penal nº 0013674-20.2008.4.05.8300, cujo processo encontra-se suspenso com fundamento no art. 89 da Lei nº 9.099/95.

O direito fundamental à moradia, que não se desconhece existente, até porque previsto no art. 6º, *caput*, da Constituição Federal, não pode ser invocado neste caso para que se mantenha o imóvel residencial construído não somente à revelia do Poder Público, mas contra sua expressa determinação. O apelado tinha conhecimento de que não poderia executar – ou ao menos concluir – a obra, mas mesmo assim o fez.

É irrelevante se a construção causou ou não dano ambiental relevante. Só pelo fato de estar situada no âmbito dos Parques Nacional e Estadual de Fernando de Noronha, cujas áreas são de posse e domínio públicos (art. 11, § 1º, da Lei Federal nº 9.985/00 e art. 97 da Lei nº 11.304/95 do Estado de Pernambuco), a construção é ilegal, não podendo ser avalizada pelo Poder Judiciário.

O simples fato de existirem outros imóveis residenciais e comerciais na localidade, bem como exploração de atividades agropecuárias, não legitima a obra irregularmente construída pelo apelante.

É que não se trata de imóvel antigo, existente no momento da criação dos Parques de Fernando de Noronha, mas de construção recente, executada entre 2006 e 2007 e, mais, contra determinação expressa do IBAMA. Por isso, a medida extrema de demolição não se apresenta desarrazoada ou desproporcional nem atenta contra a boa-fé ou segurança jurídica.

Registro que a discussão acerca da invalidade do Auto de Infração nº 507.481 e da Notificação nº 515.005 é impertinente à causa. A pretensão do IBAMA á demolição não encontra fundamento em nenhum desses atos. A demolição do imóvel é postulada como medida autônoma, pelo fato de a obra ter sido executada em área *non edificandi*, não como uma das consequências do auto de infração ou da notificação. Por isso, mesmo que os aludidos atos administrativos inexistissem – o que seria mais grave que sua invalidade –, poderia o IBAMA obter êxito em sua demanda.

Por fim, quanto ao documento juntado através da petição de fls. 745/746, deixo de conhecer do mesmo, por não se enquadrar na hipótese de documento novo, simplesmente pelo fato de ser datado do ano de 2002, ou seja, emitido antes do ajuizamento do presente feito. Ademais, os documentos novos, na acepção a que aduz o art. 485, VII, do CPC, devem ser capazes, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável, o que não ocorre na hipótese vertente.

Diante disso, rejeito a arguição de inconstitucionalidade dos Decretos nºs 92.755/86 e 96.693/88, bem como do Plano de Manejo de Fernando de Noronha, e nego provimento à apelação.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 525.242-PE**

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI  
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Apelado: MUNICÍPIO DO RECIFE - PE  
Repte.: PROCURADORIA DO INSS  
Advs./Procs.: DRS. HERMAN MILANEZ DANTAS NETO E OUTROS (APDO.)

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPTU - IMPOSTO PREDIAL URBANO. IMÓVEL PERTENCENTE À AUTRAQUIA FEDERAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ARTIGO 150, VI, A, DA CF. TLP - TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA CONSTITUCIONALIDADE. ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. ARTIGOS 33 E 174 DO CTN. ARTIGOS 62 E 65 DA LEI Nº 15.563/91. NATUREZA CONTRAPRESTACIONAL AFASTADA. ARTIGOS 62, 64 E 65 DA LEI MUNICIPAL Nº 15.563/91. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA.**

**- O parágrafo único, I, do artigo 174 do Código Tributário Nacional preceitua que se interrompe a prescrição para cobrança de créditos tributários, pelo despacho do juiz que ordena a citação na execução fiscal. No caso dos autos o exequente ajuizou a execução fiscal no prazo legal, devendo a demora da citação ser imputada ao Judiciário.**

**- Nos termos da Súmula 106 do STJ: "Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não se justifica o acolhimento da arguição da prescrição ou decadência".**

**- Sendo o imóvel tributado de propriedade do contribuinte, não há que se falar em ilegitimidade passiva.**



- **O STJ já se posicionou no sentido de que ao Município cabe o ônus de apresentar prova impeditiva, modificativa e extintiva ao gozo do benefício constitucional de imunidade tributária assegurado à autarquia, previsto no art. 150, VI, a, da CF, cabendo àquele demonstrar que o imóvel pertencente à entidade está desvinculado da destinação institucional. Precedente: STJ, AgRg no REsp 1215119 / RJ, rel. Ministro Humberto Martins, DJe 4/4/2011.**
- **O fato de um dos elementos utilizados na fixação da base de cálculo do IPTU ser levado em consideração para aferição do valor da TLP - Taxa de Limpeza Pública, instituída pela Lei Municipal nº Lei nº 15.563/91, não afronta o disposto no art. 145, § 2º, da Constituição Federal.**
- **O Supremo Tribunal Federal acolheu a questão de ordem nos autos do RE nº 576321/SP, DJe 12-02-2009, para reconhecer a existência de repercussão geral quanto às questões que envolvem taxa de serviço de limpeza pública incidente sobre prédios públicos.**
- **A legislação tributária interpreta-se literalmente, não havendo como alargar o sentido de imposto, para admitir isenção relativamente à TLP de sujeito passivo que tem imunidade tributária referente ao IPTU.**
- **Apelação parcialmente provida, apenas para afastar a possibilidade de cobrança do IPTU ao INSS, autarquia federal, em virtude do disposto no art. 150, VI, a, da CF.**

## 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, 16 de agosto de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI  
- Relatora

### **RELATÓRIO**

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de embargos à execução o postos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a nulidade da Execução Fiscal nº 2009.83.00.007651-2, sob a alegação de: a) ilegitimidade passiva, por não ser a proprietária do imóvel; b) prescrição dos créditos; c) imunidade com relação aos impostos do seu patrimônio; e d) inconstitucionalidade da Taxa de Limpeza Pública.

O MM. Juiz monocrático julgou improcedente o pedido.

Inconformado, recorre o INSS, defendendo a prescrição do crédito, tendo em vista que o processo ficou paralisado por mais de cinco anos, uma vez que foi citado apenas em 2009, mas a ação foi ajuizada em 2003 e os fatos geradores do débito se deram no período de 1998, 1999 e 2000. Sustenta que é parte ilegítima para cobrança do IPTU e da Taxa de Limpeza Pública, porque não é proprietário do imóvel. Alega que nos termos do art. 150, VI, a, combinado com o § 2º da CF, o Município do Recife não pode exigir o IPTU, pois o INSS é autarquia federal, gozando de imunidade. Por fim, afirma que a Taxa de Limpeza Pública - TLP é inconstitucional, tendo a mesma base de cálculo do IPTU.

Após contrarrazões, subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

É o relatório.

Peço inclusão do feito em pauta para julgamento.

### **VOTO**

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

A lide se refere à cobrança pelo Município do Recife/PE de IPTU e da Taxa de Limpeza Pública - TLP ao INSS, inserida na

CDA nº 01.01.530792-0, integrante da Execução Fiscal nº 2009.83.00.007651-2.

Inicialmente, quanto à prescrição, dispõe o art. 174 do CTN que o prazo para a Fazenda Nacional efetuar a cobrança de seus créditos prescreve em cinco anos, contado da data da sua constituição definitiva.

Tanto o IPTU quanto a Taxa de Limpeza Pública são constituídos através de lançamento de ofício no primeiro dia de cada exercício, havendo a constituição definitiva do crédito tributário pelo simples envio do carnê ao endereço do contribuinte, nos termos da Súmula 397/STJ. Entretanto, o termo inicial da prescrição para a sua cobrança é a data do vencimento previsto no carnê de pagamento, pois é esse o momento em que surge a pretensão executória para a Fazenda Pública.

Nesse sentido cito a seguinte jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 302 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 131, 458 E 535 DO CPC. ANÁLISE DOS REQUISITOS DA CDA. SÚMULA 7/STJ. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DESNECESSIDADE DA SUA JUNTADA AOS AUTOS DA EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. ENVIO DO CARNÊ DE PAGAMENTO. SÚMULA 397/STJ.

(...)

**5. A constituição definitiva do crédito tributário, no caso do IPTU, se perfaz pelo simples envio do carnê ao endereço do contribuinte, nos termos da Súmula 397/STJ. Entretanto, o termo inicial da prescrição para a sua cobrança é a data do vencimento previsto no carnê de pagamento, pois é esse o momento em que surge a pretensão executória para a Fazenda Pública.**

6. Necessidade do retorno dos autos à origem para a análise da incidência da prescrição à luz do entendimento jurisprudencial do STJ.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. (STJ, REsp 1180299 / MG, rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 8/4/2010)

Sabe-se que o parágrafo único, inciso I, do art. 174 do CTN (com redação alterada pela LC 118/05), preceitua que a prescrição se interrompe pelo despacho do juiz que ordena a citação em execução fiscal. Porém, havendo demora na citação por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não pode o exequente ser prejudicado pelo fato.

No caso, o débito se refere ao período de 1998, 1999 e 2000, tendo sido inscrito em dívida ativa em 25.11.2001. Em 8.12.2003 foi ajuizada a execução fiscal, requerendo o Município a citação da parte executada, o que ocorreu apenas em 2009. Contudo, tendo o exequente promovido à execução dentro do prazo legal, não pode ser prejudicado pela demora do Judiciário na citação.

A Súmula nº 106 do STJ assim dispõe:

Súmula 106. Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não se justifica o acolhimento da arguição da prescrição ou decadência.

Observando-se a documentação colacionada aos autos (fls. 56/57), constata-se que o imóvel tributado é de propriedade do INSS, não tendo que se falar em ilegitimidade pasiva.

Com relação à imunidade, os arts. 156 e 30 da Constituição Federal autorizam o ente federado municipal a criar e arrecadar os tributos de sua competência. Contudo, deve ser observada à exceção disposta no art. 150 da Constituição Federal.

O art. 150, VI, a, e § 2º, da Constituição Federal consagra o instituto da imunidade recíproca o qual veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros. Tal vedação é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados às suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

O STJ já se posicionou no sentido de que ao Município cabe o ônus de apresentar prova impeditiva, modificativa e extintiva ao gozo do benefício constitucional assegurado à autarquia, previsto no art. 150 da CF, cabendo àquele demonstrar que o imóvel per-

tencente à entidade está desvinculado da destinação institucional, conforme abaixo transcrito:

TRIBUTÁRIO. IPTU. ENTIDADE AUTÁRQUICA. IMUNIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. DESVIRTUAMENTO DO USO. ÔNUS DA PROVA AO MUNICÍPIO. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência já firmada nesta Corte Superior impõe ao município o ônus de apresentar prova impeditiva, modificativa e extintiva ao gozo da imunidade constitucional assegurada às autarquias, cabendo àquele demonstrar que os imóveis pertencentes à entidade estão desvinculados da destinação institucional.

2. **“O STJ firmou o entendimento de que recai sobre o Município o ônus de provar que o patrimônio da Autarquia está desvinculado dos seus objetivos institucionais e, conseqüentemente, não é abrangido pela imunidade tributária prevista no art. 150, § 2º, da Constituição”.** (REsp 1.184.100/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13.4.2010, *DJe* 19.5.2010.)

Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no REsp 1215119/RJ, rel. Ministro Humberto Martins, *DJe* 4/4/2011)

Em sendo assim, não demonstrando o Município autor que a entidade está desvinculada da destinação institucional, fica afastada a possibilidade de cobrança do IPTU do INSS, autarquia federal, em virtude do disposto na norma constitucional acima referida.

Com relação à Taxa de Limpeza Pública, a Constituição Federal, em seu artigo 145, § 2º, expressamente dispõe que as taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

O Código Tributário Nacional, em seu art. 33, define a base de cálculo do IPTU como o valor venal do imóvel, sendo muitas vezes utilizado para seu cálculo a metragem da área construída e a área do imóvel.

No caso dos autos, não vislumbro a existência de qualquer inconstitucionalidade na cobrança, pelo Município de Recife/PE, da TLP (Taxa de Limpeza Pública), instituída pela Lei nº 15.563/91, vez que sua base de cálculo não é a mesma utilizada para a cobrança do IPTU.

Assim dispõem os artigos 62 e 65 da referida Lei nº 15.563/91:

Art. 62 - A Taxa de Limpeza Pública - TLP tem como fato gerador a prestação dos serviços municipais de coleta e remoção de lixo.

Art. 65 - A Taxa de Limpeza Pública - TLP será calculada com base na Unidade Fiscal de Referência - UFIR, de acordo com as seguintes fórmulas:

$TLP = Fc \times Ei \times Ui$ , onde:

Fc - Fator de coleta de lixo, conforme especificado no Anexo III;

Ei - Fator de enquadramento do imóvel em razão da área construída (Ac), quando edificado, ou testada fictícia (TF), quando não edificado, expresso em UFIR, conforme especificado nos anexos VI e VII;

Ui = fator de utilização do imóvel, subdividido em residencial, comercial com lixo orgânico, comercial sem lixo orgânico, industrial e hospitalar, conforme especificado no anexo V.

§ 1º - Na hipótese de utilização diversificada do imóvel, será aplicado o maior fator de utilização do imóvel (Ui), no cálculo da Taxa de Limpeza Pública (TLP).

§ 2º - Será reduzida em 50% (cinquenta por cento) a Taxa de Limpeza Pública para os imóveis não edificados que possuam muros e, quando situados em logradouro provido de meio-fio, também possuam calçadas.

Podemos observar que há elementos em comum entre o IPTU e a Taxa de Limpeza Pública, quais sejam, o tamanho da testada ficta do imóvel e a área construída, fato que não determina a coincidência entre suas bases de cálculo.

Na verdade, faz-se necessário a utilização de tais critérios na formação da base de cálculo da Taxa de Limpeza Pública, a fim de que a mesma possa atender aos seus pressupostos constitucionais, correspondendo a um serviço público de sua natureza específica e divisível.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 576321/SP, DJe 12-02-2009, decidido sob o regime da repercussão geral, entendeu quanto a questão da TLP que:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. TAXA. SERVIÇOS DE LIMPEZA PÚBLICA. DISTINÇÃO. ELEMENTOS DA BASE DE CÁLCULO PRÓPRIA DE IMPOSTOS. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE. ART. 145, II E § 2º, DA CONSTITUIÇÃO.

I - Questão de ordem. Matérias de mérito pacificadas no STF. Repercussão geral reconhecida. Confirmação da jurisprudência. Denegação da distribuição dos recursos que versem sobre os mesmos temas. Devolução desses RE à origem para adoção dos procedimentos previstos no art. 543-B, § 3º, do CPC. Precedentes: RE 256.588-ED-EDV/RJ, min. Ellen Gracie; RE 232.393/SP, Carlos Velloso.

II - Julgamento de mérito conforme precedentes.

III - Recurso provido.

Passo a seguir a orientação da Corte Superior, no sentido de que se apresenta específico e divisível o serviço público de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis (prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição), desde que o fato gerador seja dissociado do serviço de conservação e limpeza de locais públicos (logradouros/bens), que é realizado em benefício da população em geral, *uti universi*.

Ainda, no que se refere à isenção pretendida, concordo com o entendimento segundo o qual a legislação tributária interpreta-se literalmente, não havendo como alargar o sentido de imposto, para admitir a TLP no rol das imunidades recíprocas.

Igualmente, o citado Código Tributário do Município do Recife (Lei nº 15.563/91) não faz qualquer alusão à diferenciação entre os sujeitos passivos, muito menos excluindo os detentores da chamada imunidade tributária constitucionalmente garantida e, inclusive, nem poderia fazê-la.

Sobre a matéria, cito a seguinte Jurisprudência, de cuja fundamentação compartilho:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IPTU. IMUNIDADE. TAXA DE CONSERVAÇÃO E LIMPEZA DE LOGRADOURO, TAXA DE REMOÇÃO DE LIXO DOMICILIAR E TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. INEXISTENCIA DE IMUNIDADE EM

## RELAÇÃO A TAXAS. LIMITES DA LIDE. TEORIA DA SUBSTANCIAÇÃO.

1. (...)

2. A ECT - Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, na qualidade de prestadora de serviço público obrigatório e exclusivo do Estado, goza de imunidade tributária recíproca, inferindo-se que a ECT goza de imunidade em relação aos impostos, dentre estes o IPTU, inclusive ante o disposto no artigo 12 do Decreto-Lei nº 509/69, entendido como recepcionado pela Constituição Federal de 1988 pelo colendo STF: RE nº 424.227-3/SC - Rel. Min. Carlos Velloso - *DJ* de 10.09.2004; RE nº 407.099-5 - Rel. Min. Carlos Velloso - *DJ* de 06.08.2004.

3. (...)

4. Em relação às taxas, não há que se falar em imunidade, posto que a Carta Magna é clara e incisiva em prever a imunidade das pessoas políticas tão-somente para os impostos.

5. As taxas decorrem do poder de polícia que o Município exercita, inserto dentre as atribuições constitucionais a ele conferidas, incluídas no peculiar interesse da administração local.

6. Defesa a apreciação da legalidade das taxas, individualmente consideradas, cobradas pela Municipalidade da ECT, vez que a causa de pedir em questão não foi abordada na petição inicial, sob pena de violação ao princípio da substanciação, adotado no artigo 282, inciso III, do CPC.

7. (...)

8. Sem condenação em custas, em face da isenção de que são destinatárias as partes.

9. Apelação e recurso adesivo parcialmente providos. (TRF3, AC 529681 SP, *DJU* 11/02/2005, Relatora Juíza Marli Ferreira)

## TRIBUTÁRIO. TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA. MUNICÍPIO DO RECIFE. SERVIÇO PÚBLICO ESPECÍFICO E DIVISÍVEL. COBRANÇA. CONSTITUCIONALIDADE. BASE DE CÁLCULO QUE NÃO COINCIDE COM A DO IPTU. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INDEFERIMENTO.

1. A Taxa de Limpeza Pública, instituída pelo art. 62 do Código Tributário do Município do Recife (Lei nº 15.563/91), a despeito de sua denominação, remunera serviço público de natureza específica e divisível, consistente na



coleta e remoção de lixo domiciliar, sendo, portanto, constitucional a sua cobrança.

2. O fato de um dos elementos da base de cálculo da TLP coincidir com um dos elementos que integram a base de cálculo do IPTU não é suficiente para afrontar o disposto no art. 145, § 2º, da CF/88.

3. À míngua de um dos requisitos elencados pelo art. 273 do CPC, qual seja, a verossimilhança das alegações, há de ser indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

4. Apelação improvida.

(TRF5, AC 455219, DJ05/11/2008, relator Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria)

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação, apenas para afastar a possibilidade de cobrança do IPTU ao INSS, autarquia federal, em virtude do disposto no art. 150, VI, a, da CF.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 526.980-CE**

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI

Apelantes: GRENDENE S/A E FAZENDA NACIONAL

Apelados: OS MESMOS

Advs./Procs.: DRS. JUVENCIO VASCONCELOS VIANA E OUTROS

***EMENTA: TRIBUTÁRIO. DESCONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. REEMBOLSO DE DESPESAS PARA EMPRESA DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. CONTROLADORA (HOLDING). NÃO CARACTERIZAÇÃO DE RECEITA. PIS E COFINS. NÃO INCIDÊNCIA.***

***- Trata-se de ação anulatória de ato administrativo, na qual se defende que o “reembolso de despesas” realizado por empresas do mesmo grupo econômico à empresa controladora (holding) não caracteriza faturamento ou receita bruta da***

***pessoa jurídica estando fora da base de cálculo do PIS e da COFINS.***

***- Não são receitas tributáveis pelo PIS e pela COFINS os ingressos decorrentes de mero ressarcimento por despesas realizadas no interesse e por conta e ordem de terceiros (empresas controladas) e assumidos pela empresa controladora (holding), desde que não tenha obtido ganho sobre os respectivos ingressos, não podendo, ainda, os valores a serem ressarcidos decorrer de sua atividade-fim, normalmente exercida junto a clientes com um propósito de negócio.***

***- No caso, a perícia judicial demonstrou que não houve ganho sobre o reembolso efetuado, ou seja, houve diferença, mas para menor e não para maior. Ademais, não se trata de prestação de serviços, já que não há caráter econômico, mercantil, visando ao lucro, porque as despesas de rateio a serem reembolsadas não são relacionadas diretamente à atividade-fim da holding, as quais envolvem, basicamente, a industrialização, comercialização, exportação e importação de calçados e artigos de vestuários em geral.***

***- Honorários advocatícios majorados para 5% do valor cobrado, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, levando-se em consideração o trabalho exercido pelo causídico da autora.***

***- Apelação da Fazenda Nacional improvida.***

***- Apelação da autora parcialmente provida, para majorar o valor da verba sucumbencial.***

## **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 negar provimento à apelação da Fazenda Nacional e dar parcial provimento à apelação da auto-

ra, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 6 de setembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI  
- Relatora

## **RELATÓRIO**

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de ação ordinária ajuizada pela Grendene S/A contra a União Federal, objetivando a desconstituição crédito tributário constante do Processo Administrativo nº 11020.002307/99-18, constituído mediante incidência de PIS e COFINS no “reembolso de despesas”, enquanto empresa controladora do grupo empresarial Grendene, referente aos exercícios de 1995/1996.

Alega, em suma, a autora, que o “reembolso de despesas” não caracteriza faturamento ou receita bruta da pessoa jurídica estando fora da base de cálculo do PIS e da COFINS.

A Fazenda Nacional contestou sustentando que a contraprestação efetuada pelas empresas controladas, em razão de prestação de serviços da empresa controladora, ingressou nessa como receitas e não como reembolsos e que, por isso, constituem faturamento, realizando-se o fato gerador do PIS e da COFINS.

Foi determinada a realização de prova pericial, cujo laudo foi acostado às fls. 916/937.

O MM. Juiz monocrático julgou procedente o pedido, desconstituindo o crédito tributário, condenando à ré ao pagamento de honorários advocatícios em R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Inconformada, recorre a autora, requerendo a majoração do valor fixado a título de honorários advocatícios para 20% sobre o valor da causa.

Também recorre a Fazenda Nacional reiterando os termos da contestação. Defende que de acordo com a legislação que rege

as contribuições para o PIS e COFINS não há a possibilidade da dedução do custo dos serviços prestados da base de cálculo, pois a contribuição incide sobre o faturamento e não sobre o lucro bruto. Aduz que a convenção empresarial realizada entre as partes é questão que não pode ser oposta ao fisco, a teor do art. 123 do CTN. Argumenta que o Conselho de Contribuintes afastou a tese autoral reconhecendo a ocorrência da verdadeira prestação de serviços, como reconhecido pela Receita Federal do Brasil, não entendendo presentes na contabilidade da empresa, bem como na situação fática exposta, a existência dos parâmetros razoáveis ao acolhimento às alegações da autora. Por fim, questiona o laudo pericial.

Após contrarrazões, subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

É o relatório.

Peço inclusão do feito em pauta para julgamento.

### **VOTO**

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

No presente caso, observa-se que existe um grupo de sociedades coordenado por uma delas, que tem poder de controle sobre todas as demais. A empresa controladora é a *holding* que direciona todas as atividades-meio das demais pessoas jurídicas do grupo para maximizar os lucros de todos.

Na hipótese, existe uma convenção entre todas as empresas que constituem o grupo, no sentido de que o planejamento, a previsão orçamentária e a execução de gastos acerca de todos os instrumentos que favorecem o incremento do lucro sejam centralizados na empresa controladora (*holding*), a qual posteriormente buscará em cada uma das demais empresas do grupo o ressarcimento dessas despesas de maneira proporcional ao proveito obtido com cada uma.

A Fazenda Nacional, no caso, entendeu que o direcionamento centralizado da política de administração de custos empreendido pelo grupo econômico levado a cabo pela parte autora implicou

em prestação de serviço e não em reembolso de despesas que afaste a incidência da contribuição para o PIS e para a COFINS. Afirma que um planejamento econômico que visa um maior ganho para um conjunto de empresas não pode alterar a máxima de que cada empresa tem que possuir uma contabilidade própria, tendo receitas, gastos e apuração do resultado de acordo com suas operações econômicas. Alega que as convenções particulares não podem ser opostas contra a Fazenda Pública para evitar tributação (art. 123 do CTN) e que por caracterizar a operação como prestação de serviço incide a contribuição para o PIS e a COFINS, por considerar que o ingresso de numerário seria contrapartida e poderia ser considerada receita e faturamento para fins de tributação.

É evidente que o Fisco pretende dar, neste caso, uma interpretação máxima à idéia de receita, tentando caracterizar toda e qualquer entrada de recursos como um acréscimo. Ocorre que a autora é uma sociedade anônima que atua dentro de um grupo econômico. Nessa organização, típica da atividade empresarial de larga escala, várias unidades atuam em regime de colaboração com transferências recíprocas de capital ou serviços, o que é detalhadamente regulado pela Lei nº 6.404/76 (Lei das S/A) quando fala em empresas controladas, coligadas e subsidiárias, com distinções entre essas modalidades.

No caso concreto, o exame dos contratos denominados especialmente como “convenções empresariais”, revelam que a Grendene S/A atua como controladora, e diversas outras pessoas jurídicas sob a forma de sociedade anônima (Grendene Sobral S/A, Grendene do Nordeste S/A) ou de cotas por responsabilidade limitada (Indústria de Calçados Grendene Ltda., Vulcabrás do Nordeste Ltda.) figuram como empresas controladas (as S/A) ou apenas supridas pela primeira. Nesses acordos, as empresas do grupo tratam basicamente de transferências internas: enquanto a controladora Grendene S/A tem responsabilidades com o fornecimento do que chamou de “necessidades do empreendimento”, as controladas/supridas devem ressarcir-las desses gastos.

Essa transferência interna entre as diversas pessoas jurídicas que compõem o grupo econômico foi identificada pela Receita

Federal como receita, o que não me parece exato. É bem verdade que a Grandene S/A utilizou regime contábil não muito claro, com referências às relações entre as diversas empresas que compõem o grupo, mas esses aspectos formais não podem se sobrepor à realidade econômica para fazer incidir a cobrança de PIS e CO-FINS sobre o que efetivamente não se constitui receita, e sim ressarcimento por saídas anteriores.

Efetivamente não se trata de receita decorrente de prestação de serviço, mas tão somente de restituição proveniente do funcionamento peculiar do grupo econômico.

De fato, as convenções empresariais firmadas demonstram detalhadamente os critérios utilizados para o cálculo do reembolso, cuidando de especificar o total de despesas executadas no interesse do grupo, bem como a parcela devida por cada empresa, considerando sua participação no faturamento. Os demais documentos apresentados, tais como “planilhas de cálculo para reembolso de despesas” e “avisos de lançamento para contabilização do reembolso” corroboram tal sistemática.

Não merece prosperar o argumento da Fazenda Nacional de que o chamado “reembolso” efetuado pelas empresas controladas nada mais é do que pagamento por serviços prestados, ou seja, faturamento e de que pelo conceito de reembolso não pode haver diferença entre o valor gasto ou emprestado por alguém a outrem e a restituição deste a quem emprestou, visto que é uma operação econômica/financeira que não visa ao lucro (fls. 758/760).

A perícia judicial demonstrou que não houve ganho sobre o reembolso efetuado, ou seja, houve diferença, mas para menor e não para maior. Ademais, não se trata de prestação de serviços, já que, *in casu*, não há caráter econômico, mercantil, visando ao lucro, porque as despesas de rateio a serem reembolsadas não são relacionadas diretamente à atividade-fim da *holding*, as quais envolvem, basicamente, a industrialização, comercialização, exportação e importação de calçados e artigos de vestuários em geral.

Sobre isso, concordo com os argumentos do magistrado de 1º grau, que considero suficientes para a manutenção do provimento recorrido. Com efeito:

A prática adotada, ao reduzir efetivamente as despesas administrativas das empresas do grupo empresarial, traz ganhos sem precedentes, com uma efetiva sinergia (trecho do laudo pericial judicial, fl. 929). A conclusão do perito, portanto, é que a prática do rateio de despesas administrativas entre *holding* e controladas é legítimo, lógico, legal e salutar na seara empresarial. Não fosse assim, haveria enorme investimento, despesas e custos para manter estrutura própria, referente ao objeto das Convenções Empresariais, em cada sociedade controlada. Trata-se de legítima atividade de planejamento empresarial, evitando dissipar os gastos de forma desordenada, sem qualquer intenção de burlar o fisco ou de violar a legislação tributária.

Quanto à alegação da ré de que não há participação societária da autora na controlada Agropecuária Jacarezinho Ltda., a qual possui como controlador o sócio-majoritário da autora e que por isso haveria prestação de serviços, igualmente não merece prosperar. Primeiramente porque não houve autêntico contrato de prestação de serviços, conforme acima delineado. Em segundo lugar, porque o controle não é necessariamente de direito, podendo ser exercido de fato, importando que haja simplesmente o direcionamento das atividades para o alcance de um resultado comum. Em terceiro lugar, porque o sócio-majoritário atua nessa situação como investidor e o que deve ser tributado é o patrimônio deste, a título de imposto de renda, na medida em que se consiga aferir qual o montante do proveito que obteve com a celebração da convenção empresarial firmada entre duas empresas que são por ele controladas. Por fim, a própria Fazenda Nacional, nas razões finais, ressalta que “tal comentário é apenas ilustrativo, uma vez que esse aspecto – participação do capital – em nada modifica a situação analisada. Mesmo que todas as empresas envolvidas na situação analisada fossem efetivamente controladas por Grendene, ainda assim teríamos a atividade de prestação de serviço” (fl. 967). Portanto, para a Fazenda Nacional o que importa é que no objeto das convenções patrimoniais o que ocorre é prestação de serviço, alegação que já foi afastada anteriormente na presente sentença.

(...)

O 1º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda já decidiu que “o ressarcimento de parcela da despesa rateada,

por outra empresa do mesmo grupo empresarial, não representa receita para a empresa que suportou inicialmente todo o custeio, mas mero estorno daquele custo” (acórdão nº 108-06.604/01 - *DOU* de 03.10.01). Eis a ementa dessa decisão:

Recurso nº 126155 - Oitava Câmara

Processo Administrativo nº 11924.002315/00-04

Sessão de 26.07.2001

Relator: José Henrique Longo

Acórdão nº 108-06.604

Resultado: DAR PROVIMENTO POR UNANIMIDADE

Ementa: IRPJ. RESSARCIMENTO. RATEIO DE DESPESAS. EMPRESAS DO MESMO GRUPO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE RECEITA. LUCRO DA EXPLORAÇÃO. O ressarcimento da parcela da despesa rateada, por outra empresa do mesmo grupo empresarial, não representa receita para a empresa que suportou inicialmente todo o custeio, mas mero estorno daquele custo. Esse entendimento, no cálculo do lucro da exploração, não permite reconhecer o ressarcimento pela empresa industrial, relativo à alimentação de funcionários, como receita de atividade não operacional. - Destaques feitos no original

Não são receitas tributáveis pelo PIS e pela COFINS os ingressos decorrentes de mero ressarcimento por gastos incorridos no interesse e por conta e ordem de terceiros (empresas controladas) e assumidos pela empresa/*holding* pelos motivos já explicitados acima, desde que obedecidos os seguintes requisitos: não tenha obtido ganho sobre os respectivos ingressos, ou seja, que eles correspondam à exata medida das despesas incorridas; e que não tenha como objeto social o exercício da atividade causadora dos dispêndios, isto é, os valores a serem ressarcidos não podem decorrer de sua atividade-fim, normalmente exercida junto a clientes com um propósito negocial.

É exatamente esse o caso em questão. A autora não obteve ganho sobre os respectivos ingressos (*mark up*), na medida em que o total de reembolsos financeiros de controladas recuperados pela *holding* não superaram o total de despesas contabilizadas por essa relacionadas com as atividades



administrativas constantes do objeto das Convenções Empresariais, conforme bem esclareceu o perito judicial nos quesitos 16 e 17 da requerente (fl. 931). Ademais, a demandante não tem como objeto social prestar os serviços administrativos acordados nas Convenções Empresariais com as controladas.

(...)

Depreende-se da leitura da exordial que essa prática é admitida como planejamento empresarial tributário e tida como legítima pela própria Fazenda Nacional quando julga casos semelhantes no contencioso administrativo tributário. Em pesquisa empreendida na internet verificou-se que o jornal eletrônico Valor Econômico veiculou notícia, em 24/02/2011, no sentido de que a Superintendência da Receita Federal da 9ª Região Fiscal (Paraná e Santa Catarina) editou a Solução de Consulta nº 38, de janeiro de 2011, indicando o entendimento da fiscalização local sobre a tributação do rateio de despesas comuns de grupo econômico. Ao emitir parecer sobre o assunto, a Receita decidiu que o valor rateado não é considerado receita da controladora. Assim, não incide Imposto de Renda (IR), PIS e Cofins sobre esse montante.

Percebe-se que a Fazenda Nacional adota essa interpretação em todo o País há bastante tempo. Na fl. 972 a própria Fazenda Nacional alega que no âmbito administrativo a prática é admitida.

Ora, não pode a demandada manipular conceitos no presente caso para tributar os reembolsos, visto que a situação fática não diferencia em nada da situação apresentada como legítima por ela conforme fixado na fl. 9723. As convenções empresariais não apresentam objeto indeterminado e os critérios de repartição dos custos encontram-se comprovados documentalmente no presente processo. Não pode a Fazenda Nacional adotar comportamentos contraditórios, admitindo e não admitindo, ao mesmo tempo, práticas de planejamento empresarial que apresentam identidade fática. A administração pública está vinculada à lei e ao Direito (art. 2º, parágrafo único, I, da Lei 9.784/99) e está proibida de adotar comportamentos contraditórios que comprometam a segurança jurídica e a confiança dos administrados em interpretações tidas como legítimas pela própria administração. Ademais, a administração pública está proibida de aplicar retroa-

tivamente nova interpretação (art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei 9.784/99), o que está ocorrendo na presente situação.

A autora foi diligente ao estabelecer previsão contratual que estabelece os coeficientes de rateio, com base no faturamento obtido por cada empresa controlada, dentro de critérios razoáveis, não havendo qualquer agregação de valores adicionais, já que todas as bases utilizadas para as apurações dos valores de rateio foram os custos efetivos de cada divisão em cada período.

Por fim, cabe ressaltar que na situação enfrentada no presente processo a parte autora não pretende deduzir de sua receita os gastos com o desempenho de sua atividade-fim. Ou seja, não pretende ela obter a tributação apenas do lucro bruto, considerando como receita de terceiros os dispêndios para honrar seus compromissos com seus fornecedores e empregados. Ao contrário, os ingressos em seu patrimônio não servem para o exercício de sua atividade-fim, mas para incrementar os lucros de todo o grupo econômico através da racionalização dos custos com atividades-meio. E o reembolso se limita à quantia que reverteu em proveito de cada empresa controlada, não abrangendo as despesas para manutenção do negócio pela própria parte autora, que já integra a sua receita e foi objeto de tributação.

Constata-se, assim, que o julgamento, após análise de institutos de direito privado e de direito tributário, bem como da apreciação das provas produzidas em juízo, deve ser pelo acolhimento da pretensão autoral.

Ressalte-se que não há qualquer violação ao art. 123 do CTN, uma vez que não se trata de existência de convenção particular para responsabilização do pagamento de tributo opostas à Fazenda Pública para modificar a definição legal do sujeito passivo da obrigação tributária correspondente. Como analisado acima, o que se verificou foi que a natureza do ingresso financeiro em questão no patrimônio da autora, não correspondeu ao aumento de receita para a incidência do PIS e da COFINS, mas de ressarcimento do valor suportado pela apelada posta à disposição das empresas controladas, possibilidade esta firmada nas convenções empresariais entre os integrantes do grupo econômico.

No que concerne aos honorários advocatícios, determina o art. 20, § 3º e § 4º e 21, do CPC, *in verbis*:

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.

(...)

Art. 21. Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.

O parágrafo terceiro do referido artigo estipula que os honorários advocatícios devem ser arbitrados em, no mínimo, 10%. A regra inserta no § 4º não significa que, vencida a Fazenda Pública os honorários de advogados devam ser arbitrados, necessariamente em montante inferior a 10%.

Assim, de acordo com a previsão do referido dispositivo legal, o juiz não se encontra aos limites previstos no art. 20, § 3º, *caput*, devendo atender apenas aos parâmetros das alíneas da norma legal.

Diante do trabalho exercido pelo causídico da autora, entendo que o valor dos honorários advocatícios deve ser majorado para 5% sobre o valor cobrado, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Diante do exposto, nego provimento à apelação da Fazenda Nacional e dou parcial provimento à apelação da autora para majorar o valor dos honorários advocatícios para 5% sobre o valor cobrado, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

É como voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.142-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO WILDSON DA SILVA SANTAS (CONVOCADO)  
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Apelados: ADAIL BYRON PIMENTEL E ZEZÉ VERÍSSIMO DINIZ  
Advs./Procs.: DRS. MAGNALDO JOSE NICOLAU DA COSTA (1º APDO.) E GIUSEPPE PECORELLI NETO (2º APDO.)

***EMENTA: DIREITO PROCESSUAL PENAL E PENAL. CORRUPÇÃO ATIVA. ART. 333 DO CÓDIGO PENAL. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. COMPROVAÇÃO DO CONLUÍO ENTRE OS RÉUS E INTEGRANTES E INTERMEDIÁRIOS DE EQUIPE DE SERVIDORES QUE COMPUNHAM, À ÉPOCA DOS FATOS, O ESQUEMA CRIMINOSO QUE VEIO À TONA COMO “O ESCÂNDALO DA PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL NA PARAÍBA”. CASO EM QUE A FRAUDE FOI PERPETRADA MEDIANTE AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO AFORADA PERANTE A JUSTIÇA ESTADUAL EM COMARCA DO INTERIOR (BAYEUX/PB), RESULTANDO NA COMPENSAÇÃO DA DÍVIDA TRIBUTÁRIA COM CRÉDITOS DE TDA’S INEXISTENTES.***

***- Afigura-se possível a condenação com base em provas indiciárias, quando denotam indícios veementes, formando uma unidade com outros elementos probatórios, capaz de gerar, na mente do julgador, um juízo de certeza sobre a autoria e materialidade do delito. As provas colhidas na instrução apontam, de forma extreme de dúvidas, haverem os réus oferecido ou prometido vantagem indevida a membros do corpo funcional da Procuradoria da Fazenda Nacional na Paraíba, agenciadores do esquema fraudulento de cancelamento dos débitos inscritos na dívida ativa da União.***

**- Autoria e materialidade positivadas em fraude perpetrada mediante ação de consignação aforada em comarca da Justiça Estadual em município do interior (Bayeux/PB), resultando na compensação da dívida tributária com créditos inexistentes relativos a títulos da dívida agrária, e mormente pelo depoimento de membro da quadrilha quanto ao pagamento a integrantes do “esquema” da PFN-PB de dinheiro (R\$ 50.000,00) para o cancelamento do débito da empresa inscrito em dívida ativa da União.**

**- Inegável o conluio entre os réus e “representantes” daquela em tudo censurável organização criminosa, instalada, à época, na alta cúpula da PFN-PB, e que garantia os venais interesses daqueles que, sob uma “aura” de legalidade, objetivavam a extinção de suas dívidas tributárias, próprias ou de suas empresas, mediante fraudes e cancelamento, via sistema informatizado, dos valores inscritos em dívida ativa da União.**

**- Razoável e proporcionalmente valoradas as provas trazidas aos autos, notadamente os testemunhos colhidos, além da farta documentação que instruiu o inquérito policial, bem como durante a instrução criminal respectiva, representativos da total procedência da imputação lançada contra os réus, de haverem protagonizado o delito já mencionado (art. 333 do CPP).**

**- Crime formal. Afigura-se irrelevante, para a consecução do delito, a fugacidade do cancelamento fraudulento da dívida tributária, em razão de reinscrição advinda após saneamento das irregularidades.**

**- Rejeitada a tese da desclassificação do delito para estelionato qualificado pelo cometimento do crime em detrimento de entidade de direito público, capitulado no artigo 171, § 3º, do Código Penal, haja vista a prova do oferecimento de vantagem indevida a funcionários públicos para a consecução da fraude.**

**- Pena fixada em definitivo no patamar de 5 (cinco) anos de reclusão, além de multa, pela prática do crime de corrupção ativa (art. 333 do CP).  
- Apelação criminal do Ministério Público Federal 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 maioria, dar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator.

Recife, 2 de agosto de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO WILDSON DA SILVA DANTAS - Relator Convocado

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEIREIRA NOBRE JÚNIOR:

O Ministério Público Federal apela da sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal da Paraíba que absolveu os denunciados Adail Byron Pimentel e Zezé Veríssimo Diniz da suposta prática de corrupção ativa, capitulado no art. 333 do Código Penal, ante a insuficiência de provas, nos termos do art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

Narra a denúncia que Zezé Veríssimo Diniz, na qualidade de representante da empresa Ponto Doce Distribuidora de Alimentos Ltda., por intermédio do também denunciado, o advogado Adail Byron Pimentel, forjaram a quitação de débitos tributários, no valor de R\$ 225.913,49 (duzentos e vinte e cinco mil novecentos e treze reais e quarenta e nove centavos) por meio de ação de consignação em pagamento, instaurada na Justiça Estadual da comarca de Bayex/PB, mediante oferecimento de títulos da dívida agrária.

Consta, ainda, que os débitos inscritos na dívida ativa, em 06/08/1998, foram fraudulentamente cancelados em 08/02/1999 e reativados em 05/04/1999 e, posteriormente cancelados em 30/04/1999, sem nenhuma motivação idônea, período coincidente com depósitos nas contas dos funcionários da Procuradoria da Fazenda Nacional da Paraíba.

Irresignado o Ministério Público Federal interpõe apelação aduzindo que há provas suficientes à condenação. A uma, porque o autor do cancelamento dos débitos da empresa Ponto Doce Distribuidora de Alimentos Ltda. admitiu que agiu, de maneira criminosa, a mando do ex-Procurador Antonio Moreira. A duas, porque foi o referido procurador quem concordou, na audiência proposta em Ação de Consignação, ajuizada perante juízo incompetente, aceitar títulos da dívida agrária como forma de quitação de débitos fiscais da mencionada empresa. A três, porque não se pode esperar que os acusados confessem o delito, nem que tenham efetuado o pagamento por meio de cheque nominal ou qualquer outra forma identificadora do pagamento indevido. A quatro, por ser plenamente possível o reconhecimento de indícios como meio de provas.

Contrarrazões apresentadas por Adail Byron Pimentel, fls. 1364/1373, e por Zezé Veríssimo Diniz, fls. 1385/1393.

Ouvida, a Procuradoria Regional da República se pronunciou em parecer circunstanciado pelo provimento do apelo, a fim de que os acusados sejam condenados pelo disposto no art. 171, § 3º, do Código Penal.

É o relatório. À revisão.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO WILDSON DA SILVA DANTAS (Relator Convocado):

Cuida-se de apelação do Ministério Público Federal contra sentença que absolveu os réus da acusação pela prática de crime de corrupção ativa, capitulado no artigo 333 do Código Penal, *in verbis*:

### **Corrupção ativa**

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou re-

tardar ato de ofício:

Pena - reclusão, de 1 (um) ano a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

Lembro que, no caso em análise, não se aplica a nova redação do dispositivo, dada pela Lei nº 10.763, de 12 de novembro de 2003, aumentando a pena mínima cominada ao delito, porque os fatos ocorreram antes da inovação legislativa, e a lei penal não retroage para prejudicar o réu.

Pois bem, na denúncia o Ministério Público Federal imputou aos acusados Zezé Veríssimo Diniz e Adail Byron Pimentel a oferta de vantagem ilícita ao Ex-Procurador-Chefe da Procuradoria Nacional da Fazenda, na Paraíba, para que esse promovesse o cancelamento indevido de dívida tributária.

Segundo a acusação, Zezé Veríssimo Diniz praticou o crime na qualidade de representante da empresa Ponto Doce Distribuidora de Alimentos Ltda., em conluio com Adail Byron Pimentel, advogado, que intermediou a negociação. Eis os fatos, como descritos na peça acusatória:

- A empresa Ponto Doce Distribuidora de Alimentos Ltda. promoveu uma ação de consignação em pagamento contra a União no Juízo Estadual da Comarca de Bayeux/PB, onde tramitou sob o nº 07597001207-8, ação que foi processada e julgada em apenas 3 (três) dias úteis;

- Em 12.12.97, uma sexta-feira, foi distribuído o feito onde a empresa pedia a quitação de débitos tributários mediante compensação com direitos creditórios sobre títulos da dívida agrária supostamente originários do Processo de Desapropriação nº 946010770-2, à época, em trâmite na Vara Única de Cascavel, Estado do Paraná;

- Em 16.12.97, na terça-feira seguinte, foram realizadas a autuação do feito, a expedição do mandado de citação e a citação da Fazenda Nacional, através do ex-Procurador da Fazenda Nacional Antônio Carlos Costa Moreira;

- Em 17.12.97, o referido ex-Procurador da Fazenda Nacional peticionou concordando com o pedido formulado, havendo sido



realizada, na mesma data, audiência em que, por sentença, restou homologado o acordo.

**Esses fatos são inconteste e amplamente comprovados pela documentação constante dos autos.**

A situação narrada evidencia para além de qualquer dúvida a prática de uma fraude, vez que os acusados se valerem de um simulacro de processo judicial para forjarem a quitação dos débitos tributários, no valor de R\$ 225.913,49 (duzentos e vinte e cinco mil novecentos e treze reais e quarenta e nove centavos). Digo que se trata de uma fraude exatamente porque, sob um expediente legítimo na aparência, os acusados, em comunhão de propósitos, promoveram ao cancelamento indevido da dívida fiscal.

O Ministério Público Federal indica as inconsistências no procedimento:

- A ação foi proposta perante o Juízo Estadual da Comarca de Bayeux/PB, absolutamente incompetente para processar e julgar a causa, eis que era ré a União;

- O valor da dívida era de R\$ 225.913,49, porém atribui-se à causa o valor de R\$ 100,00;

- Os débitos tributários ainda não haviam sido inscritos em dívida ativa da União, encontrando-se sob gestão da Delegacia da Receita Federal em João Pessoa;

- Os débitos só foram inscritos em DAV oito meses depois, em 06/08/1998, e foram irregularmente cancelados duas vezes – em fevereiro e abril de 1999, por Ricardo Cezar Ferreira de Lima, cumprindo determinação de Antônio Carlos Moreira;

- O prazo para contestar a demanda era de 60 (sessenta) dias, porém o ex-Procurador a apresentou no dia seguinte à citação, inclusive subscrita em Bayeux – indicando que ele foi até a sede do Juízo para se dar por citado – e concordou com o pedido absurdo, contrariando as normas da PGFN que proibiam a aceitação de títulos da dívida agrária como forma de quitação de débitos fiscais;

- O ex-Procurador não impugnou a incompetência absoluta do Juízo de Bayeux/PB para processar e julgar a demanda e compareceu pessoalmente à audiência e ao Cartório Monteiro da Franca, para firmar o registro público da cessão de direito creditórios.

Vale acrescentar outra reflexão acerca das inconsistências na tramitação dessa ação de consignação em pagamento.

No caso dos autos, não se pode alegar que a propositura da demanda perante o Juízo da Comarca de Bayeux/PB fora apenas uma mostra da ignorância do advogado quanto à competência da Justiça Federal. Isso porque a sede da empresa era em João Pessoa/PB, de modo que, mesmo nesse caso a ação deveria ter sido ajuizada na Capital e não no interior, o que reforça a conclusão de que houve uma escolha deliberada do advogado – e não uma escolha arbitrária, mas sim motivada por razões escusas.

**As irregularidades apontadas no procedimento, visando cancelar a dívida tributária, constituem forte indício da prática do crime de corrupção ativa pelos acusados, pois denunciam a existência de um conluio entre os réus e o ex-Procurador da Fazenda Nacional Antônio Carlos Costa Moreira para burlar o Fisco.**

A natureza fraudulenta do procedimento se confirmou, além de tudo, quando investigada a origem dos supostos títulos da dívida agrária utilizados no simulacro de processo. A narrativa do Ministério Público Federal nessa parte é bastante elucidativa:

- Darcy Cavalli e sua esposa, Lourdes Paulina Cavalli, representados por Delson de Almeida Jorge, cederam, a título gratuito, os direitos creditórios e indenizatórios, sobre uma fração ideal de um imóvel, que estava em processo de desapropriação promovida pelo INCRA, na Justiça Federal de Cascavel/PR; essa fração correspondia a uma área de 25,0 hectares e a eventuais 6.000 títulos da dívida agrária;

- A cessão foi realizada em favor de José Carlos Soares de Melo, que transferiu os direitos creditórios à Ponto Doce Distribuidora de Alimentos Ltda., e esta os repassou para a União, com a anuência de Antônio Carlos Moreira da Silva.

**Em boa verdade, consoante foi apurado na investigação policial e confirmado em juízo, nunca existiram os tais títulos da dívida agrária (TDA's) dados em compensação com os débitos tributários junto à Fazenda Nacional, havia apenas uma promessa de dívida por uma desapropriação que ainda tramitava na Justiça Federal no Paraná.**

Não há dúvidas, portanto, que a suposta ação de consignação em pagamento não passou de uma manobra fraudulenta arquitetada pelos acusados, que, em conspiração com o ex-Procurador da Fazenda Nacional, tentaram lesar os cofres públicos mediante cancelamento indevido da dívida tributária.

Há a registrar que na época da fraude os débitos ainda não haviam sido inscritos em dívida ativa, de maneira que sequer estavam sujeitos à gestão da Procuradoria da Fazenda.

Depois esses créditos vieram a ser inscritos em dívida ativa da União, em 06/08/1998, mas foram fraudulentamente cancelados pelo ex-servidor da Procuradoria Nacional, Ricardo César Ferreira de Lima, por determinação do ex-Procurador-Chefe da Fazenda Nacional, Antônio Tavares de Carvalho.

Posteriormente, em 05/04/1999 foram reativados e, novamente, extintos, em 30/04/1999, sem qualquer motivação legal.

Esses cancelamentos deram-se, enfim, sem que houvesse efetiva quitação dos débitos e à margem dos procedimentos legais e rotinas próprias.

Ocorre que, segundo depoimento do servidor responsável, ambos os cancelamentos se deram por determinação do ex-Procurador-Chefe da Fazenda Nacional.

**As ingerências descabidas do ex-Procurador da PFN, Antônio Tavares Carvalho, nos sucessivos cancelamentos da dívida tributária, revelam sua participação na trama criminosa e a comunhão de propósitos com os acusados.**

Todos esses fatos foram sopesados pelo Juízo *a quo*; não lhe escapou à percepção a existência de anomalias envolvendo a compensação, mediante consignação, e os cancelamentos de débitos da empresa. Nada obstante, segundo sua convicção não teria sido comprovada a oferta de vantagem indevida.

Com efeito, a norma incriminadora do artigo 333 do Código Penal estatui claramente que a corrupção ativa se consuma com a oferta ou promessa de vantagem indevida. Tem-se, portanto, que a tipificação do delito exige a prova dessa conduta (núcleo) do crime, bem como do seu objeto material: a vantagem indevida.

Essa é justamente a tese da defesa, reiterada nas contrarrazões ao recurso de apelação, de que ambos agiram de boa-fé e de que as provas dos autos são insuficientes para uma condenação.

Zezé Veríssimo Diniz insiste na versão de que apenas contratou um advogado famoso para solucionar o problema da dívida que tinha com o Fisco federal, procurando atribuir toda responsabilidade pela fraude ao outro acusado, a quem qualifica de artífice do pagamento mediante oferta de direitos creditórios. Suscita, então, que o processo administrativo instaurado para apurar a conduta do juiz de direito que homologou o acordo foi arquivado, afirmando que as provas não bastam para embasar a condenação.

Adail Byron Pimentel envereda pelo mesmo caminho sustentando que apenas atuou no exercício de sua profissão de advogado defendendo uma tese em Juízo e, enfim, que não há provas da sua participação no crime de corrupção ativa.

Ainda que respeitável, o entendimento adotado pelo eminente magistrado de primeiro grau, *data maxima venia*, não pode ser mantido.

A r. sentença apelada, posto que bastante extensa, constitui-se quase toda de relatório, sendo que a análise das provas consta fundamentalmente nas fls. 1311/1313.

Ali, ao analisar as provas, o douto magistrado afirmou que realmente foram demonstradas inconsistências no processo judicial e no cancelamento da dívida, mas não foi provada a oferta de vantagem indevida, sobretudo porque os réus negaram os fatos; é aqui que divirjo totalmente das conclusões do eminente juiz.

### **Fraude houve: isso é indiscutível.**

Resta saber se a participação do agente público na perpetração da fraude foi motivada por uma oferta de vantagem indevida, e se essa oferta pode ser atribuída aos acusados.

Pois bem, nesse ponto é preciso contextualizar os fatos.

Se estivéssemos diante de um caso isolado, seria possível admitir que essa ocorrência fora algo absolutamente estranho, um fato despregado da realidade, um acontecimento sem explicação,

enfim, um fato incompreensível cuja elucidação fugiria da lógica e da observação do que normalmente acontece.

Ocorre que, uma vez inserida nas circunstâncias de fato que o rodeiam, a narrativa da denúncia adquire outras cores, e permite ao observador atento a exata compreensão do que na verdade aconteceu.

Não se trata, como dito, de um fato isolado, mas sim de mais dos inúmeros casos que compuseram o chamado escândalo da Procuradoria da Fazenda Nacional na Paraíba.

É consabido que o ex-Procurador da Fazenda Nacional Antônio Carlos Costa Moreira integrava a organização criminosa, instalada, à época, na alta cúpula da PFN-PB que promovia o cancelamento indevido de dívidas tributárias mediante obtenção de vantagens ilícitas.

À luz dessas circunstâncias torna-se bem mais fácil entender o que se passou. Por que motivo um Procurador da Fazenda Nacional agiria de forma tão estranha? Por que motivo iria sair de seus cuidados na sede da PFN para dar-se por citado em uma demanda que tramita no interior do Estado? Por que tomaria a iniciativa de fazê-lo e ao se pronunciar nos autos deixaria de atentar para todas as inconsistências da demanda, inclusive para a incompetência absoluta do juízo? Por que um Procurador da Fazenda iria concordar com um pedido de compensação de dívida tributária com TDA's, ainda por cima inexistentes? Por que um Procurador da Fazenda iria contrariar todas as regras da PGFN, fugir à rotina, e praticar atos tão incompreensíveis?

**Eis uma resposta simples que responde todas essas perguntas: ele era corrupto!**

Dessa premissa segue-se a conclusão: houve oferta de vantagem indevida para o ex-Procurador. Esse é o desdobramento lógico e natural da premissa, pois é assim que agem os corruptos: visando obter vantagens ilícitas, vilipendiando a função pública, corrompendo-se, sobretudo, pela promessa de pagamento de quantias em dinheiro.

É bem verdade que esse fato, isoladamente considerado, constitui apenas um indício; porém, é mais um indício – e forte – de que

os réus ofereceram vantagem indevida a Antônio Moreira, e que vem se somar aos outros indícios já coligidos.

A esse indício soma-se uma prova.

Como se sabe, o esquema de corrupção na Procuradoria da Fazenda Nacional da Paraíba era conduzido por uma verdadeira organização criminosa, composta por Procuradores da Fazenda e servidores do órgão.

Pois bem, um dos servidores que integrava a quadrilha foi o responsável pelos cancelamentos e reativação das dívidas tributárias, Ricardo César Ferreira de Lima. Ouvido sobre os fatos envolvendo a Ponto Doce Distribuidora de Alimentos Ltda. eis o que declarou em juízo:

**Que com referência à empresa Ponto Doce Distribuidora de Alimentos Ltda., o interrogado pode afirmar que efetivamente cancelou os débitos dessa empresa a mando de Dr. Antônio Tavares, através de despacho. (...) - fl. 362.**

Que José Ronaldo Teixeira tinha livre acesso através de Dr. Carvalho, tendo se apresentado na dívida ativa como representante da Ponto Doce; que o declarante cancelou o débito por ordem de Dr. Carvalho, tendo o débito sido reativado e, posteriormente cancelado (...) **que confirma que ouviu Ronaldo Teixeira que Dr. Antônio Carvalho teria recebido cinquenta mil reais para cancelar o débito daquela empresa na Procuradoria da Fazenda Nacional (...) - fls. 794/796.**

Nesse ponto deixam-se de lado os indícios e passa-se a analisar uma prova: o depoimento de um dos quadrilheiros, confessando que houve o pagamento de dinheiro para o cancelamento da dívida da Ponto Doce Distribuidoras de Alimentos Ltda. Não se trata, portanto, de mera prova indiciária, trata-se de uma prova indiciária corroborada por uma prova oral emprestada de outro processo, consistente no depoimento de um dos membros da organização criminosa, confirmado em juízo.

A bem da transparência, é preciso dizer que Ronaldo Teixeira, ouvido sobre os fatos, negou que houvesse feito a declaração reproduzida por Ricardo César. No entanto, na livre apreciação da

prova dos autos, tenho que o depoimento de Ricardo é muito mais coerente com o acervo probatório do que o de Ronaldo Teixeira, que não tinha motivo algum para confirmar sua participação em mais um ato de corrupção.

Tudo converge para a prática da corrupção ativa. A prova dos autos é coerente e consistente, quanto aos seguintes fatos: a) houve uma fraude visando burlar o Fisco; b) o ex-Procurador da Fazenda Nacional, Antônio Moreira, colaborou com ela ativamente; c) o ex-Procurador era corrupto; d) ocorreu pagamento de dinheiro – R\$ 50.000,00 – para que fosse efetivado o cancelamento da dívida da Ponto Doce na Fazenda Nacional.

Esses são os fatos, segundo minha convicção, que obtive a partir da análise do conjunto probatório harmônico e coerente formado nos autos deste processo, de maneira que não tenho dúvida nenhuma de que a participação de Antônio Moreira foi motivada pela promessa de vantagem indevida, e que essa vantagem efetivamente se perfez com o pagamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para que fosse cancelada a dívida tributária da Ponto Doce Ltda.

O juízo *a quo* entendeu que essas provas não seriam suficientes para a condenação.

Pesou, na sua avaliação, o fato de que Ronaldo Teixeira negou a conversa e tanto Zezé Veríssimo quanto Adail Byron negaram a acusação.

Realmente, considerando que não houve confissão, deve-se reconhecer que não existe prova direta nos autos quanto à participação dos acusados na consumação no delito.

Nesse ponto tanto a r. sentença apelada quanto a defesa têm razão quando afirmam que a prova que justifica uma condenação criminal deve ser robusta, extreme de dúvidas, e que a certeza necessária a um decreto condenatório só se firma quando ultrapassado o limite da dúvida razoável (*in dubio pro reo*); essa lição fundamental do direito penal é irretorquível, pois mais vale absolver um culpado do que assumir o risco de condenar um inocente.

Por outro lado, também não se pode exigir uma demonstração inexorável do crime, uma prova de ouro que avalize a forma-

ção da culpa, como seriam a confissão (mesmo porque existem confissões falaciosas) e a perícia (até porque nem sempre há um objeto periciável).

A prova deve ser firme, racional, o que não significa que o juiz não possa formar sua convicção e extrair conclusões condenatórias seguras a partir da valoração de elementos indiciários. O juiz pode sim fazê-lo, e muitas vezes deve, sendo perfeitamente admissível a condenação com base em provas indiciárias, quando denotam indícios veementes, formando uma unidade com outros elementos probatórios, capaz de gerar, na mente do julgador, um juízo de certeza sobre a autoria e materialidade do delito.

**A justiça é cega, mas o juiz não tem o direito de ser ingênuo.**

É natural que os réus neguem as acusações. Por que não o fariam? Mas os indícios colhidos nos autos quanto à autoria do crime são insofismáveis.

Zezé Veríssimo insiste que nada sabia sobre a fraude e que procura atribuir toda responsabilidade a seu advogado, alegando que não há provas e que o juiz da causa não foi responsabilizado no âmbito administrativo. Afastemos de logo o argumento que invoca a situação do juiz de direito. Ele não é réu nesta ação penal e o arquivamento do processo administrativo não prova nada. A solução da controvérsia destes autos tem que ser resolvida pela análise das provas constantes dos autos, e só.

Quanto à versão de que o autor nada sabia e que, na realidade, toda responsabilidade pela fraude cabia a seu advogado, ela não resiste a uma análise cuidadosa dos autos. Veja-se que o réu afirmou no inquérito – quando estava acompanhado de sua defensora, Fátima de Lourdes Lopes Correia Lima, em 19/02/2001 – o seguinte:

Que ficou acertado com o advogado Adail Byron Pimentel, que a dívida da empresa do reinquirido junto à Procuradoria da Fazenda Nacional, no valor aproximado de R\$ 230.000,00 (duzentos e trinta mil reais), seria quitada por aproximadamente R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), incluindo o valor pago pelas TDA's (...) - fls. 161/162.



Eis aí a prova do dolo do acusado. Como é possível que uma dívida de R\$ 230.000,00 de tributos não pagos seja quitada pelo pagamento de uma quantia ínfima, que representa aproximadamente um oitavo do valor total?

*Data venia*, a alegação de que o acusado não sabia de nada é um insulto à inteligência dos membros deste Tribunal como, aliás, fora bem colocado pelo Ministério Público Federal em sua apelação.

Não tenho dúvidas de que o acusado não só foi o responsável pelo pagamento da quantia exigida pela quadrilha – o que o coloca na linha causal dos fatos – como claramente sabia de que tudo não passava de uma fraude. Além do mais, o acusado foi o grande beneficiado pelo cancelamento indevido da dívida tributária e o maior interessado na corrupção do agente público. Enfim, ficou suficientemente provado de que participou deliberadamente da corrupção do ex-Procurador da Fazenda.

As alegações de Adail Byron não merecem melhor sorte. Conforme ficou comprovado nos autos foi ele quem propôs a Zezé Veríssimo a utilização de TDA's na quitação da dívida tributária, orientou e intermediou a cessão de crédito – lembre-se, de créditos inexistentes.

Enfim, procurado pelo contribuinte o advogado não se limitou a agir como advogado, porquanto em conluio com o outro acusado arquitetou e perpetrou a fraude, intermediando a negociação com o ex-procurador da fazenda. Não há negar que o acusado concorreu para a corrupção e o fez de forma consciente, sendo absolutamente inverossímil que desconhecesse os absurdos jurídicos do simulacro da causa que patrocinou.

**Enfim, tudo converge para os acusados como autores da corrupção ativa:**

- a) Zezé Veríssimo confessou que “acertou” com o advogado que iria pagar um valor ínfimo para quitar a dívida;
- b) pagou a vantagem indevida e era o único beneficiado pela corrupção do ex-procurador da fazenda;
- c) Adail Byron intermediou a cessão das TDA's inexistentes;

d) patrocinou a demanda e o simulacro de processo visando ao cancelamento indevido da dívida.

Ante o exposto, pode-se afirmar sem receio que as provas colhidas na instrução apontam, de forma extreme de dúvidas, haverem os réus – em comunhão de propósitos – oferecido ou prometido vantagem indevida ao Ex-Procurador Chefe da Procuradoria da Fazenda Nacional na Paraíba, agenciador do esquema fraudulento de cancelamento dos débitos inscritos na dívida ativa da União.

Em suma, a autoria e materialidade foram positivadas pela prática da fraude perpetrada mediante ação de consignação aforada em comarca da Justiça Estadual em município do interior (Bayeux/PB), resultando na compensação da dívida tributária com créditos inexistentes relativos a títulos da dívida agrária, e mormente pelo depoimento de membro da quadrilha quanto ao pagamento a integrantes do “esquema” da PFN-PB de dinheiro (R\$ 50.000,00) para o cancelamento do débito da empresa inscrito em dívida ativa da União.

Desse modo, inegável o conluio entre os réus e o representante daquela em tudo censurável organização criminosa, instalada, à época, na alta cúpula da PFN-PB, e que garantia os venais interesses daqueles que, sob uma “aura” de legalidade, objetivavam a extinção de suas dívidas tributárias, próprias ou de suas empresas, mediante fraudes e cancelamento, via sistema informatizado, dos valores inscritos em dívida ativa da União.

Entendo que essa solução advém da valoração razoável e proporcional das provas trazidas aos autos, notadamente os testemunhos colhidos, além da farta documentação que instruiu o inquérito policial, bem como durante a instrução criminal respectiva, representativos da total procedência da imputação lançada contra os réus, de haverem protagonizado o delito já mencionado (art. 333 do CPP).

No mais, registro que, em se tratando de crime formal, afigura-se irrelevante, para a consecução do delito, a fugacidade do cancelamento fraudulento da dívida tributária, em razão de reinscrição advinda após saneamento das irregularidades.

Comprovada a corrupção ativa, entendo prejudicada a tese da Procuradoria Regional da República que pretendia desclassificar o delito para estelionato qualificado pelo cometimento do crime em detrimento de entidade de direito público, capitulado no artigo 171, § 3º, do Código Penal. Isso por que restou comprovado o oferecimento de vantagem indevida a funcionários públicos para a consecução da fraude.

Do exposto, condeno os acusados pela prática de corrupção ativa, com fundamento no artigo 333 do Código Penal.

Passo a dosimetria da pena.

Sobre o critério para fixação da pena-base, trago, por adequado, ensinamentos de Ricardo Augusto Schmitt:

Atualmente, temos presente nos Tribunais Superiores uma tendência em se tratar com igualdade todas às circunstâncias judiciais enumeradas pelo legislador. Ora, se o próprio legislador não anunciou uma maior ou menor preponderância de uma circunstância em relação à outra – como o fez, por exemplo, com as circunstâncias legais (art. 67 do CP) – é porque quis que as oito circunstâncias judiciais recebessem o mesmo tratamento legal, como forma de permitir uma melhor aferição à dosagem da pena-base ideal, dentro dos limites propostos no preceito secundário do tipo (pena em abstrato).

E, logicamente, se assim o fez, os Tribunais passaram a tratar a matéria dentro de um prisma de proporcionalidade, partindo do princípio de que todas as circunstâncias judiciais possuem o mesmo grau de importância (ao menos legalmente).

(...)

O critério que vem sendo albergado pelos Tribunais Superiores repousa numa situação prática e simples, que tem resultado a partir da obtenção do intervalo da pena prevista em abstrato ao tipo (máximo-mínimo), devendo, em seguida, ser encontrada sua oitava parte (1/8), ou seja, dividir o resultado obtido por 8 (oito), em vista de ser este o número de circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal. (SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. 5ª ed., Salvador: Juspodivm, 2010, p. 123/124).

Portanto, para o cálculo do valor da circunstância judicial é de se considerar a subtração entre a pena máxima e a mínima e deste resultado dividir por 8 (oito) que corresponde ao número total de circunstâncias.

No caso, tendo o delito de corrupção ativa a pena máxima de 8 (oito) anos, subtraindo-se o valor da pena mínima de 1 (um) ano chega-se ao resultado de 7 (sete) anos, que correspondem a 84 (oitenta e quatro) meses, os quais, divididos por 8 (oito), equivalem ao patamar de valoração de aproximadamente 11 (onze) meses por circunstância.

No caso dos autos, das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal três se afiguram desfavoráveis, igualmente, em relação aos dois condenados. A propósito disso, quanto à necessidade de individualização da pena, antecipo que no caso dos autos as três circunstâncias desfavoráveis dizem respeito, igualmente, aos dois acusados, logo, não haveria necessidade de separar a análise delas.

A primeira circunstância desfavorável diz respeito à culpabilidade dos agentes que se revelou intensa, pois ambos demonstraram ousadia e desprezo pelas instituições, não hesitando em desvirtuar a própria função do Poder Judiciário como instrumento para a prática da fraude, transformando em acessório para a corrupção do funcionário público.

A segunda delas diz respeito às circunstâncias em que o crime foi praticado, eis que os acusados se valeram de expedientes aparentemente legítimos para dar ares de legalidade aos atos praticados em conluio, utilizando meio sofisticado para ocultar a corrupção e legitimar a conduta do funcionário público. Esse *modus* demandou preparação, planejamento, enfim uma premeditação cuidadosa, pelo que se justifica uma maior reprovabilidade da conduta.

A terceira circunstância desfavorável diz respeito às consequências do crime, eis que a corrupção do funcionário público resultou no cancelamento de dívida tributária de valor elevado, girando em R\$ 250.000,00 reais, outro motivo pelo qual a pena-base deve ser exasperada.

Não identifico nas outras circunstâncias judiciais nada que autorize a exasperação ou diminuição da pena-base. De tal modo, sendo três as circunstâncias desfavoráveis para ambos os acusados, entendo de acrescer o total de 33 (trinta e três) meses, ou seja, 2 (dois) anos e 9 (nove) meses, à pena mínima cominada, o que resulta na pena-base de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes, tenho por manter a pena-base fixada.

Por fim, considerando que o funcionário público, em razão da vantagem indevida, infringiu dever funcional, incide na hipótese a causa de aumento do artigo 333 do Código Penal.

Assim, a pena deve ser aumentada em um terço sendo cominada, ao final, no patamar médio de 5 (cinco) anos de reclusão, que torno definitiva para cada réu.

Fixo a pena de multa proporcionalmente ao patamar da pena privativa de liberdade, em 200 dias-multa, cujo valor fixo em 1/2 (um meio) do valor do salário mínimo vigente na época dos fatos, para cada réu.

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade cominada, porque não atendido o pressuposto do artigo 44, I, do Código Penal.

Regime inicial de cumprimento semiaberto, nos termos do artigo 33, § 2º, do Código Penal.

Do exposto, dou provimento à apelação do Ministério Público Federal.

É como voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.720-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-  
LIANO  
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Apelados: MARINALVA COSTA PEREIRA, SEVERINO MARCEL  
FERREIRA DE SOUZA, MAURÍCIO ALVES DE SOU-  
ZA, EDSON MURILO DE SOUZA LIDIO E ELIANE  
DE LIMA  
Advs./Procs.: DRS. DACIO ANTONIO MARTINS DIAS E OUTROS  
E FRANCISCO ROMÃO SAMPAIO TELES

***EMENTA: PENAL. RECURSO MINISTERIAL. ROUBO QUALIFICADO. CRIMES DE INFORMÁTICA. FURTO QUALIFICADO. ART. 155, § 4º, II E IV, DO CÓDIGO PENAL. FRAUDES ATRAVÉS DA INTERNET. LARANJAS. AGENTES QUE CEDIAM SEUS DADOS PESSOAIS PARA A CONFECÇÃO DE CARTÕES BANCÁRIOS. PESSOAS DE BAIXA INSTRUÇÃO, EM SITUAÇÃO DE MISÉRIA, QUE DESEJAVAM APENAS AUXILIAR TERCEIRO MEDIANTE AGRADECIMENTO FINANCEIRO MÍNIMO. DOLO ESPECÍFICO NÃO COMPROVADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO DIREITO PENAL. ABSOLVIÇÃO DOS LARANJAS MANTIDA. AGENTE INTEGRANTE DA QUADRILHA NA QUALIDADE DE CARTÃOZEIRO. ABERTURA DE CONTAS E OBTENÇÃO DE CARTÕES E SENHAS BANCÁRIOS DE TERCEIROS PARA TRANSFERÊNCIA FRAUDULENTA DE DINHEIRO PARA USO DA QUADRILHA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59 DO CP. POSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. AUMENTO DAS PENAS PRIVATIVA DE LIBERDADE E DE MULTA. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE.***

- **Pessoas acusadas de atuar como “laranjas” para uma organização criminoso especializada em cometer crimes contra a Caixa Econômica Federal e contra outras instituições bancárias.**
- **Réus – “laranjas” – que cediam seus dados bancários aos chefes da quadrilha, para que eles supostamente pudessem “receber um dinheiro” que lhes era devido, não tendo conhecimento de que os membros da quadrilha abriam contas correntes em nome deles, para que essas contas fossem utilizadas como ‘destino’ para transferências bancárias fraudulentas. Chefes da quadrilha que, em seguida, efetuavam saques, sob a promessa de repassar a eles valor nunca superior a R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) como gratificação pela “ajuda”.**
- **O dolo específico avulta como o elemento caracterizador da prática do crime, perfectibilizando o ilícito a que alude o art. 155, § 4º, II, do vigente CP. Descabe cogitar-se de furto qualificado, se o agente não detinha a consciência do ardil, da fraude, sendo exigida, ainda, a vontade deliberada de obter para si, através de meios fraudulentos, a coisa alheia – que sabia ilícita – no caso, o numerário das contas correntes de terceiros.**
- **Conquanto as réas tenham agido de forma temerária, ao entregarem seus dados pessoais e bancários a terceiros, e não terem adotado as cautelas necessárias à obtenção do suposto empréstimo bancário “facilitado”, não há nos autos provas de que elas, deliberadamente, tenham agido com o fito de auxiliarem ou de participarem de uma quadrilha destinada a subtrair, fraudulentamente, dinheiro da Caixa Econômica Federal, via rede mundial de computadores.**
- **Rés que, na condição de pessoas de pouca instrução, algumas das quais vivendo com menos da metade de um salário mínimo por mês,**

**sem cônjuges ou companheiros, e criando vários filhos, não tinham a prática de realizar operações financeiras, nem detinham conhecimento sobre a praxe bancária, sendo facilmente ludibriadas pelos chefes da quadrilha.**

**- Ausência do dolo – correspondente à vontade deliberada de participar da fraude eletrônica realizada por quadrilha especializada em cometer crimes via internet – dos “laranjas”. Absolvição mantida.**

**- Severino Marcel Ferreira de Souza condenado na sentença a 2 (dois) anos (pena-base) e 8 (oito) meses de reclusão (continuidade delitiva) de reclusão e a 13 (treze) dias-multa, como incurso no art. 155, § 4º, II e IV, do Código Penal - CP, por fazer parte da quadrilha que, mediante fraude, conseguiu obter dados bancários de clientes da Caixa Econômica Federal - CEF, a fim de ter acesso ao numerário depositado nas contas dos correntistas da instituição bancária, sendo ele um dos “cartãozeiros” ou “biscoiteiros”, que eram responsáveis pela cooptação de correntistas da CEF dispostos a oferecerem suas contas e cartões à quadrilha, em troca de pequena porcentagem do valor desviado, tendo ele confessado judicialmente o delito.**

**- A dosimetria da pena deve ser aplicada, respeitando-se o sistema trifásico imposto pelo Diploma Penal, qual seja, a observância das circunstâncias judiciais do art. 59, seguida das circunstâncias agravantes e atenuantes e, por fim, das causas de aumento ou de diminuição de pena.**

**- Apelado que granjeou conceito desfavorável relativamente às 3 (três) das 8 (oito) circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o que autoriza a fixação da pena-base em quantum acima do mínimo legal. Pena-base fixada em 03 (três) anos de reclusão.**



- ***Crime qualificado pelo concurso de pessoas, porque o apelado participava ativamente da quadrilha auxiliando a ação criminosa, e mediante fraude, porque ele abria contas bancárias em seu nome para movimentar o dinheiro da quadrilha, mediante o uso de cartões bancários e senhas de terceiros, normalmente pessoas humildes, sem condições financeiras, e de pouca instrução, incapazes de aferir a conduta fraudulenta.***
- ***Incidência da causa de aumento de pena referente à continuidade delitiva, na fração de 1/3 (um terço).***
- ***Pena definitiva fixada em 04 (quatro) anos de reclusão. Substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos.***
- ***Reprimenda pecuniária elevada para 30 (trinta) dias-multa, mantendo-se o valor de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.***
- ***Apelação do MPF provida em parte, apenas para aumentar as penas privativa de liberdade, e de multa, de Severino Marcel Ferreira de Souza, mantida a absolvição dos “laranjas”.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento, em parte, à apelação do Ministério Público Federal, 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, 8 de setembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-  
LIANO:

Apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal, que se insurgiu em face da sentença que absolveu Marinalva Costa Pereira, Antônio Inácio Barbosa, Edson Murilo de Souza Lídio, Maurício Alves de Souza, e Eliane de Lima, da prática do ilícito previsto no art. 155, § 4º, II, do Código Penal (furto qualificado), fundamentando-se na ausência de dolo das réis, porque a maioria delas, pessoas de pouca instrução – ou mesmo analfabetas – em situação próxima à da miséria, acreditaram nos membros da quadrilha que lhes garantiram a licitude do empréstimo de seus cartões bancários e senhas perante a Caixa Econômica Federal - CEF, contribuindo de forma inconsciente para a prática delituosa, devendo prevalecer, na ausência de prova cabal do dolo, o princípio do *in dubio pro reo*.

A mesma sentença, por seu turno, condenou Severino Marcel Ferreira de Souza a 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, substituída por duas penas restritivas de direitos, e a 13 (treze) dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do ilícito previsto no art. 155, § 4º, II, do Código Penal (furto qualificado), fundamentando-se em que ele tinha consciência da ilicitude de sua conduta, além do vínculo estreito com o chefe da quadrilha, continuamente transferindo para sua conta, via internet, valores oriundos de outras contas, sacando os ditos valores em seguida.

Segundo a denúncia, os apelados absolvidos serviam como “laranjas” para uma organização criminosa, comandada por Cláudio Alves dos Santos e Maria de Lourdes Alves dos Santos, dos quais o apelado era um dos principais auxiliares, especializada em cometer crimes contra a CEF e contra outras instituições bancárias. Os ilícitos consistiam na subtração, mediante fraude, e via Internet, de valores dos correntistas de diversos bancos, os quais eram enviados para as contas conseguidas por indivíduos denominados “cartãozeiros” ou “biscoiteiros” junto a correntistas interessados em aderir ao esquema em troca de dinheiro, ou destinados ao pagamento de contas diversas (luz, água e telefone) e de boletos bancários, conseguidos pelos “boleteiros”.

Esclareceu a denúncia que eles cediam suas contas-correntes para que servissem de destinatárias das transferências bancárias fraudulentas. Em seguida efetuavam os saques, repassando o dinheiro para os chefes da quadrilha, recebendo em troca uma comissão que variava entre R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) e R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Com relação ao apelado ora condenado afirmou que o mesmo abriu contas-correntes na Caixa Econômica Federal, e nos bancos, Bradesco, Itaú, e Banco do Brasil, com depósito inicial financiado por Cláudio Alves dos Santos, a fim de movimentar os valores obtidos mediante fraude pela quadrilha, recebendo por isso a quantia inicial de R\$ 380 (trezentos e oitenta reais) e um percentual de cada uma das transferências fraudulentas.

Na apelação, o MPF requereu a reforma da sentença, para que os apelados que foram absolvidos fossem condenados nas penas do art. 155, § 4º, II, do Código Penal, afirmando haver prova suficiente para a condenação, e destacando que, dos depoimentos recolhidos em juízo, observa-se que todas elas cederam às propostas da quadrilha, entregando os seus respectivos cartões, e franqueando os respectivos dados bancários, para o fim de receberem vantagem financeira, não sendo crível – apesar da situação social humilde – que elas desconhecessem a ilegalidade de um empréstimo bancário que nunca deveria vir a ser pago, sendo claro que elas agiram (aderiram) de livre e espontânea vontade ao esquema fraudulento da quadrilha encabeçada por Cláudio Alves dos Santos, e Maria de Lourdes Alves dos Santos.

No tocante ao apelado Severino Marcel Ferreira de Souza, condenado nas penas dos art. 155, § 4º, II, do Código Penal foi requerida a majoração da pena, porque não teria sido observado o disposto no art. 59 do Código Penal. Afirmou-se que a pena-base de Severino deveria ter sido fixada acima do mínimo legal, em face da culpabilidade, dos motivos, da personalidade, das circunstâncias e das consequências do delito, além das agravantes relativas ao concurso de pessoas e à promessa de recompensa - fls. 480/491.

Contrarrazões das rés às fls. 498/503, 505/508 e 510/511.

Oficiando no feito, a douta Procuradoria Regional da República opinou pelo provimento, em parte, do apelo do Ministério Público Federal, mantendo-se a absolvição daqueles que foram apelados, destacando o fato da inexistência de provas de que as apeladas agiram com o dolo (de subtrair para si coisa alheia móvel) no caso, o numerário furtado pela quadrilha das contas-correntes bancárias de terceiros via Internet, devendo ser aplicado com relação às mesmas o princípio do *in dubio pro reo*, porque, na dúvida, quanto à presença do dolo, deve-se decidir em favor deles, e, quanto a Severino Marcel Ferreira de Souza, foi requerido o aumento da pena, aplicando-se a sistemática posta no art. 59 do Código Penal, nos termos do requerido na apelação - fls. 522/545.

É o relatório.

Ao eminente Revisor.

### VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Com o devido respeito aos entendimentos eventualmente dissonantes, penso que a sentença merece ser reformada, em parte.

O crime de informática é aquele em que o agente utiliza o sistema de dados telemáticos, ainda que de forma não essencial, como meio para a consumação do delito tipificado na ação penal.

No caso, Marinalva Costa Pereira, Antônio Inácio Barbosa, Edson Murilo de Souza Lídio, Maurício Alves de Souza e Eliane de Lima foram absolvidos do delito previsto no art. 155, § 4º, II e IV, do Código Penal - CP, porque serviam como “laranjas” para uma organização criminosa, comandada por Cláudio Alves dos Santos, e Maria de Lourdes Alves dos Santos, especializada em cometer crimes contra a Caixa Econômica Federal, e contra outras instituições bancárias.

Eles cediam seus dados bancários, cartões e senhas para a quadrilha, para que eles supostamente pudessem “receber um dinheiro” que lhes era devido, não tendo conhecimento de que os membros da quadrilha abriam contas correntes em nome deles, para que essas contas fossem utilizadas como “destino” para trans-

ferências bancárias fraudulentas, sendo que os chefes da quadrilha, em seguida, efetuavam saques, sob a promessa de repassar a eles valor nunca superior a R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) como “gratificação” pela ajuda.

Em tese, tal conduta tipificaria o crime referido no art. 155, § 4º, II, do Código Penal - CP só para rememorar, vale transcrever o dispositivo legal:

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

(...)

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

(...)

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

Não há dúvida de que o aspecto fático, já admitido como incontroverso, é dúctil, em feito a autorizar a que se conclua pela sua antijuridicidade, como essência do crime, no estudo de sua própria estrutura. Entretanto, não basta detectar a antijuridicidade como essência do fato punível. Verificada esta, há de se buscar uma decomposição do próprio crime, em seus elementos, para que se possa chegar a uma conclusão definitiva e hábil a adequar o fato à tipicidade, na integralidade de ambos:

A tipicidade consiste na relação de adequação entre o fato real a descrição legal. (*In*: LUNA, Everardo da Cunha. Estrutura jurídica do crime. 3ª ed. UFPE, Recife, 1970, pág. 58)

Nesta busca dissecativa, o crime há de ser decomposto e, do resultado desta análise, não basta que se detecte sua essência, ou a injuridicidade do fato, mas ainda, seus aspectos materiais e morais. Neste último está a vontade culposa ou culpabilidade.

É o elemento subjetivo. Alguns o negam, como Ferri, em sua teoria da responsabilidade social, mais tarde por si mesmo combatida. Sucumbiu, de forma correta, a um dos elementos em que se pode decompor o crime, como o conteúdo da vontade. E, antes deste elemento, há de se perquirir o seu pressuposto, quando for o caso, a imputabilidade. Venceu o princípio *nullum crimem, sine culpa*.

Toda esta construção ganha força e relevo, se lembrarmos da admoestação basilar, que nos deve interpelar sempre, notadamente, quando se pretende arrancar a liberdade de alguém:

Essas leis foram feitas por quem? Homens opulentos e donos do poder, que nunca se deram ao trabalho de visitar a miserável cabana do pobre, que não viram dividir um pão grosseiro entre os filhos famintos e a mãe aflita. (*In: BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad. Torrieri Guimarães, São Paulo, Hemus Editora Ltda., s/d, pág. 49*)

Na sequência, observa-se que a culpabilidade – elemento subjetivo – pode apresentar-se sob forma de dolo e culpa no sentido estrito. É que, *lato sensu*, nesta se incluiria aquele. No caso do dolo, a lei o consagra: “... quando o agente quis o resultado”. Infastável o elemento volitivo, nele podendo estar incluso o conhecimento e a consciência, quer da injuridicidade da ação, quer de seu caráter lesivo.

É certo, portanto, que, se há a ausência de um dos elementos em que se possa decompor o fato, crime não haverá. Esta é a expressa dicção do art. 18, parágrafo único, do Código Penal, que dispõe:

Art. 18. (...)

Parágrafo único. Salvos os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

No caso sob foco, para a configuração do crime de furto qualificado, existe a necessidade, como já posto, de que estejam presentes todos os elementos integrantes do tipo, que são: a subtração de coisa alheia com o intuito de assenhorar-se dela, empregando-se, para tanto, a fraude, e, por último, a presença do dolo, consistente no emprego voluntário de qualquer artifício preconcebido, para fraudar a vítima, assenhorando-se da coisa alheia.

O dolo específico avulta, pois, como o elemento caracterizador da prática do crime, perfectibilizando a norma inculpada no art. 155, § 4º, II, do Código Penal. Descabe cogitar-se de furto qualificado mediante fraude, se o agente não detinha a consciência do ardid, da fraude, sendo ainda exigida a vontade deliberada de obter,

através de meios fraudulentos, a coisa alheia – que sabe ilícita –, para si.

Em relação a eles não se vislumbra a presença do dolo, correspondente à vontade deliberada de apropriar-se de valores bancários de correntistas da CEF mediante o uso da Internet, auxiliando quadrilha especializada em tal mister.

Eles não tinham conhecimento das atividades da quadrilha, acreditando que estavam apenas cedendo seus cartões bancários e senhas para ajudar, ainda que provisoriamente, pessoas com dificuldades, recebendo pela ajuda ‘um dinheirinho como agradecimento’, cedendo seus cartões bancários (quando os possuíam) aos membros da quadrilha, porque foram levadas a acreditar que ele (o chefe) era parente de alguém que trabalhava na CEF, e poderia prestar-lhes este tipo de serviço que, para elas, constituiria uma grande ajuda, considerando-se suas condições financeiras.

Eram pessoas humildes (faxineiras, empregadas domésticas) de parca instrução, algumas delas vivendo com menos da metade de um salário mínimo por mês, sem cônjuges ou companheiros, e criando vários filhos, conjuntura fática que, por sinal, ainda retrata significativo contingente dos que fazem a sociedade brasileira contemporânea.

Os depoimentos deles são harmônicos ao indicarem como foram arrematadas, bem como a razão pela qual cederam os seus dados e os seus cartões, para a quadrilha; bastando que sejam lidos excertos dos interrogatórios que ora transcrevo:

(...) que a interrogada trabalhou até 2007 no clube chamado Pantanal; que atualmente a interroganda trabalha fazendo faxina; (...) que a interroganda não conhece nenhum dos outros acusados, que a interroganda não conhece Cláudio Alves dos Santos; que a interroganda nunca emprestou a ninguém o cartão da conta bancária e a respectiva senha; que a interroganda perdeu um filho, em 2005, e por isso passou a fazer tratamentos psicológicos, inclusive tomando medicação; que entre fevereiro a maio de 2006 a interroganda perdeu o cartão bancário; que após a morte do filho da interroganda, esta toda vez que necessitava realizar uma operação bancária entregava ao filho dela, chamado Joamerson, o cartão e a senha bancária da in-

terroganda foi aberta para que ela movimentasse o seu dinheiro com segurança; que o salário da interroganda era pago em espécie e ela o depositava na agência do Banco do Brasil” - Marinalva Costa Ferreira, fls. 180/189.

Que foi procurado por um conhecido seu chamado Reginaldo; que Reginaldo falou que estava com o cartão do depoente e que se o depoente informasse a senha do cartão ele iria devolver o cartão e mais R\$ 100,00 (cem reais); que o depoente perguntou para sua mãe, Marinalva da Costa Pereira, a senha do cartão; que Marinalva da Costa Pereira disse que o cartão não serviria mais, entretanto lhe informou a respectiva senha; que o depoente informou a senha do cartão para Reginaldo; que, entretanto, Reginaldo não lhe devolveu o cartão, nem lhe pagou os R\$ 100 (cem reais) que lhe prometeu; que não sabia o motivo pelo qual Reginaldo queria o cartão e a senha de sua mãe” – Joamerson Henrique Costa Pereira, fl. 211, do inquérito policial.

Que o interrogando estudou até a oitava série do ensino médio, que o interrogando trabalha como ajudante de pedreiro desde os oito anos de idade; (...) que o interrogando confirma o depoimento por ele prestado na polícia federal; que o interrogando conhece apenas os réus Severino, que é tio dele, Edson Murilo e Eliane.; que o interrogando emprestou a conta bancária dele a Cláudio, que não sabia a finalidade; que o interrogando recebeu R\$ 200,00 (duzentos reais); que o interrogando não desconfiou das intenções de Cláudio, mesmo sendo remunerado para lhe emprestar a conta; que os réus Severino, Edson Murilo e Eliane também emprestaram seus cartões e senha bancárias a Cláudio, mas não sabe dizer o interrogando se os outros réus sabiam das finalidades ilícitas;

(...) que Cláudio pediu a conta emprestada ao interrogando para receber um dinheiro que seria depositado em seu favor pela sogra dele;” - depoimento Maurício Alves de Souza, fls. 178/179.

A ausência de contradição entre os depoimentos, que foram harmônicos e mantidos tanto no inquérito policial quanto na instrução criminal aponta: a) para a veracidade deles; b) para a **incidência**, por parte dos absolvidos, de que estivessem a cometer ilícitos penais.



De acordo com os autos, cuidava-se de pessoas que não tinham a habilidade (ou a prática) de realizarem operações financeiras; ou que detivessem conhecimento sobre a praxe bancária, tanto que foram facilmente engabeladas pelos chefes da quadrilha especializada em crimes via internet.

Decerto que agiram de forma temerária, quando entregaram seus dados pessoais e bancários a terceiros, sem que não tenham tido as cautelas necessárias no tocante à obtenção de um suposto empréstimo bancário; mas não há nos autos provas de que elas tenham, deliberadamente, agido com o desiderato de auxiliar ou de participar de uma quadrilha, devotada a subtrair, por meios fraudulentos, dinheiro da Caixa Econômica Federal, via “rede mundial de computadores”.

O conjunto probatório não apresenta elementos para configurar uma atividade delituosa a ser imputada a eles, uma vez que não ficou caracterizado terem agido com dolo específico, elemento subjetivo do tipo penal **furto qualificado**.

Ante o exposto nego provimento à apelação, mantendo-lhes a absolvição, (tal como já havia feito o douto julgador *a quo*) nos termos do art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal - CPP.

Entendo, ademais, que deva ser dado provimento à apelação no tocante à dosimetria da pena fixada em desfavor de **Severino Marcel Ferreira de Souza**.

No caso, ele foi condenado pelo delito previsto no art. 155, § 4º, II, do Código Penal - CP, por fazer parte da quadrilha, cujos integrantes, mediante fraude, lograram obter dados bancários de clientes da Caixa Econômica Federal - CEF, com o fito de terem acesso ao numerário depositado nas contas dos correntistas da instituição bancária, sendo que, no caso do apelado, era ele um dos “cartãozeiros” ou “biscoiteiros”, que eram responsáveis pela cooptação de correntistas da CEF dispostos a oferecerem suas contas e cartões à quadrilha, em troca de pequena percentagem do valor desviado, tendo ele confessado judicialmente o delito.

A sentença fixou, assim, a pena-base do apelante:

Mas se observa que a sentença, na fixação da pena, descon siderou as qualificadoras previstas no § 4º, II e IV, do art. 155 do

Código Penal, no caso, a fraude e o concurso de duas ou mais pessoas, conforme transcrevo:

Art. 155: - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

(...)

4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

(..)

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

(...)

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

Tecidas estas considerações, passo à dosimetria da pena de **Severino Maciel Ferreira de Souza**, nos termos do art. 59 do CP:

Na análise da culpabilidade, deve o juiz aferir o maior ou menor índice de reprobabilidade da conduta do agente. Conforme deflui da fundamentação *supra*, o apelado agiu com a plena consciência da ilicitude, é imputável, e deveria ter agido de modo diverso do que efetivamente logrou(ram) agir, sendo de elevada censurabilidade social a sua conduta.

Severino é portador de bons antecedentes e nada há que macule as suas condutas sociais. Quanto à personalidade, ela não parece ser voltada à prática delituosa, sendo este, à primeira vista, o único delito do apelado.

O motivo do ilícito foi nitidamente financeiro, motivado pela ambição.

Analisando, ainda, as circunstâncias e consequências do crime.

O crime foi cometido em concurso de pessoas, uma vez que Severino participava ativamente da quadrilha auxiliando a ação criminosa, tendo aberto contas bancárias com dinheiro cedido por Cláudio Alves da Silva, chefe da organização, para movimentar o dinheiro desviado via internet, auxiliando na coordenação da ação criminosa, fato que merece maior reprovação.

Também o furto foi praticado mediante fraude, nos termos do inc. II do § 4º do art. 155 do Código Penal, uma vez que, com a finalidade de obter acesso à internet, a quadrilha operava de várias formas, entre as quais a criação de páginas falsas de instituições bancárias, na Internet, para o fim de capturarem informações sigilosas (contas, senhas, agências, operações), digitadas pelas vítimas, que recebiam *e-mails* falsos e enviavam, também pela internet, programas espões de computador, os chamados “Cavalos de Tróia” (*Trojan Horses*) e *spywares* (“softwares” espões) a fim de monitorar as operações bancárias sigilosas que eram realizadas pelas vítimas nos computadores infectados.

No caso do apelado, ele abria contas bancárias em seu nome para movimentar o dinheiro da quadrilha, mediante o uso de cartões bancários, e de senhas de terceiros, normalmente pessoas humildes, sem condições financeiras, e sem instrução capazes de verificar a conduta fraudulenta.

Essa conduta resultou em um grave prejuízo para a CEF, ficando a imagem da administração pública, nem sempre havida como próxima da que seria desejável, fortemente prejudicada, pois ficou a falsa impressão de que os seus funcionários e/ou servidores poderiam ser facilmente ludibriados (tal como ocorreu com o guarda), havendo facilidade no roubo dos seus respectivos bens.

As consequências do ilícito são as normais do crime em comento (prejuízo financeiro em desfavor da vítima).

Vítima deste crime é o Estado, não tendo, evidentemente, como colaborar para a execução do delito.

O art. 155, § 2º, do Código Penal estatuiu, para o delito acima descrito, a pena de reclusão, de dois a oito anos, e multa.

Sem perder de vista o que já ficou acima exposto (quanto aos fatores que compõem os requisitos do art. 59 do CP) sopesando-os em face dos demais elementos, já analisados, penso ser razoável fixar a pena-base de Severino em 3 (três) anos de reclusão.

Há a incidência de uma agravante: a do art. 62, I, do CP (quando o agente promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais) e da atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do CP (a confissão).

Houve concurso entre as circunstâncias legais do art. 65, III, *d* (confissão), e do art. 62, IV, do CP (executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa), de forma que entendo que devam ser compensadas as duas circunstâncias, de forma que mantenho a pena do ora apelante em 03 (três) anos de reclusão.

Por fim, incide a causa de aumento de pena prevista no art. 71 do Código Penal, referente à continuidade delitiva, tendo a sentença aumentado a pena em 1/3 (um terço), sendo mantida a mesma fração, aumentando-se a pena em 1 (um) ano, totalizando-se a em 4 (quatro) anos de reclusão, reprimenda que torno definitiva.

Nos termos do art. 33, § 2º, *c*, do CP, a pena deverá ser cumprida, inicialmente, em regime semiaberto.

Mantenho a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito, nos moldes do que foi fixado na sentença, com a prestação de serviços em 1 (uma) hora semanal e, o dever de prestar 1 (uma) cesta básica a cada 2 (dois) meses a entidade de assistência social a ser indicada no Juízo das Execuções Penais - fl. 469.

Quanto à pena de multa, considerando, ainda, as circunstâncias elencadas no art. 59 do CP, já analisadas, bem como a precária situação econômica do réu, que se encontrava desempregado há, pelo menos, dois anos, à época dos fatos, condeno Severino a 30 (trinta) dias-multa, em valor correspondente, cada um, de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo mensal, vigente ao tempo do fato.

Assentadas essas considerações, dou provimento, em parte, à apelação do Ministério Público Federal, apenas para aumentar as penas privativas de liberdade e de multa de Severino Maciel Ferreira de Souza, nos termos já definidos no voto, ou seja, para 4 (quatro) anos de reclusão, mantendo-se os demais termos da sentença.

É como voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.953-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT  
Apelante: ADILSON DOS SANTOS VIEIRA  
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Reptes.: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI E PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. LESÃO CORPORAL LEVE, INCITAÇÃO AO CRIME, RESISTÊNCIA QUALIFICADA E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO QUANTO AOS DELITOS DE LESÃO CORPORAL LEVE E INCITAÇÃO AO CRIME. EMENDATIO LIBELLI. RESISTÊNCIA QUALIFICADA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOLO EVIDENCIADO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE EXACERBADA. NÃO INCIDÊNCIA DA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 56 DO ESTATUTO DO ÍNDIO. APELAÇÃO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.**

**- Acusado condenado no Primeiro Grau às penas de 6 meses e 4 meses de detenção, pelo cometimento dos delitos de lesão corporal e incitação ao crime (arts. 129 e 268 do CPB). Houve o trânsito em julgado da decisão condenatória para a acusação, já que o MPF não interpôs recurso, regulando-se a prescrição pela pena in concreto, e para esse quantum inferior a 1 ano, o prazo prescricional é de 2 anos, isso pelo que determina o art. 109, VI, do CPB.**

**- Entre a data do fato, ocorrido em agosto de 2000, e a data do recebimento da denúncia, que se deu em 18/03/2004, transcorreu lapso de tempo superior a 2 anos, tempo este bastante para que se opere a prescrição da pretensão punitiva**

*em favor do acusado.*

*- Extinção da punibilidade do acusado quanto aos delitos dos arts. 129 e 268 do CPB, tendo em vista a prescrição da pena privativa de liberdade, pela pena aplicada in concreto, tudo em consonância com os arts. 108, IV, 109, inciso V e art. 110, parág. 1º, do CPB.*

*- O curso do lapso prescricional permaneceu suspenso por 1 ano, 6 meses e 23 dias, entre a data de decisão interlocutória que procedeu a suspensão da prescrição, prolatada em 31/03/2006, e a data da prisão do acusado, ocorrida em 23/10/2003 (fls. 573/574). Entre o recebimento da denúncia, ocorrido em 18/03/2004, e a publicação da sentença condenatória, em 18/07/2008, passaram-se 4 anos e 4 meses, dos quais retirados o período de 1 ano, 6 meses e 23 dias no qual a prescrição esteve suspensa, ficam 2 anos e 9 meses e 7 dias.*

*- A decisão de Primeiro Grau condenou o acusado pelo delito de resistência qualificada, quando a denúncia do órgão ministerial atribuiu a este a prática do delito de resistência. Não há qualquer irregularidade, vez que a hipótese foi de emendatio libelli (art. 383 do CPP). Embora não tenha o magistrado de Primeira Instância mencionado o nome do instituto, foi dele que se valeu, indicando o artigo referente a este, e de forma correta, pois a decisão condenatória tratou dos mesmos fatos indicados na denúncia, só que lhes atribuindo definição jurídica diversa.*

*- A materialidade do delito de resistência qualificada resta evidenciada não só pela prova oral, mas por toda a documentação produzida por ocasião do inquérito. Autoria que é inconteste. Também o delito do art. 10, caput, da Lei Federal 9.437/97, restou comprovado pela documentação produzida no inquérito policial e pelos depoimentos.*

**- Não incidência da circunstância atenuante prevista no art. 56 do Estatuto do Índio (Lei 6.001/73), vez que é a hipótese referente à indígena já aculturado.**

**- Manutenção da pena definitiva fixada na sentença condenatória, nos termos do voto prolatado pelo Exmo. Desembargador Federal Cesar Carvalho, que considerou satisfeitos os requisitos dos arts. 59 e 68 do CPB, para fixação da pena definitiva do acusado tal qual registrado na decisão de Primeiro Grau. Vencido, nesse ponto, o relator, que reduzia a pena, considerando que outros processos, ainda em curso, não poderiam servir para o fim de agravar a pena-base do acusado, sob pena de violação ao princípio da presunção de não-culpabilidade.**

**- Apelação do acusado a que se nega provimento, vencido, em parte, o relator, que reduzia a pena definitiva.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de ACR 6.953-PE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por maioria, em negar provimento à apelação do acusado, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 4 de agosto de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Cuida-se de apelação criminal, interposta pela Procuradoria Jurídica da Fundação Nacional do Índio - FUNAI (fls. 819/832), em face de sentença prolatada no Juízo da 18ª Vara Federal da SJ/

PE (fls. 783/791), que julgou procedente a acusatória do *Parquet*, e condenou o acusado Adilson dos Santos Vieira, às penas de 2 anos e 3 meses de reclusão e de 2 anos e 4 meses de detenção, em regime inicialmente fechado, pela prática dos delitos capitulados nos arts. 129, 286 e 329, parág. 1º, do CPB (lesão corporal leve, incitação ao crime e resistência qualificada) e no art. 10, *caput*, da Lei Federal 9.437/97.

2. A peça delatória inaugural (fls. 5/8), amparada no inquérito policial 256/2000/DPF/PE, atribuiu ao acusado Adilson dos Santos Vieira, juntamente aos acusados Cícero Pedro dos Santos, Marcos Antônio dos Santos Souza, João Batista da Anunciação e Adenilson dos Santos Vieira, a prática de diversos delitos, dentre os quais, os capitulados nos arts. 129, *caput*, 329, parág. 1º, e 348 do CPB (lesão corporal leve, resistência qualificada e favorecimento pessoal) e art. 10, *caput*, da Lei Federal 9.437/97. Houve o desmembramento do feito em relação ao acusado Adilson dos Santos Vieira, ora apelante.

3. A acusação foi de que o réu, índio da Tribo Truká, manteve resistência aos trabalhos da Polícia Federal, direcionados ao cumprimento de Mandado de Busca e Apreensão, para busca de armas de fogo na Reserva Indígena Truká, localizada no Município de Cabrobó/PE, expedido nos autos da Operação Policial denominada Operação Terra e Ar, que objetivou a repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes. A peça acusatória registra que na residência do acusado foi apreendida uma arma de fogo, consistente numa espingarda da marca Rossi, e que o acusado se opôs aos atos de cumprimento do mandado, incitando o grupo indígena a manter resistência contra os trabalhos da equipe policial.

4. Na apelação criminal (fls. 819/832), a Procuradoria Jurídica da Fundação Nacional do Índio - FUNAI se insurge contra o decreto condenatório, sustentando, preliminarmente, a extinção da punibilidade em relação aos delitos previstos nos arts. 129 e 286 do CPB, e no art. 10, *caput*, da Lei 9.437/97, pela ocorrência da prescrição.

5. Diz que na exordial acusatória consta como dispositivo infringido pelo acusado o constante no *caput* do art. 329 do CPB, e que, nas alegações finais do MPF, e na sentença, foi indicado o



delito inscrito no parág. 1º desse artigo como tendo sido o perpetrado. Afirma que a qualificadora não alcançaria o acusado, porque, no seu caso, foi preso e algemado pelos agentes federais, quando das buscas em sua residência.

6. Fala que se considerado o delito do art. 329 do CPB, também será a hipótese de declaração da extinção da punibilidade, face à ocorrência da prescrição.

7. Continua dizendo que o mandado de busca e apreensão, expedido pelo Juízo da 8ª Vara Federal da SJ/PE, padeceu de ilegalidade, pois a determinação de buscas foi feita de forma genérica, sendo as provas obtidas por ocasião do seu cumprimento imprestáveis.

8. Defende a absolvição do réu Adilson dos Santos Vieira, em face da inexistência de dolo na conduta deste, bem assim a ausência de provas suficientes ao decreto condenatório. Sustenta que não foi observada a condição de indígena do acusado (art. 56, parágrafo único, da Lei Federal 6.001/73). Destaca o art. 10 da Convenção 169, promulgada pelo Decreto 5.051/04, que asseguraria um tratamento diferenciado aos indígenas na imposição de sanções penais, e pleiteia, caso este Tribunal entenda por manter a condenação, o cumprimento da pena em regime de semiliberdade, no interior da Terra Indígena Truká.

9. Em contrarrazões (fls. 833/840), o MPF pugna pelo provimento parcial do recuso, para decretar a extinção da punibilidade do recorrente, pela ocorrência da prescrição, dos delitos capitulados nos arts. 129 e 286 do CPB, mantendo-se a sentença condenatória nos seus demais termos.

10. No parecer 576/2010 (fls. 841/850), da pena do Procurador Regional da República Fábio George Cruz da Nóbrega, o MPF opina pelo provimento parcial do recurso, apenas para extinguir a punibilidade do acusado quanto aos crimes previstos nos arts. 129 e 286 do CPB, em face da incidência da prescrição punitiva, na modalidade retroativa.

11. Eis o relatório.

12. Encaminhem-se os autos ao Revisor.

## VOTO

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

1. Por ocasião do julgamento da presente apelação criminal (ACR 6.953/PE), interposta pelo acusado Adilson dos Santos Vieira, condenado pelos delitos capitulados nos arts. 129, 286 e 329, parág. 1º, do CPB (lesão corporal leve, incitação ao crime e resistência qualificada) e no art. 10, *caput*, da Lei Federal 9.437/97 (posse ilegal de arma), na Ação Penal 2005.83.04.000592-4, trago também à mesa, haja vista tratar da mesma denúncia, a ACR 6.224/PE, apresentada pela defesa dos acusados Cícero Pedro dos Santos, Marcos Antônio dos Santos Souza e João Batista da Anunciação, réus na Ação Penal 2004.83.08.000460-4.

2. Pois bem. Neste julgamento, passo de logo a analisar a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, quanto aos crimes previstos nos arts. 129 e 286 do CPB, suscitada pelo MPF nas contrarrazões recursais e aventada no parecer de costume, vez que ultrapassado o prazo legalmente previsto para a prescrição retroativa, considerando-se a pena concretamente aplicada.

3. Tratando da prescrição da pretensão punitiva do Estado, o art. 109 do CPB estabelece diversos prazos prescricionais, que devem ser aferidos de acordo com o *quantum* de pena estipulada ou aplicada, a depender da situação.

4. Naquelas hipóteses em que não haja recurso da acusação (Súmula 146 do STF), ou em que seja improvido o seu recurso, poderá ocorrer a prescrição da pretensão punitiva com base na pena determinada na decisão condenatória, pena aplicada em concreto, essa chamada de prescrição retroativa, regulada pelo art. 110, parág. 1º, do CPB.

5. Registre-se que, no caso dos autos, aplica-se o art. 110, parág. 1º, do CPB, e demais relacionados à prescrição, normas de conteúdo material, na redação dada ainda pela Lei 7.209/84, vez que as alterações inseridas pela Lei 12.234/2010, por serem mais prejudiciais aos acusados, não podem retroagir a ponto de alcançá-los (vedação de retroatividade de lei desfavorável), a não ser aquelas alterações mais benéficas.

6. O acusado Adilson dos Santos Vieira, ora apelante, foi condenado no Primeiro Grau às penas de 6 meses e 4 meses de detenção, pelo cometimento dos delitos de lesão corporal e incitação ao crime (arts. 129 e 268 do CPB). Houve o trânsito em julgado da decisão condenatória para a acusação, já que o MPF não interpôs recurso, se regulando a prescrição pela pena *in concreto*, e para esse *quantum* inferior a 1 ano, o prazo prescricional é de 2 anos, isso pelo que determina o art. 109, VI, do CPB.

7. Dessa maneira, o que se verifica é que, entre a data do fato, ocorrido em agosto de 2000 (fl. 6), e a data do recebimento da denúncia, que se deu em 18/03/2004 (fl. 275, volume 1), transcorreu lapso de tempo superior a 2 anos, tempo este bastante para que se opere a prescrição da pretensão punitiva em favor do acusado.

8. Deve-se anotar que o curso do lapso prescricional permaneceu suspenso por 1 ano, 6 meses e 23 dias, entre a data da decisão interlocutória que procedeu a suspensão da prescrição, prolatada em 31/03/2006 (fls. 454/458), e a data da prisão do acusado, ocorrida em 23/10/2003 (fls. 573/574). Ou seja, entre o recebimento da denúncia, ocorrido em 18/03/2004 (fl. 275, volume 1) e a publicação da sentença condenatória, em 18/07/2008 (fl. 626, do volume 3), passaram-se 4 anos e 4 meses, dos quais retirados o período de 1 ano, 6 meses e 23 dias no qual a prescrição esteve suspensa, ficam 2 anos e 9 meses e 7 dias, também suficientes à decretação da prescrição, face aos delitos agora examinados.

9. Portanto, declaro a extinção da punibilidade do acusado quanto aos delitos dos arts. 129 e 268 do CPB, tendo em vista a prescrição da pena privativa de liberdade, pela pena aplicada *in concreto*, tudo em consonância com os arts. 108, IV, 109, inciso V e art. 110, parág. 1º, do CPB.

10. Sigo ao exame dos argumentos apresentados pela defesa em seu recurso, relativos aos delitos de resistência qualificada e posse ilegal de arma de fogo (art. 329, parág. 1º, do CPB e art. 10, *caput*, da Lei Federal 9.437/97).

11. Observo, então, que a decisão de Primeiro Grau, de fato, condenou o acusado pelo delito de resistência qualificada, quando a denúncia do órgão ministerial atribuiu a este a prática do delito de

resistência. No entanto, não há qualquer irregularidade neste ponto, vez que a hipótese foi de *emendatio libelli* (art. 383 do CPP). Embora não tenha o magistrado de Primeira Instância mencionado o instituto, foi dele que se valeu, indicando o artigo referente a este, e de forma correta, pois a decisão condenatória tratou dos mesmos fatos indicados na denúncia, só que lhes atribuindo definição jurídica diversa.

12. Na situação, foi o acusado preso em flagrante delito por ter resistido ao cumprimento de diligências por parte da Polícia Federal (fls. 11/18), e, ao que se tem, foi este preso em meio a um contingente maior de índios, o que demonstra até uma certa cautela por parte da polícia federal, que em um contexto de mais de 20 índios arregimentados, procedeu à prisão de 7 pessoas. E, realmente, todos os relatos se encaixam de maneira a comprovar a perpetração do delito de resistência qualificada (art. 329, parág. 1º, do CPB), já que o acusado empregou oposição violenta, impedindo a realização de ato que deveria ser cumprido pelos policiais.

13. A materialidade do delito resta evidenciada não só pelos depoimentos, mas por toda a documentação produzida por ocasião do inquérito: Mandado de Busca e Apreensão 001/2000 (fls. 26/27), os atestados colacionados às fls. 61/70, o Laudo de Exame em Arma de Fogo 807/2000-SR/PE (fls. 133/135), o Laudo de Exame em Material 806/2000 SR/PE (fls. 136/138), o Laudo de Exame em arma de fogo 466/2001-SR/PE (fls. 162/164) e pelo Laudo de Exame em Munição 467/2001-SR/PE (fls. 165/166).

14. A autoria também é inconteste. Veja-se que as declarações das testemunhas são uníssonas, tanto no inquérito policial, como na instrução criminal (fls. 685/686, fls. 697/698, fls. 699/700), no sentido de que os demais índios, incitados pelo acusado Adilson dos Santos Vieira, e acompanhados por este, dificultaram os trabalhos policiais direcionados ao cumprimento do Mandado de Busca e Apreensão expedido pelo Juízo da 8ª Vara da SJ/PE, impedindo, inclusive, a prisão em flagrante do também acusado Adenilson dos Santos Vieira, a quem foi dada voz de prisão pelos policiais.

15. Confirmam-se os relatos das testemunhas de acusação:

Sérgio Souza de Oliveira (Termo de Declarações acostado às fls. 697/698, do Volume 4): (...); **que o irmão do índio que estava sendo detido passou a exigir a soltura daquele e de repente a equipe se viu cercada por mais de 20 índios armados com flechas, bodurnas e facões; que os índios exigiam a soltura daquele que estava sendo imobilizado por Aragão, ameaçando a equipe;** que Aragão sofreu uma forte mordida em seu braço esquerdo por parte do referido índio; **que tal índio acabou fugindo mesmo com um dos braços algemados, tendo sido auxiliado pelos demais companheiros indígenas;** que um dos índios jogou um tronco na direção do depoente, sendo esclarecido que se tal arremesso fosse certo o depoente estaria morto; (...); que armas foram encontradas nas residências vistoriadas; (...). (fls. 697/698).

Francisco José Carvalho Aragão (Termo de Declarações acostado às fls. 699/700, do Volume 4): que foi vítima de mordida no antebraço esquerdo, cuja marca/cicatriz ainda possui, por parte do réu Adenilson dos Santos Vieira, conhecido como Dena, tendo sido necessária a intervenção de outros colegas policiais para deter a sublevação dos demais índios provocada pelos réus, recordando ainda que a equipe de policiais foi vítima de ameaças e de agressões por parte dos réus e demais membros da comunidade citada na denúncia; (...); **que os réus se opuseram à realização das buscas policiais, bem como contra as apreensões das armas, esclarecendo que graças ao apoio aéreo de outra equipe policial foi que a equipe de terra conseguiu sair da aldeia; (...); que recorda que durante a tentativa de algemar o réu Dena foi atingido por uma mordida do mesmo, sendo que, sendo quando este aparentemente se rendera acabou tomando decisão contrária e fugindo, sendo que os demais índios, incluindo os réus, impediram que a equipe policial perseguisse o fugitivo, recordando ainda que o depoente foi atingido por estocadas de flechas e pancadas com bodurnas; (...).** (Fls. 699/700)

16. Somado a isso tem-se no inquérito as ouvidas do piloto e do operador de voo que prestaram apoio à equipe de policiais, a evidenciar o conflito ocorrido, em total consonância com as afir-

mações dos agentes que estavam em terra. Desses relatos, é pertinente extrair o seguinte:

Paulo Roberto da Silva Pureza (Termo de Declarações acostado às fls. 97/98 do Volume 2): que trabalha como piloto da aeronave Caçador 4 (...); que de imediato o declarante solicitou aqueles que pediam socorro a indicação do local, tendo esses dado a orientação necessária para que a aeronave chegasse ao ponto; que, ao se aproximarem do ponto indicado pela equipe que pediu socorro, **avistaram um grupo de aproximadamente 20 pessoas, que agrediam um grupo de 4 policiais**; que objetivando dispersar a multidão que atacava os policiais com flechas e bastões (bordunas), o operador de voo, pessoa que tem a função de guardião da aeronave, lançou uma grana-da de luz e som, a qual não tem qualquer poder de destruição, sendo apenas de efeito moral, oportunidade em que o grupo realmente veio a se dispersar; (...). (Fl. 82)

Antônio José Lemos Canelhas (Termo de Declarações acostado às fls. 99/100 do Volume 2): que trabalha como operador de voos de helicópteros da polícia federal; (...); que, na oportunidade, estava a aeronave antes mencionada prestando apoio às equipes de busca na Ilha da Assunção, quando receberam solicitação de apoio via rádio de uma das equipes que se encontravam na ilha; (...); **que, ao se aproximarem do ponto indicado pela equipe que pediu socorro, avistaram um grupo de aproximadamente 20 pessoas, que agrediam um grupo de 4 policiais**; (...); que, em seguida, pousaram próximo a área do conflito objetivando auxiliar os colegas que estavam em terra, quando prenderem um dos índios, tendo os demais sido colocados na viatura que estavam à disposição dos policiais de terra; (...). (Fls. 84/85)

17. Dos depoimentos se conclui que o acusado participou do tumulto provocado pelos indígenas, instigando estes, e resistindo às ações dos agentes, impedindo o cumprimento do mandado de buscas, fatos que repercutiram inclusive na fuga do acusado Adenilson dos Santos Vieira. E nem se diga que a prisão do acusado descaracterizaria a qualificadora, de forma alguma, os agentes federais, frente às agressões procedidas pelo acusado, deixaram de cumprir as ações que estavam por se realizar. A prisão em

flagrante do acusado somente ocorreu após todo o tumulto gerado pelo mesmo, e sua conduta repercutiu no não cumprimento do mandado expedido pela 8ª Vara Federal da SJ/PE (auto de prisão em flagrante, de fls. 11/18).

18. Da mesma forma, o dolo restou devidamente demonstrado, pois o que as provas revelam é que o acusado teve a vontade livre e consciente de se opor à prática de ações legítimas implementadas pelos policiais, atrapalhando o cumprimento dos mandados, e, como dito, resistindo aos agentes a tal ponto que não se realizaram atos que deveriam ser implementados.

19. Não pode igualmente prosperar a alegação de que o mandado de busca e apreensão, expedido pelo Juízo da 8ª Vara Federal da SJ/PE, padeceu de ilegalidade, pois teria a determinação de buscas sido feita de forma genérica. Como bem registrou o MPF, em suas contrarrazões, o ato foi expedido pela autoridade competente, revestido das formalidades legais a ele inerentes, não havendo qualquer nulidade (fl. 839, do volume 4).

20. Quanto ao delito do art. 10, *caput*, da Lei Federal 9.437/97, também restou comprovado pela documentação produzida no inquérito policial e pela prova oral. O auto de apresentação e apreensão colacionado às fls. 19/20, do volume 2, destaca que foi apreendida uma espingarda de marca Rossi, calibre 12, com três cartuchos de mesmo calibre, em poder do acusado Adilson dos Santos Vieira. Além disso, o Laudo de Exame em Arma de Fogo (fls. 149/151) e o Laudo de Exame Material (fls. 152/154) atestam a eficácia da arma apreendida, registrando sua capacidade para efetuar disparos.

21. As testemunhas ouvidas confirmaram a apreensão da arma de fogo em posse do ora apelante, a exemplo, tem-se o relato do agente de polícia federal Severino Manoel de Carvalho, que, no Auto de Prisão em Flagrante, afirmou o seguinte: que ao proceder buscas na residência do índio Adilson dos Santos Vieira, encontrou uma espingarda calibre 12 (fl. 11). Portanto, também restou suficientemente evidenciada a materialidade e autoria do delito de posse ilegal de arma.

22. Dosimetria da pena. Foi o acusado Adilson dos Santos Vieira condenado às penas de 2 anos e 3 meses de reclusão e 1

ano e 6 meses de detenção e 15 dias multa, pela prática dos delitos capitulados no art. 329, parág. 1º, do CPB (resistência qualificada), e art. 10, *caput*, da Lei 9.437/97 (posse ilegal de arma), respectivamente.

23. Quando da análise das circunstâncias judiciais (art. 59 do CPB), o magistrado de Primeira Instância considerou a informação de delitos contra o patrimônio como suficiente a revelar uma conduta social desfavorável ao acusado, o que culminou, junto a outros elementos que teve por desfavoráveis, na majoração da reprimenda básica para além do mínimo legal, tanto na condenação pelo delito de resistência qualificada, como na de posse ilegal de arma. Nesse ponto, penso que merece reforma o decreto condenatório.

24. Isso porque a existência de outros processos, ainda em curso, não pode servir para o fim de agravar a pena-base do acusado, sob pena de violação ao princípio da presunção de não-culpabilidade. Nesse sentido é a Súmula 444 do STJ: é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

25. Com efeito, imprescindível que haja a condenação do réu e o trânsito em julgado da decisão, para que seja configurada a circunstância judicial desfavorável ao réu, o que não ocorreu no caso em análise, não sendo possível haver aumento da pena-base com fundamento em tal argumento. E mesmo que fosse admitido tal exame desfavorável, na hipótese, seria desarrazoado, vez que a afirmação no decreto condenatório foi completamente abstrata sem qualquer indicação precisa.

26. Impõe-se aqui colacionar alguns julgados prolatados nos colendos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça:

*HABEAS CORPUS*. EMPATE. VERIFICADO O EMPATE NO JULGAMENTO DE *HABEAS CORPUS*, PREVALECE O ENTENDIMENTO DA CORRENTE MAIS FAVORÁVEL AO PACIENTE. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSOS EM CURSO E PROCESSOS EXTINTOS PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. CONSIDERAÇÃO. IMPROPRIIDADE.



**Conflita com o princípio da não-culpabilidade – “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal) – evocar processos em curso e outros extintos pela prescrição da pretensão punitiva a título de circunstâncias judiciais (artigo 59 do Código Penal), exacerbando a pena-base com fundamento na configuração de maus antecedentes.** Pena-base - maus antecedentes - inexistência. Constatada a erronia na fixação da pena-base, no que ocorrida **a partir de processos extintos pela prescrição da pretensão punitiva, ou ainda em curso**, bem como ausentes circunstâncias judiciais contempladas no arcabouço normativo, impõe-se a observância da pena mínima prevista para o tipo. Prescrição pela pena concretizada. Extensão a corrêu. Incidindo a prescrição ante a pena concretizada, cabe declará-la, estendendo-se a ordem a corrêu em idêntica situação. (STF, RHC 80071, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 02/04/2004, Segunda Turma)

EMENTA OFICIAL: *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE EXACERBADA. INQUÉRITOS EM CURSO. MAUS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO.

1. **É pacífica a compreensão desta Corte de que inquéritos ou processos em curso não podem levar ao aumento da pena-base, sob pena de violação do princípio da presunção de não-culpabilidade, não servindo para valorar negativamente os antecedentes, a personalidade ou a conduta social do réu.**

2. (...).

3. *Habeas corpus* parcialmente concedido, inclusive de ofício, para reduzir a reprimenda imposta ao paciente a 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, e 49 (quarenta e nove) dias-multa. (STJ, HC 79.489/DF, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 20/04/2010, DJe 10/05/2010, Sexta Turma, STJ)

27. Para a fixação da pena-base relativa ao delito do art. 329, parág. 1º, do CPB, cujo preceito secundário estipula o *quantum* de 1 a 3 anos, o Juízo *a quo* ponderou como desfavorável ao acusa-

do, além da conduta social, a personalidade do agente, que seria voltada ao crime, conforme se depreenderia da sua conduta social. Penso que esses dois elementos não poderiam ser tidos por desfavoráveis, isso diante da argumentação *supra*, referente à utilização, a meu ver equivocada, de processos em curso, para efeito de exasperar a pena-base do acusado.

28. Anotou ainda o magistrado que os motivos e as consequências do delito também seriam desfavoráveis, voltados a impedir a realização de diligência policial, e, nesse ponto, acertada foi a fundamentação. Desse modo, em existindo duas circunstâncias desfavoráveis ao acusado, altero a pena inicialmente fixada, que foi de 2 anos e 3 meses de reclusão, para o *quantum* de 1 ano e 6 meses de reclusão, pela prática do delito de resistência qualificada (art. 329, parág. 1º, do CPB).

29. O recurso da defesa argumenta no sentido de incidir a circunstância atenuante prevista no art. 56 do Estatuto do Índio (Lei 6.001/73). O que os elementos de convicção demonstram, sobretudo o interrogatório do acusado, é que se trata de indígena já aculturado, não merecendo acolhida a irresignação apresentada. A respeito do assunto, observe-se o julgado abaixo transcrito:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. LATROCÍNIO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. INDÍGENAS INTEGRADOS. DESNECESSIDADE DE TUTELA DIFERENCIADA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ESTATUTO DO ÍNDIO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 07 DO STJ.

1. A simples transcrição de ementas não é suficiente para caracterizar a divergência jurisprudencial.

**2. Os indígenas integrados à sociedade, nos termos do art. 4º, inciso III, da Lei nº 6.001/73, não se sujeitam ao regime tutelar especial estabelecido pelo Estatuto do Índio.**

3. (...).

4. Recurso não conhecido. (REsp 200500493181, Laurita Vaz, STJ - Quinta Turma, 28/11/2005)

30. Ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes e causas de aumento e diminuição, tem-se a pena definitiva do acusado em 1 ano e 6 meses de reclusão, pela prática do delito do 329,

parág. 1º, do CPB. O regime de cumprimento inicial da pena será o aberto (art. 33, parág. 2º, alínea c, do CPB).

31. No que diz respeito à pena-base estipulada para o delito do art. 10, *caput*, da Lei 9.437/97 (posse ilegal de arma), cujo preceito secundário estipula o *quantum* de 1 a 2 anos de detenção e multa, igualmente não poderiam ter sido consideradas como desfavoráveis na sua mensuração as circunstâncias referentes à conduta social e à personalidade.

32. Aqui, do mesmo modo, fundamentou o magistrado que os motivos e as consequências do delito seriam desfavoráveis, em virtude das características da arma (cano cerrado, calibre elevado etc.), e a motivação da posse, que indicaria a destinação à prática de ilícitos, e não a simples defesa pessoal. Desse modo, em existindo duas circunstâncias desfavoráveis ao acusado, altero a pena inicialmente fixada, que foi de 1 ano e 6 meses de detenção e 15 dias multa, para o *quantum* de 1 ano e 3 meses de detenção e 10 dias-multa, pela prática do delito de posse ilegal de arma.

33. Ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes, e causas de aumento e diminuição, torno a pena definitiva do acusado em 1 ano e 3 meses de detenção e 10 dias-multa, pela prática do delito do art. 10, *caput*, da Lei 9.437/97.

34. O regime de cumprimento inicial da pena será o aberto (art. 33, parág. 2º, alínea c, do CPB).

35. Portanto, dou parcial provimento à apelação do acusado Adilson dos Santos Vieira, para minorar as penas inicialmente aplicadas no Juízo *a quo*, fixando estas em 1 ano e 6 meses de reclusão e 1 ano e 3 meses de detenção, pela prática dos delitos de resistência qualificada e posse ilegal de arma, respectivamente, e estipular o regime inicial de cumprimento da pena como sendo o aberto, mantendo-se a sentença condenatória nos seus demais termos.

36. É este o meu voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.998-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ (CONVOCADO)

Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E JOSÉ OTÁVIO DE QUEIROGA VANDERLEY

Apelados: JORGE BARRETO DA COSTA PEREIRA, ALEXANDRE PAULO MARTINS PEREIRA, RICARDO JORGE MARTINS PEREIRA, LUCIANO CALDAS BIVAR, EDISIO CARLOS PEREIRA FILHO, EDILSON ROSA DA SILVA, JOSÉ OTÁVIO DE QUEIROGA VANDERLEY, JOAO CARLOS DE ALBUQUERQUE VALENÇA E WILSON DE MELO AMORIM

Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Advs./Procs.: DRS. BORIS MARQUES DA TRINDADE E OUTRO, WENDELL SIQUEIRA FERRAZ, EDUARDO MARADEMAR RIGUEIRA NETO E OUTRO, FRANCICLEIDE ARAÚJO MIRANDA PEREIRA E OUTRO E HAMILTON FELIX ROSAL

**EMENTA: PROCESSUAL PENAL. CRIMES CUJO PROCESSAMENTO ORDINARIAMENTE CABERIA À JUSTIÇA ESTADUAL. CONEXÃO E CONTINÊNCIA. INFERIÇÃO IN STATUS ASSERTIONIS. INCIDÊNCIA DAS REGRAS DO ART. 76, I, 2ª PARTE, E III, DO CPP E DAS SÚMULAS 98 E 122 DO STJ. ANTERIOR APRECIÇÃO DO TEMA EM SEDE DE HABEAS CORPUS. COISA JULGADA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA COM A DEVOLUÇÃO PARA NOVO JULGAMENTO SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.**

**- É o conteúdo da denúncia (ou, eventualmente, a queixa) que irá balizar a competência na demanda penal, a qual será aferida in assertionis, vale dizer, com abstração das possibilidades reais de o evento ter acontecido ou não, se bem que com um mínimo de afetação às provas colacionadas na peça acusatória.**

**- Vinculação concursal (art. 76, I, 2ª parte, do CPP) que acarreta o deslocamento da competência em relação aos acusados que não possuem vínculo funcional com a União, mas que estariam associados com policiais federais para o cometimento de delitos (art. 288 do CP).**

**- Vinculação instrumental (art. 76, III, do CPP) entre a prova do crime de quadrilha com as necessárias para a consubstanciação das figuras delitivas previstas no art. 155, § 4º, do CP; art. 265, parágrafo único, do CP; art. 299 do CP; art. 10 da Lei 9.296/96.**

**- Nítido, também, o interesse da União no processamento do crime de quadrilha, quando a associação criminosa age se aproveitando de sua estrutura operacional, logo em detrimento de seus bens, serviços e interesses. Incidência das Súmulas 98 e 122 do STJ.**

**- Questão que restou, ainda, expressamente decidida em anterior habeas corpus (HC 1932/PE). Sendo a matéria de índole unicamente de direito, houve a configuração da coisa julgada, em relação ao ponto, com o trânsito em julgado do acórdão respectivo.**

**- Necessidade de que seja a sentença anulada, com a devolução para novo julgamento em 1º Grau de Jurisdição em relação aos crimes previstos no art. 155, § 4º, do CP; art. 265, parágrafo único, do CP; art. 288 do CP; art. 299 do CP; e art. 10 da Lei 9.296/96, sob pena de supressão de instância. Precedente: ACR nº 7822/PE (Relator Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria).**

**- Provimento da preliminar formulada na apelação do Ministério Público Federal, com a anulação da sentença. Apelo do réu prejudicado.**

## ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à preliminar formulada na apelação do Ministério Público Federal, com a anulação da sentença e a consequente devolução dos autos para novo julgamento em 1º Grau de Jurisdição em relação aos crimes previstos no art. 155, § 4º, do CP; art. 265, parágrafo único, do CP; art. 288 do CP; art. 299 do CP; e art. 10 da Lei 9.296/96, ficando prejudicado, assim, o apelo do réu José Otávio de Queiroga Vanderley, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 18 de agosto de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ - Relator Convocado

### RELATÓRIO

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

Cuida-se de apelações criminais desafiadas pelo Ministério Público Federal e pela defesa de Luciano Caldas Bivar e José Otávio de Queiroga Vanderley contra sentença da lavra do douto Juiz Federal Gustavo Pontes Mazzocchi, cuja parte dispositiva restou assim redigida:

Pelo exposto, acolhendo, em parte, as preliminares suscitadas pela defesa, julgo parcialmente procedente a denúncia e:

III.I. - DECLINO DA COMPETÊNCIA para o julgamento dos crimes tipificados no art. 265, parágrafo único, do Código Penal (atentado contra a segurança de serviços de utilidade pública), art. 10 da Lei 9.296/96 (interceptação de comunicação telefônica sem autorização judicial), art. 299 do Código Penal (falsidade ideológica na lavratura de boletim de ocorrência) e art. 155, § 4º, do Código Penal (furto de cavaletes e de cheque da EMTT - Empresa Municipal de Trânsito e Transporte de Jaboatão dos Guararapes) - em relação a todos os réus e, pelo crime de formação de

quadrilha (art. 288 do Código Penal) imputado a Luciano Caldas Bivar, Armando Feitosa de Lima, Antônio Virgílio Umbelino de Barros, Geraldo de Melo Júnior, Jorge Barreto da Costa Pereira e Rugberto Fernandes da Silva, todos em favor da Justiça do Estado de Pernambuco, especificamente ao órgão judiciário prevento por força da remessa da parte desmembrada dos presentes autos – que deverá ser indicado pelo Ministério Público Federal, solicitante, à época, da cisão –, reconhecendo, portanto, a incompetência da Justiça Federal e, depois de preclusa a presente decisão, determinando a remessa dos autos, de conformidade com o art. 108, § 1º, e 567, ambos do Código de Processo Penal, a quem caberá a ratificação dos atos anteriores, se cabível;

III.II. DECLARO NULO o processo, quanto à imputação aos réus do crime de formação de quadrilha (exceção aos denunciados elencados no exórdio anterior, cujo reconhecimento da incompetência impede qualquer manifestação a esse respeito), em face da absoluta inépcia da denúncia e decorrente violação das exegeses constitucionais inscritas no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal;

III.III. DECLARO NULO processo em face de Rildo Nicolau Monteiro Lira, em face da absoluta inépcia da denúncia e decorrente violação das exegeses constitucionais inscritas no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal;

III.IV. ABSOLVO os réus José Otávio de Queiroga Vanderley e João Carlos de Albuquerque Valença, ambos nos autos qualificados, da imputação da prática dos crimes de, respectivamente, corrupção ativa (art. 333, parágrafo único, do Código Penal) e corrupção passiva (art. 317, § 1º, do Código Penal), o que faço forte no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, eis inexistir prova suficiente para a condenação;

III.V. ABSOLVO o réu José Otávio de Queiroga Vanderley, nos autos qualificados, da imputação da prática do crime de advocacia administrativa (art. 321 do Código Penal), o que faço forte no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, eis inexistir prova suficiente para a condenação;

III.VI. ABSOLVO o réu João Carlos de Albuquerque Valença, nos autos qualificado, da imputação da prática do cri-

me de peculato (art. 312 do Código Penal), o que faço forte no art. 386, V, do CPP, eis não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

III.VII. ABSOLVO os réus Edílson Rosa da Silva e José Otávio de Queiroga Vanderley, ambos nos autos qualificados, da imputação da prática dos crimes de violação de sigilo funcional (art. 325 do Código Penal), o que faço forte no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, eis inexistir prova suficiente para a condenação;

III.VIII. Desclassificando a infração definida na peça pórtico para outra, nos termos do art. 383, *caput*, do Código de Processo Penal, condeno o réu José Otávio de Queiroga Vanderley, nos autos qualificado, à pena de 03 (três) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e multa de 20 (vinte) dias-multa, ao valor de 2 (dois) salários mínimos vigentes ao tempo do fato, cada, e devidamente corrigidos até o efetivo pagamento, dando-o, pois, como incurso nas sanções do art. 171, § 3º, c/c art. 71, *caput*, por três vezes, ambos do Código Penal. (fls. 4751 a 4753).

À fl. 4.763, o Ministério Público Federal manifesta inconformismo dizendo que estava apelando da sentença. O mesmo foi feito pelo acusado José Otávio Queiroga Vanderley (fl. 4.773).

Em razões lançadas das fls. 4785 a 4880, o Ministério Público Federal, em resumo, impugna os pontos a seguir transcritos:

a) preliminarmente, a competência integral da Justiça Federal, em face da Súmula 122 do Superior Tribunal de Justiça;

b) preliminarmente, a regularidade e legalidade (licitude) das interceptações telefônicas judicialmente autorizadas;

c) preliminarmente (embora não tenha sido aberto tópico específico sobre o ponto), ausência de inépcia na denúncia;

d) no mérito, a configuração do crime de peculato, não sendo o caso de qualificá-lo como estelionato do modo como procedeu a sentença, com a conseqüente condenação do imputado autor da prática delitiva;

e) no mérito, a configuração do crime de quadrilha, com a conseqüente condenação dos imputados autores da prática delitiva;



f) no mérito, a configuração do crime de corrupção ativa e passiva, na modalidade qualificada, com a consequente condenação do imputado autor da prática delitiva;

g) no mérito, a configuração do crime de violação de sigilo funcional, na modalidade qualificada, com a consequente condenação dos imputados autores da prática delitiva (casos Ana Rodvalho, Piteco, Ouro Verde, DPMAF – nesse último, ainda, cumulando-se com a pena do crime de advocacia administrativa – fl. 4853);

h) no mérito, a configuração do crime de interceptação telefônica clandestina, com a consequente condenação do imputado autor da prática delitiva;

i) no mérito, a configuração do crime de falsidade ideológica (em certidão de ocorrência policial), com a consequente condenação dos imputados autores da prática delitiva;

j) no mérito, a configuração do crime de atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública (subtração de cavaletes da EMTT), com a consequente condenação dos imputados autores da prática delitiva;

l) no mérito, a configuração do crime de furto, na forma qualificada (subtração de cheques da EMTT), com a consequente condenação dos imputados autores da prática delitiva.

Em assim, arrazoando o apelo, o douto representante do Ministério Público Federal aviou o consequente pedido recursal nos termos ora transcritos:

a) a condenação de José Otávio de Queiroga Vanderley às penas dos seguintes dispositivos legais: arts. 288; 312 *caput* (e não 171, § 3º); 333, parágrafo único (duas vezes); 325, § 2º (3 vezes em concurso material); e 299, todos do Código Penal;

b) a condenação de João Carlos de Albuquerque Valença às penas dos arts. 288, 312, *caput*, § 1º e 333, parágrafo único, todos do Código Penal;

c) as declarações da competência federal para julgar os crimes tipificados nos arts. 288 (formação de quadrilha imputado a Luciano Caldas Bivar, Armando Feitosa de Lima, Antônio Virgílio Umbelino de Barros, Geraldo de Melo Jú-

nior, Jorge Barreto da Costa Pereira e Rugberto Fernandes da Silva), 155, § 4º (furto de cavaletes e de cheques da EMTT), 299 (falsidade ideológica na lavratura de boletim de ocorrência), 265, parágrafo único (atentado contra a segurança de serviços de utilidade pública), todos do Código Penal e no art. 10 da Lei nº 9.296/96;

d) a declaração da validade das provas colhidas e declaradas nulas assim como do recebimento da denúncia oferecida; e,

e) a condenação de Edílson Rosa da Silva às penas do art. 325, § 2º, do Código Penal.

À fl. 4.890 constam as contrarrazões de Jorge Barreto da Costa Pereira, postulando pelo não provimento da apelação desafiada pelo Ministério Público Federal.

No mesmo sentido foram as contrarrazões trazidas por:

a) Alexandre Paulo Martins Pereira e Ricardo Jorge Martins Pereira (fl. 4.899);

b) Luciano Caldas Bivar (fl. 4.940), que acrescentou a necessidade, ainda, de os autos serem devolvidos à primeira instância se acaso fosse acatada a preliminar ventilada pelo MPF (fl. 4.981);

c) Edísio Carlos Pereira Filho (fl. 4.986);

d) Edílson Rosa da Silva (fl. 5.025);

e) José Otávio de Queiroga Vanderley (fl. 5.028);

f) João Carlos de Albuquerque Valença (fl. 5.047);

g) Wilson de Melo Amorim - assistido pela Defensoria Pública da União (fl. 5.093);

Nas razões de seu recurso de apelação, José Otávio de Queiroga Vanderley destaca o seguinte:

a) que nas elementares do crime de estelionato, o sujeito passivo desse delito sempre seria uma pessoa física, nunca jurídica (como, no caso da condenação, onde a vítima seria a Administração Pública);

b) que houve o reembolso da eventual vantagem auferida, de modo que, sendo o crime de estelionato um “crime contra o patri-

mônio, é crime de resultado material, crime oneroso, onde o agente arditoso lucra, e a vítima, lesada, perde [...] mas se a vítima é ressarcida no prejuízo, o crime desaparece”;

c) que não possui qualquer indício de personalidade que sugira natureza psicológica compatível com o crime de estelionato no qual foi condenado;

d) que, comprovando que a restituição dos valores em momento futuro estancaria o caráter delitivo da conduta, o art. 59 da Lei nº 8.112/90 prevê a possibilidade de, na hipótese de verbas indevidamente pagas a servidor, este devolvê-las no prazo de cinco dias, sendo que a regra teria eficácia ainda quando a devolução fosse operada em data posterior ao referido quinquídio;

e) que teria recebido as diárias relativas a um deslocamento inexistente após o afastamento, o que descaracterizaria o silêncio arditoso descrito na sentença como *modus operandi* para a prática do crime;

Firme nesses argumentos, postulou, ao final, pelo conhecimento pleno do recurso e, no seu mérito, a reversão do julgado de primeiro grau, com sua conseqüente absolvição (fl. 5.128).

À fl. 5.130 as razões recursais são aditadas (por João Otávio de Queiroga Vanderley), onde são narradas considerações sobre a ilicitude das provas carreadas e que foram utilizadas para sua condenação.

Às fls. 5.145/5.146, o então relator do feito, Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, atento aos postulados processuais que garantem a ampla defesa dos acusados, determinou a intimação pessoal de Antônio Virgílio Ubelino de Barroas, Armando Feitosa de Lima, Márcia Vilaça de Lira, Rildo Nicolau Monteiro Lira e Geraldo Melo Júnior, para replicarem as razões recursais do Ministério Público Federal.

Em decorrência, foram juntas as seguintes contrarrazões:

a) Rildo Nicolau Monteiro Lira (fl. 5.155), pela manutenção da sentença e não provimento do apelo do MPF;

b) Márcia Vilaça de Lira (fl. 5.164), nos mesmos termos acima;

Em despacho de fls. 5.196/5.197, Sua Excelência, ainda sob a presidência do feito, determinou a remessa dos autos para a Defensoria Pública, com o objetivo de granjear o oferecimento de contrarrazões por parte dos réus que permaneceram inertes, ou não foram localizados nos endereços afirmados nos autos.

De consequência, foram apresentadas pela defensoria pública da União as contrarrazões recursais em favor de Geraldo Melo Júnior, Antônio Virgílio Umbelino de Barros e Armando Feitosa de Lima a partir da fl. 5.201 dos autos. Postulou ainda o nobre defensor sua intimação nos moldes do art. 44, I, da Lei Complementar nº 80/94.

À fl. 5.214, o Ministério Público Federal oferta contrarrazões de maneira a refutar a apelação interposta por José Otávio de Queiroga, postulando, assim, pela negativa de procedência, mantendo-se a sentença que o condenou pelas tenazes do art. 171, 3º, do CP.

Nova promoção do Ministério Público Federal à fl. 5.225 dos autos dando conta da falta de intimação pessoal do réu Paulo Sérgio Ribeiro Varejão para apresentar contrarrazões, pelo que requereu houvesse o chamamento do feito à ordem para que assim se procedesse, o que foi acatado no despacho de fl. 5.230.

Contrarrazões desse último acusado ofertadas a partir da fl. 5.233.

Houve a juntada espontânea de novas contrarrazões pelo acusado Antônio Virgílio Umbelino Barroso, desta feita assistido por defensor constituído, onde destacou, particularmente, a ausência de elementos comprovadores da configuração do delito e de dolo, por sua parte, para o cometimento do crime de quadrilha ou bando (art. 288 do CP).

Finalmente, foi apresentado parecer pelo Ministério Público Federal oficiante em segundo grau de jurisdição, vale dizer, perante esse e. Tribunal a partir da fl. 5.282 dos autos. Em essência, opinou a ilustre signatária desse ato opinativo “pelo não provimento da apelação de José Otávio de Queiroga Vanderley e pelo provimento da apelação do Ministério Público Federal” (fl. 5.339).

É o relatório.

Sigam os autos ao Exmo. Sr. Desembargador Federal Revisor, posto que o caso diz com hipótese onde o Regimento Interno da Casa impõe a providência.

## VOTO

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

Como apontado no relatório cuida-se de apelações criminais desafiadas pelo Ministério Público Federal e pela defesa de Luciano Caldas Bivar e José Otávio de Queiroga Vanderley contra sentença da lavra do douto Juiz Federal Gustavo Pontes Mazzocchi, cuja parte dispositiva restou assim redigida:

Pelo exposto, acolhendo, em parte, as preliminares suscitadas pela defesa, julgo parcialmente procedente a denúncia e:

III.I. - DECLINO DA COMPETÊNCIA para o julgamento dos crimes tipificados no art. 265, parágrafo único, do Código Penal (atentado contra a segurança de serviços de utilidade pública), art. 10 da Lei 9.296/96 (interceptação de comunicação telefônica sem autorização judicial), art. 299 do Código Penal (falsidade ideológica na lavratura de boletim de ocorrência) e art. 155, § 4º, do Código Penal (furto de cavaletes e de cheque da EMTT - Empresa Municipal de Trânsito e Transporte de Jaboatão dos Guararapes) - em relação a todos os réus e, pelo crime de formação de quadrilha (art. 288 do Código Penal) imputado a Luciano Caldas Bivar, Armando Feitosa de Lima, Antônio Virgílio Umbelino de Barros, Geraldo de Melo Júnior, Jorge Barreto da Costa Pereira e Rugberto Fernandes da Silva, todos em favor da Justiça do Estado de Pernambuco, especificamente ao órgão judiciário prevento por força da remessa da parte desmembrada dos presentes autos – que deverá ser indicado pelo Ministério Público Federal, solicitante, à época, da cisão –, reconhecendo, portanto, a incompetência da Justiça Federal e, depois de preclusa a presente decisão, determinando a remessa dos autos, de conformidade com o art. 108, § 1º, e 567, ambos do Código de Processo Penal, a quem caberá a ratificação dos atos anteriores, se cabível;

III.II. DECLARO NULO o processo, quanto à imputação

aos réus do crime de formação de quadrilha (exceção aos denunciados elencados no exórdio anterior, cujo reconhecimento da incompetência impede qualquer manifestação a esse respeito), em face da absoluta inépcia da denúncia e decorrente violação das exegeses constitucionais inscritas no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal;

III.III. DECLARO NULO processo em face de Rildo Nicolau Monteiro Lira, em face da absoluta inépcia da denúncia e decorrente violação das exegeses constitucionais inscritas no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal;

III.IV. ABSOLVO os réus José Otávio de Queiroga Vanderley e João Carlos de Albuquerque Valença, ambos nos autos qualificados, da imputação da prática dos crimes de, respectivamente, corrupção ativa (art. 333, parágrafo único, do Código Penal) e corrupção passiva (art. 317, § 1º, do Código Penal), o que faço forte no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, eis inexistir prova suficiente para a condenação;

III.V. ABSOLVO o réu José Otávio de Queiroga Vanderley, nos autos qualificados, da imputação da prática do crime de advocacia administrativa (art. 321 do Código Penal), o que faço forte no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, eis inexistir prova suficiente para a condenação;

III.VI. ABSOLVO o réu João Carlos de Albuquerque Valença, nos autos qualificado, da imputação da prática do crime de peculato (art. 312 do Código Penal), o que faço forte no art. 386, V, do CPP, eis não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

III.VII. ABSOLVO os réus Edílson Rosa da Silva e José Otávio de Queiroga Vanderley, ambos nos autos qualificados, da imputação da prática dos crimes de violação de sigilo funcional (art. 325 do Código Penal), o que faço forte no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, eis inexistir prova suficiente para a condenação;

III.VIII. Desclassificando a infração definida na peça pórica para outra, nos termos do art. 383, *caput*, do Código de Processo Penal, condeno o réu José Otávio de Queiroga Vanderley, nos autos qualificado, à pena de 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e multa de 20 (vinte) dias-multa, ao valor de 2 (dois) salários mínimos

vigentes ao tempo do fato, cada, e devidamente corrigidos até o efetivo pagamento, dando-o, pois, como incurso nas sanções do art. 171, § 3º, c/c art. 71, *caput*, por três vezes, ambos do Código Penal. (Fls. 4751 a 4753)

Também como destacado, o apelo do Ministério Público Federal fez referência, preliminar, à competência integral da Justiça Federal, em face da Súmula 122 do Superior Tribunal de Justiça.

Desse modo, ao arrazoar o apelo, o douto representante do Ministério Público federal aviou o conseqüente pedido recursal nos termos ora transcritos:

f) a condenação de José Otávio de Queiroga Vanderley às penas dos seguintes dispositivos legais: arts. 288; 312 *caput* (e não 171, § 3º); 333, parágrafo único (duas vezes); 325, § 2º (3 vezes em concurso material); e 299, todos do Código Penal;

g) a condenação de João Carlos de Albuquerque Valença às penas dos arts. 288, 312, *caput*, § 1º, e 333, parágrafo único, todos do Código Penal;

h) as declarações da competência federal para julgar os crimes tipificados nos arts. 288 (formação de quadrilha imputado a Luciano Caldas Bivar, Armando Feitosa de Lima, Antônio Virgílio Umbelino de Barros, Geraldo de Melo Júnior, Jorge Barreto da Costa Pereira e Rugberto Fernandes da Silva), 155, § 4º (furto de cavaletes e de cheques da EMTT), 299 (falsidade ideológica na lavratura de boletim de ocorrência), 265, parágrafo único (atentado contra a segurança de serviços de utilidade pública), todos do Código Penal e no art. 10 da Lei nº 9.296/96;

i) a declaração da validade das provas colhidas e declaradas nulas assim como do recebimento da denúncia oferecida; e,

j) a condenação de Edílson Rosa da Silva às penas do art. 325, § 2º, do Código Penal.

Assiste razão ao pleito preliminarmente deduzido pelo Ministério Público Federal.

Conquanto não esteja expresso na legislação de consulta, é de se notar que a interpretação racional do sistema processual penal conduz ao entendimento que a conexão deve ser inferida *in*

*assertionis*, como, de resto, são inferidas as questões sobre competência do juízo.

Como decorrência, ainda que não venha a instrução criminal revelar provas suficientes da prática do fato delitivo que enseja a conexão, nem por isso haverá a remessa dos autos, no tocante aos demais crimes, para o juízo competente em relação a estes. Isso fica muito nítido em face da regra constante do art. 81 do Código de Processo Penal, que diz:

Art. 81. Verificada a reunião dos processos por conexão ou continência, ainda que no processo da sua competência própria venha o juiz ou tribunal a proferir sentença absolutória ou que desclassifique a infração para outra que não se inclua na sua competência, continuará competente em relação aos demais processos.

Parágrafo único. Reconhecida inicialmente ao júri a competência por conexão ou continência, o juiz, se vier a desclassificar a infração ou impronunciar ou absolver o acusado, de maneira que exclua a competência do júri, remeterá o processo ao juízo competente.

Portanto, à exceção dos crimes de competência do júri ainda em fase de pronúncia, nem mesmo a sentença absolutória do crime de competência intrínseca da Justiça Federal ensejaria o reconhecimento da incompetência dos demais. Logo, a causa para o deslocamento por conexão ou continência não se encontra umbilicalmente vinculada às provas existentes nos autos, bastando um mínimo de inferências sobre o ponto de contato entre os crimes cujo processamento, de ordinário, deve ser dado por diferentes jurisdições.

Assim, é o conteúdo da denúncia (ou, eventualmente, a queixa) que irá balizar a competência na demanda penal, a qual será aferida em conformidade com a narrativa aí inserida, vale dizer, com abstração das possibilidades reais de o evento ter acontecido ou não, se bem que com um mínimo de afetação com as provas colacionadas. Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AGENTE SUSPEITO DE LEVAR, NO INTERIOR DE SEU ORGANISMO, CÁPSULAS CONTINENTES DE COCAÍNA.



PROCEDIMENTO MÉDICO QUE CONFIRMOU A SUSPEITA. INQUÉRITO INSTAURADO PELA POLÍCIA CIVIL. DIREITO DE NÃO SE AUTOINCRIMINAR. NULIDADE REJEITADA. TESTEMUNHA DISPENSADA EM AUDIÊNCIA. AUSÊNCIA DE OBJEÇÃO. PRECLUSÃO. INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA. ATO REALIZADO ANTES DO ADVENTO DA LEI Nº 11.900/2009. ARGUIÇÃO OPORTUNA. NULIDADE RECONHECIDA.

1. A competência da Justiça Federal é aferida *in statu assertionis* e à vista de substrato probatório mínimo. Assim, se o réu é acusado, com base em elementos constantes do inquérito policial, de haver praticado tráfico transnacional de drogas, a competência para processar e julgar o fato é da Justiça Federal.

2. O fato de a Polícia Civil haver investigado crime de competência da Justiça Federal não vicia a ação penal.

3. Não viola o direito de não se autoincriminar a submissão do agente a procedimento médico que veio a constatar, no interior de seu organismo, a existência de cápsulas continentais de cocaína. Ausência, outrossim, de qualquer objeção ou resistência do agente, a confirmar a validade da prova.

4. Se ambas as partes arrolaram determinada testemunha e se esta é dispensada em audiência pela acusação sem qualquer objeção da defesa, tem-se por consumada a preclusão lógica, devendo ser rejeitada a alegação de cerceamento de defesa.

5. É nulo o interrogatório realizado por sistema de videoconferência antes do advento da Lei nº 11.900/2009 e sob oportuno protesto da defesa. Entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal. Ressalva do entendimento pessoal do relator.

6. Apelação provida em parte. (TRF 3ª Região. 2ª T. ACR nº 34452/SP. Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos. Julgado em 20/01/2009).

Desse modo, é imperioso concluir que, havendo *status assertionis*, com referência a um mínimo de evidências colacionadas aos autos, isso é, por si somente, apto a deslocar a competência por conexão.

Mas, para tanto, mister comprovar exatamente se existe em concreto o mencionado ponto de contato entre os crimes. A culta

sentença fez um longo e autorizado estudo doutrinário sob as modalidades de conexão.

São elas: a) conexão intersubjetiva por simultaneidade, de caráter subjetivo-objetivo ou meramente ocasional - art. 76, I, 1.<sup>a</sup> parte, do CPP; b) conexão intersubjetiva por concurso ou subjetiva concursal - art. 76, I, 2.<sup>a</sup> parte, do CPP; c) conexão intersubjetiva por reciprocidade - art. 76, I, última parte, do CPP; d) conexão puramente material ou lógica ou teleológica ou objetiva - art. 76, II; e) conexão instrumental ou probatória - art. 76, III, do CPP.

Ao cabo, concluiu S. Excelência que não havia existido a demonstração de qualquer uma dessas modalidades. *Venia concessa*, permito-me discordar das derivadas afirmadas pelo laborioso magistrado em primeiro grau de jurisdição.

Reproduzo, inicialmente, o teor do art. 76 do CPP, que trata das modalidades de conexão.

Art. 76. A competência será determinada pela conexão:  
I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;  
II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;  
III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

Fazendo-se o juízo de incidência da norma em abstrato sob o fato concreto, através de um exame analítico da denúncia, pode-se verificar *in casu* a conectividade mínima necessária para configurar tanto a conexão intersubjetiva por concurso, como a instrumental (art. 76, I e III).

A conexão, em caso, é feita através do crime de quadrilha tipificado no art. 288 do Código Penal. A peça acusatória informou elementos suficientes de que ele estaria sendo praticado em detrimento de bens ou serviços da União, resultando seu processamento pela Justiça Federal.

Ato contínuo, a denúncia tratou de explicar a relação de dependência, através desse crime (o de quadrilha), entre os delitos de competência própria da Justiça Federal e aqueles que, embora não sendo em princípio, deveriam ser deslocados em face da conexão. *Verbis*:

Os integrantes da organização criminosa valiam-se da estrutura da Polícia Federal para levantar informações em outros órgãos públicos, a fim de serem utilizados em proveito dos “contratantes”. Eram realizadas, ainda, investigações policiais paralelas, em proveito dos interessados, além de outras condutas delituosas, entre as quais podem ser citadas interceptações telefônicas clandestinas, comercialização ilegal de cigarros e até mesmo fraudes em licitações do Município de Jabotão dos Guararapes (fl. 10 dos autos).

Como se sabe, a elementar objetiva do tipo penal em referência descreve a conduta de associarem-se mais de três pessoas para o fim de cometer crimes.

Ora, na medida em que isso ocorre com o uso de material ou de outros recursos advindos da estrutura operacional da polícia judiciária da União, fica evidenciada a possibilidade de essa infração penal ter sido praticada em detrimento de seus bens, serviços ou interesses em conformidade com o art. 109, IV, da CF/88.

Veja-se, a propósito, que a Súmula 98 do STJ destaca que há interesse da União nos casos de crimes praticados por funcionário público federal, quando esse pratica infrações no exercício de suas funções, mas também quando com estas relacionadas.

Por conseguinte, a prova dessa associação reflete-se em todos os demais possíveis crimes que teriam sido cometidos sob o pálio do mencionado *pactus sceleris*.

Assim, por exemplo, no caso do crime previsto no art. 265, parágrafo único, do Código Penal, a denúncia é explícita ao relacionar que seu móvel (o motivo) foi o de desacreditar a administração da EMTT para que o acusado José Otávio Queiroga Vanderley pudesse assumir a presidência dessa entidade (fls. 45 a 47).

Desse modo:

a) há vinculação concursal, que acarreta o deslocamento da competência em relação aos acusados que não tenham vínculo funcional com a União, mas, *in assertionis*, relacionados com os policiais que estariam a se aproveitar da estrutura da Polícia Federal para cometer delitos.

b) há vinculação instrumental entre a prova do crime de quadrilha com as necessárias para a consubstanciação das figuras delitivas previstas no art. 155, § 4º, do CP; art. 265, parágrafo único, do CP; art. 299 do CP; art. 10 da Lei 9.296/96, notadamente no que respeita à caracterização do elemento subjetivo do tipo em cada uma delas, importando também em relação a elas na *vis atractiva* da jurisdição federal.

Finalmente, é nítido o interesse da União no processamento do crime de quadrilha, por importar na configuração de possível associação criminosa que agia em detrimento de seus bens, serviços e interesses.

Dessa forma, tem plena incidência o enunciado 122 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, cujo teor é o seguinte: compete a justiça federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, a, do Código de Processo Penal.

Em situações de todo assemelhado, o mesmo colendo Superior Tribunal de Justiça respaldou sem qualquer tergiversar a conclusão a que ora também se chega:

PROCESSUAL PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA POSITIVO. JUSTIÇA FEDERAL E JUSTIÇA ESTADUAL. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. CARTEIRA DE AGENTE DA POLÍCIA FEDERAL. ESTELIONATO E LESÕES CORPORAIS. CONSUNÇÃO DO PRIMEIRO PELO SEGUNDO CRIME. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 122/STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1 - Reconhecer que há consunção do crime de falsificação de documento público pelo estelionato, nesta sede e no início do processo penal, afigura-se temerário, se isso não foi admitido nem pelos juízos envolvidos, cuja proximidade com a causa e os fatos é singular.

2 - Recebida a denúncia pelo Juízo Federal em relação ao

documento falso, em face do reconhecimento de possível violação a bens e interesses da União, os demais delitos (estelionato e lesões corporais), dada a evidente conexão, hão de ser lá reunidos. Aplicação da Súmula 122 do Superior Tribunal de Justiça.

3 - Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 9ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, julgando prejudicado o agravo regimental (fls. 107/125), interposto contra o indeferimento da liminar, como também o CC nº 114.057/MG por ser idêntico ao presente. (STJ. CC 113.940/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 25/05/2011, *DJe* 02/06/2011)

CRIMINAL. HC. DENÚNCIA TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. CABIMENTO ATIPICIDADE, EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE OU EVIDENTE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL E CONEXÃO PROBATÓRIA. CRIMES NAS ESFERAS FEDERAL E ESTADUAL. SÚMULA 122/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

I. Nosso ordenamento jurídico consagra regra da impossibilidade do trancamento da ação penal por meio de *habeas corpus*. Sendo permitido, excepcionalmente, o exame de plano, quando evidenciado atipicidade da conduta, extinção da punibilidade, ilegitimidade da parte ou ausência de condição para o exercício da ação penal.

II. Incabível o trancamento da ação penal quando a denúncia é clara e suficiente na imputação dos fatos que ensejaram a persecução penal.

III. Nos crimes ocorridos nas esferas federal e estadual a competência deve ser da Justiça Federal quando verificado prática de delitos contra a Administração e em detrimento dos interesses da União, sendo adequada a aplicação da Súmula 122/STJ.

IV. Ordem denegada. (STJ. HC 157.958/AM, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 05/10/2010, *DJe* 18/10/2010)

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO CIRCUNSTANCIADO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ESQUEMA CRIMINOSO ENVOLVENDO SERVIDO-

RES DA SUFRAMA - AUTARQUIA FEDERAL. CONEXÃO PROBATÓRIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULA 122 DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO *WRIT*. ORDEM DENEGADA.

1. A Justiça Federal é competente para o processamento e julgamento da ação penal ajuizada contra o paciente, a qual se originou de inquérito da Polícia Federal instaurado para apurar esquema criminoso envolvendo servidores da SUFRAMA - Superintendência da Zona Franca de Manaus (Autarquia Federal).

2. No inquérito apurou-se que o paciente agia em nome de empresa que simulava a remessa de mercadorias de São Paulo para a Zona Franca de Manaus, auferindo crédito tributário de ICMS, o qual era posteriormente negociado com outras empresas.

3. O sucesso desse esquema criminoso dependia necessariamente da autuação dos servidores da SUFRAMA, os quais informavam à receita estadual o efetivo ingresso das mercadorias na Zona Franca de Manaus, gerando os créditos tributários de ICMS.

4. Verifica-se no caso a conexão instrumental entre os delitos (art. 76, III, do CPP), razão pela qual devem ser julgados pela Justiça Federal, nos termos da Súmula 122 do STJ, que preceitua que compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência Federal e Estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, a, do Código de Processo Penal.

5. Parecer ministerial pela denegação do *writ*.

6. Ordem denegada. (STJ. HC 146.772/AM, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 15/02/2011, *DJe* 21/03/2011)

O caso em discussão revela ainda uma peculiaridade. É que essa mesma questão restou divisada e, de conseguinte, expressamente decidida em anterior *habeas corpus* (HC 1932/PE). Transcreve-se a ementa do acórdão em referência:

*HABEAS CORPUS*. QUADRILHA OU BANDO (ART. 288 DO CP). ENVOLVIMENTO DE AGENTE DA POLÍCIA FEDERAL. INTERESSE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. DENÚNCIA. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP OBSERVADOS. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

- Julgamento de crimes de competência da Justiça Federal e da Estadual: “Súmula nº 122 do STJ: Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, a, do Código de Processo Penal”.

- Delineada na denúncia a conduta típica e antijurídica, prevista nos arts. 155, § 4º, IV; 265, parágrafo único; 299 e 333, parágrafo único, do CP, ante os fortes indícios de autoria e materialidade, falecem os argumentos de inépcia da referida peça processual, quando devidamente preenchidos os requisitos previstos no art. 41 do CPP.

- Não se tranca ação penal, quando o fato descrito se afigura típico e antijurídico, e depende de dilação probatória. Acórdão. Vistos, etc. decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar o *habeas corpus*, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento. Recife, 2 de setembro de 2004 (data do julgamento). Des. Federal Rivaldo Costa - relator.

Sendo a matéria unicamente de direito, ou seja, não versando sobre fatos, ou, ainda, não demandando instrução probatória, é de se inferir que houve a configuração da coisa julgada em relação ao ponto, pois citado acórdão transitou em julgado como informa a página de consulta processual deste e. Tribunal na rede mundial de computadores ([www.trf5.jus.br](http://www.trf5.jus.br) - processo nº 0016346-11.2004.4.05.0000).

Desse modo, como acertadamente apontou o Ministério Público Federal, não caberia nem mesmo a possibilidade de rediscussão do assunto quando da prolação da sentença. Seja como for, o caso é mesmo de competência da Justiça Federal, como antes apontado.

Entretanto, diferentemente do que foi postulado pelo mesmo MPF, não é possível o julgamento imediato dos crimes em relação aos quais foi reconhecida a incompetência pela sentença, a qual deve, assim, ser anulada.

A necessidade de devolução para novo julgamento em 1º Grau de Jurisdição em relação aos crimes previstos no art. 155, § 4º, do CP; art. 265, parágrafo único, do CP; art. 288 do CP; art. 299 do

CP; e art. 10 da Lei 9.296/96 justifica-se sob pena de supressão de instância.

O tema é pacífico na doutrina e na jurisprudência. Diferentemente do regime contido na legislação processual civil, em sede de processo penal faz-se necessária a devolução ao Primeiro Grau tanto para restabelecer a amplitude da defesa, como também para não privar o acusado de eventual benefício pelo trânsito em julgado da lide em relação à acusação, caso não exista recurso dela contra a nova sentença, situação que lhe poderia favorecer.

A título de exemplo, cita-se o seguinte acórdão paradigma desta e. 3ª Turma:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONTRABANDO/DESCAMINHO. DESNECESSIDADE DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CRIME FORMAL. PRECEDENTES DO STF E DESTA CORTE. BAIXA DOS AUTOS À ORIGEM PARA EXAME DA DENÚNCIA QUANTO A TAL DELITO.

1. A sentença recorrida, ao argumento da inexistência de qualquer notícia acerca da instauração de procedimento administrativo fiscal objetivando a apuração do valor dos tributos incidentes sobre os medicamentos apreendidos de suposta origem estrangeira, entendeu incabível o prosseguimento do processo em relação ao crime de descaminho.

2. Tal entendimento não encontra ressonância na jurisprudência da Suprema Corte e deste Regional, porquanto, tratando-se de crime formal, não se exige a prévia constituição administrativa do crédito tributário.

3. Necessidade de baixa dos autos à origem para o exame da autoria e materialidade do delito de descaminho, conforme delineado na denúncia, vez que não se afigura viável o enfrentamento de tal questão no âmbito desta Corte, sob pena de indevida supressão de instância, bem assim inegável violação à garantia do duplo grau de jurisdição.

4. Apelação do MPF parcialmente provida. Apelo do réu prejudicado. (TRF 5ª Região. 3ª T. ACR nº 7822/PE. Rel. Desembargador Federal Luis Alberto Gurgel de Faria. Julgado 21/07/11)



Tudo isto posto, dou provimento à preliminar formulada na apelação do Ministério Público Federal, com a anulação da sentença e a consequente devolução dos autos para novo julgamento em 1º Grau de Jurisdição em relação aos crimes previstos no art. 155, § 4º, do CP; art. 265, parágrafo único, do CP; art. 288 do CP; art. 299 do CP; e art. 10 da Lei 9.296/96, ficando prejudicado, assim, o apelo do réu José Otávio de Queiroga Vanderley.

É como voto.

## INQUÉRITO Nº 2.121-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA  
Autor: DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL  
Indic./Invdo.: SEM INDICIADO  
Investigado: JOSÉ PINTO NETO

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. APURAÇÃO DA CONDUTA DE PREFEITO EM FACE DE SUSPOSTA FRAUDE NA GESTÃO DE PAGAMENTO DO PROGRAMA DO BOLSA-FAMÍLIA. DECLARAÇÕES. VALIDADE. INCLUSÃO E EXCLUSÃO AO PROGRAMA SOCIAL DO “BOLSA-FAMÍLIA”. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS LEGAIS (LEI Nº 10.836/2004 E DECRETO-LEI Nº 5.209/2004). PAGAMENTO AOS BENEFICIÁRIOS. REGULARIDADE. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DELITUOSAS. ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO. DEFERIMENTO.**

**- Cabe ao Ministério Público, como dominus litis, de acordo com o princípio da obrigatoriedade, formular um juízo de valor sobre o conteúdo do fato que se lhe apresenta, para avaliar a existência, ou não, de elementos suficientes para fundamentar a acusação. Caso não encontre tais elementos (tipicidade do fato, indícios de autoria, condições de procedibilidade ou de punibili-**

**dade etc.), cumpre-lhe requerer ao juiz o arquivamento do inquérito ou das peças de informação, não podendo o juiz obrigá-lo a ofertar a denúncia, mas apenas cabe-lhe adotar as providências previstas no art. 28 do CPP e atender, se for o caso, à determinação contida na parte final do mesmo dispositivo.**

**- No caso concreto, o Parquet Federal, arrimado nas provas coligidas aos autos (depoimentos prestados pelos próprios beneficiários do programa do bolsa-família; pessoas que tiveram o benefício suspenso ou cancelados; vereadores da oposição), e, não encontrando, à vista dos elementos de prova, indícios de prática de crime ou de outra conduta delituosa que se pudessem ensejar a delação penal, requereu o arquivamento do presente inquérito.**

**- Acolhe-se a promoção ministerial em face de ausência de qualquer indício de autoria e materialidade da ocorrência de crime por parte do Prefeito do Município de Boa Ventura/PB, sobretudo no que se refere à gestão dos pagamentos dos benefícios do “bolsa-família”, no período compreendido entre 2005 a 2006, não havendo motivo que autorize a caminhar de acordo com a determinação contida na parte final do art. 28 do Código de Processo Penal.**

**- Pedido de arquivamento deferido.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide o Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, deferir o pedido de arquivamento deste inquérito policial, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 14 de setembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de inquérito policial, instaurado em 8 de agosto de 2007, através da portaria do Ilmo. Delegado de Polícia Federal, Olímpio Ferraz de Sá Barreto, atendendo a requisição do Ministério Público Federal, com o fim de apuração de possível conduta delituosa atribuída ao atual Sr. Prefeito do Município de Boa Ventura/PB, consubstanciada em irregularidades na administração de recursos federais destinados ao Programa Social “Bolsa Família”, no período compreendido entre 2005/2006 e, mais precisamente, na gestão do Sr. José Pinto Neto, atual Prefeito daquela Edilidade.

Noticiou-se ao Ministério Público Federal, para fins da referida apuração, que algumas pessoas daquele município estariam recebendo indevidamente o “bolsa-família” e que alguns dos referidos benefícios teriam sido cancelados nas vésperas das eleições municipais do ano de 2006.

Realizadas todas as diligências necessárias no curso do inquérito policial, o Ilmo. Sr. Delegado de Polícia Federal, no seu relatório conclusivo, declarou:

1) Repousa às fls. 15/53 folha de pagamento do Programa Bolsa-Família atualizada, além da relação de todas as famílias que tiveram os benefícios bloqueados ou cancelados pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome com os respectivos nomes;

2) Foi produzida a informação de fls. 104/107 dando conta de diligência realizada na cidade de Boa Ventura/PB quando entrevistados beneficiários do Bolsa-Família e avaliado o perfil para enquadrar-se no programa;

3) Ouvidas as beneficiárias (fls. 109/112 e 119/121) disseram ter recebido bolsa-família enquanto faziam jus, nada tendo a ver o pagamento com a política, não tendo sido a inclusão ou a exclusão vinculada a qualquer pedido de voto;

4) No mesmo sentido, foram as declarações prestadas pela Sra. Maria Aparecida Pinto de Araújo (fls. 138/139), servidora daquela municipalidade;

5) Foram ouvidas, ainda, diversas pessoas, inclusive vereadores da oposição, que não confirmaram a notícia-crime quanto à compra de votos nas eleições do ano de 2006, tampouco influência política na gestão do Programa do Bolsa-Família (fls. 145/151 e 167/169).

Os autos foram distribuídos nesta Corte, em virtude de o investigado deter prerrogativa de foro perante este Tribunal.

Nesta instância, remetidos os autos à PRR-5ª Região, através da promoção ministerial (fls. 177/179), a Exma. Sra. Procuradora Regional da República, Dra. Maria do Socorro Leite de Paiva, com base nas diligências realizadas, nas declarações e depoimentos carreados aos autos deste IPL e no relatório conclusivo do I. Delegado de Polícia Federal, requereu o arquivamento do presente inquérito, ante a inexistência de materialidade delitiva e de indícios de qualquer participação ilegal do Sr. Prefeito José Pinto Neto nos fatos apurados, não existindo justa causa para oferecimento de denúncia e deflagração de ação penal.

Vieram-me os autos conclusos e determinei a sua inclusão na pauta de julgamento pelo Plenário desta Corte.

É o que havia de relevante para relatar.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

O pedido de arquivamento do presente inquérito policial, formulado nesta instância, através da promoção ministerial de fls. 141/156, está resumido nos seguintes fundamentos:

(...) O presente inquérito policial foi instaurado com a finalidade de apurar notícias de irregularidades que teriam sido cometidas nos exercícios de 2005 e 2006, ocasião em que o poder executivo era exercido por José Pinto Neto, atual Prefeito de Boa Ventura/PB, relativamente ao pagamento de valores do Programa Social Bolsa-Família. Após relatado, o inquérito foi remetido para manifestação desta Procuradoria Regional da República, tendo a autoridade policial sugerido o seu arquivamento e extração dos documentos de fls. 143/144, 170/171 e apenso para ser apurado no âmbito da Justiça Estadual (fls. 175/176).

Foram realizadas várias diligências para apuração dos fatos, tais como: oitiva dos vereadores de oposição e das pessoas que tiveram os benefícios cancelados; expedição de ofício ao prefeito e ao Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome (fls. 14 e 141).

Consta dos autos relação da folha de pagamento dos beneficiários do Programa Bolsa-Família (fls. 15/51), inclusive a informação do gabinete do prefeito dá conta de que os cancelamentos terem se dado em razão da renda *per capita* estar acima do limite permitido, ou seja, não se enquadrar no perfil do Bolsa Família, conforme descrito no demonstrativo de fls. 51/52.

O Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome informa restringir-se a realização de fiscalização *in loco* quando imprescindível a presença de uma equipe no município, não sendo esse o caso, por não constar pendências ou notícias de irregularidades na execução do Programa Bolsa Escola no referido município.

Por fim, informa a Secretária Nacional de Renda de Cidadania ser o Bolsa Família um programa de transferência direta de renda, não havendo a prestação de contas pelos municípios (fl. 160).

As pessoas cujos benefícios foram suspensos ou cancelados, ouvidas às fls. 109, 111, 119, 121, 145 e 148, afirmam haverem recebido os valores dos benefícios enquanto tinham direito, bem como a inclusão ou exclusão ao programa não ter vínculo com a eleição para prefeito. Acrescenta-se a informação do agente de polícia federal (fls. 104/107), de que um pessoa ouvida confirmou ter o benefício sido suspenso por não mais se enquadrar nos requisitos legais.

Três vereadores da oposição ouvidos (fls. 167, 168 e 169) também afirmaram não terem os cancelamentos do pagamento relativos ao programa bolsa-família motivação política (...).

Com base nas diligências encetadas no presente inquérito, concluiu, o *Parquet* Federal, sua promoção de arquivamento destacando (fls. 178/179):

(...) Assim sendo, não se evidencia nos autos elementos demonstrativos de participação irregular do prefeito municipal nos cancelamentos dos referidos benefícios, sobretudo porque o motivo desses cancelamentos haver sido

em razão de não mais se enquadrarem os beneficiários no perfil do bolsa-família.

Como as diligências realizadas não trouxeram provas dos fatos em apuração que evidenciasse qualquer envolvimento ilegal do Prefeito José Pinto Neto, não há, portanto, justa causa para a tramitação do presente inquérito. (...)

Conforme preleciona Mirabete, em seu Código de Processo Penal Interpretado, “o arquivamento do inquérito cabe ao juiz, a requerimento do Ministério Público. Este, de acordo com o princípio da obrigatoriedade, deve formular um juízo de valor sobre o seu conteúdo, para avaliar a existência, ou não, de elementos suficientes para fundamentar a acusação. Caso não encontre tais elementos (tipicidade do fato, indícios de autoria, condições de procedibilidade ou de punibilidade etc.), cumpre-lhe requerer ao juiz o arquivamento”.

No mesmo sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal:

A iniciativa da ação penal é do Ministério Público, mediante o oferecimento da denúncia, e não pode o juiz obrigá-lo a oferecê-la, mas apenas cabe adotar as providências previstas no art. 28 do CPP e atender, como é o caso, à determinação contida na parte final do mesmo dispositivo. O Ministério Público tem o poder de ação, no campo processual, e o juiz ou o tribunal, o poder jurisdicional. O exercício deste depende da iniciativa daquele. (RT 629/384)

Demais disso, conforme disciplina o art. 3º, I, da Lei nº 8.038/90, aplicável no âmbito desta Corte por força da Lei nº 8.658/93, *in verbis*:

Art. 3º Compete ao relator:

I - determinar o arquivamento do inquérito ou de peças informativas, quando o requerer o Ministério Público, ou submeter o requerimento à decisão competente do Tribunal; (...).

No caso em exame, conforme se depreende dos autos, mormente as declarações prestadas (pessoas que tiveram os benefícios do bolsa-família suspensos ou cancelados - fls. 109, 111, 119, 121, 145, 148), os cancelamentos dos pagamentos relativos ao

bolsa-família não tiveram motivação política ou ingerência do Sr. Prefeito do Município de Boa Ventura/PB, ora investigado.

Os depoimentos foram uníssonos em confirmar que os benefícios eram pagos a quem de direito (àqueles que preenchiam os requisitos legais) e que sua inclusão ou exclusão ao Programa Social do Bolsa-Família não tinham vínculo com a eleição para prefeito do ano de 2006.

Ou seja, referidos cancelamentos foram motivados em face de não mais se enquadrarem os beneficiários no perfil do referido programa social (renda familiar - *per capita*, número e idade dos filhos), requisitos legais instituídos pela Lei nº 10.836/2004 e regulamentados pelo Decreto-Lei nº 5.209/2004, que dispõem ser a gestão do Bolsa-Família descentralizada e compartilhada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

É um programa de transferência direta de renda com condicionalidades, que beneficia famílias em extrema pobreza. Atende mais de 12 milhões de famílias em todos o território nacional e a depender da renda familiar e do número de filhos, o valor do benefício recebido pela família pode variar entre R\$ 32 a R\$ 242 (trinta e dois a duzentos e quarenta e dois reais).

Destaque-se mais que a lista dos beneficiários do referido programa é pública e pode ser acessada por qualquer cidadão, ou seja, os motivos atinentes à sua concessão e/ou suspensão, além de estarem atrelados aos requisitos legais, gozam da publicidade.

De mais a mais, não encontro argumentos que possam afastar a conclusão a que chegou o Ilmo. Sr. Delegado de Polícia Federal, no seu relatório conclusivo, bem como o Exmo. Representante do Ministério Público Federal, nesta Corte, com destaque ao fato de que, mesmo após todas as diligências encetadas neste apuratório, não se ter apontado qualquer indício de autoria e materialidade delituosas por parte do atual Prefeito do Município de Boa Ventura/PB no que se refere às irregularidades na gestão do pagamento do benefício do bolsa-família no período de 2005 a 2006, pelo que se mostra incontestemente a ausência de justa causa para a delação penal e deflagração de uma ação penal.

Por fim, esta Corte, em diversas oportunidades, tem se manifestado quanto ao acolhimento de pedidos de arquivamento for-

mulados pelo Ministério Público, a exemplo dos seguintes julgados:

PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. ARQUIVAMENTO.

1. Cabe ao Ministério Público, *dominus litis* da ação penal pública, com base nos elementos apurados na fase de investigação, oferecer a denúncia ou pedir o arquivamento do inquérito;
2. Formulado esse pleito com arrimo em justificadas razões, impõe-se seu acolhimento;
3. Inquérito arquivado. (TRF-5ª Região, Pleno, INQ nº 647-AL, Relator Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Farias, DJU: 02.12.2002)

PROCESSO PENAL. INQUÉRITO. ARQUIVAMENTO.

1. Instaurado o inquérito para apurar a possível prática de ato ilícito tipificado no art. 203 do Código Penal (frustração de direito assegurado por lei trabalhista) atribuído ao Prefeito do Município de Barbalha/CE, em face da indevida retribuição pecuniária aos servidores da municipalidade, bem como pelo conseqüente recolhimento previdenciário a menor por parte das prefeituras.
2. Entretanto, no curso das investigações policiais, restou demonstrado que os servidores tinham jornada de trabalho reduzida, e justo por isso sua remuneração era inferior ao salário mínimo, porque proporcional às horas trabalhadas. Acolhe-se o entendimento o Ministério Público por inexistirem elementos ao oferecimento da ação penal.
3. Inquérito arquivado. (TRF-5ª Região. Pleno. Decisão Unânime. Inquérito nº 1982/CE. Relator: Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima. j. 07.10.2009)

PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. ARQUIVAMENTO.

1. Inquérito instaurado com o objetivo de apurar possível conduta delituosa contra prefeito que supostamente teria realizado o pagamento do benefício do Bolsa Família a algumas famílias e se apropriado do benefício de outras. O Ministério Público requer o arquivamento;
2. Caso em que as investigações, após a realização de todas as diligências, não apontou qualquer indício de autoria ou de materialidade da ocorrência do delito, porquanto o investigado não teria como reter ou liberar os recursos destinados aos beneficiários, visto que a gestão financeira do Programa Bolsa Família é de inteira responsabilidade



da Caixa Econômica Federal.

3. Pedido de arquivamento deferido. (TRF-5ª Região, Pleno, decisão unânime, Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, j. 05/05/2010)

O Ministério Público apresenta requerimento instando pelo arquivamento do presente feito inquisitorial, convicto que os fatos investigados não configuram o delito previsto no artigo 203 do Código Penal (fls. 137-152).

Cuida-se de petitório bem fundamentado, pois justifica o pedido em apreço com arrimo em iterativa jurisprudência, não deixando margem a qualquer dúvida sobre a pertinência do pleito.

Ademais, cumpre sempre relembrar ser o Ministério Público o senhor da ação penal, e que, nessa esteira, encontra-se investido das prerrogativas necessárias para requerer a extinção dos apuratórios em que divisar a atipicidade do fato, a presença de qualquer causa impeditiva do desenvolvimento válido do processo, ou mesmo, a extinção da punibilidade.

Consequentemente, defiro o pedido ministerial, forte nos argumentos exarados pelo douto representante do *Parquet* que o subscreve. (TRF-5ª Região, Inquérito nº 2104, Relator: Des. Federal Wladimir Souza Carvalho, data da decisão: 01.09.2010)

Ademais, sendo o Ministério Público o *dominus litis*, cabendo-lhe, assim, o juízo de valoração sobre o conteúdo das ações, que, em tese, poderiam configurar ilícitos penais, o que, na hipótese destes autos, não se lhe apresentou, e por não vislumbrar, este juiz, no caso *sub examine*, e à vista do contido nestes autos, indícios de crime, em tese, não havendo motivo que autorize a caminhar de acordo com a determinação contida na parte final do art. 28 do Código de Processo Penal, acolho a promoção ministerial de fls. 177/179.

*Ex positis*, defiro o pedido de arquivamento deste inquérito policial e determino a baixa na distribuição com as devidas comunicações à Polícia Federal e ao Ministério Público Federal.

Dê-se ciência ao investigado. Expeça-se ofício com cópia deste voto.

É como voto.

## INQUÉRITO Nº 2.197-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS  
Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Indic./Invdo.: SEM INDICIADO  
Investigado: ROMERO MAGALHAES LÊDO  
Advs./Proc.: DRS. WALDEMAR LOPES FERRAZ JUNIOR (INVDO.)

**EMENTA: PROCESSUAL PENAL E PENAL. DENÚNCIA. PREFEITO MUNICIPAL. DESMEMBRAMENTO. QUESTÃO DE ORDEM. COMPETÊNCIA DESTE TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. DESCRIÇÃO SATISFATÓRIA DOS FATOS. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. ART. 1º, INCISOS I, II, III, IV E V, DO DECRETO-LEI Nº 201/67 (CRIMES DE RESPONSABILIDADE). ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93 (INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO). ART. 288 DO CÓDIGO PENAL (FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO). DESCRIÇÃO DE FATOS QUE SE ADEQUAM ÀS PREVISÕES LEGAIS. ART. 203, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL (FRUSTRAÇÃO DE DIREITO ASSEGURADO POR LEI TRABALHISTA). PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ARTS. 109, 111 E 117 DO CÓDIGO PENAL. RECEBIMENTO PARCIAL DA DENÚNCIA.**

**- Em julgamento de Questão de Ordem apresentada ao Plenário deste Tribunal Regional Federal da 5ª Região, decidiu-se, na sessão realizada no dia 1 de dezembro de 2010, pelo desmembramento do inquérito com a remessa à primeira instância de parte da peça acusatória em que figuram como indiciados apenas os que não ostentam a prerrogativa de foro por função.**

**- Cinge-se a questão dos autos ao recebimento de denúncia em desfavor do acusado, prefeito**

**do Município de Itacuruba-PE, versando sobre o suposto cometimento dos crimes previstos no art. 1º, incisos I, II, III, IV e V do Decreto-Lei nº 201-67 (crimes de responsabilidade), art. 89 da Lei nº 8.666/93 (inexigibilidade de licitação) e arts. 288 (formação de quadrilha ou bando), 203 caput (frustração de direito assegurado por lei trabalhista) com incidência nos arts. 61, II, g (circunstância agravante - prática criminosa com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão), 69 (concurso material) e 71 (crime continuado), todos do Código Penal.**

**- Competência desta Corte Federal para apreciar e julgar a matéria, tendo em vista que o suporte fático trata da aplicação de recursos oriundos de convênios firmados entre o Município referido e o Governo Federal, mais precisamente originários dos Ministérios da Saúde e Educação, mediante o repasse de verbas destinadas à concretização de programas assistenciais, dentre os quais se destacam os seguintes: Programas Sentinela, Agente Cidadão, Educação Infantil, Saúde da Família, Saúde para Todos, Agentes Comunitários de Saúde, Educação de Jovens e Adultos, Erradicação do Trabalho Infantil, Agentes Jovens Egressos do PETI, Se Liga, Epidemiologia, Incentivo ao Desenvolvimento Agropecuário, Educação e Saúde e Educação e Arte.**

**- A Medida Provisória nº 2.178-36/01 e a Lei nº 10.880/04 tratam da questão da fiscalização na aplicação dos recursos financeiros relativos aos programas vinculados ao Ministério da Educação, enquanto a Lei nº 8.080/90 trata da questão da fiscalização dos programas vinculados ao Ministério da Saúde. Aplicação da Súmula 208 do STJ: “Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal”.**

**- Ausente nulidade na oferta da denúncia sem a realização de inquérito policial anterior, haja vista os poderes investigatórios conferidos ao Ministério Público, parte legítima, e o poder deste órgão de acusação em se utilizar de dados, informações, relatórios e decisões de outros órgãos de controle interno e externo. No caso, os elementos fornecidos foram de auditoria de Tribunal de Contas, perfeitamente legitimadora de elementos para uma denúncia, como restou utilizada. Fundamento constitucional e legal no art. 129 da Constituição Federal, art. 26 da Lei nº 8.625/93 e 39, § 5º, do Código de Processo Penal. Precedente do STF: RE 468523 - 2ª T. - Relª Min. Ellen Gracie - DJ 19.02.2010. Preliminar rejeitada.**

**- A materialidade das condutas criminosas é imputada pelo denunciante a três células de atuações distintas e que estariam interligadas, que atuariam na manipulação de diversas pessoas físicas e jurídicas (Servil Serviços Ltda., Apta Empreendimentos e Serviços Ltda., Realize Empreendimentos Imobiliários Ltda., Osasco Construções Ltda., IDECI - Instituto de Desenvolvimento e Cidadania e MIXPREL - União de Profissionais Empreendedores Ltda.), as quais usariam notas fiscais que efetivamente não correspondiam às compras ou contratações de serviços para os municípios (notas fiscais inidôneas ou notas fiscais frias), locupletando-se indevidamente de verbas públicas e supostamente ocultando e dissimulando a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, dos crimes de lesão ao patrimônio público.**

**- A primeira célula identificada na peça acusatória é representada, segundo alegações do denunciante, pelo Sr. Romero Magalhães Lêdo, Prefeito de Itacuruba, representando o Poder Público,**

**que teria celebrado vários termos de parceria com a OSCIP - CEGEPO, que possui como presidente o denunciado Erivaldo Saraiva Feitosa e como administradores ocultos (Amaury da Silva Pinto, Edirce Eugênia Correia Pinto e Amaury da Silva Pinto Junior). Conclui o MPE/PE que a ligação destes últimos se evidencia em função de suas atuações nas empresas que orbitam em torno do CEGEPO, quais seja, a SERVIL, APTA, REALIZE, OSASCO, IDECI, MIXPREL, bem como atua o próprio Erivaldo Saraiva Feitosa, que também é sócio das empresas REALIZE, OSASCO e MIXPREL, que se beneficiariam das verbas públicas de forma fraudulenta.**

**- A peça acusatória relata a participação do acusado, Romero Magalhães Lêdo, ao desobedecer aos limites da LRF para despesas de pessoal e ainda favorecendo a circulação de dinheiro público entre os componentes das células criminosas, privando os supostos voluntários de seus direitos trabalhistas, bem como deixando de realizar procedimento licitatório, inexigindo-o fora dos casos previstos na Lei 8.666/90. Haja vista a condição do acusado de Prefeito do Município de Itacuruba/PE e os fatos narrados na exordial, é possível se observar indícios de autoria que autorizam o recebimento da acusação.**

**- Com base nos documentos apresentados pelo Ministério Público, especialmente os extratos bancários apreendidos, evidencia-se divergências entre os valores constantes nos recibos firmados pela CEGEPO e aqueles registrados na conta corrente nº 11729-3, Ag. 1028-6, Banco do Brasil (sendo esta a conta especificada nos termos de parceria para o recebimento dos recursos) referentes aos meses de julho a setembro de 2005.**

**- Do repasse de R\$ 895.419,60 (oitocentos e noventa e cinco mil, quatrocentos e dezenove reais**

**e sessenta centavos), restou quantia significativa sem a comprovação de destinação, no caso, correspondente a R\$ 514.131,18 (quinhentos e quatorze mil, cento e trinta e um reais e dezoito centavos), tendo sido apenas R\$ 381.288,42 (trezentos e oitenta e um mil duzentos e oitenta e oito reais e quarenta e dois centavos) depositados na conta corrente especificada nos termos de parcerias para recebimento de recursos, tudo com base nos extratos bancários constantes nos autos. Pode-se concluir a evidência de indícios de: 1 - desvio de verba federal repassada do município para uma entidade privada sem qualquer autorização legal e pelas vias próprias da utilização desse dinheiro; 2 - consequente utilização indevida de verbas públicas federais; 3 - emprego de recursos públicos federais em desacordo com cronograma, finalidade e justificativa plausível; 4 - realização de despesas em desacordo com a lei.**

**- Constata-se, portanto, em tese, a configuração dos tipos previstos nos incisos I, II, III, IV e V, do Decreto-Lei nº 201/67, haja vista a destinação de verbas públicas sem a comprovação da correspondente utilização para a finalidade as quais se destinavam, cabendo o desenvolvimento da persecução criminal a respeito.**

**- A utilização dos recursos, por sua vez, informou-se ter se dado da seguinte forma: a) 69,68% com reembolso de voluntários e; b) 25,98% com o pagamento de serviços de pessoa física. De acordo com o relatório que subsidiou a oferta da denúncia, elaborado pela Coordenadoria de Apoio Técnico em Contabilidade - CMAT, a utilização expressiva de recursos com a remuneração de voluntários e ressarcimento de pagamentos em favor de terceiros suscita a possibilidade de verdadeira desobediência à LC 101/2000 e consequentemente à Lei nº 8.666/93, no que tan-**

**ge à necessidade de licitação, inexistindo qualquer menção acerca dos procedimentos administrativos de dispensa ou inexigibilidade de licitação. Presentes, pois, indícios suficientes ao processamento da denúncia em relação ao disposto no art. 89 da Lei nº 8.666/93.**

**- Observa-se, portanto, que a efetivação de eventuais condutas criminosas reclamou o envolvimento de diversas pessoas, ligadas ao Município de Itacuruba quanto em relação às empresas contratadas que orbitam em torno do CEGEPO, corroborando-se a plausibilidade da prática de formação de quadrilha. Inexiste qualquer frustração na denúncia no que tange ao tipo penal previsto no art. 288 do CP (formação de quadrilha), já que a peça de acusação veicula a existência de uma organização criminosa com a descrição detalhada de cada um dos envolvidos.**

**- Em relação ao crime capitulado no art. 203 do Código Penal (frustração de direitos trabalhistas), os fatos imputados ao acusado se referem às irregularidades no repasse de recursos públicos federais à OSCIP contratada pelo município, durante o curso do ano de 2005.**

**- Entretanto, considerando a contagem do prazo prescricional desde a prática dos atos imputados até o recebimento da denúncia, primeira causa interruptiva do referido lapso legal, nos moldes previstos nos artigos supramencionados, observa-se a ocorrência da prescrição punitiva. Tendo como máximo da pena imputada ao agente, nos moldes do caput do art. 203 do Código Penal, no caso 2 anos, aplica-se o disposto no art. 109, inciso V, aplica-se o prazo prescricional de 04 anos.**

**- O marco inicial da contagem do prazo prescricional é o ano de 2005, haja vista a menção ao cometimento de irregularidades durante todo este ano, e considerando o prazo da prescrição**

**da pretensão punitiva, 4 anos, observa-se que já transcorreu o referido lapso, tendo ocorrido a prescrição da pretensão punitiva. Desta feita, em relação ao crime do art. 203, caput, do Código Penal, deixa-se de receber a denúncia, em face da prescrição da pretensão punitiva.**

**- Uma vez evidenciada a plausibilidade da configuração dos tipos penais mencionados, até então, cabível se demonstra a análise do acusado na incidência nos arts. 61, II, g (circunstância agravante - prática criminosa com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão), 69 (concurso material) e 71 (crime continuado) todos do Código Penal.**

**- A evidência dos tipos penais não se exaure na análise de ter sido legal o procedimento de escolha da OSCIP na Administração do Município de Itacuruba/PE, em atenção aos ditames da Lei nº 9.709/99, vez que é necessário se analisar o desenvolvimento do processo de escolha, bem como as alegações de envolvimento do município com a organização escolhida, o que só será possível no curso da ação criminal.**

**- A alegação acerca da efetivação do repasse de todos os valores devidos à CEGEPO, totalizando um total de R\$ 914.037,26 (novecentos e quatorze mil, trinta e sete reais e vinte e seis centavos), ou à aprovação das contas municipais pelo órgão competente para fazê-lo, não afasta a possibilidade de análise da configuração dos tipos penais presentes na denúncia, sendo devido o desenvolvimento da ação penal.**

**- A efetiva demonstração da atribuição da chefia da primeira célula de eventual organização criminosa, mediante os indícios apresentados na denúncia, será possível de ser devidamente caracterizada durante o desenvolvimento da ação penal correspondente.**



**- Não há que se falar em ausência dos requisitos previstos no art. 41 do CPP, vez que é possível se extrair da denúncia a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, haja vista a discriminação de atuação de todas as pessoas mencionadas nos tipos penais indicados, devidamente classificados, e o modo de participação de cada uma delas. Foram, ainda, qualificados todos os acusados.**

**- A demonstração de que os termos de parceria foram firmados amparados na lei do voluntariado é questão atinente ao próprio mérito da ação penal, havendo indícios suficientes de relação entre os envolvidos a autorizar o recebimento da presente peça acusatória.**

**- Existindo indícios de autoria dos denunciados no que tange à prática de crime capitulado no art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67, incisos I, II, III, IV e V, art. 89 da Lei nº 8.666/93, art. 288 do Código Penal, uma vez preenchidos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, deve ser recebida a denúncia em relação aos referidos tipos penais.**

**- Deixa-se de receber a denúncia em relação ao crime capitulado no art. 203 do Código Penal (frustração de lei trabalhista), face à ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.**

**- Recebimento parcial da denúncia ofertada em desfavor de Romero Magalhães Lêdo apenas em relação aos crimes previstos no art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67, incisos I, II, III, IV e V, art. 89 da Lei nº 8.666/93, art. 288 do Código Penal.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide o Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, receber parcialmente a denúncia em relação aos crimes previstos no art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67, incisos I, II, III, IV e V, art. 89 da Lei nº 8.666/93, art. 288 do Código

Penal, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 18 de maio de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS  
- Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de denúncia ofertada originariamente pelo Ministério Público do Estado de Pernambuco - MPE/PE, em desfavor de Romero Magalhães Lêdo (Prefeito do Município de Itacuruba/PE).

Não obstante, conste na peça acusatória a menção a outros acusados, em julgamento de Questão de Ordem apresentada ao Plenário deste Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no dia 1 de dezembro de 2010, decidiu-se pelo desmembramento do inquérito com a remessa à primeira instância daqueles que figuram como indiciados mas não ostentam a prerrogativa de foro por função, conforme fls. 1425/1449.

Prossiguiu, portanto, o presente inquérito apenas em relação ao Prefeito de Itacuruba/PE, Romero Magalhães Lêdo.

### **1. Do enquadramento do acusado.**

Romero Magalhães Lêdo foi denunciado pela suposta prática dos crimes previstos no art. 1º, incisos I, II, III, IV e V, do Decreto-Lei nº 201/67 (crimes de responsabilidade), art. 89 da Lei nº 8.666/93 (inexigibilidade de licitação) e arts. 288 (formação de quadrilha ou bando), 203 (frustração de direito assegurado por lei trabalhista), *caput*, com incidência nos arts. 61, II, *g* (circunstância agravante - prática criminosa com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão), 69 (concurso material) e 71 (crime continuado) todos do Código Penal.

### **2. Dos fatos mencionados na denúncia.**

#### **2.1. Do suporte fático inicial.**

Relatou o *Parquet* que, por intermédio do relatório preliminar

de auditoria do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco relativo à Prefeitura Municipal de Pesqueira/PE chegou ao seu conhecimento que, no período de janeiro de 2002 a março de 2003, os acusados estariam envolvidos mediante associação criminosa com a finalidade de, reiteradamente, cometer crimes contra a Administração Pública e outros delitos, estando alguns deles à frente da administração da pessoa jurídica denominada Centro de Geração de Emprego - CEGEPO, Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, conforme portaria editada pelo Ministério da Justiça em meados de 2001, e outros atuando em função da mesma, em atividades paralelas.

A qualificação da pessoa jurídica, acima mencionada, na condição de entidade parceira da Administração Pública se deu em função da finalidade de interesse público concretizada na prestação de serviços voluntários na área de educação, saúde, entre outros, às pessoas jurídicas de direito público – ao todo cerca de 30 (trinta) municípios –, com os quais celebra os denominados “Termos de Parceria”, instrumentos de vínculo entre a iniciativa privada e o Poder Público.

Aduziu o MPE/PE que: “Em cumprimento ao Mandado de Busca e Apreensão concedido pela Autoridade Judicial, no Processo Criminal nº 3.403/06, obteve-se acesso ao conteúdo de documentos referentes à parceria entre a OSCIP - Centro de Geração de Empregos - CEGEPO, representado pelo Sr. Erivaldo Saraiva Feitosa, e a Prefeitura de Itacuruba, representada pelo Sr. Romero Magalhães Lêdo, com vigência no período de junho a dezembro de 2005, para execução dos Programas Sentinela, Agente Cidadão, Educação Infantil, Saúde da Família, Saúde para Todos, Agentes Comunitários de Saúde, Educação de Jovens e Adultos, Erradicação do Trabalho Infantil, Agentes Jovens Egressos do PETI, Se Liga, Epidemiologia, Incentivo ao Desenvolvimento Agropecuário, Educação e Saúde e Educação e Arte”.

Com base na documentação apreendida, mais precisamente recibos, sustentou o MPE/PE que, no curso do ano de 2005, verificou-se a efetivação de repasses de eventuais verbas federais por parte da Prefeitura Municipal de Itacuruba ao CEGEPO no montante de R\$ 895.419,60 (oitocentos e noventa e cinco mil, quatrocentos e dezenove reais e sessenta centavos), para aplicação

em programas sociais, referente a diversos termos de parceria. Do referido montante, teria ficado um valor correspondente a R\$ 514.131,18 (quinhentos e quatorze mil, cento e trinta e um reais e dezoito centavos) sem a devida comprovação de sua destinação, haja vista o encontro dos recibos do CEGEPO e os valores depositados nas contas correntes destinadas ao recebimento do numerário.

Prossegue a entidade denunciante que se constatou a indicação nos relatórios do CEGEPO que teriam sido aplicados ao todo o valor de R\$ 601.865,35 (seiscentos e um mil, oitocentos e sessenta e cinco reais e trinta e cinco centavos) - correspondente ao percentual de 69,68% (sessenta e nove vírgula sessenta e oito por cento) no reembolso de voluntários, evidenciando-se verdadeiro caráter remuneratório, mediante a condição de pagamento fixo e, em alguns casos, corresponderem exatamente ao valor do salário mínimo vigente, o que afrontaria o disposto na Lei nº 9.608/98, o que descaracterizaria a condição de voluntariado prevista no referido diploma legal.

Assim, defende que “restou patente que a administração municipal se valeu dessas ‘parcerias’, firmadas com o CEGEPO, basicamente, para se furta aos limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF), notadamente no que concerne aos gastos com pessoal previstos em seu art. 18, escudando-se, para tal, na legislação que trata do serviço voluntário. Tal constatação deve-se ao fato de que no caso a municipalidade efetuasse a contratação desse pessoal, da forma correta, através de contratação temporária ou mediante a contratação de prestação de serviços, ou ainda, por meio de fiscalização de concurso público, em qualquer das hipóteses, tais gastos seriam considerados no cômputo de despesas com pessoal em relação ao total de suas receitas líquidas, conforme previsto no art. 19, inciso III, da LRF . No presente caso por se caracterizar como terceirização de mão-de-obra, a Prefeitura de Itacuruba deveria contabilizar essa despesa na rubrica ‘Outras Despesas de Pessoal’ (art. 18, § 1º, da LRF) e considerá-la para cálculo de limite de gastos com pessoal, o que não ocorreu”.

No que tange a outra parte do valor que teria sido repassado pela administração pública municipal à OSCIP, correspondente ao percentual restante de 25,98% (vinte e cinco vírgula noventa e oito por cento) referente ao numerário de R\$ 224.400,00 (duzentos e vinte e quatro mil e quatrocentos reais), este foi indicado no relatório da entidade parceira como tendo sido utilizado no pagamento de serviços de pessoa física.

Sustenta-se, na peça acusatória, que inexistente qualquer documentação demonstrando a necessidade e o objeto de tais serviços, ou ao menos relatórios que comprovem a efetiva realização da prestação ou justificativa dos preços ou comprovação da qualificação dos profissionais contratados. Com base em tais premissas, o denunciante conclui que tais gastos se prestaram basicamente para o comprometimento de recursos, de forma que não houvesse sobras, desobrigando, assim, o CEGEPO, a efetuar restituições à Prefeitura de Itacuruba, sendo essa uma forma de remuneração da instituição e conseqüentemente de seus dirigentes.

Informa, ainda, o MPE/PE que os relatórios apresentados não passam de meras peças contábeis/financeiras, pois tratam das metas e resultados de maneira evasiva sem trazer indicadores que demonstrem o efetivo impacto dos programas nas condições sociais da população atingida. Conclui, portanto, que o CEGEPO se beneficiou das parcerias para terceirizar mão-de-obra para efetuar contratação direta com o Município de Itacuruba sem participar de licitação, em desacordo com a Lei nº 8.666/93.

*Aduziu, por último, que “o CEGEPO expandiu suas atividades criminosas nos diversos municípios e obteve seus ganhos ilícitos através de Assessorias Contábeis, Jurídicas e Administrativas, com recibos de pessoas físicas e notas fiscais de pessoas jurídicas prestadoras desses serviços, as quais, pela impossibilidade de estarem presentes em diversos municípios simultaneamente, raramente prestavam os mesmos, fornecendo comprovantes gratuitos que serviam apenas para justificar supostos gastos realizados em prol dos termos de parcerias celebrados com as prefeituras municipais. De tão gritantes as irregularidades, terminaram por atrair a atenção do TCE”.*

## **2.2. Do enquadramento das atividades imputadas ao acusado.**

A materialidade das condutas criminosas é imputada pelo denunciante a três células de atuações distintas e que estariam interligadas, que atuariam na manipulação de diversas pessoas físicas e jurídicas (Servil Serviços Ltda., Apta Empreendimentos e Serviços Ltda., Realize Empreendimentos Imobiliários Ltda., Osasco Construções Ltda., IDECI - Instituto de Desenvolvimento e Cidadania e MIXPREL - União de Profissionais Empreendedores Ltda.), as quais usariam notas fiscais que efetivamente não correspondiam às compras ou contratações de serviços para os municípios (notas fiscais inidôneas ou notas fiscais frias), locupletando-se indevidamente de verbas públicas e supostamente ocultando e dissimulando a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, dos crimes de lesão ao patrimônio público.

A primeira célula identificada na peça acusatória é representada, segundo alegações do denunciante, pelo Sr. Romero Magalhães Lêdo, Prefeito de Itacuruba, representando o Poder Público, que teria celebrado vários termos de parceria com a OSCIP - CEGEPO, que possui como presidente o denunciado Erivaldo Saraiva Feitosa e como administradores ocultos (Amaury da Silva Pinto, Edirce Eugênia Correia Pinto e Amaury da Silva Pinto Junior). Conclui o MPE/PE que a ligação destes últimos se evidencia em função de suas atuações nas empresas que orbitam em torno do CEGEPO, quais sejam, a SERVIL, APTA, REALIZE, OSASCO, IDECI, MIXPREL, bem como atua o próprio Erivaldo Saraiva Feitosa, que também é sócio das empresas REALIZE, OSASCO e MIXPREL, que se beneficiariam das verbas públicas de forma fraudulenta.

A segunda célula de atuação nos crimes imputados na exordial, é identificado pelo *Parquet* como sendo supostamente formada pelos colaboradores e prestadores de serviço, comandada pelos investigados Marcilio de Almeida Gomes, Lucilio Rodrigues dos Santos, Rodrigo Pereira Guedes, Luiz Gonzaga Portela Farias, Filogonio Araujo de Oliveira, Rodrigo Fernando Siqueira Moura de Matos, Edirce Eugenia Correia Pinto, Artur Montenegro da Silva

Rego Filho, Alberto Fernando Moura de Matos, Antonio Fernando da Silva, Osiris Sabino Borges do Nascimento Junior, Tacito Correia Pinto, Rodolfo Cesar Mostaert Locio, que manteriam as atividades criminosas mais intimamente relacionadas ao funcionamento do CEGEPO e ao recebimento simultâneo de pagamentos referentes aos serviços de auditoria, advocatícios, contábeis, de assessoria e consultoria prestados em diversos termos de parcerias, supostamente realizados em vários municípios do Estado de Pernambuco, entre os quais está o Município de Itacuruba.

A terceira e última célula de atuação, indicada pelo denunciante, teria a participação dos acusados Luiz Gonzaga Portela Farias, Erivaldo Saraiva Feitosa, Amaury da Silva Pinto e Artur Montenegro da Silva Rego Filho, que participariam de eventuais fraudes através de suas empresas SERVIL, APTA, REALIZE, OSASCO, IDE-CL e MIXPREL que atuam em torno do CEGEPO.

### **3. Das conclusões da denúncia.**

Por fim, o Ministério Público Estadual requereu que a presente denúncia fosse recebida e processada, até final condenação do acusado Romero Magalhães Lêdo, em função da prática criminosa, ao desobedecer aos limites da LRF para despesas de pessoal e ainda favorecendo a circulação de dinheiro público entre os componentes das células criminosas, privando os supostos voluntários de seus direitos trabalhistas, bem como deixando de realizar procedimento licitatório, inexigindo-o fora dos casos previstos na Lei 8.666/90. Pugna-se, ao final, pela sua condenação nas penas referentes aos crimes previstos no art. 1º, incisos I, II, III, IV e V do Decreto-Lei nº 201-67 (**crimes de responsabilidade**), art. 89 da Lei nº 8.666/93 (**inexigibilidade de licitação**) e arts. 288 (**formação de quadrilha ou bando**), 203 (**frustração de direito assegurado por lei trabalhista**) *caput* com incidência nos arts. 61, II, *g* (**circunstância agravante - prática criminosa com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão**), 69 (**concurso material**) e 71 (**crime continuado**) todos do Código Penal.

### **4. Da defesa preliminar.**

A denúncia foi apresentada inicialmente no Tribunal de Justiça de Pernambuco, tendo sido distribuída para o Exmo. Desembar-

gador Relator Antonio de Melo e Lima, que determinou a notificação dos acusados para oferecer resposta escrita.

#### **4.1. Romero Magalhães Lêdo.**

O denunciado, em epígrafe, em suas razões preparatórias, às fls. 1219/1226 suscitou: a) preliminarmente, ilegitimidade do Ministério Público para proceder à investigação criminal, sendo devido o arquivamento da denúncia sob pena de nulidade processual por não estar a denúncia precedida de investigação policial; b) ter sido legal o procedimento de escolha da OSCIP na Administração do Município de Itacuruba/PE, haja vista a obediência aos ditames da Lei nº 9.709/99, tendo a CEGEPO sido vencedora do processo seletivo e apresentado todos os documentos exigíveis; c) que foram repassados todos os valores devidos à CEGEPO, totalizando um total de R\$ 914.037,26 (novecentos e quatorze mil, trinta e sete reais e vinte e seis centavos), remetendo-se à planilha anexada e cópias dos respectivos empenhos e comprovantes de depósitos; d) na qualidade de administrador municipal, teve suas contas devidamente aprovadas pelo órgão competente para fazê-lo, devendo ser atribuídos os erros encontrados praticados à CEGEPO, sendo desta última e seus administradores as responsabilidades civis e penais que se fizerem necessárias; e) ser indevida a atribuição da chefia da primeira célula, ante a ausência de demonstração de qualquer ligação deste com qualquer outro denunciado; f) ausência dos requisitos previstos no art. 41 do CPP; g) os termos de parceria foram firmados amparados na lei do voluntariado, sendo a relação entre os voluntários e a OSCIP uma questão *interna corporis*; h) frustração da denúncia ao art. 288 do CPP. Documentos às fls. 1227/1362.

Constam nos autos as folhas de antecedentes dos investigados, às fls. 1020/1040.

#### **5. Parecer do Ministério Público do Estado de Pernambuco.**

O Ministério Público Estadual de Pernambuco, instado a se manifestar, ofertou parecer às fls. 1381/1391, arguindo a incompetência da Justiça Estadual para processar e julgar o feito, em função da suposta execução dos termos de parceria firmados com a



CEGEPO com a utilização de verbas federais repassadas aos municípios, pelos Ministérios da Educação e Saúde, sendo devida a aplicação da Súmula 208 do STJ: “*Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal*”.

## **6. Parecer do Ministério Público Federal.**

Recebidos os presentes autos nesta egrégia Corte, o Ministério Público Federal se manifestou, à fl. 1421, limitando-se a ratificar a denúncia oferecida pelo *parquet* estadual, requerendo a inclusão do feito em pauta para decisão acerca do recebimento da inicial acusatória.

Consta às fls. 1422/1423 um ofício da Procuradoria da República, encaminhando o procedimento administrativo e requerendo o apensamento ao presente inquérito.

## **7. Questão de ordem. Desmembramento.**

No julgamento da Questão de Ordem supramencionada, foi determinado o desmembramento do inquérito, *vide* decisão de fls. 1425/1445.

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Trata-se de denúncia ofertada originariamente pelo Ministério Público do Estado de Pernambuco - MPE/PE, ratificada pelo Ministério Público Federal quando encaminhado o processo a este Tribunal, em desfavor de Romero Magalhães Lêdo (Prefeito do Município de Itacuruba/PE), Erivaldo Saraiva Feitosa, Amaury da Silva Pinto, Amaury da Silva Pinto Junior, Marcilio de Almeida Gomes, Lucilio Rodrigues dos Santos, Rodrigo Pereira Guedes, Luiz Gonzaga Portela Farias, Filogonio Araujo de Oliveira, Rodrigo Fernando Siqueira Moura de Matos, Edirce Eugenia Correia Pinto, Artur Montenegro da Silva Rego Filho, Alberto Fernando Moura de Matos, Antonio Fernando da Silva, Osiris Sabino Borges do Nascimento Junior, Tacito Correia Pinto, Rodolfo Cesar Mostaert Locio.

## **1. Da determinação para desmembramento do inquérito.**

Em julgamento de Questão de Ordem apresentada ao Plenário deste Tribunal Regional Federal da 5ª Região, decidiu-se, na sessão realizada no dia 1º de dezembro de 2010, pelo desmembramento do inquérito com a remessa à primeira instância de parte da peça acusatória em que figuram como indiciados apenas os que não ostentam a prerrogativa de foro por função.

A referida decisão restou ementada nos seguintes termos:

QUESTÃO DE ORDEM. PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. NÚMERO EXCESSIVO DE INDICIADOS. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. EXCLUSIVIDADE PARA ÚNICO AGENTE POLÍTICO. DESMEMBRAMENTO. POSSIBILIDADE.

1. De acordo com a previsão do legislador no art. 80 do Código do Processo Penal, demonstra-se cabível o desmembramento dos processos criminais, em função da conveniência da instrução criminal.

2. Ausência de afronta ao disposto na Súmula 704 do STF (Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados), vez que a pluralidade subjetiva não impede a aplicação da previsão legislativa, que não encontra ressalvas.

3. Tratando-se de processo volumoso, onde constam todas as respostas de todos os indiciados e reclama a análise pormenorizada das defesas preliminares, o que reclamaria excessivo lapso temporal para análise e respectivo julgamento, bem como instrução processual prolongada, haja vista a necessária produção de provas em favor de cada um dos envolvidos.

4. A complexidade da causa envolve igualmente a própria descrição das condutas delitivas, cada uma das quais divididas em células de atuação, na própria peça acusatória, o que demonstra, inclusive, a possibilidade de apreciação das condutas delitivas de forma apartada, o que não impediria o referido desmembramento.

5. O respeito ao regular trâmite do processo judicial, durante lapso temporal razoável e através de andamento processual célere e condizente com o interesse da sociedade.

de – especialmente nas ações criminais, que envolvem eventual dano ao erário – é medida que se impõe em favor da atuação do Poder Judiciário proeficiente em prol do próprio interesse público.

6. Precedentes: AP-AgR 336, Carlos Velloso, STF; Inq-AgR 2527, Ellen Gracie, STF; APN 200702970501, Eliana Calmon, STJ - Corte Especial, 28/06/2010; INQ 1621, Marcelo Navarro, TRF 5ª - Região.

7. Das células especificadas na peça acusatória, restringe-se o interesse nos autos do presente inquérito àquela da qual participaria o prefeito de Itacuruba/PE, vez que na qualidade de agente político detém o foro por prerrogativa de função, fixando-se em seu favor, apenas, a competência deste egrégio colegiado.

8. Questão de ordem resolvida determinando o desmembramento do inquérito em dois, com a remessa à primeira instância daquele em que figuram como indiciados os que não ostentam a prerrogativa de foro por função.

Portanto, com fundamento no julgamento supramencionado, passo à análise da denúncia em relação apenas ao denunciado Romero Magalhães Lêdo.

Cinge-se a questão dos autos ao recebimento de denúncia em desfavor de Romero Magalhães Lêdo, prefeito do Município de Itacuruba-PE, versando sobre o suposto cometimento dos crimes previstos no art. 1º, incisos I, II, III, IV e V do Decreto-Lei nº 201/67 (crimes de responsabilidade), art. 89 da Lei nº 8.666/93 (inexigibilidade de licitação) e arts. 288 (formação de quadrilha ou bando), 203 *caput* (frustração de direito assegurado por lei trabalhista) com incidência nos arts. 61, II, *g* (circunstância agravante - prática criminosa com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão), 69 (concurso material) e 71 (crime continuado) todos do Código Penal.

## **2. Da competência da Justiça Federal.**

De início, ressalto que a competência desta Corte Federal para apreciar e julgar a matéria, tendo em vista que o suporte fático que ensejou o procedimento administrativo se destinou à apuração de notícias de irregularidades na aplicação de recursos oriundos de convênios firmados entre o município referido e o governo federal, mais precisamente originários dos Ministérios da Saúde e Educa-

ção, que ensejou o repasse de verbas destinadas à concretização de programas assistenciais, dentre os quais se destacam os seguintes: Programas Sentinela, Agente Cidadão, Educação Infantil, Saúde da Família, Saúde para Todos, Agentes Comunitários de Saúde, Educação de Jovens e Adultos, Erradicação do Trabalho Infantil, Agentes Jovens Egressos do PETI, Se Liga, Epidemiologia, Incentivo ao Desenvolvimento Agropecuário, Educação e Saúde e Educação e Arte.

A Medida Provisória nº 2.178-36/01 e a Lei nº 10.880/04 tratam da questão da fiscalização na aplicação dos recursos financeiros relativos aos programas vinculados ao Ministério da Educação, enquanto a Lei nº 8.080/90 trata da questão da fiscalização dos programas vinculados ao Ministério da Saúde.

Art. 10 da Lei nº 10.880/04:

Art. 10. A fiscalização da aplicação dos recursos financeiros relativos aos Programas de que trata esta Lei é de competência do Ministério da Educação, do FNDE e dos órgãos do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal e será feita mediante a realização de auditorias, fiscalizações, inspeções e análise dos processos que originarem as respectivas prestações de contas.

Art. 33, § 4º, da Lei nº 8.080/90:

§ 4º O Ministério da Saúde acompanhará, através de seu sistema de auditoria, a conformidade à programação aprovada da aplicação dos recursos repassados a Estados e Municípios. Constatada a malversação, desvio ou não aplicação dos recursos, caberá ao Ministério da Saúde aplicar as medidas previstas em lei.

De acordo com o disposto nos referidos dispositivos a fiscalização atinente ao emprego das referidas verbas federais recai sobre os entes vinculados à União, o que se denota por se tratar de repasses voluntários para a concretização de programas assistenciais em favor da população, atraindo a aplicação da Súmula 208 do STJ:

Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal.

Assim, tratando-se de possível cometimento de ilícito que envolva verbas federais, em função da suposta execução dos termos de parceria firmados com a CEGEPO para utilização de verbas federais repassadas aos municípios, pelos Ministérios da Educação e Saúde, sendo devida a aplicação da Súmula 208 do STJ: “Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal”. Justifica-se, portanto, o interesse da União e a competência da jurisdição federal. Neste sentido:

101000031297. *HABEAS CORPUS*. PREFEITA MUNICIPAL. DENÚNCIA. ART. 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67 E ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. APURAÇÃO DE MALVERSAÇÃO DE VERBAS PÚBLICAS. CONVÊNIO. MINISTÉRIO DA SAÚDE. FISCALIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 208 DO STJ. COMPETÊNCIA DO TRF DA 1ª REGIÃO. ORDEM DENEGADA.

1- A denúncia imputa à prefeita a malversação de verbas públicas federais, repassadas à Prefeitura por intermédio de convênio, assinado entre o Fundo Nacional de Saúde e a Municipalidade, sujeito à prestação de contas ao Tribunal de Contas da União e sob fiscalização do Ministério da Saúde, que é responsável por apurar a correta utilização do dinheiro repassado, bem como o desenvolvimento da ação social.

**2- Evidente interesse da União em apurar os possíveis crimes praticados pela prefeita municipal, nos termos do verbete sumular nº 208 do STJ, *in verbis*: “Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal”.** Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

3- Ordem denegada. (STJ - HC 107.753 - (2008/0119776-3) - 5ª T - Relª Minª Laurita Vaz - DJe 12.04.2010 - p. 709)

116090833. *HABEAS CORPUS*. PENAL. DENÚNCIA DE DESVIO DE VERBAS DO FUNDEF POR PREFEITO MUNICIPAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS JUNTO À ÓRGÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULA 208 DO STJ. ORDEM CONCEDIDA.

**1. Compete à Justiça Federal o julgamento de eventual desvio de verbas relativas ao Fundo de Manu-**

**tenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - Fundef, praticado por Prefeito Municipal.**

2. Inteligência da Súmula 208 desta Corte. Precedentes.
3. Ordem concedida para trancar a ação penal em trâmite na Justiça Estadual e fixar a competência da Justiça Federal para julgamento do feito. (STJ - HC 200401273428 - (38136 BA) - 6ª T. - Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa - *DJU* 13.12.2004 - p. 00462)

1302137570. PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECEBIMENTO DE DENÚNCIA. CRIME PRATICADO POR PREFEITO (ART 1º, VII, DO DECRETO-LEI Nº 201, DE 27 DE FEVEREIRO DE 1967). COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL.

**1- Segundo a Súmula nº 208 do Superior Tribunal de Justiça, compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal.**

2- A denúncia preenche todos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, e não se configuram as hipóteses de rejeição do art. 43 desse diploma normativo.

3- Na hipótese, há indícios da materialidade e da autoria do crime de responsabilidade praticado por prefeito que se omitiu no dever de prestar contas, na época devida, dos recursos de convênio celebrado com a Fundação Nacional de Saúde - Funasa (art. 1º, VII, do Decreto- Lei nº 201, de 1967).

4- Denúncia recebida. (TRF-5ª R. - INQ 2006.81.01.000717-7 - (1839) - TP - Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti - *DJU* 02.07.2008 - p. 165)

Assim, mediante inclusive a aplicação do entendimento sumulado do STJ, conforme verbete nº 208 (Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal), há de se reconhecer a competência desta casa julgadora para proceder ao recebimento da peça acusatória, haja vista o interesse da União na aplicação das verbas federais repassadas ao município.

O foro privilegiado se evidencia em função do cargo eletivo de Prefeito do Município de Itacuruba/PE, Romero Magalhães Lêdo, ocupado pelo denunciado, encontrando guarida constitucional, haja

vista a previsão contida no art. 29, inciso X, da Carta Magna, que assim preceitua:

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

(...)

X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça;  
(Inciso renumerado pela Emenda Constitucional nº 01/92).

Em função da declaração de inconstitucionalidade *ex tunc* dos parágrafos 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, a qual estabelecia a permanência do foro privilegiado para ex-autoridades, deve-se atentar para a qualificação atual do agente como prefeito, a fim de se conceder o foro privilegiado, não sendo este último possível de verificação após o término do mandado, por exemplo.

Evidenciando-se, portanto, a atual condição de prefeito de Romero Magalhães Lêdo, bem como o suscitado interesse da União, haja vista o eventual desvio de verbas federais repassadas para a execução de programas sociais, fixa-se a competência do órgão colegiado federal.

### **3. Preliminar. Poder investigatório do Ministério Público. Legitimidade.**

Em suas alegações, o denunciado em epígrafe alega, preliminarmente, ilegitimidade do Ministério Público para proceder à investigação criminal, sendo devido o arquivamento da denúncia sob pena de nulidade processual por não estar a denúncia precedida de investigação policial.

Não prospera a preliminar suscitada, haja vista os poderes conferidos pela Carta Magna ao órgão ministerial, nos moldes do art. 129 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:  
**I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;**

**II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;**

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

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

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

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

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Observa-se, portanto, a possibilidade do exercício do poder investigatório do Ministério Público.

O texto da Carta Magna, especialmente o inciso II supratranscrito, permite a promoção de medidas por parte do Ministério Público, que objetivem a garantia dos direitos assegurados pela própria CF/88, mediante desrespeito pelos Poderes Públicos e pelos serviços de relevância pública. Na mesma linha segue o subseqüente inciso VI, do mesmo dispositivo constitucional, complementando as atribuições do *parquet*, mencionado a possibilidade de expedição de notificações “*nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los*”.

A Lei nº 8.625/93, no seu art. 26, prevê como atribuições do Ministério Público:



**I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: (*omissis*);**

**II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie;**

**(...)**

**V - praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório.**

Por sua vez, o Código de Processo Penal já rezava acerca da dispensabilidade do inquérito policial como antecedente da denúncia, em seu art. 39, § 5º:

Art. 39. O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial.

§ 1º A representação feita oralmente ou por escrito, sem assinatura devidamente autenticada do ofendido, de seu representante legal ou procurador, será reduzida a termo, perante o juiz ou autoridade policial, presente o órgão do Ministério Público, quando a este houver sido dirigida.

§ 2º A representação conterá todas as informações que possam servir à apuração do fato e da autoria.

§ 3º Oferecida ou reduzida a termo a representação, a autoridade policial procederá a inquérito, ou, não sendo competente, remetê-lo-á à autoridade que o for.

§ 4º A representação, quando feita ao juiz ou perante este reduzida a termo, será remetida à autoridade policial para que esta proceda a inquérito.

§ 5º O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias.

Evidencia-se, portanto, a possibilidade de oferta da denúncia sem a necessidade de prévio inquérito policial, não restringindo em qualquer momento o legislador neste sentido.

Conveniente é a transcrição de importante precedente do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria:

100000007720. DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÕES DE PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO, FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA E EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PODERES INVESTIGATIVOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, IMPROVIDO.

1 - O recurso extraordinário busca debater quatro questões centrais: a) a nulidade do processo em razão da obtenção de prova ilícita (depoimentos colhidos diretamente pelo Ministério Público em procedimento próprio; gravação de áudio e vídeo realizada pelo Ministério Público; consideração de prova emprestada); b) invasão das atribuições da polícia judiciária pelo Ministério Público Federal; c) incorreção na dosimetria da pena com violação ao princípio da inocência na consideração dos maus antecedentes na fixação da pena-base; d) ausência de fundamentação para o decreto de perda da função pública.

2 - O extraordinário somente deve ser conhecido em relação às atribuições do Ministério Público (CF, art. 129, I e VIII), porquanto as questões relativas à suposta violação ao princípio constitucional da presunção de inocência na fixação da pena-base e à suposta falta de fundamentação na decretação da perda da função pública dos recorrentes, já foram apreciadas e resolvidas no julgamento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça.

3 - Apenas houve debate na Corte local sobre as atribuições do Ministério Público, previstas constitucionalmente. O ponto relacionado à nulidade do processo por suposta obtenção e produção de prova ilícita à luz da normativa constitucional não foi objeto de debate no acórdão recorrido.

4 - Esta Corte já se pronunciou no sentido de que “o debate do tema constitucional deve ser explícito” (RE 428.194 AgR/MG, rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, DJ 28.10.2005) e, assim, “a ausência de efetiva apreciação do litígio constitucional, por parte do Tribunal de que emanou o acórdão impugnado, não autoriza – ante a falta de prequestionamento explícito da controvérsia jurídica – a utilização do recurso extraordinário” (AI 557.344 AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 11.11.2005).

**5 - A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a neces-**

sidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requirite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, mormente em casos graves como o presente que envolvem a presença de policiais civis e militares na prática de crimes graves como o tráfico de substância entorpecente e a associação para fins de tráfico.

6 - É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito, ainda que a título excepcional, como é a hipótese do caso em tela. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*.

7 - O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao *parquet* a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia.

8 - Há princípio basilar da hermenêutica constitucional, a saber, o dos “poderes implícitos”, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade-fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao *parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que “peças de informação” embasem a denúncia.

9 - Levando em consideração os dados fáticos considerados nos autos, os policiais identificados se associaram a outras pessoas para a perpetração de tais crimes, realizando, entre outras atividades, a de “escolta” de veículos contendo o entorpecente e de “controle” de todo o comércio espúrio no Município de Chapecó.

10 - Recurso extraordinário parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido. (STF - RE 468523 - 2ª T. - Relª Min. Ellen Gracie - DJ 19.02.2010)

Assim, inexistente qualquer nulidade na oferta da denúncia sem a realização de inquérito policial anterior, haja vista os poderes investigatórios conferidos ao Ministério Público e poder este órgão de acusação se utilizar de dados, informações, relatórios e decisões de outros órgãos de controle interno e externo. No caso, os elementos fornecidos foram de auditoria de Tribunal de Contas, perfeitamente legitimadora de elementos para uma denúncia, como restou utilizada. Por isso merece ser rejeitada a preliminar suscitada.

A par de tudo isso tem-se de verificar a constatação da inexistência de qualquer dúvida a respeito do tópico apontado, quanto à legitimidade da investigação, por uma questão muito simples. Não houve investigação pelo Ministério Público com instauração de inquérito por sua parte para apuração dos fatos. O Ministério Público, como dito antes, valeu-se da auditoria realizada pelo Tribunal de Contas do Estado e verificando a existência de elementos suficientes para apresentação da denúncia, o fez. Mas, mesmo assim, complementou essas informações com diligências que foram realizadas como busca e apreensão de documentos devidamente autorizada pelo Judiciário.

Portanto, absolutamente constitucional, legal e legítima a atuação do Ministério Público, que não se deu através de instauração de investigação própria para apuração dos fatos. Apenas verificou que não havia necessidade de inquérito pois os elementos que necessitava para a denúncia já constavam de relatório do Tribunal de Contas em auditoria realizada.

Assim, incabível a preliminar suscitada.

#### **4. Análise da situação fática e jurídica.**

Consta na denúncia, em síntese, que, mediante cumprimento de mandado de busca e apreensão concedido nos autos de outro processo criminal, obteve-se acesso à documentação referente à parceria entre a OSCIP (CEGEPO), representado pelo Sr. Erivado Saraiva Feitosa, e a Prefeitura de Itacuruba, representada pelo Sr.

Romero Magalhães Lêdo, com vigência no período de junho a dezembro de 2005, para execução dos Programas Sentinela, Agente Cidadão, Educação Infantil, Saúde da Família, Saúde para Todos, Agentes Comunitários de Saúde, Educação de Jovens e Adultos, Erradicação do Trabalho Infantil, Agentes Jovens Egressos do PETI, Se Liga, Epidemiologia, Incentivo ao Desenvolvimento Agropecuário, Educação e Saúde e Educação e Arte.

Evidenciaram-se mais precisamente recibos, através dos quais se verificou a efetivação de repasses de eventuais verbas federais por parte da Prefeitura Municipal de Itacuruba ao CEGEPO no montante de R\$ 895.419,60 (oitocentos e noventa e cinco mil, quatrocentos e dezenove reais e sessenta centavos), para aplicação em programas sociais, referente a diversos termos de parceria. Do referido montante total, teria ficado um valor correspondente a R\$ 514.131,18 (quinhentos e quatorze mil, cento e trinta e um reais e dezoito centavos) sem a devida comprovação de sua destinação, haja vista o encontro dos recibos do CEGEPO e os valores depositados nas contas correntes destinadas ao recebimento do numerário.

Segundo a denúncia, constatou-se a indicação nos relatórios do CEGEPO que teriam sido aplicados ao todo o valor de R\$ 601.865,35 (seiscentos e um mil, oitocentos e sessenta e cinco reais e trinta e cinco centavos) - correspondente ao percentual de 69,68% (sessenta e nove vírgula sessenta e oito por cento) no reembolso de voluntários, evidenciando-se verdadeiro caráter remuneratório, mediante a condição de pagamento fixo e, em alguns casos, corresponderem exatamente ao valor do salário mínimo vigente, o que afrontaria o disposto na Lei nº 9.608/98, o que descaracterizaria a condição de voluntariado prevista no referido diploma legal.

Constata-se, portanto, que “restou patente que a administração municipal se valeu dessas ‘parcerias’, firmadas com o CEGEPO, basicamente, para se furtar aos limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF), notadamente no que concerne aos gastos com pessoal previstos em seu art. 18, escudando-se, para tal, na legislação que trata do serviço voluntário. Tal constatação deve-se ao fato de

que no caso a municipalidade efetuasse a contratação desse pessoal, da forma correta, através de contratação temporária ou mediante a contratação de prestação de serviços, ou ainda, por meio de fiscalização de concurso público, em qualquer das hipóteses, tais gastos seriam considerados no cômputo de despesas com pessoal em relação ao total de suas receitas líquidas, conforme previsto no art. 19, inciso III, da LRF. No presente caso, por se caracterizar como terceirização de mão-de-obra, a Prefeitura de Itacuruba deveria contabilizar essa despesa na rubrica “Outras Despesas de Pessoal” (art. 18, § 1º, da LRF) e considerá-la para cálculo de limite de gastos com pessoal, o que não ocorreu”.

No que tange à outra parte do valor que teria sido repassado pela administração pública municipal à OSCIP, correspondente ao percentual restante de 25,98% (vinte e cinco vírgula noventa e oito por cento) referente ao numerário de R\$ 224.400,00 (duzentos e vinte e quatro mil e quatrocentos reais), este foi indicado no relatório da entidade parceira como tendo sido utilizado no pagamento de serviços de pessoa física.

Sustenta-se, na peça acusatória, que inexistente qualquer documentação demonstrando a necessidade e o objeto de tais serviços, ou ao menos relatórios que comprovem a efetiva realização da prestação ou justificativa dos preços ou comprovação da qualificação dos profissionais contratados. Com base em tais premissas, o denunciante conclui que tais gastos se prestaram basicamente para o comprometimento de recursos, de forma que não houvesse sobras, desobrigando, assim, o CEGEPO, a efetuar restituições à Prefeitura de Itacuruba, sendo essa uma forma de remuneração da instituição e conseqüentemente de seus dirigentes.

Informa, ainda, o MPE/PE que os relatórios apresentados não passam de meras peças contábeis/financeiras, pois tratam das metas e resultados de maneira evasiva sem trazer indicadores que demonstrem o efetivo impacto dos programas nas condições sociais da população atingida. Conclui, portanto, que o CEGEPO se beneficiou das parcerias para terceirizar mão-de-obra para efetuar contratação direta com o Município de Itacuruba sem participar de licitação, em desacordo com a Lei nº 8.666/93.

*Aduziu-se, por último, que “o CEGEPO expandiu suas atividades criminosas nos diversos municípios e obteve seus ganhos ilícitos através de Assessorias Contábeis, Jurídicas e Administrativas, com recibos de pessoas físicas e notas fiscais de pessoas jurídicas prestadoras desses serviços, as quais, pela impossibilidade de estarem presentes em diversos municípios simultaneamente, raramente prestavam os mesmos, fornecendo comprovantes graciosos que serviam apenas para justificar supostos gastos realizados em prol dos termos de parcerias celebrados com as prefeituras municipais. De tão gritantes as irregularidades, terminaram por atrair a atenção do TCE”.*

A materialidade das condutas criminosas é imputada pelo denunciante a três células de atuações distintas e que estariam interligadas, que atuariam na manipulação de diversas pessoas físicas e jurídicas (SERVIL Serviços Ltda., APTA Empreendimentos e Serviços Ltda., REALIZE Empreendimentos Imobiliários Ltda., OSASCO Construções Ltda., IDECI - Instituto de Desenvolvimento e Cidadania e MIXPREL - União de Profissionais Empreendedores Ltda.), as quais usariam notas fiscais que efetivamente não correspondiam às compras ou contratações de serviços para os municípios (notas fiscais inidôneas ou notas fiscais frias), locupletando-se indevidamente de verbas públicas e supostamente ocultando e dissimulando a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, dos crimes de lesão ao patrimônio público.

A primeira célula identificada na peça acusatória é representada, segundo alegações do denunciante, pelo Sr. Romero Magalhães Lêdo, Prefeito de Itacuruba, representando o Poder Público, que teria celebrado vários termos de parceria com a OSCIP - CEGEPO, que possui como presidente o denunciado Erivaldo Saraiva Feitosa e como administradores ocultos (Amaury da Silva Pinto, Edirce Eugênia Correia Pinto e Amaury da Silva Pinto Junior). Conclui o MPE/PE que a ligação destes últimos se evidencia em função de suas atuações nas empresas que orbitam em torno do CEGEPO, quais seja, a SERVIL, APTA, REALIZE, OSASCO, IDECI, MIXPREL, bem como atua o próprio Erivaldo Saraiva Feitosa, que também é sócio das empresas REALIZE, OSASCO e MIX-

PREL, que se beneficiariam das verbas públicas de forma fraudulenta.

## **5. Indícios de autoria.**

A peça acusatória relata a participação do acusado, Romero Magalhães Lêdo, ao desobedecer aos limites da LRF para despesas de pessoal e ainda favorecendo a circulação de dinheiro público entre os componentes das células criminosas, privando os supostos voluntários de seus direitos trabalhistas, bem como deixando de realizar procedimento licitatório, inexigindo-o fora dos casos previstos na Lei 8.666/90.

Haja vista a condição do acusado de Prefeito do Município de Itacuruba/PE e os fatos narrados na exordial, é possível se observar indícios de autoria que autorizam o recebimento da acusação.

### **5.1. Das alegações na defesa preliminar.**

A evidência dos tipos penais não se exaure na análise de ter sido legal o procedimento de escolha da OSCIP na Administração do Município de Itacuruba/PE, em atenção aos ditames da Lei nº 9.709/99, vez que é necessário se analisar o desenvolvimento do processo de escolha, bem como as alegações de envolvimento do município com a organização escolhida, o que só será possível no curso da ação criminal.

A alegação acerca da efetivação do repasse de todos os valores devidos à CEGEPO, totalizando um total de R\$ 914.037,26 (novecentos e quatorze mil, trinta e sete reais e vinte e seis centavos), ou à aprovação das contas municipais pelo órgão competente para fazê-lo, não afasta a possibilidade de análise da configuração dos tipos penais presentes na denúncia, sendo devido o desenvolvimento da ação penal.

A efetiva demonstração da atribuição da chefia da primeira célula de eventual organização criminosa, mediante os indícios apresentados na denúncia, será possível de ser devidamente caracterizada durante o desenvolvimento da ação penal correspondente.

Não há que se falar em ausência dos requisitos previstos no art. 41 do CPP, vez que é possível se extrair da denúncia a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, haja



vista a discriminação de atuação de todas as pessoas mencionadas nos tipos penais indicados, devidamente classificados, e o modo de participação de cada uma delas. Foram, ainda, qualificadas todos os acusados.

A demonstração de que os termos de parceria foram firmados amparados na lei do voluntariado é questão atinente ao próprio mérito da ação penal, havendo indícios suficientes de relação entre os envolvidos a autorizar o recebimento da presente peça acusatória.

## **6. Materialidade Delitiva e a imputação legal.**

### **6.1. Art. 1º, incisos I, II, III, IV e V do Decreto-Lei nº 201-67 (crimes de responsabilidade).**

O dispositivo invocado dispõe:

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;

II - utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos;

III - desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas;

IV - empregar subvenções, auxílios, empréstimos ou recursos de qualquer natureza, em desacordo com os planos ou programas a que se destinam;

V - ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes;

(...)

§ 1º Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de dois a doze anos, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos.

§ 2º A condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo, acarreta a perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo

da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular.

Com base nos documentos apresentados pelo Ministério Público, especialmente os extratos bancários apreendidos, evidenciaram-se divergências entre os valores constantes nos recibos firmados pela CEGEPO e aqueles registrados na conta corrente nº 11729-3, Ag. 1028-6, Banco do Brasil (sendo esta a conta especificada nos termos de parceria para o recebimento dos recursos) referentes aos meses de julho a setembro de 2005.

Assim, do repasse de R\$ 895.419,60 (oitocentos e noventa e cinco mil, quatrocentos e dezenove reais e sessenta centavos), restou quantia significativa sem a comprovação de destinação, no caso, correspondente a R\$ 514.131,18 (quinhentos e quatorze mil cento e trinta e um reais e dezoito centavos), tendo sido apenas R\$ 381.288,42 (trezentos e oitenta e um mil duzentos e oitenta e oito reais e quarenta e dois centavos) depositados na conta corrente especificada nos termos de parcerias para recebimento de recursos, tudo com base nos extratos bancários constantes nos autos (fls. 189/250).

Com base nessa narrativa pode-se concluir: 1 - desvio de verba federal repassada do município para uma entidade privada sem qualquer autorização legal e pelas vias próprias da utilização desse dinheiro; 2 - consequente utilização indevida de verbas públicas federais; 3 - emprego de recursos públicos federais em desacordo com cronograma, finalidade e justificativa plausível; 4 - realização de despesas em desacordo com a lei.

Constata-se, portanto, em tese, a configuração dos tipos previstos nos incisos I, II, III, IV e V, do Decreto-Lei nº 201/67, haja vista a destinação de verbas públicas sem a comprovação da correspondente utilização para a finalidade as quais se destinavam, cabendo o desenvolvimento da persecução criminal a respeito.

## **6.2. Art. 89 da Lei nº 8.666/93 (inexigibilidade de licitação);**

Assim dispõe a norma legal:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.  
Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade legal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Considerando as planilhas elaboradas pelo CEGEPO, que tratam da aplicação dos recursos em cada programa, informa-se que o valor total dos repasses corresponde à quantia de R\$ 863.754,36 (oitocentos e sessenta e três mil, setecentos e cinquenta e quatro reais e trinta e seis centavos), com base em tal informação restaria um total de R\$ 482.465,94 (quatrocentos e oitenta e dois mil, quatrocentos e sessenta e cinco reais e noventa e quatro centavos), *vide* documentos de fls. 88/93. Tais evidências vão de encontro àquelas extraídas da movimentação bancária extraída da conta referente ao recebimento dos recursos advindos do termo de parceria firmado com a prefeitura.

A utilização dos recursos, por sua vez, informou-se ter se dado da seguinte forma: a) 69,68% com reembolso de voluntários e; b) 25,98% com o pagamento de serviços de pessoa física.

De acordo com o relatório que subsidiou a oferta da denúncia, elaborado pela Coordenadoria de Apoio Técnico em Contabilidade - CMAT, a utilização expressiva de recursos com a remuneração de voluntários e ressarcimento de pagamentos em favor de terceiros suscita a possibilidade de verdadeira desobediência à LC 101/2000 e conseqüentemente à Lei nº 8.666/93, no que tange à necessidade de licitação, inexistindo qualquer menção acerca dos procedimentos administrativos de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Vale transcrever trecho do relatório:

Conforme demonstrado nas planilhas de prestação de contas foi empregado em remuneração de voluntários a quantia de R\$ 601.865,35 (seiscentos e um mil, oitocentos e sessenta e cinco reais e trinta e cinco centavos). Tal reembolso tem caráter remuneratório, o que é vedado pela Lei nº 9.608/98, pois decorre de atividade laboral das pessoas que prestam os serviços, que buscam uma remuneração para o seu sustento e não de uma atividade que vise tão somente à consecução de objetivos sociais mediante

o seu esforço pessoal. Isso, portanto, descaracteriza a condição de cooperação e a colaboração entre a organização civil e o poder público, restando, apenas, a prestação de serviços por meio da terceirização de mão-de-obra da OSCIP à municipalidade. Convém ressaltar que aos voluntários não se admite remuneração pelos serviços prestados, mas tão somente, o ressarcimento de eventuais despesas realizadas na atividade voluntária, como bem se vê da transcrição da lei no início desse relatório.

Isto (*sic*) posto, resta evidente que a administração municipal se valeu dessas “parcerias” firmadas com a CEGEPO, basicamente, para se furtar aos limites impostos pela Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF), notadamente no que concerne aos gastos com pessoal previstos em seu artigo 18, escusando-se, para tal, na legislação que trata do serviço voluntário, a qual visa, sobretudo, estimular a cooperação entre organizações não governamentais e o poder público na consecução de programas que objetivem o bem estar social. Tal constatação deve-se ao fato de que caso a municipalidade efetuasse a contratação desse pessoal, de forma correta, através de contratação temporária ou mediante a contratação de prestação de serviços, ou ainda, por meio da realização de concurso público, em qualquer das hipóteses, tais gastos seriam desconsiderados no cômputo de despesas com pessoal em relação ao total de suas receitas líquidas, conforme previsto no artigo 19, inciso III, da LRF.

No presente caso, por se caracterizar como terceirização de mão-de-obra, a Prefeitura de Itacuruba deveria contabilizar essa despesa na rubrica “Outras Despesas de Pessoal” (artigo 18, § 1º, da LRF) e considerá-la para cálculo do limite de gastos com pessoal.

No que concerne ao CEGEPO, tais parcerias se revelaram substancialmente vantajosas, pois que lhe permitiu a contratação direta com o ente público sem a participação em processo licitatório, uma vez que, no caso em apreço, o que ocorreu, na verdade, foi que a Prefeitura de Itacuruba terceirizou mão-de-obra cuja necessidade de licitação para sua contratação está prevista no art. 2º da Lei nº 8.666/93, combinado com o art. 6º do mesmo diploma legal, sendo os mesmos desconsiderados pela administração municí-

pal. Outra vantagem auferida pelo CEGEPO diz respeito ao fato de que não houve necessidade da aplicação de capital próprio para a prestação dos serviços, visto que tais recursos lhe foram disponibilizados pelo poder público, bastando para tanto, revestir-se de uma fachada de legalidade, que no caso foi a obtenção do reconhecimento de Organização de Interesse Público - OSCIP, para, a partir daí, realizar seus negócios, burlando a legislação pertinente de forma a obter o enriquecimento de seus dirigentes.

Como se não bastasse, também há a indicação nos relatórios do CEGEPO noticiado os gastos com remuneração de pessoas físicas, sem a indicação de qualquer documentação a respeito da necessidade e do objeto de tais serviços e comprovação de sua realização, justificativa de preços ou sequer comprove a qualificação profissional dos contratados, o que se apresenta como verdadeira burla aos princípios que regem a atividade administrativa no que tange à necessidade de licitação, previsto no art. 116 da Lei nº 8.666/93, que prevê a necessidade de realização de licitação mesmo se tratando de desembolso por parte de OSCIP, haja vista a utilização de recursos públicos.

Presente, pois, indícios suficientes ao processamento da denúncia em relação ao disposto no art. 89 da Lei nº 8.666/93.

### **6.3. Art. 288 do Código Penal (formação de quadrilha ou bando);**

Assim, prescreve o art. 288 do Código Penal:

Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena - reclusão, de um a três anos. (*Vide* Lei 8.072, de 25.7.1990)

Parágrafo único - A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

Da leitura dos fatos narrados na exordial, observa-se que a relação entre a Prefeitura de Itacuruba e o CEGEPO se dava mediante o repasse de recursos de maneira irregular, o que envolvia não apenas o prefeito do município mas uma série de pessoas envolvidas com a OSCIP.

A materialidade das condutas criminosas é imputada pelo denunciante a três células de atuações distintas e que estariam interligadas, que atuariam na manipulação de diversas pessoas físicas e jurídicas (SERVIL Serviços Ltda., APTA Empreendimentos e Serviços Ltda., REALIZE Empreendimentos Imobiliários Ltda., OSASCO Construções Ltda., IDECI - Instituto de Desenvolvimento e Cidadania e MIXPREL - União de Profissionais Empreendedores Ltda.), as quais usariam notas fiscais que efetivamente não correspondiam às compras ou contratações de serviços para os municípios (notas fiscais inidôneas ou notas fiscais frias), locupletando-se indevidamente de verbas públicas e supostamente ocultando e dissimulando a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, dos crimes de lesão ao patrimônio público.

Observa-se, portanto, que a efetivação de eventuais condutas criminosas reclamou o envolvimento de diversas pessoas, ligadas ao Município de Itacuruba quanto em relação às empresas contratadas que orbitam em torno do CEGEPO, corroborando-se a plausibilidade da prática de formação de quadrilha.

Por último, inexistente qualquer frustração na denúncia no que tange ao tipo penal previsto no art. 288 do CP (formação de quadrilha), já que a peça de acusação veicula a existência de uma organização criminosa com a descrição detalhada de cada um dos envolvidos.

#### **6.4. Art. 203 *caput* do Código Penal (frustração de direito assegurado por lei trabalhista).**

Art. 203 - Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho:

Pena - detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 9.777, de 29.12.1998)

§ 1º Na mesma pena incorre quem: (Incluído pela Lei nº 9.777, de 29.12.1998)

I - obriga ou coage alguém a usar mercadorias de determinado estabelecimento, para impossibilitar o desligamento do serviço em virtude de dívida; (Incluído pela Lei nº 9.777, de 29.12.1998)

II - impede alguém de se desligar de serviços de qualquer natureza, mediante coação ou por meio da retenção de seus documentos pessoais ou contratuais. (Incluído pela Lei nº 9.777, de 29.12.1998)

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental. (Incluído pela Lei nº 9.777, de 29.12.1998)

Há plausibilidade da alegação de prática do tipo penal supra-mencionado, na medida em que se constatar a evidência de utilização indevida de repasse dos recursos públicos no pagamento de possíveis “voluntários”, que na verdade se qualificariam como verdadeiros contratados, cujos direitos trabalhistas foram descon-siderados.

#### **6.4.1. Prescrição da pretensão punitiva.**

Os fatos imputados ao acusado se referem a irregularidades no repasse de recursos públicos federais à OSCIP contratada pelo município, durante o curso do ano de 2005, o que teria se concretizado, no caso, em relação ao tipo penal previsto no art. 203 do Código Penal, através da frustração ao direito trabalhista daqueles contratados pela OSCIP, *vide* conclusão do relatório de fls. 106/117.

Estabelece o Código Penal a respeito da prescrição:

#### **Prescrição antes de transitar em julgado a sentença**

**Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010)**

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

**V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;**

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).  
(...)

### **Termo inicial da prescrição antes de transitar em julgado a sentença final**

**Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)**

I - do dia em que o crime se consumou; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

(...)

### **Causas interruptivas da prescrição**

**Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)**

**I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)**

II - pela pronúncia; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - pela decisão confirmatória da pronúncia; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis; (Redação dada pela Lei nº 11.596, de 2007).

V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena; (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

VI - pela reincidência. (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

§ 1º - Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles. (Redação dada pela



Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

**§ 2º - Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)**

Entretanto, considerando a contagem do prazo prescricional desde a prática dos atos imputados até o recebimento da denúncia, primeira causa interruptiva do referido lapso legal, nos moldes previstos nos artigos supramencionados, observa-se a ocorrência da prescrição punitiva.

Tendo como máximo da pena imputada ao agente, nos moldes do *caput* do art. 203 do Código Penal, no caso 2 anos, aplica-se o disposto no art. 109, inciso V, aplica-se o prazo prescricional de 04 anos.

O marco inicial da contagem do prazo prescricional é o ano de 2005, haja vista a menção ao cometimento de irregularidades durante todo este ano, e considerando o prazo da prescrição da pretensão punitiva, 4 anos, observa-se que já transcorreu o referido lapso, tendo ocorrido a prescrição da pretensão punitiva.

Desta feita, em relação ao crime do art. 203, *caput*, do Código Penal, deixo de receber a denúncia, em face da prescrição da pretensão punitiva.

## **6.5. Circunstâncias.**

Uma vez evidenciada a plausibilidade da configuração dos tipos penais mencionados, até então, cabível se demonstra a análise do acusado na incidência nos arts. 61, II, g (circunstância agravante - prática criminosa com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão), 69 (concurso material) e 71 (crime continuado) todos do Código Penal.

## **7. Conclusão.**

Existindo **indícios de autoria dos denunciados no que tange à prática de crime capitulado no art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67, incisos I, II, III, IV e V, art. 89 da Lei nº 8.666/93, art. 288 do Código Penal, uma vez preenchidos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, deve ser recebida a denúncia em relação aos referidos tipos penais.**

**Deixo de receber a denúncia em relação ao crime capitulado no art. 203 do Código Penal (frustração de lei trabalhista), em face da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.**

Assim sendo, **recebo parcialmente a denúncia** ofertada em desfavor de Romero Magalhães Lêdo em relação aos crimes previstos no art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67, incisos I, II, III, IV e V, art. 89 da Lei nº 8.666/93, art. 288 do Código Penal.

É como voto.

### **INQUÉRITO Nº 2.381-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA  
Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Indic./Invdo.: SEM INDICIADO  
Investigado: FRANCISCO JÁCOME DE ASSIS NUNES  
Adv./Proc.: DR. GUERRISON ARAUJO PEREIRA DE ANDRADE (INVDO.)

***EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. APURAÇÃO DA CONDUTA DE PREFEITO EM FACE DE PROCESSAMENTO DE PRECATÓRIO REQUISITADO PELA JUSTIÇA FEDERAL. NATUREZA ADMINISTRATIVA DA ORDEM. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL OU PREVARICAÇÃO. INEXISTÊNCIA. ATIPICIDADE (PRECEDENTES DO STF E STJ). ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO. DEFERIMENTO. - Cabe ao Ministério Público, como dominus litis, de acordo com o princípio da obrigatoriedade, formular um juízo de valor sobre o conteúdo do fato que se lhe apresenta, para avaliar a existência, ou não, de elementos suficientes para fundamentar a acusação. Caso não encontre tais elementos (tipicidade do fato, indícios de autoria, condições de procedibilidade ou de punibili-***

*dade etc.), cumpre-lhe requerer ao juiz o arquivamento do inquérito ou das peças de informação, não podendo o juiz obrigá-lo a ofertar a denúncia, mas apenas cabe-lhe adotar as providências previstas no art. 28 do CPP e atender, se for o caso, à determinação contida na parte final do mesmo dispositivo.*

*- No caso concreto, o inquérito foi instaurado para fins de apuração de conduta atribuída ao Prefeito de Paraú/RN, consistente no não pagamento de precatórios, requisitados por esta Corte Regional, o que caracterizaria, em tese, o crime previsto no artigo 1º, XIV, do Decreto-Lei nº 201/67 e, na hipótese de a recusa ter sido motivada por interesse ou sentimento pessoal, o delito de prevaricação, tipificado no art. 319 do Código Penal.*

*- Pedido de arquivamento formulado pelo Parquet Federal (PRR-5ª Região), arrimado na jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal no sentido de que o ato de requisição de pagamento por parte de um Presidente de Tribunal, decorrente de condenação judicial, reveste-se de natureza administrativa e não jurisdicional.*

*- Tendo em vista que a requisição de pagamento de precatório não possui natureza judicial, mas sim administrativa, descabe considerar-se subsumida a conduta do investigado no delito previsto no artigo 1º, XIV, do DL nº 201/67. Precedentes.*

*- Tampouco se poderia cogitar da ocorrência do crime de desobediência, previsto no Código Penal, já que o mesmo somente pode ser cometido pelo agente público quando este agindo como particular.*

*- A despeito de ter havido omissão no cumprimento do requisito de pagamento de precatório, observo não constar dos autos indícios de*

**que o ato omissivo ou o retardamento tenha sido cometido para satisfazer sentimento ou interesse pessoal, que é elementar do delito de prevaricação.**

**- Os depoimentos constantes nos autos, sobretudo as declarações dos servidores da Prefeitura de Paraú/RN (fls. 29 e 34) e com destaque a declaração do investigado (fl. 09) que afirmou que no ano de 2010 peticionou a esta Corte para requerer o parcelamento do débito referente aos precatórios requisitados, são circunstâncias que, de logo, afastam a presença do elemento “interesse ou sentimento pessoal”, já que evidencia a existência de um interesse público da municipalidade.**

**- Acolhe-se a promoção ministerial em face de atipicidade de conduta, não havendo motivo que autorize a caminhar de acordo com a determinação contida na parte final do art. 28 do Código de Processo Penal.**

**- Pedido de arquivamento deferido.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide o Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, deferir o pedido de arquivamento deste inquérito policial, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 14 de setembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA :

Trata-se de inquérito policial, instaurado em 23 de julho de 2009, através da portaria do Ilmo. Delegado de Polícia Federal, Eduardo

Benevides Bonfim, atendendo a requisição do Exmo. Sr. Desembargador Federal Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, com o fim de apuração de crime, em tese, tipificado no artigo 319 do Código Penal (prevaricação) ou o previsto no artigo 1º, XIV, do Decreto-Lei nº 201/1967, em face da Prefeitura do Município de Paraú/RN não ter realizado o pagamento dos Precatórios nº 58.674 e 58.994 requisitado por esta Corte Regional.

Os autos foram distribuídos nesta Corte, em virtude de o investigado deter prerrogativa de foro perante este Tribunal.

Nesta instância, remetidos os autos à Procuradoria Regional da República, o Exmo. Sr. Procurador Regional da República, Dr. Rogério Tadeu Romano, através da promoção de fls. 44/46, requereu o arquivamento do presente inquérito, ao fundamento de ausência de indícios quanto à prática do crime de prevaricação ou de outra conduta delituosa que ensejasse a necessidade de persecução criminal contra o ora investigado ou mesmo de solicitação de novas diligências.

Destacou o *Parquet* Federal que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal Justiça já consolidaram, de forma pacífica, o entendimento de que a atividade desenvolvida pelo Presidente do Tribunal, no processamento de precatório, não é jurisdicional, mas administrativa, pelo que resta descaracterizado o delito tipificado no artigo 1º, XIV, do Decreto-Lei nº 201/67.

Vieram-me os autos conclusos e determinei a sua inclusão na pauta de julgamento pelo Plenário desta Corte.

É o que havia de relevante para relatar.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

A matéria trazida no caso sob exame é tranquila no âmbito deste Tribunal Regional Federal, que através do Plenário desta Corte, adotando inclusive orientação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, já consolidou o entendimento de que o descumprimento de precatório requisitório por parte de prefeito municipal é ato atípico, em virtude da natureza da atividade desenvolvida por magistrado, na condição de Presidente de Tribu-

nal, que não se reveste de ato jurisdicional, mas tão somente administrativo.

O Supremo Tribunal Federal decidiu, pela unanimidade de seu Plenário, que o descumprimento de precatório requisitório por parte de prefeito municipal é ato atípico. Assim o fez neste acórdão:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. SENTENÇA QUE NÃO RECEBE A DENÚNCIA. EX-PREFEITO. NÃO-PAGAMENTO DE PRECATÓRIO. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. ART. 1º, INCISO XIV, SEGUNDA PARTE, DO DECRETO-LEI Nº 201/67.

1. Eleito o denunciado como Deputado Federal durante o processamento do feito criminal, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar o recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público estadual contra a sentença de 1º grau que, antes da posse do novo parlamentar, não recebeu a denúncia.

2. Na linha da firme jurisprudência desta Corte, os atos praticados por Presidentes de Tribunais no tocante ao processamento e pagamento de precatório judicial têm natureza administrativa, não jurisdicional.

3. A expressão “ordem judicial”, referida no inciso XIV do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67, não deve ser interpretada *lato sensu*, isto é, como qualquer ordem dada por magistrado, mas, sem dúvida, como uma ordem decorrente, necessariamente, da atividade jurisdicional do magistrado, vinculada a sua competência constitucional de atuar como julgador.

**4. Cuidando os autos de eventual descumprimento de ordem emanada de atividade administrativa do Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, relativa ao pagamento de precatório judicial, não está tipificado o crime definido no art. 1º, inciso XIV, segunda parte, do Decreto-Lei nº 201/67.**

5. Recurso em sentido estrito desprovido. (STF. Plenário. Inq nº 2.605/SP. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. 20 fev.2008, un. *Dje* 74, publ. 25 abr.2008)

No mesmo sentido, têm-se os seguintes julgados:

EMENTA: Recurso Extraordinário: descabimento. Decisões proferidas pelo Presidente do TRT no exercício da competência prevista no art.100 da Constituição, e pelo TST, em

agravo regimental em procedimento de “reclamação cor-reicional”, que possuem natureza claramente administrativa, não ensejando o recurso extraordinário: precedentes da Corte. (STF, RE 233743, 1ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, *DJU* 08.03.2002, p.68)

**EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECISÃO HOMOLOGATÓRIA. PRECATÓRIO. ATIVIDADE ADMINISTRATIVA.**

I - A atividade do Presidente do Tribunal de Justiça desenvolvida no processamento de precatório tem natureza administrativa e não jurisdicional, não se qualificando, assim, como causa a desafiar o manejo do recurso extraordinário.

II - Agravo não provido. (STF, AI 409331 AgR/SP, 2ª Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, *DJU* 04.04.2003, p. 56)

**EMENTA: 1. Recurso Extraordinário.**

2. Alegação de ofensa ao art. 100 da Constituição Federal.

3. Recurso interposto de decisão referente a processo de precatório. Natureza administrativa.

4. Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios já que esta tem natureza administrativa e não jurisdicional. Precedentes da Corte.

5. Agravo regimental desprovido. (STF, RE 205182 AgR/PE, 2ª Turma, Relator Ministro Néri da Silveira, *DJU* 18.05.2001, p. 44)

**EMENTA: INQUÉRITO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. SENTENÇA QUE NÃO RECEBE A DENÚNCIA. EXPREFEITO. NÃO PAGAMENTO DE PRECATÓRIO. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. ART. 1º, INCISO XIV, SEGUNDA PARTE, DO DECRETO-LEI Nº 201/67.**

1. Eleito o denunciado como Deputado Federal durante o processamento do feito criminal, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar o recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público estadual contra a sentença de 1º grau que, antes da posse do novo parlamentar, não recebeu a denúncia.

2. Na linha da firme jurisprudência desta Corte, os atos praticados por Presidentes de Tribunais no tocante ao processamento e pagamento de precatório judicial têm natureza administrativa, não jurisdicional.

3. A expressão “ordem judicial”, referida no inciso XIV do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67, não deve ser interpretada *lato sensu*, isto é, como qualquer ordem dada por magistrado, mas, sem dúvida, como uma ordem decorrente, necessariamente, da atividade jurisdicional do magistrado, vinculada a sua competência constitucional de atuar como julgador.

4. Cuidando os autos de eventual descumprimento de ordem emanada de atividade administrativa do Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, relativa ao pagamento de precatório judicial, não está tipificado o crime definido no art. 1º, inciso XIV, segunda parte, do Decreto-Lei nº 201/67.

5. Recurso em sentido estrito desprovido. (STF, INQ nº 2605/SP - São Paulo, decisão unânime do Tribunal Pleno, Relator: Ministro Menezes Direito, *Dje*-074, pub. 25/04/2008)

Confira-se o que disse esta Corte Regional:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. NOTÍCIA-CRIME. PREFEITO. RETARDAMENTO DO PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS. NATUREZA ADMINISTRATIVA DA ORDEM DE PAGAMENTO EMANADA DE TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DOLO. ATIPICIDADE. ART. 1º, INCISO XIV, DO DECRETO-LEI Nº 201/1967. INAPLICABILIDADE.

Não comprovação da intenção criminoso do chefe do executivo municipal em postergar o pagamento de crédito a particular, oriundo de reclusões trabalhistas passadas em julgado. Impõe-se deferir o arquivamento da notícia-crime, como requerido pelo Ministério Público Federal. **Jurisprudência sedimentada deste Tribunal Regional Federal, no sentido da não aceitação do precatório como ordem judicial, apesar de emanada de autoridade judiciária. Notícia-crime arquivada.** (TRF/5ª Região. Plenário. Notícia-crime nº 1.681/AL. Rel.: Desembargador Federal Marcelo Navarro Ribeiro Dantas. 30jul.2008, un. *DJ2*, 15 ago.2008, p. 744)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. PROCESSAMENTO DE PRECATÓRIO. CARÁTER ADMINISTRATIVO. PREFEITO MUNICIPAL. INADIMPLEMENTO. CRIME DE RESPONSABILIDADE. INOCORRÊNCIA. DENÚNCIA. NÃO RECEBIMENTO.



1. A teor da jurisprudência consolidada na Suprema Corte, a atividade desenvolvida pelo Presidente do Tribunal, no processamento do precatório, não é jurisdicional, mas administrativa.

**2. Inexistindo, *in casu*, descumprimento de ordem judicial, resta descaracterizado o delito tipificado no art. 1º, XIV, do Decreto-Lei nº 201/67.**

3. Denúncia rejeitada. (TRF/5ª Região. Plenário. Inq nº 1.676-RN. Rel.: Juiz Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, 04jun.2008, un. *DJ* 2, 23 jul.2008, p. 162)

PENAL. PROCESSO PENAL. PREFEITO MUNICIPAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE. ART. 1º, INCISO XIV, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. PRECATÓRIO NÃO PAGO. NATUREZA ADMINISTRATIVA DO PRECATÓRIO REQUISITÓRIO. INOCORRÊNCIA DE DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL. AUSÊNCIA DE CRIME. DENÚNCIA NÃO RECEBIDA.

1. Por ter o precatório natureza administrativa, o Presidente do Tribunal, ao processá-lo, não está investido de função jurisdicional, de forma que o precatório não constitui ordem judicial de pagamento dirigida ao prefeito municipal.

**2. Ausente um dos elementos do tipo objetivo do crime previsto no art. 1º, inc. XIV, do Decreto-Lei nº 201/1967, necessário à materialidade do delito. Conduta atípica.**

3. Inexistindo alguma elementar do ilícito, é de ter-se por inepta a peça acusatória, justo por não preencher os requisitos do art. 41 do CPP, de forma que ao prefeito não pode ser imputado o delito previsto no art.1º, inc.XIV, do Decreto-Lei nº 201/1967. Precedentes do STF e deste Tribunal. Denúncia não recebida. (TRF/5ª Região. Plenário. Inq. nº 1.643-RN. Rel.: Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho (convocado). 26.mar.2008. un. *DJ* 2, 24abr.2008, p. 840)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. PREFEITO MUNICIPAL. PRECATÓRIO NÃO PAGO. NATUREZA ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTAR DO TIPO PREVISTO NO ART. 1º DO DL 201/67. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO. ART. 28 DO CPP. ACATAMENTO.

1. É de se arquivar o inquérito policial, vez que a douta

Procuradoria Regional da República não vislumbrou a presença de indícios quanto à prática de crime de responsabilidade ou de qualquer outro que pudesse ensejar o oferecimento de eventual denúncia.

2. Precatório não é ordem judicial, e sim ordem administrativa, emanada de autoridade do poder judiciário, não incidindo o tipo penal do art. 1º, inc. XIV, do DL 201/67 (descumprimento de ordem judicial) em relação à conduta do prefeito que descumpra ordem de pagamento de precatórios. Precedente do STF.

3. Acolhimento do pedido do MPF. Arquivamento do inquérito policial, unicamente no que concerne ao fato nele apurado, qual seja: notícias de não pagamento dos precatórios requisitórios TRT PR 25-3233-99, TRT PR 25-3236-99, TRT PR 25-3246-99, TRT PR 25- 4229-99 e TRT PR 25-4273-99, encaminhados à Prefeitura de Santa Cruz/RN. (TRF 5ª Região. Plenário. Inq nº 1744-RN, Rel.: Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt, 3 de outubro de 2007)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. PROCESSAMENTO DE PRECATÓRIO. CARÁTER ADMINISTRATIVO. PREFEITO MUNICIPAL. INADIMPLEMENTO. CRIME DE RESPONSABILIDADE. INOCORRÊNCIA. DENÚNCIA. NÃO RECEBIMENTO.

1. A teor da jurisprudência consolidada na Suprema Corte, a atividade desenvolvida pelo Presidente do Tribunal, no processamento do precatório, não é jurisdicional, mas administrativa.

2. Inexistindo, *in casu*, descumprimento de ordem judicial, resta descaracterizado o delito tipificado no art. 1º, XIV, do Decreto-Lei nº 201/67.

3. Denúncia rejeitada. (TRF 5ª Região. Plenário. Inq nº 1469-RN. Rel.: Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria; 18 de janeiro de 2006)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRECATÓRIO. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. INOCORRÊNCIA.

1. O Supremo Tribunal Federal já proclamara que a atividade do Presidente de Tribunal no processamento de precatório tem natureza administrativa e não jurisdicional. Nesse sentido, não é possível imputar ao prefeito o delito tipificado no art. 1º, XIV, do Decreto-Lei nº 201/67 (descumprimento de ordem judicial), em face do não pagamento de precatório (art. 100 da CF).

2. Precedentes desta Corte.

3. Denúncia rejeitada. (TRF 5ª Região, Plenário, Inq. nº 1198-CE, Rel.: Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima; 13 de abril de 2005)

Conforme preleciona Mirabete, em seu Código de Processo Penal Interpretado, “o arquivamento do inquérito cabe ao juiz, a requerimento do Ministério Público. Este, de acordo com o princípio da obrigatoriedade, deve formular um juízo de valor sobre o seu conteúdo, para avaliar a existência, ou não, de elementos suficientes para fundamentar a acusação. Caso não encontre tais elementos (tipicidade do fato, indícios de autoria, condições de procedibilidade ou de punibilidade etc.), cumpre-lhe requerer ao juiz o arquivamento”.

No mesmo sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal: “A iniciativa da ação penal é do Ministério Público, mediante o oferecimento da denúncia, e não pode o juiz obrigá-lo a oferecê-la, mas apenas cabe adotar as providências previstas no art. 28 do CPP e atender, como é o caso, à determinação contida na parte final do mesmo dispositivo. O Ministério Público tem o poder de ação, no campo processual, e o juiz ou o tribunal, o poder jurisdicional. O exercício deste depende da iniciativa daquele” (RT 629/384).

A reforçar, mais, que tal atividade desenvolvida pelo Presidente do Tribunal, no processamento de precatório, não se reveste de natureza jurisdicional, mas meramente administrativa, a descaracterizar o delito tipificado no art. 1º, XIV, do Decreto-Lei nº 201/67, têm-se o entendimento firmado no **Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o REsp nº 51.281-SP (Relator Ministro Castro Meira, DJ 28.06.2004, pág. 213), o ROMS nº 12.059/RS (Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 09.12.2002, pág.317) e o HC nº 34.812/MG.**

Vê-se ainda que o presente inquérito policial foi instaurado em face de requisição do Exmo. Sr. Desembargador Federal Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, com o fim de apuração, também, de crime, em tese, tipificado no artigo 319 do Código Penal (prevaricação).

É consabido que para caracterização do crime de prevaricação, previsto no artigo 319 do Código Penal, o ato omissivo ou o retardamento do ato deve ser cometido para satisfazer sentimento ou interesse pessoal.

A despeito de ter havido omissão no cumprimento do requisito de pagamento de precatório, observo não constar dos autos indícios de que o ato omissivo ou o retardamento tenha sido cometido para satisfazer sentimento ou interesse pessoal, que é elemento do delito de prevaricação.

Os depoimentos constantes nos autos, sobretudo as declarações do servidores da Prefeitura de Paraú/RN (fls. 29 e 34) e com destaque a declaração do investigado, o Sr. Prefeito Francisco de Assis Jácone, que à fl. 09 afirmou que no ano de 2010 peticionou a esta Corte para requerer o parcelamento do débito referente aos precatórios requisitados, de logo, afasta a presença do elemento “interesse ou sentimento pessoal”, já que evidencia a existência de um interesse público da municipalidade.

Por conseguinte, não sendo o precatório uma ordem judicial, não se configura o crime de responsabilidade previsto no art. 1º, inciso XIV, do DL 201/67, nem tampouco o delito de desobediência, por não poder cometê-lo o agente público no exercício da função, no caso o Prefeito do Município de Paraú/RN e, não se tendo indícios nos autos de que omissão no cumprimento do requisito de pagamento de precatório tenha sido cometido para satisfazer sentimento ou interesse pessoal, não há que se falar em crime de prevaricação por parte do Sr. prefeito, ora investigado.

Ademais, sendo o Ministério Público o *dominus litis*, cabendo-lhe, assim, o juízo de valoração sobre o conteúdo das ações, que, em tese, poderiam configurar ilícitos penais, o que, na hipótese destes autos, não se lhe apresentou, e por não vislumbrar, este juiz, no caso *sub examine*, e à vista do contido nestes autos, indícios de crime, em tese, não havendo motivo que autorize a caminhar de acordo com a determinação contida na parte final do art. 28 do Código de Processo Penal, acolho a promoção ministerial de fls. 44/46.

*Ex positis*, defiro o pedido de arquivamento deste inquérito policial e determino a baixa na distribuição com as devidas comunicações à Polícia Federal e ao Ministério Público Federal.

Dê-se ciência ao investigado. Expeça-se ofício com cópia deste voto.

É como voto.



## **ÍNDICE SISTEMÁTICO**

---





## **JURISPRUDÊNCIA**

### **AÇÃO RESCISÓRIA**

6563-CE	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho .....	13
---------	---	----

### **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

110206-PE	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho .....	18
112868-PB	Rel. Des. Luiz Alberto Gurgel de Faria .....	23
115398-AL	Rel <sup>a</sup> . Des <sup>a</sup> . Federal Cíntia Menezes Brunetta (Convocada) .....	34
116029-RN	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt .....	42

### **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO**

8776-PB	Rel. Des. Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá (Convocado) .....	50
12506-SE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães .....	63
12878-CE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães .....	72
16872-CE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias .....	77

### **APELAÇÃO CÍVEL**

437996-CE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo .....	95
442702-PE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha .....	104
446635-SE	Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior .	110
448676-AL	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha .....	126
462741-PE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena .....	133
467160-AL	Rel. Des. Luiz Alberto Gurgel de Faria .....	150
497623-RN	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano .....	164
499260-PE	Rel. Des. Federal Rubens de Mendonça Canuto (Convocado) .....	174
525242-PE	Rel <sup>a</sup> . Des <sup>a</sup> . Federal Margarida Cantarelli .....	184
526980-CE	Rel <sup>a</sup> . Des <sup>a</sup> . Federal Margarida Cantarelli .....	193

### **APELAÇÃO CRIMINAL**

6142-PB	Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior .	204
---------	--	-----

6720-PE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano .....	222
6953-PE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt .....	237
6998-PE	Rel. Des. Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá (Convocado) .....	252

### **INQUÉRITO**

2121-RN	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira .....	273
2197-PE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias .....	282
2381-RN	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira .....	322

## **ÍNDICE ANALÍTICO**

---



## A

PrCv e Ct	Ação civil pública. Exploração de loteria e jogos do bicho. Competência privativa da União. Ineficácia das autorizações e concessões feitas pelo Estado da Paraíba. Interdição dos estabelecimentos. Legalidade. AgTr 112868-PB ..... 23
Adm	Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público Federal. Telefonia celular na modalidade pré-paga. Créditos adquiridos mediante cartões pré-pagos. Fixação de prazo de 90 dias para sua utilização. Legalidade dos atos normativos da ANATEL sobre o tema. APELREEX 8776-PB..... 50
Adm e Amb	Ação civil pública. Prolongamento de via expressa urbana. Edificação em área de preservação permanente. Degradação do meio ambiente. Comprovação. Responsabilidade objetiva ambiental. Conclusão das obras. Interesse no prosseguimento do feito. Reconhecimento. Exclusão da empresa empreiteira da lide. Possibilidade. Responsabilidade do ente público pela degradação ambiental decorrente das obras. Dever de promover as medidas mitigadoras dos danos ambientais estabelecidas em EIA/RIMA. APELREEX 16872-CE ..... 77
Ct e Adm	Ação ordinária. Antecipação dos efeitos da tutela. Câncer raro. Cirurgia realizada apenas por poucos centros especializados no País. Custeio da viagem e da cirurgia em unidade diversa do domicílio do autor. Direito à vida e à saúde. Cabimento da tutela antecipada. AgTr 115398-AL ..... 34

PrCv                    Ação rescisória. Objetivo de desconstituir julgado que considerou válida a cumulação de pensão por morte de servidor do IBGE com o recebimento, por parte da pensionista, de vencimentos oriundos da ocupação de cargo público permanente na condição de servidora da Universidade Federal do Ceará. Impossibilidade de acumulação dos rendimentos. Procedência da rescisória. AR 6563-CE ..... 13

PrCv e Adm            Agravo de instrumento. Ação cautelar. Decisão que indeferiu pedido liminar de desclassificação da empresa Brasilfort Serviços de Vigilância e Transporte de Valores Ltda., concorrente da agravante, em licitação realizada pela CEF. Ato agravado que não identificou qualquer ofensa às regras do edital. Informações da CEF no sentido de ter realizado diligências que corroboraram o atestado de qualificação apresentado pela empresa vencedora. Improvimento do agravo. AgTr 110206-PE ..... 18

### C

Adm                    Comercialização de combustível fora das especificações permitidas. Fiscalização. Interdição do estabelecimento. Decisão que limitou a interdição à bomba de combustível irregular. Possibilidade. Ausência de prejuízo ao consumidor. Contrariedade aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. AgTr 116029-RN ..... 42

Adm e PrCv            Contrato administrativo. Sustação do pagamento sob a alegação de irregularidades no seu cumprimento. Demonstração de que a contratada executou normalmente os ser-

	viços contratados. Obrigatoriedade da instituição-ré adimplir o pagamento das notas fiscais cuja quitação foi suspensa por motivo que não pode ser imputado à contratante. Autarquia federal. Isenção de custas. APELREEX 12506-SE ..... 63
PrPen e Pen	Corrupção ativa. Comprovação de conluio entre os réus e integrantes e intermediários de equipe de servidores que compunham, à época dos fatos, o esquema criminoso que veio à tona como “O escândalo da Procuradoria Nacional da Paraíba”. Caso em que a fraude foi perpetrada mediante ação de consignação aforada perante a Justiça Estadual em comarca do interior (Bayeux/PB), resultando na compensação da dívida tributária com créditos de TDA’S inexistentes. ACr 6142-PB ..... 204
PrPen	Crimes cujo processamento ordinariamente caberia à Justiça Estadual. Conexão e continência. Inferição <i>in status assertionis</i> . Anterior apreciação do tema em sede de <i>habeas corpus</i> . Coisa julgada. Anulação da sentença com a devolução para novo julgamento, sob pena de supressão de instância. ACr 6998-PE ..... 252

## D

PrPen e Pen	Denúncia. Prefeito Municipal. Desmembramento. Questão de ordem. Competência deste Tribunal Regional Federal. Poder investigatório do Ministério Público. Legitimidade. Descrição satisfatória dos fatos. Crimes de responsabilidade, de inexigência de licitação fora das hipóteses previstas em lei,
-------------	---

de formação de quadrilha ou bando e de frustração de direito assegurado por lei trabalhista. Índícios de autoria e materialidade delitiva. Prescrição da pretensão punitiva em relação a alguns dos ilícitos penais. Recebimento parcial da denúncia. INQ 2197-PE . 282

Trbt Desconstituição de crédito tributário. Reembolso de despesas feito a empresa do mesmo grupo econômico. Controladora (*holding*). Não caracterização de receita. PIS e COFINS. Não incidência. AC 526980-CE ..... 193

## E

Trbt e PrCv Embargos à execução de quantia certa contra devedor solvente. Representação judicial. Regularidade. Contrato de financiamento. BNDES. Legitimidade para cobrança. Excesso na execução. Ausência de prova. Improcedência do pedido. AC 462741-PE ..... 133

Cv, PrCv e Trbt Embargos à execução fiscal. Créditos decorrentes de empréstimos externos garantidos pelo extinto IAA. Sub-rogação da União. Prescrição. Inocorrência. Nulidade da sentença. Afastamento. Liquidez, certeza e exigibilidade do título executivo. Presunção não elidida. Excesso de execução. Inocorrência. AC 467160-AL ..... 150

Ct e Adm Estatuto do idoso. Sistema Único de Saúde (SUS). Tratamento médico. Paciente portador de Alzheimer. AVC. Transferência entre hospitais. Impossibilidade. AC 448676-AL ..... 126



## I

Pen e PrPen	Inquérito. Apuração da conduta de prefeito em face de processamento de precatório requisitado pela Justiça Federal. Natureza administrativa da ordem. Descumprimento de ordem judicial ou prevaricação. Inexistência. Atipicidade da conduta. Arquivamento do inquérito. INQ 2381-RN ..... 322
Pen e PrPen	Inquérito. Apuração da conduta de prefeito em face de suposta fraude na gestão de pagamento do Programa Bolsa-Família. Declarações. Validade. Inclusão e exclusão do programa social Bolsa-Família. Atendimento aos requisitos legais. Pagamento aos beneficiários. Regularidade. Ausência de indícios de autoria e materialidade delituosas. Arquivamento do inquérito. INQ 2121-PB .. 273
Ct e Trbt	IPTU – Imposto Predial e Territorial Urbano. Imóvel pertencente a autarquia federal. Imunidade tributária. CF, art. 150, VI, a. TLP – Taxa de Limpeza Pública. Ausência de imunidade. AC 525242-PE ..... 184

## L

Pen e PrPen	Lesão corporal leve, incitação ao crime, resistência qualificada e posse ilegal de arma de fogo. Extinção da punibilidade pela prescrição quanto aos delitos de lesão corporal leve e incitação ao crime. <i>Emendatio libelli</i> . Resistência qualificada. Materialidade e autoria comprovadas. Dolo evidenciado. Posse ilegal de arma de fogo. Materialidade e autoria comprovadas. ACr 6953-PE ..... 237
-------------	---

## P

- Amb Parque Nacional de Fernando de Noronha. Área de posse e domínio públicos. Imóvel residencial. Construção à revelia do Poder Público. Ilegalidade. Determinação de demolição do imóvel. Medida que não se apresenta desarrazoada nem desproporcional. AC 499260-PE ..... 174
- Adm e Prev Pensão vitalícia. Irmã idosa. Dependência econômica materialmente comprovada através de provas documentais e testemunhais. Percepção de aposentadoria por invalidez que não obsta o recebimento da pensão vitalícia. Desnecessidade de demonstração da exclusividade da dependência econômica. APELREEX 12878-CE ..... 72

## R

- Prev Requerimento de auxílio-doença. Morte do autor no curso do processo. Direito dos sucessores de receberem as parcelas relativas ao benefício desde o requerimento administrativo até o óbito do autor. AC 497623-RN ..... 164
- Cv Responsabilidade civil. Manutenção indevida de ônus caucionário sobre imóvel pelo BACEN por lapso de tempo demasiadamente longo. Gravame que teve origem na cessão de direitos hipotecários da empresa Terra Crédito Imobiliário ao BACEN. Quitação integral do financiamento pelo mutuário, sendo canceladas a hipoteca e a cédula hipotecária em nome da empresa Terra. Ausência do levantamento do ônus caucionário instituído a favor do BACEN. Danos

morais. Configuração. Danos materiais. Falta de comprovação. AC 437996-CE ..... 95

Pen Roubo qualificado. Crimes de informática. Furto qualificado. Fraudes através da Internet. Laranjas. Agentes que cediam seus dados pessoais para a confecção de cartões bancários. Pessoas de baixa instrução, em situação de miséria, que desejavam apenas auxiliar terceiro mediante agradecimento financeiro mínimo. Dolo específico não comprovado. Absolvição mantida. Agente integrante da quadrilha na qualidade de cartãozeiro. Abertura de contas e obtenção de cartões e senhas bancárias de terceiros para transferência fraudulenta de dinheiro para uso da quadrilha. Materialidade e autoria comprovadas. Pena-base acima do mínimo legal. Continuidade delitiva. Aumento das penas privativas de liberdade e de multa. ACr 6720-PE ..... 222

## S

Ct e Cv Seguro saúde. Saúde Caixa. Cirurgia plástica corretiva pós gastropластиа. Obesidade mórbida. Dever do plano assistencial de arcar com a cirurgia plástica reparadora prevista pelo SUS, através da Portaria 545/GM. AC 442702-PE ..... 104

## T

Prev Tempo de serviço especial. Atividade catalogada como penosa. Técnico em Telecomunicações. Reconhecimento por presunção legal até a Lei nº 9.032/95. Implemento do tempo de serviço. Aposentadoria por tempo de contribuição. Direito ao benefício. AC 446635-SE ..... 110