

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

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

Número 97 - Maio/Junho - 2012

R. TRF 5ª Região, nº 97, p. 1-444, Maio/Junho - 2012



**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 .....	433
III - Índice Analítico .....	437



**JURISPRUDÊNCIA**

---



## **AÇÃO PENAL Nº 47-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO  
Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Réu: GILSON CAVALCANTE DE OLIVEIRA  
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ ROGÉRIO FERREIRA SARMENTO E  
TYAGO DINIZ VAZQUEZ E OUTROS

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. QUADRILHA ESPECIALIZADA NA OBTENÇÃO FRAUDULENTE DE BENEFÍCIOS DE AUXÍLIO-RECLUSÃO. ASSUNÇÃO DE UM DOS DENUNCIADOS AO CARGO DE PREFEITO MUNICIPAL. DESMEMBRAMENTO DO FEITO. ESTELIONATO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. EMENDATIO LIBELLI EM RELAÇÃO A UMA DAS CONDUTAS. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA INFORMATIZADO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUANTO AO CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA.**

**- É idônea a denúncia quando os fatos imputados ao acusado estão temporal e materialmente especificados e a justa causa para o exercício da ação penal resta evidenciada pelo suporte probatório nela indicado.**

**- Não acarreta nulidade a separação do processo com previsão no artigo 80 do CPP, uma vez que a regra do simultaneus processus (art. 77 do Código de Processo Penal) não é absoluta e o excessivo número de acusados tornou conveniente a separação. A matéria, ademais, já foi submetida à apreciação do egrégio Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o qual, resolvendo questão de ordem suscitada nos autos da presente ação penal originária, à unanimidade, determinou o desmembramento do feito.**

**- O interrogatório realizado em data anterior à publicação da Lei 11.719/2008 exclui a obrigato-**

**riedade de renovação do ato validamente praticado sob a égide da lei anterior. (STF, HC104555-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 28/09/2010, unânime)**

**- “o deferimento de diligências é ato discricionário do magistrado, que pode negar os pedidos que considerar protelatórios ou desnecessários, desde que em decisão devidamente fundamentada” (HC 76368 (200700226546), Maria Thereza de Assis Moura, STJ - Sexta TURMA, DJE DATA: 31/05/2010). A matéria, ademais, já foi submetida à apreciação do egrégio Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, tendo esse colegiado, à unanimidade, negado provimento ao recurso interno interposto pelo denunciado.**

**- Preliminares rejeitadas.**

**- A solidez da prova oral colhida na fase inquisitorial e a sua harmonia com a prova documental obtida ao longo da instrução, corroboradas pelo testemunho e por outros interrogatórios prestados em juízo, sob o crivo do contraditório, formam um acervo probatório suficiente à conclusão de que o acusado conhecia as fraudes perpetradas e facilitava a sua consumação, integrando o grupo criminoso, em caráter permanente e estável.**

**- Restou demonstrado que o agente cooperou, de forma consciente, em uma ação comum tendente à realização de uma infração penal, em seis diferentes oportunidades em que concedidos benefícios indevidos de auxílio-reclusão.**

**- A denúncia descreve, com relação a um dos benefícios indevidamente concedidos, a conduta de inserção de dados falsos em sistema informatizado da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para outrem, que tem adequação típica no artigo 313-A do CP, norma especial em relação a que tipifica o crime de estelionato previdenciário, impondo-se, por essa razão, a emendatio libelli.**

- *Cuidando-se de modalidades criminosas com descrições típicas bastante próximas, que se assemelham por seus elementos objetivos e subjetivos, é possível considerar como “da mesma espécie” os crimes previstos nos artigos 171, § 3º, e 313-A, ambos do CP, de sorte a reconhecer a existência de continuidade delitiva entre eles.*
- *Réu condenado nas sanções do artigo 171, § 3º, (cinco vezes) e artigo 313-A, c/c artigo 71, e artigo 288, todos do Código Penal. Extinção da punibilidade quanto ao crime de formação de quadrilha, pela prescrição retroativa da pretensão punitiva estatal.*
- *Pena definitiva de 4 anos e 6 meses de reclusão e 180 dias-multa, à razão de metade do salário mínimo vigente ao tempo do fato.*
- *Aplicação do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n° 11.719/08. Fixação do valor mínimo dos prejuízos causados à União Federal em R\$ 115.581,44, em valor histórico, a ser atualizado.*
- *Nos termos do artigo 92, I, b, do Código Penal, é feito da condenação, ainda, a perda do mandato eletivo, uma vez que condenado o réu à pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos, por crime consumado contra o serviço público, quando o autor era detentor de cargo de chefia, o que lhe granjeou prestígio político para eleger-se Prefeito Municipal de Bom Sucesso, no Estado da Paraíba, em cujo exercício se encontra.*
- *Nos termos do artigo 1º, inciso I, letra e, c/c o artigo 15, parágrafo único, da Lei Complementar n° 64/1990, com a redação dada pela Lei Complementar n° 135/2010 – Lei da Ficha Limpa – declara-se a inelegibilidade do réu, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena.*
- *Denúncia procedente.*

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, julgar procedente a denúncia, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 14 de março de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

O Ministério Público Federal, por meio da Procuradoria da República no Município de Sousa/PB, denunciou Gilson Cavalcante de Oliveira e outros 63 corréus, acusando-os de formarem uma quadrilha especializada na obtenção fraudulenta de benefícios de auxílio-reclusão.

O processamento do feito se deu na 8ª Vara da Seção Judiciária de Sousa, Estado da Paraíba, até que noticiada a assunção do acusado Gilson Cavalcante de Oliveira ao cargo de Prefeito do Município de Bom Sucesso-PB, fato que ensejou a declinação de competência para esta Corte Regional de Justiça, não apenas em relação ao réu detentor de foro por prerrogativa de função, mas de todo o processo.

Dessa decisão interpôs o Ministério Público Federal recurso em sentido estrito (fls. 2.738-2.749), requerendo o desmembramento do processo e a sua manutenção neste Regional, tão somente no que tange ao Sr. Gilson Cavalcante de Oliveira.

A egrégia Primeira Turma entendeu por bem negar provimento ao recurso, sob o fundamento de falecer competência ao órgão turmário para a análise do pedido de desmembramento, questão que seria afeta à competência do relator para quem fosse futuramente distribuída a ação penal originária, de competência do Pleno.



Vieram os autos, então, às minhas mãos, distribuídos como ação penal originária.

O egrégio Pleno desta Corte Regional de Justiça, resolvendo questão de ordem suscitada nos presentes autos, determinou o desmembramento do feito, com a remessa à primeira instância da parte que se refere aos acusados que não detêm prerrogativa de foro.

A presente ação penal originária, portanto, trata tão só da acusação formulada em face de Gilson Cavalcante de Oliveira, o qual restou denunciado pela violação dos artigos 171, § 3º, e 288, ambos do Código Penal.

Consta na denúncia que o acusado, enquanto servidor do INSS lotado na APS de Catolé do Rocha/PB, associou-se a diversas outras pessoas para a prática de crimes de estelionato contra a Previdência Social.

O MPF alegou na denúncia que Gilson Cavalcante de Oliveira atuava como facilitador na concessão de benefícios fraudulentos requeridos na APS de Catolé do Rocha/PB, principalmente de auxílio-reclusão, o que teria ocorrido no período de 2005 a 2007.

Sustentou a acusação, ainda, que o denunciado reverteu diversos indeferimentos de benefícios de auxílio-reclusão, analisados por colegas de trabalho, deferindo-os.

A denúncia foi recebida em 16 de novembro de 2007.

O denunciado foi interrogado (fls. 431-434 – vol. 2).

Sustentou, em sua defesa prévia, não ter praticado os crimes descritos na denúncia. Afirmou que todos os benefícios por ele concedidos haviam sido instruídos com a documentação necessária. Aduziu, ainda, que reverteu o indeferimento apenas daqueles benefícios para os quais, posteriormente, foi apresentada a documentação exigida. Arrolou testemunhas (fls. 663-668 – vol. 4). Juntou documentos.

Após a resolução da questão de ordem e o desmembramento do feito em relação aos acusados que não gozam de prerrogativa de foro nesta egrégia Corte, oportunidade em que restaram ratificados todos os atos até então praticados no processo, foram os

autos encaminhados à Procuradoria Regional da República, que pugnou pelo prosseguimento do feito, salientando a validade dos atos processuais praticados no juízo de primeiro grau (fls. 3.277-3.277v. – vol. 16).

Gilson Cavalcante de Oliveira constituiu novos advogados (fls. 3.288-3.289 – vol. 16).

Ato contínuo, requereu a realização de novo interrogatório, de sorte a compatibilizar o procedimento à disciplina implantada com a edição da Lei 11.719/08 (fls. 3.309-3.316 – vol. 16).

O pedido restou indeferido através da decisão encartada às fls. 3.325-3.327, que considerou válido o interrogatório realizado no dia 11 de dezembro de 2007, antes do advento da Lei 11.719, de 20 de junho de 2008. Na mesma oportunidade, já tendo sido inquiridas todas as testemunhas de acusação e defesa, determinou-se a intimação das partes para, nos termos do artigo 10 da Lei 8.038/90, requerer diligências.

O Ministério Público Federal nada requereu (fl. 3.328 – vol. 16).

Gilson Cavalcante de Oliveira, a seu turno, requereu uma série de diligências com o fito de demonstrar a ausência de correlação entre o patrimônio do acusado e os fatos narrados na denúncia (fls. 3.331-3.334 – vol. 16).

Deferiu-se requerimento do Ministério Público Federal de juntada dos autos do Procedimento Administrativo nº 1.24.000.001303/2010-32, instaurado no âmbito do INSS, para apurar condutas de ex-servidores do Instituto, relativas à concessões irregulares de benefícios de auxílio-reclusão, ocorridas na APS de Catolé do Rocha/PB (fl. 3.352 – vol. 16).

Instada a se manifestar acerca da documentação apensada aos autos, quedou-se inerte a defesa de Gilson Cavalcante de Oliveira (fl. 3.353 – vol. 16).

As diligências requeridas na fase do artigo 10 da Lei 8.038/90 restaram indeferidas através da decisão de fls. 3.354-3.356, sob o fundamento principal de que para a caracterização do delito de estelionato, pouco importa se houve vantagem auferida pelo próprio agente fraudador, sendo suficiente a verificação de que rece-

bida vantagem indevida por outrem, como ocorre no caso dos beneficiários dos auxílios-reclusão.

Dessa decisão interpôs Gilson Cavalcante de Oliveira agravo regimental (fls. 3.363-3.369 – vol. 16), o qual não foi provido pelo egrégio Pleno desta Corte Regional (fls. 3.370-3.375 – vol. 16).

O MPF apresentou alegações finais postulando a condenação do réu Gilson Cavalcante de Oliveira (fls. 3.357-3.360 – vol. 16).

Em alegações finais, o réu Gilson Cavalcante de Oliveira requereu, em preliminar, o reconhecimento de diversas nulidades, e, no mérito, sua absolvição (fls. 3.379-3.437 – vol. 16).

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

O MPF denunciou Gilson Cavalcante de Oliveira, Prefeito do Município de Bom Sucesso/PB, pelos crimes tipificados nos artigos 171, § 3º, e 288 do Código Penal.

Consta na denúncia que o acusado, enquanto servidor do INSS lotado na APS de Catolé do Rocha/PB, associou-se a diversas outras pessoas para a prática de crimes de estelionato contra a Previdência Social.

Segundo a exordial acusatória, o grupo criminoso era coordenado por José Osni Nunes, que, na qualidade de advogado militante na área previdenciária e profundo conhecedor dos requisitos para concessão do auxílio-reclusão, orientava outros membros da quadrilha a aliciar presos e mulheres, com ou sem filhos, para, através de falsificações de documentos, protocolarem requerimentos de auxílio-reclusão junto ao INSS, notadamente na Agência da Previdência Social em Catolé do Rocha/PB, onde o servidor Gilson Cavalcante de Oliveira facilitava o esquema criminoso.

Conforme narrado na denúncia, a partir da anuência dos aliciados, que forneciam sua documentação pessoal, iniciavam-se as fraudes, que podiam ocorrer de forma combinada ou independente, mediante os seguintes artifícios:

Criação de um filho para o apenado, criança que na verdade não existe, a fim de que este passasse a ter direito ao benefício. Tal expediente era concretizado com a colaboração do funcionário da Maternidade de Catolé do Rocha/PB, que fornecia o formulário de Declaração de Nascido Vivo, o qual era preenchido com informações falsas. De posse da Declaração de Nascido Vivo, era confeccionada a Certidão de Nascimento também ideologicamente falsa, através da escrevente do Cartório. Os aliciados concordavam em assumir a maternidade e a paternidade desta criança fantasma.

Quando a aliciada já possuía filho menor, cujo Registro de Nascimento constasse apenas a filiação materna, os aliciadores orientavam o preso a reconhecer falsamente a paternidade com o objetivo de fraudar a Previdência Social.

A fim de manter a qualidade de segurado do presidiário, e assegurar o recebimento de valores atrasados, a quadrilha muitas vezes fraudava certidões judiciais e de Diretores de Presídio, alterando a data do efetivo recolhimento ao cárcere do instituidor do benefício.

Também para manter a condição de segurado, verificou-se que em alguns benefícios foram inseridas algumas contribuições previdenciárias, que na verdade nunca existiram. Fica nítida, neste íterim, a participação do servidor do INSS. Em outras oportunidades, a quadrilha arquitetava elementos para provar que o instituidor era segurado especial, quando este nunca havia trabalhado na agricultura.

Houve hipóteses em que o instituidor sequer havia sido preso, de sorte que o grupo criminoso forjou certidão de recolhimento ao cárcere.

Figurando como réu um prefeito municipal, a competência originária é da Justiça Federal de Segunda Instância, consoante se deflui da interpretação conjunta dos artigos 29, X, e 109, IV, da Constituição da República e da aplicação do princípio da simetria. Ou seja, a competência para processar e julgar prefeito por crime federal é do Tribunal Regional Federal, no caso, o da 5ª Região, cuja competência territorial estende-se sobre o Estado da Parai-

ba, onde se localiza o Município de Catolé do Rocha, local em que ocorreram os fatos criminosos denunciados.

Diante da competência originária desta Corte, passo à análise das preliminares suscitadas pelo réu.

### **PRIMEIRA PRELIMINAR**

Defende o acusado Gilson Cavalcante de Oliveira a nulidade da denúncia por ausência de descrição da conduta delituosa. Diz que não restou demonstrado na denúncia o vínculo do acusado com a suposta atividade ilícita ou a sua adesão à vontade de corréu.

A preliminar não merece ser acolhida.

A denúncia não padece de qualquer vício. Os fatos imputados ao réu foram descritos de forma circunstanciada, estando temporal e materialmente especificados. Mas não é só isso. A inicial acusatória, além de individualizar perfeitamente a participação do acusado no esquema criminoso, indica, ainda, os elementos de prova que a subsidiaram.

Com efeito, a exordial alude ao interrogatório policial de Cristiane Marcelino da Silva (fls. 238/240 do IPL apenso), a qual informou que Gilson participou da fraude na concessão do benefício nº 139.907.462-5, uma vez que sabia “de todo o esquema”, não tendo oposto nenhum obstáculo durante a entrevista realizada no INSS, mesmo sabendo que Cristiane tinha decorado o que ia falar na referida entrevista.

A denúncia noticia, também, a existência de um diálogo telefônico realizado entre Gilson e o Presidente da Câmara Municipal de Brejo de Cruz/PB, Hermes Fernandes de Arruda, no qual conversam acerca da necessidade de “preparar” as pessoas arregimentadas pelo segundo, a fim de que, por ocasião das entrevistas a serem realizadas no INSS, não venham dizer que nunca trabalharam na roça ou que não conhecem as pessoas com quem trabalharam.

Apontou benefícios que foram concedidos por Gilson Cavalcante de Oliveira, após terem sido indeferidos por outros servidores do INSS ou por ele próprio, nos quais se identificou a ocorrência de fraudes.

Por fim, a inicial acusatória cita as menções feitas pelas supostas aliciadoras à participação de Gilson Cavalcante de Oliveira no esquema criminoso, as quais, por oportuno, passo a transcrever:

QUE há aproximadamente dois anos o advogado OSNIR chamou a interrogada para acompanhar outras pessoas no INSS; QUE estas pessoas deveriam ser encaminhadas ao funcionário GILSON que trabalhava no INSS de Catolé do Rocha/PB;

QUE a interrogada levava mulheres até OSNIR, este providenciava a documentação necessária para a obtenção fraudulenta do auxílio reclusão, entregando esta documentação à mulher aliciada, informando-a ainda de que deveria se dirigir ao INSS de Catolé do Rocha para ser atendida por GILSON; QUE a mulher aliciada juntamente com a interrogada iam ao INSS e entregavam toda a documentação a GILSON que se encarregava de realizar os atos necessários para a concessão de benefício;

QUE sabe apenas que GILSON participava do esquema fraudulento, não sabendo dizer quanto este ganhava por cada fraude; (Interrogatório de EDNALVA DINIZ, fl. 723)

QUE GILSON recebia presentes de JOELMA, bem como dinheiro para facilitar os benefícios para sua irmã; QUE não sabe quanto GILSON recebia; (Reinquirição de CHEILA, fls. 747/748)

QUE sabe apenas informar que GILSON CAVALCANTI participa do esquema de fraudes ao auxílio reclusão, não sabendo informar se os demais servidores ERINALDO SOUZA CARNEIRO e JONATAN DA SILVA LEÔNICIO estão no esquema; (Interrogatório de MARIA EUNICE, fl. 756)

QUE, chegando lá deu entrada com o servidor GILSON que já tinha sido indicado anteriormente por KÁTIA; QUE, KÁTIA chegou a orientar inclusive no que devia falar na entrevista perante GILSON dizendo que ela era agricultora e que trabalhava em um roçado cultivando feijão e milho, dizendo que trabalhava numa propriedade de uma pessoa que não se recorda o nome; (Interrogatório de JEANE LOPES DA SILVA SARMENTO, fl. 942)

QUE OSNI tinha contatos no INSS com o servidor GILSON; QUE, em 2006, quando fora sacado o valor de deter-

minado auxílio-reclusão, OSNI lhe falou que teria que dar, do total, R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) para o servidor GILSON, não se lembrando qual foi esse benefício; QUE não sabe se GILSON efetivamente recebeu o dinheiro; QUE GILSON recebia presentes (galinha, queijo, perfume, etc.) de ANA LÚCIA, JOELMA, KÁTIA e EDNALVA (KATIRA), para agilizar o atendimento no INSS; (Interrogatório de MARIA DO SOCORRO FERREIRA FERNANDES, fl. 1046)

QUE sempre GLAUCIENE dizia para a reinquirida levar para o INSS as mulheres que iam “dar entrada” no auxílio-reclusão a mando de OSNI, e mandar aquelas procurarem GILSON, que é muito amigo daquele advogado; (Reinquirição de ROMILDA, fl. 1053)

QUE OSNI falava que, quando fosse concedido o benefício, “uma parte seria para GILSON”;

QUE OSNI lhe entregou um papel e disse que a reinquirida deveria entregá-lo a CRISTIANE, pois o preso JOÃO FERREIRA não era agricultor;

QUE OSNI disse que deu R\$ 1.000,00 (mil reais) a GILSON por ter facilitado o benefício de CRISTIANE; (Reinquirição de JOELMA, fls. 1055/1056)

QUE não sabe se GILSON participava do esquema, mas dava presentes para o mesmo, como lata de doce, biscoito caseiro e rede, para agilizar o benefício; QUE MARTA, DÉBORA, MARIA DOS APRÍGIOS, ROMILDA e EXPEDITA também davam presentes para GILSON, pois este lhes tratavam muito bem; (Reinquirição de ANA LÚCIA DE SOUSA LIMA, fl. 1057)

QUE OSNI, com o apoio direto do servidor GILSON, conseguia a liberação de tal benefício; (Interrogatório de LUCIMARA MARIA DA SILVA, fls. 1122/1223).

Não há que se falar, portanto, em ausência de descrição da conduta delituosa ou falta de demonstração do vínculo do acusado com a suposta atividade ilícita ou adesão à vontade subjetiva de corrêus.

Como já dito, os fatos imputados ao réu estão temporal e materialmente especificados e a justa causa para o exercício da ação penal resta evidenciada pelo suporte probatório indicado na denúncia.

Ademais, para que se pudesse reconhecer a nulidade processual em razão de uma suposta generalidade da denúncia, seria necessário comprovar o prejuízo causado à defesa do acusado, o que não consta nos autos. Pelo contrário, a análise dos cadernos processuais evidencia que o réu exerceu o contraditório em sua plenitude, não enfrentando nenhuma dificuldade para se defender das imputações que lhe foram feitas na denúncia.

Tanto é assim que a suposta ausência de descrição da conduta delituosa somente foi alegada em razões finais, um dos últimos momentos que as partes dispõem para se manifestarem no primeiro grau de jurisdição.

## **SEGUNDA PRELIMINAR**

Gilson Cavalcante de Oliveira sustenta, como segunda preliminar, a nulidade do processo por inobservância dos efeitos da conexão. Defende que a separação facultativa do feito, prevista no artigo 80 do Código de Processo Penal, não se sobrepõe à regra do *simultaneus processus*.

A preliminar deve ser rejeitada.

É que a matéria já foi submetida à apreciação do egrégio Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o qual, resolvendo questão de ordem suscitada nos autos da presente ação penal originária, à unanimidade, determinou o desmembramento do feito, com a remessa à primeira instância da parte que se refere aos acusados que não detêm prerrogativa de foro.

Não bastasse esse fundamento para espancar a preliminar invocada pela defesa de Gilson Cavalcante de Oliveira, registro, ainda, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com suporte na conveniência da instrução, vem assumindo orientação favorável à separação dos processos com vários acusados, a fim de que aqueles não detentores de prerrogativa de foro possam ser julgados em seu juízo de origem.

Senão, confirmam-se os precedentes a seguir transcritos:

[...] Agravo regimental. Inquérito. Desmembramento. Possibilidade. Art.80 do Código de Processo Penal. Elevado número de indiciados e complexidade da causa.

1. Na forma de inúmeros precedentes da Suprema Corte,



o elevado número de agentes e de condutas demandam complexa dilação probatória a justificar o desmembramento do feito requerido pelo Ministério Público Federal, ressaltando-se que apenas um dos vinte e três iniciados detém prerrogativa de foro por ser Deputado Federal (art. 80 do Código de Processo Penal).

2. Agravo regimental desprovido.

(STF - Tribunal Pleno - Inq-AgR 2706/BA - Rel. Min. Menezes Direito - 14/08/2008 - DJ 26/09/2008 - p.117)

**ACÇÃO PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. DESMEMBRAMENTO DO FEITO. ART. 80 DO CPP. APLICABILIDADE, NA HIPÓTESE. PRECEDENTES. QUESTÃO DE ORDEM ACOLHIDA, PARA QUE SEJAM APURADOS NESSA CORTE SOMENTE OS FATOS IMPUTADOS AO ACUSADO COM PRERROGATIVA DE FORO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

1. O presente caso conta com 10 (dez) denunciados e, na data de hoje, com 78 (setenta e oito) volumes e mais 15 (quinze) apensos, o que demonstra a inviabilidade do processo e julgamento de tantos acusados por essa Corte e constitui razão mais do que suficiente para autorizar o desmembramento do feito, pois apenas um dos acusados detém a prerrogativa de foro prevista no artigo 102, inciso I, alínea *b*, da Constituição Federal.

2. A doutrina e a jurisprudência são uníssonas no sentido de aplicar o art. 80 do Código de Processo Penal nos processos criminais em que apenas um ou alguns dos acusados detém a prerrogativa de foro.

3. Não há, no caso, qualquer excepcionalidade que impeça a aplicação do art. 80 do CPP.

4. Questão de ordem acolhida, para que sejam apurados nessa Corte somente os fatos imputados ao Deputado Federal envolvido, extraindo-se cópias dos elementos a ele relacionados para autuação de um novo inquérito. Baixa dos autos quanto aos demais acusados.

(STF - Tribunal Pleno - Inq-QO 2443/SP - Rel. Min. Joaquim Barbosa - DJ 26/09/2008 - p. 72)

**INQUÉRITO. QUESTÃO DE ORDEM. VÁRIOS INDICIADOS. NECESSIDADE DE CÉLERE TRAMITAÇÃO DO FEITO. DESMEMBRAMENTO DETERMINADO.**

1. Além de serem vários indiciados, deve-se levar em consideração, para o desmembramento, a necessidade de tra-

mitação mais célere possível do feito, sobretudo quando há risco de prescrição.

2. Questão de ordem resolvida no sentido de se determinar o desmembramento do feito.

(STF - Tribunal Pleno - Inq-QO 2628/RJ - Rel. Min. Cármen Lúcia - DJ 26/09/2008)

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PENAL. CRIME DE QUADRILHA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. SEPARAÇÃO DOS PROCESSOS. CPP, ART. 80. NÚMERO EXCESSIVO DE ACUSADOS. PREJUÍZO DA DEFESA: INEXISTÊNCIA.

I - O fato de um dos corréus ser Deputado Federal não impede o desmembramento do feito com base no art. 80 do Código de Processo Penal.

II - A possibilidade de separação dos processos quando conveniente à instrução penal é aplicável também em relação ao crime de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal).

III - Agravos não providos. (STF - Tribunal Pleno - AP-AgR 336/TO - Rel. Min. Carlos Velloso - DJ 10/12/2004 - p. 29).

Conclui-se, portanto, que a regra do *simultaneus processus* (art. 77 do Código de Processo Penal), que determina a reunião dos processos quando duas ou mais pessoas são acusadas pela mesma infração, não é absoluta. O próprio Código de Processo Penal prevê hipóteses em que tal regra é excepcionada, como no caso em que o excessivo número de acusados torne conveniente a separação.

Há que se considerar, ainda, que o argumento no sentido de ser necessária a produção unificada da prova não tem cabimento, simplesmente pelo fato de que todos os acusados, bem assim todas as testemunhas, foram ouvidos antes ainda da subida dos autos ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, e, portanto, antes do desmembramento do feito.

Ademais, o acusado sequer recorreu da decisão desta Corte Regional que determinou a separação do processo; tampouco ofereceu contrarrazões ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal, o qual objetivava o desmembramento do processo.

Assim, não há porque, agora, falar-se em nulidade processual.

## TERCEIRA PRELIMINAR

Agitou o acusado Gilson Cavalcante de Oliveira, ainda, uma terceira preliminar, apontando outra nulidade, a qual teria origem no indeferimento da realização de novo interrogatório, requerido pelo réu em razão do tratamento legal conferido ao ato pelo artigo 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/08.

Melhor sorte não se reserva a essa preliminar.

A questão restou bem resolvida pela decisão de fls. 3.325-3.327, a qual reproduzo a seguir:

O Sr. Gilson Cavalcante de Oliveira requer, às fls. 3.309-3.316, a realização de novo interrogatório, de sorte a compatibilizar o procedimento em curso à disciplina implantada com a edição da Lei 11.719/2008.

O douto representante do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em promoção encartada à fl. 3.323, nada opôs ao acatamento do pedido.

É o breve relatório. Decido.

Em que pese a manifestação favorável do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, carregada de boas intenções e movida pela cautela de se evitar futura alegação de nulidade e maiores delongas na ulatimação do feito criminal, penso deva ser indeferido o pedido de novo interrogatório do acusado.

É que o Sr. Gilson Cavalcante de Oliveira foi validamente interrogado no dia 11 de dezembro de 2007, audiência para a qual se apresentou acompanhado da Dra. Avani Medeiros da Silva, advogada inscrita na OAB-PB sob o nº 5918, e que ocorreu, portanto, antes do advento da Lei 11.719, de 20 de junho de 2008 (fls. 418-421 e 431-434, vol. 2).

A jurisprudência do eg. Supremo Tribunal Federal é uníssona no sentido de que o interrogatório realizado em data anterior à publicação da Lei 11.719/2008 exclui a obrigatoriedade de renovação do ato validamente praticado sob a égide da lei anterior. Senão, confira-se o precedente que ora trago à colação:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. LEI 11.719/2008 QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 400

DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NOVO INTERROGATÓRIO. REALIZAÇÃO. PRETENSÃO. DESCA-  
BIMENTO. NULIDADE. ALEGAÇÃO. PREJUÍZO. INE-  
XISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

I - O interrogatório do paciente ocorreu em data anterior à publicação da Lei 11.719/2008, o que, pela aplicação do princípio do *tempus regit actum*, exclui a obrigatoriedade de renovação do ato validamente praticado sob a vigência de lei anterior.

II - Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que não se declara a nulidade de ato processual se a alegação não vier acompanhada da prova do efetivo prejuízo sofrido pelo réu. Precedentes.

III - Ordem denegada.

(STF, HC104555-SP, 1ª TURMA, REL. MIN. RICARDO LEWANDOWSKI, 28/09/2010, UNÂNIME)

Também o col. Superior Tribunal de Justiça já se posicionou diante da matéria, entendendo desnecessária a realização de novo interrogatório, quando validamente praticado o ato sob a égide da lei anterior.

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 302, *CAPUT*, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CPP COM A NOVA REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI Nº 11.719/08. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. VALIDADE DO INTERROGATÓRIO DO RÉU REALIZADO SOB A VIGÊNCIA DE LEI ANTERIOR. PRINCÍPIO DO *TEMPUS REGIT ACTUM*.

I - A norma de natureza processual possui aplicação imediata, consoante determina o art. 2º do CPP, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior, consagrando o princípio do *tempus regit actum* (Precedentes).

II - Assim, nesta linha, o art. 400 do CPP, com a nova redação conferida pela Lei nº 11.719/08, – regra de caráter eminentemente processual –, possui aplicação imediata, sem prejuízo da validade dos atos processuais realizados em observância ao rito procedimental anterior.

III - Portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa na espécie por ausência de realização de novo

interrogatório do ora paciente ao final da audiência de instrução e julgamento, pois o referido ato processual foi validamente realizado pelo Juízo processante antes do advento da novel legislação em observância ao rito procedimental vigente à época, não possuindo a lei processual penal efeito retroativo.

Ordem denegada.

(STJ, HC152456-SP, 5ª TURMA, REL. MIN. FELIX FISCHER, DJE 31/05/2010, UNÂNIME)

Nesse ponto, chamo atenção para o precedente do Superior Tribunal de Justiça citado pelo Sr. GILSON CAVALCANTE DE OLIVEIRA, na petição de fls. 3.309-3.316, o qual, longe de determinar a realização de novo interrogatório em virtude da novel redação do artigo 400 do CPP, o fez em razão de se ter verificado, na espécie, a nulidade do interrogatório anterior. Com efeito, o precedente da lavra da eminente Ministra Jane Silva, trazido à colação pelo ora requerente, não condiz com a hipótese dos autos, na qual realizado o interrogatório de forma válida, na presença de advogada por ele constituída.

Também a decisão do eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Mello, transcrita pelo acusado GILSON CAVALCANTE DE OLIVEIRA, não condiz com a realidade destes autos, já que trata de hipótese em que realizado o interrogatório após a vigência da Lei 11.719/2008.

Por fim, percebo ainda que a manifestação do eminente Procurador Regional da República João Bosco Araújo Fontes Júnior, mencionada tanto pelo Sr. GILSON CAVALCANTE DE OLIVEIRA quanto pelo douto Procurador Regional da República subscritor da promoção de fl. 3.323, também não se harmoniza com a hipótese dos autos, uma vez que não trata da conferência de efeitos retroativos à lei processual penal, mas de simples desrespeito ao procedimento estabelecido na Lei 9.099/95, para os crimes de menor potencial ofensivo.

Em assim sendo, INDEFIRO a realização de novo interrogatório requerida pelo Sr. GILSON CAVALCANTE DE OLIVEIRA.

A própria defesa do acusado Gilson Cavalcante de Oliveira reconhece, em suas alegações finais, a validade do interrogatório realizado no dia 11 de dezembro de 2007, ao afirmar que “[...] não

*se insurgiu contra a validade do indigitado ato processual. Simplesmente pugnou pela realização de novo interrogatório com base na nova redação do art. 400 do CPP [...]*”.

Em assim sendo, na esteira dos fundamentos adotados na decisão de fls. 3.325-3.327, rejeito também essa preliminar.

#### **QUARTA PRELIMINAR**

Por fim, como última preliminar, sustenta o acusado a nulidade do indeferimento das diligências requeridas na fase do artigo 10 da Lei 8.038/90, porque, segundo aduz, seriam essenciais à defesa.

Como se sabe, o col. Superior Tribunal de Justiça *“já decidiu, por inúmeras vezes, que o deferimento de diligências é ato discricionário do magistrado, que pode negar os pedidos que considerar protelatórios ou desnecessários, desde que em decisão devidamente fundamentada”* (HC 76368 (200700226546), Maria Theresza de Assis Moura, STJ - Sexta Turma, DJE Data: 31/05/2010). Não há que se falar, portanto, em nulidade.

Nada obstante, a matéria já foi submetida à apreciação do egrégio Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por força de agravo regimental interposto pelo denunciado Gilson Cavalcante de Oliveira, tendo esse colegiado, à unanimidade, negado provimento ao recurso interno.

Naquela oportunidade, o eminente Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto, que me substituíra em razão de afastamento para o gozo de férias, defendeu em seu voto que as diligências requeridas pelo acusado, todas tendentes a demonstrar uma ausência de evolução patrimonial em razão dos fatos descritos na denúncia, não serviriam à conclusão de que não cometido o crime descrito no artigo 171, § 3º, do Código Penal.

Acerca do tema, reproduzo excerto do bem lançado voto do il. Des. Fed. Rubens Canuto, o qual não deixa dúvida quanto ao acerto do indeferimento, *in verbis*:

[...] ainda que possível a construção de patrimônio com fulcro nas vantagens auferidas pela prática delituosa, pouco sentido teriam as diligências, uma vez que, como usualmen-

te se dá em práticas assemelhadas, perfeitamente factível que tenham sido os eventuais bens colocados em nome de interpostas pessoas (laranjas), de sorte a afastar suspeitas acerca de um eventual enriquecimento ilícito.

Não fosse esse argumento suficiente para que se conclua pela desnecessidade das diligências requestadas, abordou a decisão vergastada um outro fundamento que me parece invencível.

É que, para a caracterização do delito de estelionato, pouco importa a existência de vantagem auferida pelo agente fraudador, sendo suficiente a demonstração de que percebida a vantagem ilícita por terceira pessoa.

Com efeito, define o tipo descrito no artigo 171, § 3º, do Código Penal:

Art. 171 - Obter, para si **ou para outrem**, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

§ 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência. (Destaquei)

Observe, então, que pouco importa se existem bens em nome do acusado. Se restar comprovado que os benefícios de auxílio reclusão foram ilicitamente concedidos a terceiros, bem assim que o ora agravante teve participação nessas concessões, impõe-se seja ele condenado pela prática de estelionato, na medida de sua culpabilidade.

Destarte, ainda que se demonstre não possuir o agravante qualquer patrimônio em seu nome, não representa essa circunstância empecilho a uma eventual condenação pela prática do delito *sub judice*.

Na esteira, portanto, do que já decidiu o Pleno desse Regional, rejeito a última preliminar levantada pela defesa do acusado Gilson Cavalcante de Oliveira.

Superadas as preliminares, passo ao mérito.

## DA ANÁLISE DA PROVA

O MPF disse na denúncia que Gilson Cavalcante de Oliveira, enquanto servidor do INSS com lotação na APS de Catolé do Rocha/PB, integrou uma quadrilha especializada em fraudar a Previdência Social, através da obtenção de benefícios indevidos de auxílio-reclusão.

A sua participação no esquema criminoso, segundo o órgão acusador, seria a de agente facilitador da concessão dos benefícios indevidos.

Embora Gilson Cavalcante de Oliveira tenha afirmado no interrogatório que agiu em conformidade com as instruções normativas do INSS, bem assim que todos os benefícios que concedeu estavam bem documentados, não é isso o que se deduz das provas coligidas aos autos.

São inúmeros os elementos de prova coletados na fase inquisitorial a indicar que o denunciado, realmente, desempenhava importante papel no esquema de fraudes ao INSS, existente em Catolé do Rocha/PB.

Além dos inúmeros depoimentos já reproduzidos neste voto quando da apreciação da preliminar de inépcia da inicial, enxerga-se, ainda, no inquérito policial, os seguintes depoimentos:

QUE, LÚCIA e MARIA costumavam dar presentes, como toalha, bombons, perfumes, para os servidores GILSON e ERINALDO; QUE, acredita a interrogada que tais presentes eram dados aos referidos servidores para que o andamento do benefício fosse mais rápido, não sabendo a interrogada se eles recebiam dinheiro por isso; (Interrogatório de VANUSA DANTAS DA SILVA – fls. 801-802)

QUE conhece JOELMA PEREIRA DOS SANTOS, sabendo informar que ela juntamente com KÁTIA deram andamento na documentação da interroganda para fins de concessão de benefício previdenciário; [...] QUE conhece um homem chamado GILSON, o qual é funcionário do INSS em Catolé do Rocha/PB e que trata-se de pessoa várias vezes mencionada por KÁTIA como sendo responsável por receber os documentos que eram entregues por KÁTIA ao INSS; (Interrogatório de LUZIA VERAS DE FIGUEIRIDO DA SILVA – fl. 855)



QUE além da reinquirida, KÁTIA SUÊNIA, JOELMA, MARIA DOS APRÍGIOS, ELIANE ALVES GALVÃO, KATIARA (EDNALVA DINIZ), ROMILDA, ANA LÚCIA, LINDALVA FREIRE, VERONEIDE, LUCIMARA, EXPEDITA, DÉBORA e REJANE trabalhavam para OSNI conseguindo mulheres e presos a fim de “fazer auxílio-reclusão”; [...] QUE OSNI lhe disse certa vez que a reinquirida, KÁTIA, JOELMA e as outras já citadas não deveriam falar com GILSON, pois esse contato seria feito somente por aquele advogado; QUE OSNI dizia para a reinquirida e as outras “arrumarem” Carteira de Trabalho de preso; QUE apesar de OSNI ter dito que ele era quem falava com GILSON, a reinquirida conversou várias vezes com aquele servidor; QUE certa vez, foi ao INSS e GILSON lhe perguntou se a reinquirida sabia o que estava fazendo, tendo esta respondido que não sabia o que ele estava perguntando; QUE GILSON então lhe perguntou “você está sabendo que esses auxílio-reclusão com certidões falsas dão cadeia?”, tendo a reinquirida perguntado ao mesmo “essas certidões são falsas?”; QUE GILSON disse para a reinquirida “sair dessa, pois se cair, só ia sobrar para vocês”; QUE GILSON lhe disse o seguinte “como é que pode dar entrada em 30 auxílio-reclusão por mês em Catolé, sem alguém desconfiar, então vão saber que metade da cidade de Catolé está presa”; QUE após a conversa com GILSON, OSNI ligou para todas as mulheres que aliciavam chamando para uma reunião em seu escritório; [...] lá aquele advogado lhe perguntou o que a reinquirida conversou com GILSON, tendo esta respondido que “todo dia se dava entrada em auxílio-reclusão e alguém ia desconfiar”; QUE naquela reunião, OSNI disse que GILSON está conversando besteiras, e falou para todas que ia começar a dar entrada nos benefícios de auxílio-reclusão em outras cidades; [...] QUE GILSON recebeu presentes de OSNI, como celular e soube disso através daquele advogado; QUE OSNI falou ainda que lá no INSS é fácil conseguir benefício, pois ele tinha GILSON lá; (Reinquirição de MARIA MARTA BEZERRA – fls. 902-903-A)

QUE nunca foi entrevistada no INSS, tendo apenas entregue os documentos necessários ao requerimento e liberada em seguida; QUE acredita que o servidor do INSS chamado “GILSON” participava do esquema, pois ANA

LÚCIA sempre o presenteava com doces e outras guloseimas; QUE não sabe informar se o mencionado servidor recebia algum valor; QUE não recebeu papel algum com informações para decorar para entrevista junto ao INSS, vez que ANA LÚCIA informou que nada lhe seria perguntado por ocasião da entrada com o requerimento;” (Interrogatório de JOSINEIDE LIMA DA SILVA – fl. 868)

Há, também, um documento apreendido na residência dos corréus José Osni Nunes e Glauciene Ferreira, em Catolé do Rocha/PB, com manuscritos na frente e verso do papel, os quais correspondem a nomes de beneficiárias de auxílio-reclusão e aliciadoras, com valores ao lado no nome de cada uma dessas pessoas. Em um dos lados desse papel aparece o nome “GILSON”, destacado duas vezes, ao lado do valor 650 (Relatório de análise de documentação apreendida – operação cárcere – Apenso VII do IPL 55/2007-DPF/PAT/PB).

Consta, ainda, a interceptação de um diálogo telefônico travado entre o acusado e o Presidente da Câmara Municipal de Brejo de Cruz/PB, Hermes Fernandes de Arruda, acerca da necessidade de “preparar” as pessoas arregimentadas pelo segundo para as entrevistas a serem realizadas no INSS, quando do requerimento de um benefício.

Essa interceptação não deixa dúvida de que Gilson Cavalcante de Oliveira tinha conhecimento de fraudes perpetradas contra o INSS e atuava como agente facilitador dessa prática. Assim restou degradado o diálogo telefônico em questão:

**GILSON X HERMES - 11/07/2007, ÀS 15:12:52H**

**Duração 00:04:03h**

**Terminal Alvo - 83-8843-6181**

**Terminal Interlocutor - 83-3443-2111**

GILSON pergunta pela mulher que veio ontem. HERMES pergunta se é aquela do AUXÍLIO-DOENÇA. GILSON diz que sim. HERMES fala que está ali bem pertinho. GILSON pergunta se ela está perto dele. HERMES fala que ela mora perto dali. GILSON fala que ela, ontem, deu uma cagada, mais do que as outras. GILSON fala que HERMES tem que preparar esse povo, SENÃO VAI DAR PREJUÍZO A ELES (GILSON e HERMES). HERMES pergunta o quê foi. GILSON fala que ela (?) foi ser atendida por JO-

NATAS e os processos foram aqueles que HERMES pediu pra GILSON ver. HERMES confirma. GILSON fala que ela disse que não foi nem no INSS, ela falou que quem ajudou tudo foi GILSON e HERMES. HERMES fala que ela (a beneficiária) foi só pra remarcar. GILSON pergunta se não é o SALÁRIO MATERNIDADE. HERMES diz que não, e sim AUXÍLIO-DOENÇA. **GILSON PERGUNTA SE FOI REQUERIDO O SALÁRIO MATERNIDADE, QUE ELE (HERMES) FALOU QUE JONATAS TINHA NEGADO.** GILSON fala que brigou com o JONATAS ontem, e que foi decidido que nenhum ia mais ver processo de ninguém. **GILSON COMENTA QUE HERMES NÃO ESTA PREPARANDO ESSE POVO. GILSON FALA QUE ELA FALOU QUE NÃO FOI NEM LÁ (NO INSS) E QUE QUEM AJEITOU TUDO FOI GILSON E HERMES.** GILSON diz que é um negócio sério e que pegou muito mal. **GILSON FALA QUE TEM QUE PEGAR ESSAS PESSOAS, QUE ELE HERMES FALOU, CONVERSAR PARA SABER FALAR.** GILSON diz que esse povo de BREJO DE CRUZ está se prejudicando e querendo prejudicar alguém. HERMES diz que não foi pra evitar. **GILSON DIZ QUE ELA FOI BESTA DEMAIS, ELA DISSE QUE NUNCA TRABALHOU NA ROÇA.** GILSON fala que esse povo, ele (GILSON) não está mais fazendo questão de atender. HERMES fala que ELA não tem que ir mais no INSS. GILSON diz que não, e fala que ela vai só se complicar. **GILSON DIZ QUE ELE (JONATAS) MANDOU FAZER OUTRO PROCESSO, MAS O PROBLEMA FOI PORQUE ELE TINHA NEGADO O PRIMEIRO, QUE ELA NÃO ERA AGRICULTORA.** HERMES fala que ele viu isso aí. GILSON fala que ele viu. HERMES fala que senão tinha “PREVALIDO”, daquele jeito. GILSON confirma. **GILSON FALA QUE ESTAVA VALENDO, QUE ELA JÁ RECEBEU O DINHEIRO. GILSON FALA QUE AÍ FOI QUE ELE É QUEM ATENDEU E VIU QUE FOI ELE (JONATAS) QUEM COMEÇOU, QUE ELE FOI PEGAR O PROCESSO ANTERIOR.** GILSON fala que sujou..., foi uma briga entre JONATAS e GILSON e que GILSON ia dando uma mãozada em JONATAS. GILSON fala que por uma parte ele (JONATAS) tem razão. **GILSON FALA PRA HERMES PREPARAR ESSE PESSOAL, INCLUSIVE, TODO ESSE POVO QUE ELE (GILSON) PRECISOU, QUE ELE (HERMES) FALOU PRA NÃO FICAR COM MUITO PROBLEMA.** HERMES fala que deveria ter ido, ontem, para

evitar isso. GILSON diz que ela teria dito do mesmo jeito. GILSON fala que tem que dizer antes. HERMES fala que pensou que por estar valendo ainda, ele (HERMES) pensou que não ia haver nada mais. GILSON que vai, ele pegou o processo anterior e viu, deu problema e grande. GILSON falou ao JONATAS que se ele quiser fazer o mal é tocar pra frente. GILSON fala que ele (JONATAS) respondeu que dessa vez ele não ia não, mas da próxima sim. HERMES diz que ficou preocupado com isso. **GILSON RECOMENDA QUE ESSAS PESSOAS QUE ELE (HERMES) FALA SEMPRE PRA GILSON, TEM QUE PREPARAR. GILSON DIZ QUE ESSE POVO NÃO MATA A VONTADE NUNCA, QUANDO VEM É LESADO, NÃO SABE DIZER, DIZ QUE NUNCA TRABALHOU, TEM QUE SABER COM QUEM TRABALHA ANTES PRA NÃO TÁ CONVERSANDO BOSTA.** HERMES pede desculpas, diz que não vai mais acontecer isso. (Auto circunstanciado 002/2007). – Destaques no original.

Apontando para idêntica conclusão, tem-se o resultado do processo administrativo disciplinar, no qual aplicada a penalidade de demissão ao acusado Gilson Cavalcante de Oliveira, por se ter valido do cargo para lograr proveito pessoal e de outrem, em detrimento da dignidade da função pública (PAD nº 35204.000248/2009-13 apenso – fls. 1.671-1.672 – vol. 8).

O Ministério Público Federal chamou atenção, ainda, para a existência de importante prova indiciária extraída do exame do extrato da conta bancária mantida pelo acusado no Banco do Brasil (CD à fl. 111 do apenso oriundo da quebra de sigilo). Tal extrato demonstra uma receita paralela aos vencimentos de servidor do INSS do denunciado, no ano de 2006, quando foram efetuados depósitos na referida conta no montante total de R\$ 88.421,14, valor omitido na declaração de rendas efetivada no ano subsequente.

Esses elementos probatórios foram corroborados pela prova obtida em juízo.

Com efeito, os interrogatórios judiciais de Jeane Lopes da Silva Sarmiento, Fabiano Sarmiento, Aurenisa da Silva Pereira Santana, Maria das Dores Oliveira Silva e Alessandro Galvão de Lemos, não deixam dúvida acerca da participação do acusado Gilson Ca-

valcante de Oliveira no esquema criminoso, como adiante veremos.

Colho dos autos, ainda, o testemunho judicial de Paulo de Tarso Moura de Alexandria, um dos servidores integrantes da Força-Tarefa Previdenciária que investigou a concessão de benefícios de auxílio-reclusão pela APS de Catolé do Rocha/PB, o qual foi gravado na mídia digital acostada à fl. 3.049 (vol. 15).

Nesse depoimento, o senhor Paulo de Tarso Moura de Alexandria descreve em juízo, com riqueza de detalhes, como se dava a fraude, e aponta para a participação de José Osni Nunes e Gilson Cavalcante de Oliveira no esquema criminoso.

É verdade que o corréu José Osni Nunes declarou, em juízo, que *“não havia nenhum funcionário no INSS com relação a quem haveria o encaminhamento do requerimento”*; e que *“não ouviu falar do envolvimento do servidor do INSS Gilson ou de qualquer outro”*. No mesmo sentido, a sua companheira e também acusada, Glauciene Ferreira Costa, disse não saber da participação de Gilson Cavalcante de Oliveira em nenhum esquema de fraudes.

Esses depoimentos, entretanto, se confrontados com as demais provas dos autos, não têm o condão de afastar a responsabilidade do acusado Gilson Cavalcante de Oliveira.

É que o corréu José Osni Nunes, bem assim a acusada Glauciene Ferreira Costa, nunca admitiram a responsabilidade pelas fraudes perpetradas na APS de Catolé do Rocha/PB. Ao contrário, afirmaram nunca ter falsificado documento algum.

José Osni Nunes disse, ainda, não se recordar dos documentos que foram apreendidos em sua residência, contendo contabilização de créditos de benefícios, nomes das aliciadoras, valores de comissão para cada uma delas e nomes das pessoas que receberiam as quantias.

Sustentou, por fim, que as aliciadoras eram apenas clientes de seu escritório e como tal foram atendidas.

A tese defensiva desses corréus, portanto, é a de que não tiveram participação alguma no esquema criminoso. Sendo assim, é natural que tenham declarado não existir um funcionário no

INSS para quem deveriam ser dirigidos os requerimentos. Essa afirmação, na verdade, apenas corrobora a sua tese defensiva, nada mais.

Também não impressiona o fato de algumas acusadas terem modificado o depoimento prestado à Autoridade Policial, apresentando nova versão dos fatos por ocasião de seu interrogatório judicial, como, aliás, corriqueiramente acontece.

As retratações foram bastante vagas e, por isso, não lograram gerar dúvidas sobre a efetiva participação do acusado Gilson Cavalcante de Oliveira no esquema criminoso. Senão vejamos o que disseram, em juízo, as acusadas Maria do Socorro Ferreira Fernandes, Maria Marta Bezerra e Ednalva Diniz:

MARIA DO SOCORRO FERREIRA FERNANDES (fl. 312 - vol. 2) – “[...] não sabe dizer se GILSON estava envolvido; os requerimentos eram feitos a qualquer servidor da agência”.

MARIA MARTA BEZERRA (fl. 354 - vol. 2) – “[...] não sabe se havia participação do servidor GILSON, do INSS”.

EDNALVA DINIZ (fls. 422-424 - vol. 2) – “[...] não sabe porque disse na delegacia que procurava OSNI; acha que é porque estava ‘nervosa’; também não sabia dizer porque disse ali que GILSON participava do esquema, mas não sabia quanto ele ganhava; [...]”.

Prestigio, portanto, os depoimentos dados por essas senhoras à autoridade policial, os quais, além de se harmonizarem com outros depoimentos obtidos no inquérito policial e em juízo, foram prestados com riqueza de detalhes, o que lhes confere maior credibilidade.

A prova, como facilmente se percebe, não é baseada exclusivamente nas informações obtidas no inquérito policial, mas num conjunto de elementos, inquisitoriais e judiciais, que se harmonizam.

Nesse ponto, *“cumpre ressaltar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que as provas produzidas na fase de inquérito podem servir de instrumento para a formação da convicção do Magistrado, desde que restem confirmadas por*

*outros elementos colhidos durante a instrução criminal, sob o crivo do contraditório, como no caso” (STJ - REsp 1111788-SC – Quinta Turma – Relatora Ministra Laurita Vaz – DJE 11.10.2010).*

Assim, cotejadas todas as provas carreadas aos autos, cai por terra a tese defensiva de não ter restado provada a participação delitiva do acusado no evento imputado e de que ele teria sido ludibriado pela quadrilha atuante em Catolé do Rocha/PB, ao conceder indevidamente benefícios de auxílio-reclusão (art. 20 do Código Penal).

Em verdade, os autos provam que o acusado tinha conhecimento das fraudes perpetradas e não oferecia resistência a sua consumação. Mais ainda, os autos provam que o acusado Gilson Cavalcante de Oliveira chegou a inserir dados no sistema informatizado da APS de Catolé do Rocha/PB, criando contribuições que nunca existiram.

Ainda acerca do tema, penso, como Cezar Roberto Bitencourt, que para a verificação da coautoria *“é desnecessário um acordo prévio, como exigia a antiga doutrina, bastando a consciência de cooperar na ação comum”*. O renomado autor diz ser a coautoria *“a atuação consciente de estar contribuindo na realização comum de uma infração penal”*, e ainda que *“essa consciência constitui o liame psicológico que une a ação de todos dando o caráter de crime único”*<sup>1</sup>.

Assim, cai por terra toda a argumentação expendida pela defesa, no sentido de ser necessária prova cabal do ajuste do acusado com os demais réus.

Ao contrário, basta que se demonstre a consciência do agente de que cooperava em uma ação comum, tendente à realização de uma infração penal, para se chegar à conclusão de que agiu como coautor do delito perpetrado.

Nesse contexto, anoto ter sido possível verificar essa consciência de cooperação para um fim criminoso em seis diferentes casos de concessões de benefícios, os quais relaciono a seguir:

---

<sup>1</sup> Bitencourt, Cezar Roberto. Código Penal comentado - 6. ed. atual. - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 188.

## **1 - DA OCORRÊNCIA DE ESTELIONATO NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO 25/141.747.409-0**

O benefício nº 25/141.747.409-0, que teve como instituidor Alessandro Galvão de Lemos e como representante legal Katiana Alves Pereira Matias, foi concedido em 28 de junho de 2006, pelo acusado Gilson Cavalcante de Oliveira, tendo sido constatadas diversas irregularidades em sua concessão.

Com efeito, a acusada Katiana Alves Pereira Matias admitiu perante a autoridade policial não ser a mãe do menor titular do auxílio-reclusão. Informou, ainda, que sequer foi entrevistada na Agência do INSS, como se pode observar do excerto a seguir transcrito:

QUE soube do esquema fraudulento montado por sua irmã KÁTIA há aproximadamente um mês, ouvindo de outras pessoas que KÁTIA estava “inventando” o nascimento de crianças para requerer auxílio-reclusão; [...] QUE o primeiro contato para receber o benefício foi feito a partir de KÁTIA, que propôs à interrogada que ela assumisse a maternidade de ANDRÉ ALVES GALVÃO, dizendo que essa criança não tinha mãe; [...] QUE não foi entrevistada na agência da Previdência Social, tendo entregue os documentos para requerer o benefício a um servidor de cor morena escura, magro, alto; QUE não sabe quanto o servidor do INSS recebeu para facilitar a concessão do benefício; (Interrogatório de KATIANA ALVES PEREIRA MATIAS – fl. 816-817 do IPL)

Em que pese não ter a depoente declinado o nome do servidor que a atendeu, pode-se constatar do relatório produzido pela Força-Tarefa Previdenciária no Estado da Paraíba (Apenso V do IPL 55/2007-DPF/PAT/PB – fl. 12), que o servidor responsável pela concessão do benefício em destaque, foi o acusado Gilson Cavalcante de Oliveira.

Nesse ponto, penso ser inverossímil a declaração feita por Katiana Alves Pereira Matias, em juízo, no sentido de que não teria sido orientada a procurar um servidor específico, bem assim que teria sido atendida pelo servidor Jonatas, porque este lhe teria chamado.



É que a afirmação não se coaduna com o que apurado pela Força-Tarefa Previdenciária no Estado da Paraíba, no sentido de que o servidor responsável pela concessão do benefício foi Gilson Cavalcante de Oliveira.

De qualquer sorte, há nos autos, ainda, o contundente depoimento judicial do instituidor do benefício em exame, o senhor Alessandro Galvão de Lemos, que não deixa dúvida acerca da participação dolosa do acusado Gilson Cavalcante de Oliveira na concessão desse benefício fraudulento.

Transcrevo, mais uma vez, o aludido depoimento, com o fito de melhor ilustrar o que se afirma:

**ALESSANDRO GALVÃO DE LEMOS** (fls. 922v.-923 - vol. 5) - [...] **confirma que dos 22.500,00 reais recebeu apenas 6.500,00, foi dado 2.000,00 para a mãe da menina Juliana e o restante Kátia disse que ia dividir com Gilson, a quem não conhece, mas parece que era chefe do INSS em Catolé do Rocha, [...] não é pai de Juliana, reconheceu a menina porque estava muito necessitado financeiramente, precisando do auxílio reclusão sem condições sequer de pagar o deslocamento de sua visita desde Catolé do Rocha e algumas pessoas lhe disseram que não havia problema para reconhecer um filho, [...] Kátia sensibilizou-se com a situação do interrogando e prontificou-se em obter o benefício para ele, requereu o benefício uma vez e foi negado, e num segundo requerimento obteve sucesso, certamente porque ajeitou com Gilson, tendo ela dito depois que ia dar o dinheiro a ele [...].**

O aludido benefício gerou o pagamento de R\$ 19.024,31, a título de valores retroativos e pagamentos mensais, relativos ao período de 01/06/2006 a 28/02/2007 (Apenso V do IPL 55/2007-DPF/PAT/PB – fl. 12).

## **2 - DA OCORRÊNCIA DE ESTELIONATO NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO 25/141.192.699-1**

O benefício nº 25/141.192.699-1, que teve como instituidor Fabiano Sarmiento e como representante legal Jeane Lopes da Silva Sarmiento, foi concedido em 16 de maio de 2006, pelo acusa-

do Gilson Cavalcante de Oliveira, a despeito das irregularidades constatadas em sua concessão.

Com efeito, a Força-Tarefa Previdenciária designada para apurar irregularidades na concessão de benefícios de auxílio-reclusão na APS de Catolé do Rocha/PB, constatou, quanto a esse benefício: i) divergência na data de reclusão do instituidor; e ii) a falsidade da declaração de atividade rural, já que o declarante, o Sr. Raimundo Idalino de Oliveira, negou conhecer Fabiano Sarmento.

No que toca à prova da participação dolosa do acusado Gilson Cavalcante de Oliveira, reproduzo trecho do interrogatório judicial de Jeane Lopes da Silva Sarmento, no qual afirma que:

**[...] foi orientada por Kátia a procurar Gilson; [...] soube por Kátia que Gilson recebia gratificações para processar esses pedidos; não sabe dizer o valor das gratificações;** (Jeane Lopes da Silva Sarmento – fls. 253-254 – vol. 2)

Essa declaração foi confirmada por Fabiano Sarmento, o instituidor do benefício em questão, o qual declarou, em juízo, que **“JEANE foi orientada a procurar Gilson no Posto do INSS em Catolé”** (fl. 300).

Não bastasse isso, a polícia federal, ao cumprir mandado de busca e apreensão na residência do acusado Gilson Cavalcante de Oliveira, encontrou uma cópia do procedimento de concessão desse benefício em seu poder.

O NB 25/141.192.699-1 gerou pagamentos mensais, relativos ao período de 01/06/2006 a 31/07/2007, que totalizaram o valor de R\$ 5.389,39. Não houve pagamento de valores retroativos.

### **3 - DA OCORRÊNCIA DE ESTELIONATO NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO 25/141.929.456-0**

Também na concessão do benefício nº 25/141.929.456-0, que teve como instituidor Everaldo Santana Pereira e como representante legal Aurenisa Pereira da Silva Santana, foram constatadas irregularidades pela Força-Tarefa Previdenciária designada para investigar as concessões de auxílio-reclusão em Catolé do Rocha/PB.

Com efeito, a data de recolhimento ao cárcere do instituidor do benefício, o senhor Everaldo Santana Pereira, constante da declaração oriunda da Colônia Penal Agrícola de Sousa/PB, bem assim da certidão do cartório da 1ª Vara da Comarca de Sousa, ambas apresentadas quando do requerimento administrativo, não condizem com a realidade.

O instituidor Everaldo Santana Pereira foi preso, em verdade, na data de 1º de fevereiro de 2002, e não em 1º de agosto de 1998, como consta dos documentos apresentados.

Essa fraude, além de mascarar a perda da qualidade de segurado do senhor Everaldo Santana Pereira, serviu também para gerar o pagamento de valores retroativos substanciais.

A participação dolosa do senhor Gilson Cavalcante de Oliveira, como agente facilitador da fraude, restou bem demonstrada no interrogatório judicial de Aurenisa Pereira da Silva Santana, no qual foi dito que:

[...] por volta dos anos 2003 a 2004, **a interroganda fez requerimento de auxílio-reclusão na agência Pom-bal, o qual foi indeferido; em novo requerimento, o advogado a orientou a deduzi-lo na agência de Catolé do Rocha e a manter contato com um servidor chamado Gilson**; no caminho à agência, a interroganda notou a discrepância, na declaração que constava na documentação fornecida pelo advogado, no qual se refere a data a partir da qual o seu marido estaria preso, visto que não era desde 1998, e sim desde 2002; [...] **Sr. Osni não explicou porque a interroganda deveria procurar o Sr. Gilson na agência de Catolé do Rocha [...].** (Aurenisa Pereira da Silva Santana – fls. 784-786 – vol. 4)

A concessão desse benefício gerou despesas para o INSS de R\$ 29.391,87, pelo pagamento de valores retroativos e de prestação mensal, tendo sido o primeiro pagamento efetivado no mês de julho de 2006.

#### **4 - DA OCORRÊNCIA DE ESTELIONATO NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO 25/140.010.233-0**

O benefício nº 25/140.010.233-0, que teve como instituidor Erasmo Leite Soares e como representante legal Ednalva Diniz,

foi concedido em 17 de fevereiro de 2006, pelo acusado Gilson Cavalcante de Oliveira, a despeito da existência de inconsistências na prova material que evidenciavam possíveis irregularidades.

Com efeito, o documento de fl. 24 do procedimento administrativo de concessão do benefício em análise (Apenso 10 de 22), que corresponde a uma cópia da ficha individual de aluno do instituidor do benefício, a despeito de ter sido emitido em janeiro de 1999, traz informações relativas aos anos de 1999 e 2000, o que caracteriza evidente extemporaneidade.

Também se apresentou inconsistente o documento de fl. 27, expedido pela Secretaria Municipal de Saúde, uma vez que não relacionou a acusada Ednalva Diniz, suposta companheira do instituidor Erasmo Leite Soares, como integrante do grupo familiar, em que pese ter ela informado na entrevista rural que trabalhava com o instituidor, no Sítio Saco dos Borges.

A prova testemunhal apresentada no requerimento de concessão do auxílio-reclusão, confirmou essa versão, esclarecendo que a mencionada senhora trabalhava no Sítio Saco dos Borges, no período de junho de 1999, até uma data próxima da prisão de Erasmo Leite Soares, que ocorreu em 09/07/2000.

Ocorre, todavia, que a senhora Ednalva Diniz teve outros filhos, nascidos em 06/06/1997 e 03/05/1999, cujo pai é o senhor Reginaldo Diniz Oliveira, tendo ela requerido o salário maternidade relativo a essas crianças em 14/01/2002 e 06/05/2002. Nesses procedimentos declarou que vivia no Sítio Dois Riachos com o seu companheiro, o senhor Reginaldo Diniz Oliveira.

O próprio instituidor do benefício, o acusado Erasmo Leite Soares, afirmou à autoridade policial não ter trabalhado no Sítio Saco dos Borges durante o período de 1999 a 2000, mas sim em Mossoró/RN.

Pelo que se apurou no inquérito policial, a senhora Ednalva Diniz, que é apontada como uma das aliciadoras do esquema criminoso estabelecido em Catolé do Rocha/PB, costumava encaminhar os requerimentos ao acusado Gilson Cavalcante de Oliveira para que este facilitasse o trâmite e concessão dos benefícios de auxílio-reclusão por ela acompanhados.

Senão, veja-se, mais uma vez, o que disse a acusada à autoridade policial:

QUE há aproximadamente dois anos o advogado OSNIR chamou a interrogada para acompanhar outras pessoas no INSS; QUE estas pessoas deveriam ser encaminhadas ao funcionário GILSON que trabalhava no INSS de Catolé do Rocha/PB;

QUE a interrogada levava mulheres até OSNIR, este providenciava a documentação necessária para a obtenção fraudulenta do auxílio reclusão, entregando esta documentação a mulher aliciada, informando-a ainda de que deveria se dirigir ao INSS de Catolé do Rocha para ser atendida por GILSON; QUE a mulher aliciada juntamente com a interrogada iam ao INSS e entregavam toda a documentação a GILSON que se encarregava de realizar os atos necessários para a concessão de benefício;

QUE sabe apenas que GILSON participava do esquema fraudulento, não sabendo dizer quanto este ganhava por cada fraude; (Interrogatório de EDNALVA DINIZ, fl. 724 do IPL)

A acusada Maria do Socorro Ferreira Fernandes reforçou essa versão, ao declarar à autoridade policial:

QUE GILSON recebia presentes (galinha, queijo, perfume, etc.) de ANA LÚCIA, JOELMA, KÁTIA e EDNALVA (KATIARA), para agilizar o atendimento no INSS; (Interrogatório de MARIA DO SOCORRO FERREIRA FERNANDES, fl. 1046 do IPL)

Essas declarações, somadas às provas obtida em juízo, no sentido de que Gilson Cavalcante de Oliveira participava efetivamente do esquema criminoso para fraudar o INSS, dão a certeza necessária para fundamentar uma condenação pelo crime de estelionato referente à concessão do benefício nº 25/140.010.233-0.

A concessão desse benefício, consoante apurou a Força-Tarefa Previdenciária designada para investigar as concessões de auxílio-reclusão em Catolé do Rocha/PB, gerou despesas para o INSS de R\$ 25.809,40, pelo pagamento de valores retroativos e de prestação mensal.

O delito se consumou na data do primeiro pagamento, que ocorreu em 06/07/2006, conforme tela do HISCRE - HISTÓRICO

DE CRÉDITOS – acostada à fl. 70 do procedimento administrativo (Apenso vol. 10 de 22).

## **5 - DA OCORRÊNCIA DE ESTELIONATO NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO 25/139.907.462-5**

O benefício nº 25/139.907.462-5, requerido por Cristiane Marcelino da Silva e tendo por instituidor João Ferreira da Silva Filho foi indeferido por Jardilene Goreti da Costa Procópio, servidora do INSS, por perda da qualidade de segurado, e, em 23 de fevereiro de 2006, passados vinte dias desse evento, deferido por Gilson Cavalcante de Oliveira.

Apurou-se ter sido fraudada a documentação relativa à menor titular do benefício, que não era, na verdade, filha do instituidor João Ferreira da Silva. Essa prova foi corroborada pelos depoimentos obtidos em juízo, de sorte que não pairam dúvidas quanto à materialidade do delito.

A participação de Gilson Cavalcante de Oliveira no referido delito foi confirmada pelo depoimento inquisitorial prestado por Cristiane Marcelino da Silva. Senão, vejamos o que disse a referida senhora à autoridade policial:

QUE não sabe a partir de quando JOELMA começou a “fazer auxílio-reclusão”, mas em 2004 tinha conhecimento que ela já aliciava pessoas que queriam participar da fraude; QUE um ano depois, em 2005, a declarante foi procurada novamente por JOELMA, que lhe solicitou os seus documentos pessoais para requerer o auxílio-reclusão; [...] QUE depois que foram preparados todos os papéis necessários para obtenção do benefício, JOELMA, acompanhada da declarante, os levou ao INSS de Catolé do Rocha, para falar com o servidor GILSON; QUE JOELMA não precisou da senha ou fila para falar com aquele servidor, pois “tinha dinheiro na jogada”; QUE primeiramente JOELMA cochichou alguma coisa com GILSON e em seguida chamou a declarante para ser para ser entrevistada por ele; QUE acrescenta que duas semanas antes de comparecer àquela agência, recebeu de JOELMA uma folha de papel contendo aquilo que deveria ser “decorado” pela declarante; [...] QUE jamais foi agricultora; Que no entanto não teve problemas durante a entrevista com GILSON, pois este já sabia de todo o esquema; QUE não sabe informar

o valor que seria recebido por GILSON em razão de sua participação na fraude; [...]. (Fls. 238/240 do IPL apenso)

A acusada Joelma Pereira dos Santos confirmou essa versão dos fatos, quando reinquirida pela autoridade policial, senão vejamos:

QUE OSNI falava que, quando fosse concedido o benefício, “uma parte seria para GILSON”; [...] QUE OSNI lhe entregou um papel e disse que a reinquirida deveria entregá-lo a CRISTIANE, pois o preso JOÃO FERREIRA não era agricultor; [...] QUE OSNI disse que deu R\$ 1.000,00 (mil reais) a GILSON por ter facilitado o benefício de CRISTIANE; (Reinquirição de JOELMA, fls. 1055/1056)

Essas declarações, somadas às provas obtidas em juízo, no sentido de que Gilson Cavalcante de Oliveira participava efetivamente do esquema criminoso para fraudar o INSS, dão a certeza necessária para fundamentar uma condenação pelo crime de estelionato referente à concessão do benefício nº 25/139.907.462-5.

A concessão desse benefício, consoante apurou a Força-Tarefa Previdenciária designada para investigar as concessões de auxílio-reclusão em Catolé do Rocha/PB, gerou despesas para o INSS de R\$ 13.718,51 (Anexo III do relatório da Força-Tarefa Previdenciária – Apenso 6 de 22).

Pude constatar, ainda, em consulta ao sistema Dataprev, que o delito se consumou em 14 de março de 2006, data do primeiro pagamento efetivado.

## **6 - DA CONCESSÃO IRREGULAR DO BENEFÍCIO 25/141.929.207-0. NECESSIDADE DE *EMENDATIO LIBELLI* (ART. 383 DO CPP)**

A denúncia descreve, ao menos no que tange ao benefício nº 25/141.929.207-0, o qual foi indevidamente concedido por Gilson Cavalcante de Oliveira, em 3 de julho de 2006, a inserção de dados falsos no sistema informatizado do INSS, com o fim de obter vantagem indevida para outrem.

Essa conduta, ausente de dúvida, encontra adequação típica no artigo 313-A do Código Penal, acrescentado pela Lei 9.983/2000, que se encontra em vigor desde 15 de outubro de 2000.

Confira-se, para que não reste dúvida, a narrativa fática constante da denúncia:

Já no trâmite do benefício nº 25/141.929.207-0, protocolado por MARIA DAS DORES OLIVEIRA DA SILVA, tendo como instituidor INÁCIO BENEDITO DE LUCENA NETO, o denunciado inseriu contribuições previdenciárias que jamais existiram. Neste caso, o benefício foi indeferido em 03/07/2006, às 14h26min35s pelo servidor GILSON, por perda da qualidade de segurado e às 15h06min37s, o mesmo benefício foi reaberto e DEFERIDO com inclusão de 12 (doze) contribuições em nome da empresa J. ANINO DOS SANTOS CIA LTDA., CNPJ 33.196.874/0001-15, com sede na Rua Magalhães Castro, 231, 238, 240 e 244, Bairro Riachuelo, Rio de Janeiro-RJ. Todavia, em consulta realizada no CNIS, observou-se que nos vínculos empregatícios da empresa em questão não consta nenhuma relação de emprego em nome de INÁCIO BENEDITO. Aqui, denota-se que GILSON incluiu de forma fraudulenta contribuições inexistentes em nome do apenado, para o fim de “criar-lhe” a qualidade de segurado que subsidiasse a concessão do benefício requerido.

[...]

Corroborando as suspeitas sobre GILSON, INÁCIO BENEDITO informou que nunca saiu da Paraíba e nunca trabalhou para a empresa acima citada (fls. 1142/1146).

Importante destacar que MARIA DAS DORES DE OLIVEIRA SILVA, com o auxílio de uma mulher conhecida por “RAIMUNDA”, ainda não identificada, tinha requerido, anteriormente, o auxílio-reclusão na Agência do INSS em Patos/PB que foi INDEFERIDO em razão de perda da qualidade do segurado, consoante se depreende do documento de fls. 1457. Posteriormente, requereu, desta vez com ajuda de OSNI e de JOELMA, o mesmo benefício em Catolé do Rocha/PB e, como analisado acima, obtiveram a sua concessão com o importante apoio do servidor GILSON.

Como se vê, a conduta restou detalhadamente descrita na denúncia, não se podendo falar que surpreendida a defesa.

A prova obtida em juízo não deixa dúvida quanto à ocorrência do crime, restando evidente, ainda, a autoria do denunciado Gilson Cavalcante de Oliveira.



Nesse sentido, confirmam-se os depoimentos judiciais de Inácio Benedito de Lucena Neto e Maria das Dores de Oliveira da Silva, *in verbis*:

INÁCIO BENEDITO DE LUCENA (fls. 428-429 – vol. 2) - “[...] seu último vínculo com carteira assinada foi em 1996; tinha perdido a primeira via e tirado uma segunda; essa não tinha nenhum vínculo; [...] nunca trabalhou no Rio de Janeiro, muito menos para empresa Anino dos Santos Compainha LTDA; após o ocorrido recebeu os documentos de volta e R\$ 500,00, por intermédio de Maria das Dores; quando afirmou para ela que não tinha vínculos na CTPS, ela afirmou que não haveria problema porque ela ajeitaria tudo; [...]”.

MARIA DAS DORES OLIVEIRA SILVA (fls. 787-789 – vol. 4) - “[...] aceitou a promessa feita pela Sra. Raimunda de fornecimento da documentação para que a interroganda obtivesse o benefício previdenciário; que recebeu R\$ 6.000,00, por conta do benefício requerido, montante sacado diretamente do banco; [...] a Sra. Raimunda na ocasião do saque, reteve parte do montante retroativo ao benefício, sob a justificativa da necessidade de pagar ao advogado chamado Osni; [...] não fez o requerimento em Patos, tendo ido direto à agência de Catolé do Rocha, juntamente com a Sra. Raimunda; **a Sra. Raimunda justificou o deslocamento de Patos a Catolé do Rocha, para fazer o requerimento, porque naquele primeiro município “não teria como”; a Sra. Raimunda orientou a interroganda a procurar o Sr. Gilson na agência de Catolé do Rocha;** na oportunidade em que manteve contato com o Sr. Gilson, a interroganda estava só, sendo que a Sra. Raimunda estava aguardando do lado de fora da agência; [...]”.

Assim, confirmada a materialidade e autoria delitiva através da prova obtida durante a instrução processual, impende seja redefinida a classificação jurídica contida na peça acusatória, de sorte a que nela se inclua o tipo do artigo 313-A do Código Penal.

Nesse ponto, impende destacar que o crime de inserção de dados falsos em sistema informatizado da administração pública, com descrição típica no artigo 313-A do Código Penal, é especial

em relação ao crime de estelionato contra a Previdência Social (art. 171, § 3º, do CP).

Como ensina Cezar Roberto Bitencourt<sup>2</sup>, o projeto da Lei 9.983/2000, que introduziu o artigo 313-A no Código Penal, “*previa, originalmente, a mesma infração, limitada, porém, à previdência social*”.

O que o legislador fez foi ampliar o âmbito de proteção da norma para a tutela de todo e qualquer sistema informatizado da administração pública.

Embora seja possível falar-se em conflito aparente de normas, este se resolve pela aplicação do princípio da especialidade.

Assim, comete o delito do artigo 313-A do Código Penal, o servidor do INSS que, possuidor de atribuição funcional para operar sistema informatizado, insere dados falsos no sistema responsável pela concessão, atualização e revisão dos benefícios previdenciários – Sistema Prisma –, gerando indevidos pagamentos e valores retroativos em favor de terceiros.

O prejuízo causado à Previdência Social, que totalizou o valor de R\$ 22.248,00 (Apenso V do IPL 55/2007-DPF/PAT/PB – fl. 14), não passou de mero exaurimento do crime de inserção de dados falsos em sistema informatizado.

Promovo, portanto, a *emendatio libelli*, para declarar que o fato típico descrito na denúncia, relativo ao benefício nº 25/141.929.207-0, configura, não o delito de estelionato contra a Previdência Social, com previsão no artigo 171, § 3º, do CP, mas o crime de inserção de dados falsos em sistema informatizado da Administração Pública, capitulado no artigo 313-A do CP.

## **DA CONTINUIDADE DELITIVA**

Há crime continuado quando o agente comete dois ou mais crimes da mesma espécie em condições semelhantes de tempo,

---

<sup>2</sup> Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, 5: parte especial: dos crimes contra a administração pública, dos crimes praticados por prefeitos – 4ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 64.

lugar, maneira de execução e outras, de modo que os crimes subsequentes devem ser havidos como continuação do primeiro.

Cuida-se de um instituto que visa atenuar a sanção penal, verdadeira benesse que se constitui em direito subjetivo do agente.

*In casu*, todos os delitos acima relacionados se consumaram em junho e julho de 2006, excetuada a concessão fraudulenta do benefício 25/139.907.462-5, que se consumou em março de 2006.

Nada obstante o distanciamento temporal, de apenas três meses, não deve ser considerado o delito relativo ao benefício 25/139.907.462-5 como crime autônomo, senão como mais um evento dentro de uma prática permanente e estável de promoção de leões ao INSS.

Nesse sentido, basta recordar que o Ministério Público Federal atribuiu ao acusado Gilson Cavalcante de Oliveira a concessão de 41 (quarenta e um) benefícios da espécie 25 (auxílio-reclusão). Com efeito, não seria de bom alvitre condenar o réu a mais de uma conduta criminosa, com cúmulo material de sanções penais, quando a própria denúncia sugere que os eventos criminosos ocorriam mês a mês, em grande quantidade, e em condições assemelhadas de lugar, modo de execução e outras.

Nesse contexto, o fato de só se ter verificado a consciência de cooperação para um fim criminoso em seis diferentes casos de concessões de benefícios, não pode ser considerado em prejuízo do réu.

Também não importa o fato de se ter promovido a *emendatio libeli*, no que toca à concessão irregular do benefício nº 25/141.929.207-0, para declarar que o fato típico descrito na denúncia configurava, não o delito de estelionato contra a Previdência Social, com previsão no artigo 171, § 3º, do CP, mas o crime de inserção de dados falsos em sistema informatizado da Administração Pública, capitulado no artigo 313-A do CP.

É que o delito do artigo 313-A do CP pode ser considerado “crime da mesma espécie” daquele previsto no artigo 171, § 3º, do CP, de sorte que nenhum impedimento existiria na consideração de um deles como continuidade do outro.

Na lição de Celso Delmanto<sup>3</sup>:

Como a lei não define, explicitamente, o que são crimes da mesma espécie, a questão não é pacífica. Há, a respeito, duas correntes: 1. Para a primeira, são delitos de igual espécie os que se assemelham pelos mesmos elementos objetivos e subjetivos, ainda que não estejam descritos no mesmo artigo de lei. 2. Para a outra posição, são, apenas, os crimes previstos no mesmo tipo legal, mas admitindo-se a continuidade entre as suas formas simples, agravadas, qualificadas, consumadas ou tentadas. Pessoalmente, entendemos mais correta a primeira (1) posição. Ela é a mais acertada, não só porque o instituto do crime continuado, originariamente, visa ao benefício do acusado, como, principalmente, em razão das expressões que o legislador emprega nos arts. 69 e 70. Nelles, fala em crimes “idênticos ou não”, enquanto neste art. 71 refere-se a “crimes da mesma espécie” e prevê, expressamente, a possibilidade de serem as penas idênticas ou a “mais grave”, o que mostra que os delitos não precisam estar previstos no mesmo tipo [...].

Cuidando-se, pois, de modalidades criminosas com descrições típicas bastante próximas, que se assemelham por seus elementos objetivos e subjetivos, é possível considerar como “da mesma espécie” os crimes previstos nos artigos 171, § 3º, e 313-A, ambos do CP.

Assim, deve ser reconhecida em favor do acusado a benesse da continuidade delitiva, no que tange a todos os benefícios irregularmente concedidos, consoante acima analisado.

### **DO CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO**

A prova dos autos é irrefutável quanto à associação do acusado Gilson Cavalcante de Oliveira ao advogado José Osni Nunes, à companheira desse advogado, Glauciene Ferreira Costa, e a várias aliciadoras do esquema criminoso, para o cometimento de crimes contra a Previdência Social.

---

<sup>3</sup> Delmanto, Celso ... [et al]. Código Penal Comentado, 6ª edição atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 143.

Com efeito, é vasta a prova dos autos no sentido da existência de uma associação estável e permanente de muitas pessoas, bem estruturada e ramificada, que, no período compreendido entre os anos de 2003 e 2006, no município de Catolé do Rocha/PB, praticou vários crimes contra a Previdência Social.

Os diversos depoimentos já reproduzidos ao longo deste voto corroboram a prova documental apreendida nas residências dos vários integrantes da quadrilha e dão a certeza necessária de que o acusado Gilson Cavalcante de Oliveira integrava esse grupo criminoso, em caráter permanente e estável.

### **DISPOSITIVO**

Assim sendo, julgo procedente a pretensão punitiva do Estado e condeno Gilson Cavalcante de Oliveira como incurso nas sanções dos seguintes dispositivos penais:

i) artigo 171, § 3º, (cinco vezes) e artigo 313-A, c/c o artigo 71, todos do Código Penal; e

ii) artigo 288 do Código Penal.

Passo a aplicação da pena para cada um dos crimes praticados, observando o processo trifásico disposto no artigo 68 do Código Penal.

### **DOSIMETRIA DOS CRIMES DE ESTELIONATO PRATICADOS CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL (ART. 171, § 3º, DO CP), EM CONTINUIDADE DELITIVA COM O CRIME DE INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA INFORMATIZADO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ART. 313-A DO CP)**

Como se sabe, cuidando-se de crimes da mesma espécie, cometidos em semelhantes condições de tempo, lugar e maneira de execução, deve ser observada a regra contida no artigo 71 do Código Penal, segundo a qual será aplicada a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Nesse contexto, para a aferição da pena-base, deve ser considerada a concessão indevida do benefício nº 25/141.929.207-0, no qual existiu a inserção de dados falsos no sistema de informá-

tica do INSS, traduzindo-se, por conseguinte, na lesão mais gravemente apenada dentre as cometidas pelo recorrente.

Dentre as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, não enxergo nos antecedentes, conduta social, personalidade, motivo, circunstâncias, consequências e comportamento da vítima, qualquer elemento que desborde da normalidade dessa prática delituosa, razão pela qual não as considero como prejudiciais ao réu.

No que toca ao comportamento da vítima, penso ser inviável a análise da operativa quando o ofendido for o Estado, que por sua própria natureza, assume uma posição de neutralidade, que em nenhum momento pode ser encarada como provocadora ou inibidora da conduta do réu.

Com efeito, *“não tendo o sujeito passivo, in casu, o Estado, efetivamente contribuído ou dificultado a prática delitativa, a circunstância judicial do comportamento da vítima deve ser tida como neutra”*. (TRF2, ACR8634, Primeira Turma Especializada, Des. Fed. Antônio Henrique C. da Silva, *E-DJF2R*: 23/08/2011)

No que tange à culpabilidade, penso que o tamanho da lesão identificada no presente caso justifica uma maior reprovação social da conduta do agente, bem assim a possibilidade que tinha de agir de acordo com o direito.

Com efeito, a despesa gerada com a inserção de dados falsos promovida pelo acusado no sistema informatizado da autarquia vítima foi considerável, uma vez que alcançou a cifra de R\$ 22.248,00. O réu, por outro lado, tinha efetiva compreensão – e não apenas potencial conhecimento – da antijuridicidade de sua conduta e detinha plenas possibilidades de agir de modo diverso, restando, portanto, justificada a elevação da pena-base, em face da intensa reprovabilidade social de sua conduta.

Por conseguinte, considerado o juízo de reprovação social incidente sobre a conduta do recorrente (culpabilidade) e a pena abstratamente prevista para o tipo do artigo 313-A do Código Penal – de 2 (dois) a 12 (doze) anos –, fixo a pena-base em 3 (três) anos de reclusão.

Inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Presente a causa de aumento prevista no artigo 71 do Código Penal, majoro a pena em 1/2 (um meio), uma vez que o número de repetições delitivas verificado no caso concreto justifica esse aumento.

Com isso, fixo a pena definitiva em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Com fundamento nos critérios eleitos para fixação da pena-base, fixo a pena de multa em 30 (trinta) dias-multa.

Com fundamento no artigo 72 do Código Penal, que determina sejam aplicadas distinta e integralmente as penas de multa no concurso de crimes, fixo a pena de multa para cada um dos estelionatos praticados pelo réu, também em 30 (trinta) dias-multa, consideradas as circunstâncias judiciais já analisadas.

O valor do dia-multa deve ser fixado de acordo com a condição econômica do réu (art. 60 do CP). Considerado esse parâmetro, estabeleço o valor do dia-multa na metade do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

### **DOSIMETRIA DO CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO (ART. 288 DO CP)**

Dentre as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, não enxergo na culpabilidade, nos antecedentes, conduta social, personalidade, motivo, consequências do crime e comportamento da vítima, qualquer elemento que desborde da normalidade dessa prática delituosa, razão pela qual não as considero como prejudiciais ao réu.

No que tange às circunstâncias do crime, anoto que o acusado representava a ramificação da quadrilha na Agência da Previdência Social de Catolé do Rocha/PB e prestava importante contribuição à prática delitiva, na medida em que agia como agente interno facilitador da concessão de benefícios indevidos, abusando da confiança nele depositada pela autarquia vítima.

Por conseguinte, considerada a circunstância de ter o acusado abusado da confiança nele depositada pela vítima e, ainda, a pena abstratamente prevista para o tipo do artigo 288 do Código Penal – de um a três anos –, fixo a pena-base no patamar de 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão.

Inexistentes quaisquer circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem assim causas de aumento ou diminuição de pena, torno definitiva a pena em 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão.

Com fundamento nos critérios eleitos para fixação da pena-base, fixo a pena de multa em 20 (vinte) dias-multa.

O valor do dia-multa deve ser fixado considerando especialmente a condição econômica do réu (art. 60 do CP). Considerado esse parâmetro, estabeleço o valor do dia-multa na metade do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

### **DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA DO CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO**

Nos crimes de competência originária do Tribunal nada impede que seja, de logo, declarada a extinção da punibilidade, ainda que o réu seja condenado, não sendo obstáculo a interposição de recurso especial ou extraordinário sem efeito suspensivo.

Como já vimos, a denúncia foi recebida em 16 de novembro de 2007, há mais de 4 (quatro) anos.

A pena imposta ao acusado Gilson Cavalcante de Oliveira pela prática do crime de formação de quadrilha ou bando foi de 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão.

Sabe-se que a pena igual a 1 (um) ano e não superior a 2 (dois) prescreve no prazo de 4 (quatro) anos, consoante dicção do artigo 109, inciso V, do Código Penal:

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:

[...]

V - em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

Assim, tendo sido aplicada ao réu detentor de foro privilegiado a pena privativa de liberdade definitiva de 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão, ter-se-á por prescrita a pretensão punitiva do Estado, se decorridos 4 (quatro) anos entre o recebimento da denúncia e a data da publicação do acórdão condenatório, o que ocorreu na espécie.



Constata-se, pois, estar inquestionavelmente afastada a possibilidade do exercício da pretensão punitiva estatal, pelo transcurso do prazo de quatro anos, a que alude o já mencionado art. 109, V, do Código Penal.

Da mesma forma, prescrita a pena de multa aplicada ao acusado, em virtude do que dispõe o artigo 114, II, do Código Penal.

Decreto, por conseguinte, a extinção da punibilidade do réu, no que toca ao delito de formação de quadrilha ou bando.

### **DA PENA DEFINITIVA**

Considerado o cúmulo material das penas de multa (artigo 72 do Código Penal), fixo a pena definitiva de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 180 (cento e oitenta) dias-multa, equivalendo cada dia multa à metade do salário mínimo vigente ao tempo do fato, valor sobre o qual deverá incidir a correção monetária oficial até a data do efetivo pagamento.

Condeno o réu, ainda, nas custas do processo.

### **DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA**

O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade será o semiaberto, nos termos do artigo 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

### **DA IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO OU SUSPENSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**

Impossível a substituição da pena privativa de liberdade prevista no artigo 44 do Código Penal, em face do *quantum* de pena aplicado ao réu.

Da mesma forma, porque não atendidas as exigências do artigo 77 do Código Penal, incabível a suspensão da pena.

### **DOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO**

Há muito o art. 91, I, do Código Penal dispõe que um dos efeitos da condenação é “*tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime*”. Com o objetivo de dar efetividade a essa regra, a Lei nº 11.719/08 deu nova redação ao art. 387, IV, do Código de Processo Penal, segundo o qual o juiz, em caso de prolação de

sentença condenatória, “fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”.

Assim, levando em consideração os prejuízos causados à Previdência Social, fixo o valor mínimo para a indenização em R\$ 115.581,44, em valor histórico, a ser oportunamente atualizado.

Nos termos do artigo 92, I, *b*, do Código Penal, é efeito da condenação, ainda, a perda do mandato eletivo, uma vez que condenado o réu à pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos.

Com efeito, considerada a gravidade dos crimes praticados pelo réu, de forma reiterada, com violação de dever para com a Administração Pública, resta clara a absoluta incompatibilidade de sua permanência no mandato eletivo que exerce.

Muito embora os crimes não tenham sido praticados no exercício de mandato eletivo, o foram quando o réu desempenhava função de chefia, no serviço público, do que lhe resultou prestígio político bastante para eleger-se Prefeito Municipal do Município de Bom Sucesso, naquele Estado da Paraíba.

A prática de vários delitos de estelionato, que causou considerável prejuízo aos cofres públicos, para cuja consumação contribuiu decisivamente, impõe que se lhe faça incidir a perda dos direitos políticos, com o afastamento do cargo que ora ocupa, após o trânsito em julgado.

Decreto, assim, a perda do mandato eletivo exercido pelo acusado Gilson Cavalcante de Oliveira.

Por fim, nos termos do artigo 1º, inciso I, letra *e*, c/c o artigo 15, parágrafo único, da Lei Complementar nº 64/1990, com a redação dada pela Lei Complementar nº 135/2010 – Lei da Ficha Limpa – declaro a inelegibilidade do réu, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena.

## **PROVIDÊNCIAS FINAIS**

Publicada a decisão, comunique-se o seu teor, de imediato, ao Ministério Público Eleitoral da Paraíba e ao Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba, para as providências cabíveis.

Após o trânsito em julgado, adote a secretaria as seguintes providências:

- a) a inclusão do nome do réu no rol dos culpados;
- b) a expedição de ofício ao eg. Tribunal Regional Eleitoral, para os fins do artigo 15, III, da Constituição da República de 1988; e
- c) a remessa dos autos à Vara Federal competente para a execução da pena aqui aplicada.

É como voto.

### **AÇÃO RESCISÓRIA N° 6.221-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA  
Autor: JOÃO FERNANDES DE CASTRO  
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Repte.: PROCURADORIA DO INSS  
Adv./Procs.: DR. JUSCELINO FERNANDES DE CASTRO (AUTOR)

**PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PRELIMINARES. AUSÊNCIA DE DOCUMENTO ESSENCIAL À PROPOSITURA DA AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA E CERTIDÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO. IMPROPRIEDADE DA VIA PROCESSUAL ELEITA. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO DA PARTE. REJEITADAS. MÉRITO. DOCUMENTO NOVO. CNIS. PERÍODO DE 1976 A 1984 AVERBADO APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO RESCINDENDO. CONFISSÃO. INEXISTÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA**  
**- Ação rescisória ajuizada por João Fernandes de Castro, com base no artigo 485, VII e VIII, do CPC, visando rescindir acórdão proferido nos autos da Apelação Cível n° 376.139/RN, que deu provimento, em parte, ao recurso para reconhecer como tempo de serviço o período de 01/07/**

**1963 a 21/07/1976, condenando o INSS a averbar o referido tempo de serviço para fins de concessão de aposentadoria.**

**- Alega o requerente que a decisão rescindenda não consignou o seu direito à aposentadoria e que possui documento novo a embasar o seu pleito, no caso, uma certidão completa, com todo tempo de contribuição, documento do qual não dispunha à época da sentença de primeiro grau.**

**- O INSS alegou, preliminarmente, a ausência de documento essencial à propositura da ação rescisória, no caso, a cópia da sentença e da certidão de trânsito em julgado; a impropriedade da via processual eleita; bem como a irregularidade de representação da parte.**

**- Para o ajuizamento da ação rescisória faz-se necessária a apresentação da decisão rescindenda, que, no caso dos autos, não é a sentença de primeiro grau, mas sim, o acórdão proferido pela terceira turma, cuja cópia acompanhou a inicial.**

**- Foi identificada previamente a ausência de cópia da certidão de trânsito em julgado e de procuração específica para a presente ação, o que ensejou despacho oportunizando ao autor o saneamento do vício. Uma vez que foi devidamente cumprida a determinação às fls. 213 e 217, não há que se falar em falta de documento indispensável ao ajuizamento da ação rescisória.**

**- Tendo o autor fundamentado a ação rescisória no artigo 485, VII, do CPC, sob a alegação de que possui um documento novo a embasar seu pleito, conclui-se que a análise do documento invocado constitui o mérito da rescisória, não podendo o feito ser extinto sem resolução do mérito por impropriedade da via processual eleita.**

**- Preliminares rejeitadas.**

**- Embora a Autarquia Previdenciária já tenha reconhecido o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício previden-**

**ciário sob discussão, a partir de 02/09/2009, conforme extrato do sistema INFEN à fl. 220, não se configura, na hipótese, a carência de ação em face da manutenção da controvérsia no atinente à data de início do benefício.**

**- Documento novo é aquele que foi elaborado, antes da propositura da ação, mas que não foi juntado aos autos porque a parte desconhecia a sua existência ou porque, embora dela sabendo, esteve impossibilitada de juntá-lo por justa causa ou força maior. Ademais, é condição indispensável à rescisão do acórdão que o documento seja, por si só, suficiente para alterar o resultado da demanda.**

**- O documento novo invocado pela parte autora é o extrato do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS (fls. 188/191), que foi fornecido pelo INSS em 17/04/2009, posteriormente, portanto, ao trânsito em julgado da decisão rescindenda (03/07/2008 – fl. 217).**

**- O simples fornecimento da documentação em data posterior ao trânsito em julgado da decisão rescindenda não descaracteriza, em tese, a existência prévia dos dados do CNIS que ficam em posse do INSS, o que possibilitaria sua utilização como documento novo pelo particular.**

**- No caso dos autos, o próprio autor, em petição de fls. 205/207 afirma que o INSS somente averbou o período de contribuição individual, compreendido entre 01/07/76 e 21/12/84 (sem o qual o postulante não completa o tempo suficiente à concessão do benefício), no final de 2008, portanto, após o trânsito em julgado da ação originária.**

**- Visto que, nesse caso, a alimentação do CNIS é feita por meio dos carnês pagos pelo autor e, considerando que os referidos documentos estavam em sua posse desde o pagamento de cada parcela no referido período, e, obviamente, no**

***momento do ajuizamento da demanda, infere-se que as informações elencadas pelo postulante não podem ser utilizadas como documento novo para os fins previstos na ação manejada.***

***- O invocado inciso VIII do artigo 485 do CPC permite a desconstituição do julgado se houver fundamento para invalidar confissão em que se baseou a sentença.***

***- A suposta confissão apontada pelo suplicante não representa o reconhecimento pela parte do direito da parte adversa, não sendo capaz de ensejar a rescisão do julgado prevista no inciso aqui discutido.***

***- Ação rescisória improcedente, sem prejuízo da parte, com base no tempo agora reconhecido pelo INSS, pleitear administrativamente ou em ação própria a revisão de sua aposentadoria.***

***- Sem condenação em honorários advocatícios em face da assistência judiciária gratuita.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória, 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, 9 de maio de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Cuida-se de ação rescisória, ajuizada por João Fernandes de Castro, com base no artigo 485, VII e VIII, do CPC, visando rescindir acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 376.139/RN, que deu provimento, em parte, ao recurso para reconhecer como

tempo de serviço o período de 01/07/1963 a 21/07/1976, condenando o INSS a averbar o referido tempo de serviço para fins de concessão de aposentadoria.

Alega o requerente que a decisão rescindenda não consignou o seu direito à aposentadoria e que possui documento novo a embasar o seu pleito, no caso, uma certidão completa, com todo tempo de contribuição, documento do qual não dispunha à época da sentença de primeiro grau.

Aduz ainda que a decisão guerreada “firmou-se na confissão da assessoria que informara, em sessão, ao Douto Relator, Edilson Nobre (convocado), em resposta ao Des. Paulo Gadelha, que não concedia a aposentadoria tendo em vista que a assessoria não encontrou o tempo que dissera ter o autor, devidamente anotado em CNIS, mas que isso poderia ser resolvido em sede executória”.

Contestação às fls. 194/203 em que o INSS alegou, preliminarmente, a ausência de documento essencial à propositura da ação rescisória, no caso, a cópia da sentença e da certidão de trânsito em julgado; a impropriedade da via processual eleita; bem como a irregularidade de representação da parte.

Manifestação do autor acerca das preliminares às fls. 205/207.

Em seu parecer de fls. 229/236 o MPF se manifestou no sentido de que as preliminares se identificavam com o próprio mérito da ação, pugnando pela procedência do pedido.

É o relatório.

Ao revisor.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

1. Preliminarmente.

No que tange à suposta ausência de cópia da sentença, observa-se que, para o ajuizamento da ação rescisória faz-se necessária a apresentação da decisão rescindenda, que, no caso dos autos, não é a sentença de primeiro grau, mas sim, o acórdão proferido pela terceira turma, cuja cópia acompanhou a inicial.

Quanto à alegada inexistência de cópia da certidão de trânsito em julgado, bem como de procuração específica para a presente ação, foi identificada previamente a ausência dos mencionados documentos, o que ensejou despacho oportunizando ao autor o saneamento dos vícios. Devidamente cumprida a determinação às fls. 213 e 217, não há que se falar em falta de documento indispensável ao ajuizamento da ação rescisória.

Não assiste razão também ao INSS quando assevera a impropriedade da via processual eleita, uma vez que, tendo o autor fundamentado a ação rescisória no artigo 485, VII, do CPC, sob a alegação de que possui um documento novo a embasar seu pleito, conclui-se que a análise do documento invocado constitui o mérito da rescisória, não podendo o feito ser extinto sem resolução do mérito.

Diante disso, rejeito as preliminares arguidas pelo INSS.

## 2. Mérito.

Inicialmente, registro que, embora a Autarquia Previdenciária já tenha reconhecido o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício previdenciário sob discussão, a partir de 02/09/2009, conforme extrato do sistema INFBEN à fl. 220, não se configura, na hipótese, a carência de ação em face da manutenção da controvérsia no atinente à data de início do benefício.

No que concerne à presença de documento novo que possa ensejar a rescisão do julgado, nos moldes prelecionados pelo art. 485, VII, do CPC, importa destacar que a novidade do documento não diz respeito ao momento da sua formação, mas sim ao instante da sua produção. Ou seja, é documento novo aquele que foi elaborado, antes da propositura da ação, mas que não foi juntado aos autos porque a parte desconhecia a sua existência ou porque, embora dela sabendo, esteve impossibilitada de juntá-lo por justa causa ou força maior.

Ademais, é condição indispensável à rescisão do acórdão neste caso que o documento agora apresentado com a petição inicial da rescisória seja, por si só, suficiente para alterar o resultado da demanda. Em caso contrário, a rescisória não terá sucesso. Dessa forma, já decidiu este egrégio Plenário:



PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, VII E IX, DO CPC. NÃO CONFIGURAÇÃO DAS HIPÓTESES LEGAIS DE RESCINDIBILIDADE. MATÉRIA DE MÉRITO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE PERÍODO TRABALHADO COMO RURÍCOLA, PARA FINS DE SOMA AO TEMPO LABUTADO COMO TRABALHADOR URBANO E DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. LEI Nº 8.213/91. OBSERVÂNCIA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. NÃO DEMONSTRADO. INADMISSIBILIDADE DE PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. ERRO DE FATO. NÃO MATERIALIZADO. DOCUMENTO NOVO. INEXISTENTE. JUNTADOS APENAS OS ELEMENTOS DOCUMENTAIS JÁ CONHECIDOS PELO JUÍZO ORIGINÁRIO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Ação rescisória ajuizada com fundamento no art. 485, V, VII e IX, do CPC, objetivando a desconstituição de acórdão exarado por Turma deste Tribunal, nos termos do qual se julgou improcedente pedido de reconhecimento de período alegadamente trabalhado pelo autor como rurícola, para fins de soma ao tempo por ele labutado como trabalhador urbano e de consequente concessão de aposentadoria por tempo de serviço.

(...)

9. A título de documentos novos, para fazer incidir a regra do inciso VII do art. 485 do CPC, o autor limitou-se a juntar os documentos já coligidos no feito originário.

10. O acórdão poderá ser rescindido se, “depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pode fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar o pronunciamento favorável” (inciso VII do art. 485 do CPC). “Por ‘documento novo’ não se deve entender aqui o constituído posteriormente. O adjetivo ‘novo’ expressa o fato de só agora ser ele utilizado, não a ocasião em que veio a formar-se. Ao contrário: em princípio, para admitir-se a rescisória, é preciso que o documento já existisse ao tempo do processo em que se proferiu a sentença. Documento ‘cuja existência’ a parte ignorava é, obviamente, documento que existia; documento de que ela ‘não pôde fazer uso’ é, também, documento que, noutras circunstâncias, poderia ter sido utilizado, e portanto existia” (José Carlos Barbosa Moreira). “Fosse qual fosse o motivo da impossibilidade de utilização, é necessário

que haja sido estranho à vontade da parte. Esta deve ter-se visto impossibilitada, sem culpa sua, de usar o documento, *v.g.*, porque lhe fora furtado ou porque estava em lugar inacessível, ou porque não pôde encontrar o terceiro que o guardava, e assim por diante” (José Carlos Barbosa Moreira). Não juntado qualquer outro documento, além dos conhecidos no juízo originário, não se corporifica o inciso VII do art. 485 da Lei Adjetiva.

(...)

(AR 5623/CE. Des. Federal Francisco Cavalcanti. *DJ* 02.05.08. p. 740)

Nesse passo, o documento novo invocado pela parte autora é o extrato do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS (fls. 188/191), que foi fornecido pelo INSS em 17/04/2009, posteriormente, portanto, ao trânsito em julgado da decisão rescindenda (03/07/2008 - fl. 217). Quanto à utilização dos dados extraídos pelo referido cadastro, vejamos como vem decidindo esta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. AMPARO SOCIAL. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. ERRO DE FATO. DOCUMENTO NOVO. INOCORRÊNCIA.

1. Nos termos do art. 485, VII, do CPC, é documento novo aquele cuja existência era ignorada, o que não é o caso, uma vez que os registros constantes no CNIS foram extraídos somente por ocasião do ajuizamento desta ação, sendo certo que as informações ali inseridas sempre estiveram de posse do autor.

2. Já o erro de fato se caracteriza quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido, a teor do parágrafo 1º, do art. 485, CPC, incorrente na hipótese, pois a ação foi julgada com base nos elementos comprobatórios colacionados aos autos.

3. Presentes os pressupostos previstos na Lei nº 8.742/93, não há que se falar em violação à literal dispositivo de lei.

4. Ausentes os requisitos autorizadores, inexistente ensejo para a rescisão do julgado.

5. Improcedência do pedido.

(PROCESSO: 00082921220114050000, AR6716/CE, DESMEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA, Pleno, JULGAMENTO: 14/12/2011, PUBLICAÇÃO: *DJE* 19/12/2011 - Página 23)

Desse modo, na forma do entendimento firmado por esta Corte, observa-se que sendo a Autarquia Previdenciária autora de ação rescisória fundamentada no artigo 485, VII, do CPC, os dados do CNIS não podem ser utilizados como documento novo a ensejar os fins específicos propostos pela ação, uma vez que as informações constantes do mencionado documento sempre estiveram em sua posse.

Interpretando a decisão *a contrario sensu*, conclui-se que o particular pode utilizar os dados do CNIS como documento novo, haja vista a impossibilidade de sua utilização na ação originária, em face da retenção das informações pelo INSS.

Registre-se que o simples fornecimento da documentação em data posterior ao trânsito em julgado da decisão rescindenda não descaracteriza, em tese, a existência prévia dos dados do CNIS que ficam em posse do INSS, o que, repita-se, possibilitaria sua utilização como documento novo pelo particular.

Contudo, no caso dos autos, o próprio autor, em petição de fls. 205/207 afirma que o INSS somente averbou o período de contribuição individual, compreendido entre 01/07/76 e 21/12/84 (sem o qual o postulante não completa o tempo suficiente à concessão do benefício), no final de 2008, portanto, após o trânsito em julgado da ação originária.

Portanto, visto que, nesse caso, a alimentação do CNIS é feita por meio dos carnês pagos pelo autor e, considerando que os referidos documentos estavam em sua posse desde o pagamento de cada parcela no referido período, e, obviamente, no momento do ajuizamento da demanda, infere-se que as informações elencadas pelo postulante não podem ser utilizadas como documento novo para os fins previstos na ação manejada.

O segundo fundamento ventilado pelo autor, visando à rescisão do acórdão atacado, diz respeito ao inciso VIII do artigo 485 do CPC, que permite a desconstituição do julgado se houver fundamento para invalidar confissão em que se baseou a sentença.

Nessa hipótese, para ser rescindida, a decisão deve ter tomado como fundamento o reconhecimento da procedência do pedido e tal reconhecimento deve ter emanado de erro, dolo ou coação.

A suposta confissão apontada pelo suplicante consiste na informação da assessoria, “em sessão, ao Douto Relator, Edilson Nobre (convocado), em resposta ao Des. Paulo Gadelha, que não concedia a aposentadoria tendo em vista que a assessoria não encontrou o tempo que dissera ter o autor, devidamente anotado em CNIS, mas que isso poderia ser resolvido em sede executória”.

Na verdade, não consigo sequer compreender o que se pretendeu dizer no trecho acima transcrito, a configurar confissão da autarquia previdenciária.

Diante disso, como o fato alegado não configura confissão da parte, que represente o reconhecimento do direito da parte adversa, é de se concluir que não é capaz de ensejar a rescisão do julgado prevista no inciso aqui discutido.

Ante o exposto, julgo improcedente a ação rescisória, sem prejuízo da parte, com base no tempo agora reconhecido pelo INSS, pleitear administrativamente ou em ação própria a revisão de sua aposentadoria.

Concedo o benefício da assistência judiciária gratuita, requerido à fl. 08, de modo que deixo de condenar o autor ao pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais.

É como voto.

## **AÇÃO RESCISÓRIA N° 6.323-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO

Autores: ANTÔNIO SANTOS TORRES, CÍCERO LOURENÇO DA SILVA, MARIA DE FÁTIMA MOREIRA PIMENTEL, DIONE CODA DOS SANTOS E MARIA LUIZA ALBUQUERQUE MONTENEGRO

Ré: UNIÃO

Advs./Procs.: DRS. RICARDO ANDRÉ BANDEIRA MARQUES E OUTROS (AUTORES)

***EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RETORNO DOS AUTOS DETERMINADO PELA DOUTA VICE-PRESIDÊNCIA, EM FACE DE DIVERGÊNCIA DO JULGADO EM APREÇO COM O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE REJEITA A APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, A JULGADO QUE TEVE O SEU TRÂNSITO ANTERIOR À VIGÊNCIA DO DISPOSITIVO CITADO.***

***- O caso em foco envolve a aplicação do percentual de 47,94%, desde março de 1994, fruto da Lei 8.676, de 13 de junho de 1996, concedido, em segundo grau, em julgado datado de 3 de março de 1998, quando o Supremo Tribunal Federal, em sessão ocorrida em 14 de maio de 1997, em sede liminar, já tinha concedido liminar para suspender a aplicação de tal percentual pelo Tribunal Regional do Trabalho de Mato Grosso, por considerá-lo inconstitucional.***

***- Ausência de situação factual para se aperfeiçoar a divergência, sobretudo quando o Superior Tribunal de Justiça, ao rejeitar a aplicação da norma embrenhada no aludido parágrafo único do art. 741, de decisão anterior a sua vigência, não apreciou ainda nenhum julgado com o mesmo cenário do presente. A manutenção, aqui,***

***da inaplicação da referida norma vai gerar uma situação esdrúxula e diferente, na qual os servidores federais, filiados do Sindicato dos Trabalhadores em Saúde, em Trabalho, em Previdência Social, no Estado de Alagoas, terão, desde março de 1994, o reajuste de 47,94%, em detrimento de servidores, de igual categoria e tempo de serviço, lotados em outros Estados-membros, a perceber quase cinquenta por cento a menos, além de gerar para os beneficiados uma execução milionária, como foi rotulado em outro feito idêntico.***

***- Rejeição da divergência, com a manutenção do julgado em foco, admissão do recurso especial, para proporcionar ao Superior Tribunal de Justiça o exame da situação factual em foco.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide o egrégio Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, rejeitar a divergência, com a manutenção do acórdão anterior deste Plenário, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 18 de abril de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO  
- Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

No primeiro julgamento da presente ação rescisória, em sessão realizada no dia 26 de maio de 2010, este egrégio Plenário, por unanimidade, em acórdão de minha lavra, julgou improcedente o pedido destinado a desconstituir acórdão prolatado na AC 337.144-AL, em que restou mantida a sentença declaratória de inexigibilidade do título executivo, relativamente ao reajuste vencimental do índice de 47,94%, amparado no entendimento, até então majoritário, de que *o parágrafo único do art. 741 do Código de*

*Processo Civil deve ser aplicável, mesmo posterior à sentença transitada em julgado, uma vez que esta restou fundada em norma inconstitucional, fl. 748.*

Interpostos recursos especial e extraordinário pelos autores, fls. 752-790, este último inadmitido, enquanto, em relação ao primeiro, foram-me os autos devolvidos, por ato da Vice-Presidência deste Tribunal, fls. 846-847, em cumprimento ao art. 543-C, § 7º, do Código de Processo Civil, diante do julgamento do Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial representativo de controvérsia, segundo o qual o art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, deve ser interpretado, restritivamente, abarcando, tão somente, as sentenças transitadas em julgado em data anterior à referida Lei, e fundadas em norma inconstitucional, declarada pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado ou difuso.

Converti o julgamento em diligência, a fim de que os autores juntassem peças relativas ao processo de conhecimento, fl. 871.

É o relatório.

Ao revisor.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

A remessa dos autos pela Vice-Presidência da Corte, ao apreciar a admissibilidade de recurso especial, como aqui ocorreu, fls. 846-847, não obriga o Tribunal a alterar seu posicionamento, se considera inexistente a divergência apontada ou se considera que o caso factual vivido justifica o entendimento esposado. Tanto que o § 8º do art. 543-C da lei processual civil, indica o caminho a ser seguido em caso de a decisão divergente ser mantida.

É o caso aqui.

Esta Corte, por absoluta unanimidade, aplicou a regra embreçada no parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil, a julgado que concedia a pequena parcela de servidores públicos federais, filiados ao Sindicato dos Trabalhadores em Saúde, em Trabalho e em Previdência, no Estado de Alagoas, o percentual de

47,94%, previsto na Lei 8.876, de 13 de junho de 1996, a partir do mês de março de 1994. Enquanto isso, do lado do Superior Tribunal de Justiça, com um caso coletado em sentido jurídico idêntico ao do presente julgado – com situação factual totalmente diferente –, considera que o aludido parágrafo único do art. 741 da lei processual civil, não se aplica ao julgado que tenha transitado em julgado antes da vigência do dispositivo em foco, ainda que a matéria seja inconstitucional.

Tenho que o caso em tela não pode ser rotulado como de uma divergência de entendimento com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, acerca da aplicação da norma contida no mencionado parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil. A questão aqui tem contornos mais fortes e raízes mais longas, de modo a reclamar a admissão do recurso especial, para que possa ser apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça a alegada violação a lei federal, representado pelo supramencionado parágrafo único do art. 741.

Vários motivos se erguem como argumentos favoráveis a conduzir a apreciação do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça.

Primeiro, não há identidade de situação factual com nenhum dos julgados do Superior Tribunal de Justiça. O que, aqui, se apresenta é a concessão de um percentual nos vencimentos dos servidores já referidos, todos lotados no Estado de Alagoas, contemplados com a aplicação do percentual de 47,94%, desde o mês de março de 1994, por força da Lei 8.676, a gerar, para ditos servidores, uma execução milionária, como já foi rotulado em outra demanda, de igual pretensão, em trâmite no meu gabinete.

Segundo, o percentual aludido já foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e indevido pelo Superior Tribunal de Justiça, de forma que, pacificado o entendimento a respeito nas duas duntas instâncias especiais, não teríamos desde muito nenhuma pretensão julgada de maneira favorável, como ocorreu aqui.

Terceiro, vitoriosa a pretensão embutida na rescisória, por ter o trânsito em julgado sido anterior à vigência do parágrafo único do art. 741 da lei processual civil, teremos uma situação completa-



mente diferente e esdrúxula entre os servidores federais alagoanos e os demais servidores de todo o país, de maneira a se abrir dois quadros: um, dos servidores lotados no Estado de Alagoas, à época do ajuizamento da ação primeva, a receber nos vencimentos o percentual de 47,94%, e a dos servidores de outros Estados-membros, a perceberem seus vencimentos sem a aplicação do percentual aludido. Em miúdos, a aplicação aqui do entendimento do Superior Tribunal de Justiça fará com que, nos quadros do serviço federal, duas categorias de servidores, de cargo idêntico e mesmo tempo, se destaquem, ganhando os de Alagoas quase cinquenta por cento a mais dos vencimentos dos demais servidores de outros Estados-membros.

Neste vale a observação do des. Francisco Barros Dias, cujo entendimento o julgado em tela se encostou, ao textuar:

(...)

2. O parágrafo único do art. 741 do CPC deve ser aplicável, mesmo posterior à sentença transitada em julgado, uma vez que esta restou fundada em norma inconstitucional. A coisa julgada passou a ser objeto de questionamento, admitindo-se a sua relativização, tendo em vista que, como princípio de natureza constitucional, estaria em situação de hierarquia de igualdade com os demais princípios da Lei Maior, de tal modo a fundamentar uma ponderação em cada caso concreto, principalmente nas situações de ordem constitucionais em que o STF assumiu uma posição diversa do julgado.

3. A aplicação do parágrafo único do artigo 741 do CPC também se dá quando a situação concreta dos autos não se encontra amparada no sistema jurídico ou nos princípios da coisa julgada.

4. *In casu*, verifica-se que pessoas da mesma situação estão sendo tratadas de forma diferente, uma vez que teria um grupo de servidores contribuindo com um índice abaixo daquele que quase todos os demais contribuem. Assim, deu-se a uma norma de natureza ordinária interpretação incompatível com as regras constitucionais que regem as medidas provisórias, acatando, por conseguinte, a existência de um direito adquirido que inexistia, em favor de alguns servidores públicos.

5. O parágrafo único do artigo 741 do CPC apenas positi-

vou a possibilidade de relativização da coisa julgada, a qual já era contemplada em doutrina e acatada no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Quarta, atrás da aplicação do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, se mostra uma execução milionária, visto se tratar da aplicação de quase cinquenta por cento dos vencimentos desde março de 1994, o que equivale, só em termos cronológicos, neste exato momento, em dezoito anos, o que bem pode expressar o vultoso valor que será conferido a cada um dos ora autores no momento da execução do julgado.

Quinto, as situações factuais que embasaram os julgados do Superior Tribunal de Justiça são completamente diferentes, de aplicação tópica e individual, sem gerar a repercussão que, no caso em foco, se torna evidente.

Vejam algumas situações factuais emanadas dos julgados do Superior Tribunal de Justiça: [1] No REsp 1107758-SC, julgado em 28 de setembro de 2011, da relatoria do min. Og Fernandes, a matéria é de cunho previdenciário; [2] no AgRg no AREsp 20711-PI, julgado em 27 de setembro de 2011, da relatoria do min. Arnaldo Esteves Lima, há referência a aplicação de lei estadual; [3] no REsp 1266214-DF, julgado em 15 de setembro de 2011, da relatoria do min. Mauro Campbell Marques, não há menção a situação factual; [4] no AgRg no REsp 1213684-PR, julgado em 5 de maio de 2011, da relatoria do min. Humberto Martins, não consta a situação factual, embora seja assinalado no item 5 da ementa que *cumprе ressaltar que o entendimento firmado pela Suprema Corte restringia-se à possibilidade de cobrança das empresas urbanas de Contribuição Social para o FUNRURAL e o INCRA, sempre ressaltando, contudo, o caráter infraconstitucional da questão.*

Sexto, e por fim, é de chamar a atenção para o fato de que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento ocorrido em 14 de maio de 1997, fls. 481-482, concedeu, por maioria, liminar em ação direta de inconstitucionalidade, suspendendo a eficácia de resolução do Tribunal Regional do Trabalho que aplicava aos vencimentos dos seus servidores o percentual de 47,94%. Embora tivesse sido apenas em liminar, já se revela um ponto de partida para a inconstitucionalidade do dito percentual. A decisão em tela, favorável a aplicação do dito percentual, ocorreu em data posterior, ou

seja, em 3 de março de 1998, e, assim mesmo, por maioria, visto que do voto do eminente relator dissentiu o então des. Castro Meira, a atroar que *a posição da 1ª Turma sempre foi de entender que esse reajuste é indevido*, fl. 907. Em miúdos, quando a Segunda Turma, em 3 de março de 1998, concluía pela aplicação do dito percentual, o Supremo Tribunal Federal, desde 14 de maio de 1997, já decidia, em grau de liminar, pela sua inconstitucionalidade. De forma oblíqua, já pairava no ar julgado da Corte Máxima sobre a matéria.

Penso ser impossível, no caso, deixar de aplicar a norma encastelada no parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil ao caso presente, por todas as razões já enumeradas, não me sentindo confortável a assim proceder.

Por este entender, voto no sentido da manutenção do julgado, retornando os autos à douta Vice-Presidência, para os fins devidos.

É como voto.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS:

Sr. Presidente, quando eu tive conhecimento dessa decisão do Supremo Tribunal Federal, a que me referi antes e que comuniquei a alguns colegas, o Desembargador Federal Rogério de Menezes Fialho Moreira disse que eu iria votar como ele, que sempre votou contra, enquanto que eu votava apenas às vezes. Eu acho que, e continuo achando, a importância dos órgãos judiciários de primeiro e segundo grau no Brasil precisa ser ponderada depois que nós mudamos de paradigma. A mudança de paradigma do Judiciário brasileiro se deu com a Emenda Constitucional nº 45, com a criação do efeito vinculante, com a criação da repercussão geral, de que o sistema de recurso repetitivo no Superior Tribunal de Justiça é uma decorrência, embora não haja propriamente uma vinculação expressa.

E qual é o paradigma atual? É que os tribunais superiores atuam no sistema do *common law*, ou seja, estabelecendo precedentes que são vinculantes para os órgãos de 1º e 2º Graus. Mas os órgãos de 1º e 2º Graus, nós e os juízes, temos a magna possibilida-

de de julgar de acordo com a justiça do caso, a prova, o detalhe fático que, em geral, escapa – e deve escapar mesmo – ao Supremo e aos tribunais superiores, cuja preocupação central é a fixação de teses.

Justamente por isso é que se nós perdemos uma certa autonomia com relação a decidir da forma que nos melhor parecer, porque temos que nos subordinar, a bem da uniformidade, da previsibilidade dos julgados e da isonomia, ao que decidirem o Supremo e os tribunais superiores, nós ganhamos autonomia em relação aos detalhes do caso concreto, porque se um determinado caso concreto não violar a Constituição, nem a lei federal, a última instância seremos nós. A Emenda Constitucional nº 45 valoriza sobremaneira os tribunais regionais e os tribunais de justiça nesse sentido. Então, é por isso que acho que, nesses casos, cabe a nós fazermos a adaptação, cabe a nós fazermos a ponderação, cabe a nós fazermos a hoje chamada modulação.

Isso mesmo; nós não somos autônomos em relação a uma lei, porque é que vamos ser em relação a uma decisão com efeito vinculante? Muito antes de se tornar realidade jurídica a súmula vinculante, quando vinham com a história de que a súmula vinculante engessaria o Judiciário, eu perguntava se a lei o engessava.

Se não, por que é que, então, a súmula vinculante ou qualquer decisão, em controle concentrado, vai engessar? Não engessa, justamente porque é este o nosso papel. E por isso voto tranquilamente acompanhando o Relator, com as vênias da divergência nesse caso, porque não é pelo fato que o Supremo ter dito – e achei ótimo que o dissesse – e espero que essa decisão turmária seja reprisada no Pleno. Não é porque o Supremo disse que se deve respeitar a coisa julgada, em face do parágrafo único do art. 741, que vou ter que respeitar, inclusive, coisas julgadas absurdas. Então, em termos de índices, em todas as situações onde esteja em jogo o princípio constitucional da isonomia, e onde eu possa aferir claramente que, se mantida a coisa julgada, ela gerará um privilégio individual, ou para um grupo pequeno, e que seja incompatível com a regra que a Justiça já estabeleceu para todo mundo, vou me sentir a cavaleiro, como agora, para elidir esse comando judicial equivocado. Acompanho o Relator, com as vênias da divergência.

## **AÇÃO RESCISÓRIA Nº 6.605-SE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA  
CARVALHO  
Autora: SIDINEIA RODRIGUES BONFIM  
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
Ré: FAZENDA NACIONAL

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. DEMANDA RESCISÓRIA CALCADA EM VIOLAÇÃO LITERAL A DISPOSITIVO DE LEI, POR NÃO TER A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, QUE ASSISTIA A ORA AUTORA, SIDO INTIMADA PESSOALMENTE DE DESPACHO QUE RECEBIA RECURSO DE APELAÇÃO FORMULADO PELA FAZENDA NACIONAL, EM OBEDIÊNCIA AO INC. I DO ART. 44 DA LEI COMPLEMENTAR 80, DE 1994, DEIXANDO, ASSIM, DE OFERECER SUAS CONTRARRAZÕES.**

**- A violação literal a dispositivo de lei não é norma autista, nem ilha isolada no meio do oceano, de maneira que deve ser interpretada ao lado do instituto do prejuízo que acarreta a omissão em foco.**

**- No caso, a autora busca o direito de ser intimada pessoalmente para oferecer suas contrarrazões ao apelo, sem demonstrar que o entendimento esposado pelo segundo grau, ao acatar o recurso, estava em dissonância, no ano de 2010, com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.**

**- Não há, nos argumentos estampados na inicial, nenhuma alusão à matéria discutida, traduzida no fato de ser a Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais “forma de constituição do crédito tributário, dispensando-se a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia, podendo, inclusive, o débito declarado e não pago no prazo (ou pago a**

***menor) ser imediatamente inscrito em dívida ativa”, fl. 220, de forma que a pretensão se limita a oferecer apenas as contrarrazões.***

***Na ausência de prejuízo a parte, não há como, no caso, a falta de intimação pessoal para oferta de oferecimento de contrarrazões simbolizar a violação literal a dispositivo de lei, o que representaria a vitória do excesso da forma em prejuízo da sua essência.***

***- Improcedência da demanda.***

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 21 de março de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO  
- Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Ação rescisória, com pedido de liminar, proposta por Sidinéia Rodrigues Bonfim, com base no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil, em face do acórdão na APELREEX 9.532-SE, fls. 86-91.

A autora historia que, em ação de execução fiscal contra si, o mandado de citação foi cumprido oito anos após o deferimento da inicial, quando ainda vigente a redação original do art. 174, parágrafo único, do Código Tributário Nacional. Narra que, como não foram encontrados bens, o juiz determinou, mediante o BACEN-JUD, o bloqueio de sua conta bancária, após o que, via Defensoria Pública, requereu o desbloqueio da conta poupança, entrando em seguida com exceção de pré-executividade, a alegar ocorrência de prescrição, na qual obteve êxito. Afirma ainda que, diante disso,

a Fazenda Nacional apelou dessa decisão, só que a Defensoria Pública não foi intimada pessoalmente, razão pela qual a parte executada deixou de apresentar suas contrarrazões.

Nesse cenário, defende que o decisório rescindendo violou literal disposição de lei, qual seja o art. 44, inciso I, da Lei Complementar 80/94, afirmando que *o recurso de apelação da União, contra o qual não se possibilitou o oferecimento de contrarrazões pelo motivo ora elencado, foi acolhido pelo Tribunal, resultado este que poderia, se respondido o apelo, ser outro, já que a então executada teria oportunidade de alertar sobre a existência da prescrição do fundo de direito referente ao período de lançamento, em 25 de maio de 1996 até a efetiva citação pessoal da devedora em 20 de agosto de 2004, fl. 09.*

Ao fim, requer pronunciamento acerca da violação direta aos arts. 44, inciso I, da Lei Complementar 80/94, e 5º, inciso LV, da Constituição Federal; os benefícios da justiça gratuita; e a rescisão do acórdão atacado, para ser reconhecido o direito de a Defensoria Pública ser intimada pessoalmente para oferecer as contrarrazões ao recurso de apelação.

Decisão, fls. 106-107, com indeferimento liminar da petição inicial.

Decisão, fls. 113-114, em sede de agravo regimental, recebendo a inicial e indeferindo o pedido liminar de suspensão do processo de execução.

A Fazenda Nacional, em sua contestação, fls. 118-130, defende, preliminarmente, que o decisório atacado não se enquadra no conceito de sentença de mérito e que a presente rescisória é utilizada como substituto recursal. No mérito, aduz que, à luz do princípio da instrumentalidade das formas, não houve violação ao art. 44, inciso I, da Lei Complementar 80/94; que *todos os créditos cobrados na presente execução não se encontram atingidos pela prescrição, porquanto, a declaração (de rendimentos) foi entregue em maio de 1996 e a ação foi ajuizada em dezembro de 1996, dentro, portanto, do prazo prescricional, fl. 127;* que a demora na efetivação da citação não se deveu por fato imputável à Fazenda Nacional, incidindo *in casu* a Súmula 106 do Superior Tribunal de

Justiça; e que inexistente prova da alegada impenhorabilidade do numerário bloqueado.

Réplica à contestação, fls. 137-139, com a parte autora reiterando os termos da petição inicial.

Parecer do Ministério Público Federal, fls. 141-145, opinando pela procedência da rescisória, reconhecendo o direito de a Defensoria Pública ser intimada pessoalmente para oferecer as contrarrazões ao recurso de apelação.

Após manifestação da ré, fls. 241-250, acerca dos documentos juntados pela autora, fls. 148-238v, e cota do Ministério Público Federal, fl. 252, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

Ao Revisor.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

A rescisória em tela se alicerça na violação literal a dispositivo de lei, anunciado no inc. V do art. 485 da lei processual civil.

A violação apontada repousa no fato de, com o recurso da ora ré, nos autos da execução fiscal movida pela Fazenda Nacional, fls. 66-76, não ter a Defensoria Pública Federal, que assistia a ora autora, sido intimada pessoalmente do despacho de fl. 80.

O fato é verdadeiro. Há nos autos certidão da publicação do referido despacho de recebimento do recurso, fl. 81, e a certidão de não ter a parte interessada se manifestado no prazo devido, fl. 82.

Todo o arsenal de argumentos disparados pela autora repousa neste fato, traduzido, assim, na falta de intimação pessoal do Defensor Público Federal, em afronta ao inc. I do art. 44 da Lei Complementar 80, de 1994, a apregoar ser prerrogativa da Defensoria Pública da União *receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos.*



Literalmente, na comprovada falta de intimação da Defensoria Pública da União se coloca a violação literal a dispositivo de lei, motivo para a rescisória ser aclamada.

Não se discute o fato, pela notoriedade de sua ocorrência.

No entanto, a violação literal a dispositivo de lei não pode ser encarada de forma isolada, como se fosse uma norma autista, ou uma ilha solitária no meio do oceano. A violação se comunica e se limita com outros institutos processuais, e, entre eles, o mais importante, no caso, é o instituto do prejuízo que a falta de intimação causou a autora, de maneira que, a falta de intimação seria, assim, responsável pelo sol deixar de banhar o planeta Terra com seus raios. Desta forma, não seria uma violação isolada, matemática, burocrática, mas uma violação com prejuízos claros e notórios, possível de ocorrer quando o Defensor Público Federal deixa de ser intimado pessoalmente para, num feito, arrolar testemunhas que, conhecendo o fato em discussão no feito, trariam ao julgador elementos factuais suficientes para influenciar no rumo a ser dado na sentença.

Aqui, a autora se calca apenas na violação literal a dispositivo de lei, sem anunciar o prejuízo tido com a não oferta das contrarrazões ao recurso de apelação ofertado pela Fazenda Nacional. A intimação pessoal não foi realizada, como manda a referida Lei Complementar 80 e pronto, sem, ao menos, mostrar que, nas contrarrazões, traria o argumento chave, apto a demonstrar, sem dúvida alguma, à segunda instância, o acerto pleno e absoluto do julgado de primeiro grau, que lhe foi favorável, fls. 52-62.

Ou seja, a autora não arrola uma só razão atinente ao prejuízo que sofreu com a falta de intimação pessoal, salvo a própria omissão cartorária cometida pela 4ª Vara da Seção Judiciária de Sergipe.

A matéria discutida na decisão de primeiro grau que acolheu a exceção de pré-executividade alevantada pela ora autora se prende à *prescrição quinquenal do crédito tributário, cobrado no bojo da execução fiscal hostilizada*, nas pegadas da r. sentença, fl. 61, temática que a Primeira Turma, na Apelação / Reexame Necessário 9.532-SE, tendo o des. Francisco Cavalcanti como relator, acompanhado pelos Desembargadores José Maria de Oliveira Lucena

e Rogério Fialho Moreira, enfrentou, a proclamar que *na hipótese dos autos, deve ser considerada a data de entrega da declaração (24.05.1996). Assim, considerando que a execução fiscal foi ajuizada em 12.12.1996, infere-se que o lapso prescricional quinquenal a que se refere o art. 174 do CTN não restou configurado*, fl. 91.

Pois bem. Dentro da matéria discutida, não trouxe a autora, agora, com a rescisória, a menor referência ao fato, por exemplo, de ter a Primeira Turma decidido de forma contrária a posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da temática, ou de ter o julgado de segundo grau apontado para datas sem ressonância na realidade factual do caso em apreço.

Ou seja, a proclamação da violação seria apenas um meio para o feito retornar à vara de origem, a fim de a Defensoria Pública da União apresentar as suas contrarrazões e ser o feito remetido à Primeira Turma, onde receberia o mesmo julgamento, visto não ter sido nem ao menos arguido que o entendimento ali esposado, calcado em posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que *a Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF é forma de constituição do crédito tributário, dispensando-se a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia, podendo, inclusive, o débito declarado e não pago no prazo (ou pago a menor) ser imediatamente inscrito em dívida ativa*, fl. 91, à época do julgamento, em 4 de março de 2010, já estava alterado.

E neste aspecto, não deve ser desprezado o fato de a inicial da presente rescisória trazer a data de 13 de dezembro de 2010, fl. 13, de maneira a encarar a matéria pelo prisma que os tribunais consagravam no ano de 2010.

Ademais, a matéria discutida é eminentemente de direito, de maneira que, com ou sem as contrarrazões, a decisão da Primeira Turma não seria alterada.

Não enxergando na falta de intimação para a Defensoria Pública da União promover as suas contrarrazões, no caso, nenhum prejuízo à autora, não vejo, tampouco, como a violação a literal dispositivo de lei pode aqui acarretar a pertinência da pretensão embutida na presente rescisória, o que representaria o excesso de apego à forma em detrimento da sua substância.

Por este entender, julgo improcedente a presente ação.

Isento de custas processuais, por litigar sob os auspícios da Justiça Gratuita.

É como voto.

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 114.772-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA  
Agravante: OK IMÓVEIS LTDA.  
Agravados: UNIÃO E MUNICÍPIO DO RECIFE (PE)  
Advs./Procs.: RICARDO JOSÉ LUCAS PRAGANA FILHO E OUTRO (AGRTE.)

**EMENTA: ADMINISTRATIVO, CIVIL, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE CESSÃO DE TERRENOS DE MARINHA, PAGAMENTO PRÉVIO DE INDENIZAÇÃO OU SEU DEPÓSITO JUDICIAL EM SEDE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS E DE EXTRAÇÃO DE CÓPIAS DE AUTOS DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS PARA VIABILIZAÇÃO DA PLENA DEFESA. CABIMENTO.**

**- Insurgindo-se a demandante através de ação ordinária, não resta caracterizada, nos termos do artigo 105, inciso I, alínea b, da Constituição Federal, a competência do eg. Superior Tribunal de Justiça no processamento de ação em que, entre outros pontos, questiona-se validade de ato de cessão de terreno de marinha.**

**- A concessão de tutela antecipada deve ser deferida quando o direito do requerente se mostre verossímil e a demora da decisão venha a provocar dano irreparável ou de difícil reparação.**

**- Hipótese em que não se fazem presentes os**

**referidos pressupostos, não devendo ser acolhidos quaisquer dos pleitos antecipatórios (suspensão de eficácia de ato de cessão de terrenos de marinha, pagamento prévio de indenização ou condicionamento de imissão na posse ao depósito judicial de compensações), já que: a) não realizado aforamento, não há que se cogitar de quaisquer direitos de propriedade (domínio útil, especialmente) impeditivos da cessão promovida pela Secretaria do Patrimônio da União; b) não mais subsistente direito a aforamento, pois a ocupante apenas apresentou pleito de tal espécie após o decurso do lapso definido no artigo 104 do Decreto-Lei nº 9.760/ 46; c) ausentes direitos de propriedade e de aforamento, as frações dos imóveis em litígio qualificam-se como bens públicos, não se sujeitando, portanto, a desapropriação direta ou indireta; d) diante da mencionada insusceptibilidade à desapropriação, não deve ser admitida impugnação à cessão sob o argumento de que não se expediu a necessária declaração de utilidade pública dos bens ou de que se verificou sua caducidade; e) inexistente direito da recorrente a domínio útil, a Administração, a seu critério exclusivo, pode, nos termos do artigo 132 do citado Decreto-Lei nº 9.760/ 46, retomar os bens a qualquer tempo e deles dispor livremente, não se evidenciando, em princípio, sustentação para os pedidos de indenização; f) na remota hipótese de exsurgir entendimento judicial no sentido de que deve ser feita alguma compensação à agravante por benfeitorias nas parcelas públicas dos imóveis em disputa, existem diversos óbices ao requerido pagamento prévio/ depósito judicial de indenização (inexistência de uma base de cálculo precisa para apuração de valores, vedação à concessão de provimentos com caráter satisfativo,**

***impossibilidade de desconsideração da sistemática de precatórios nos pagamentos da Fazenda Pública e existência de gravames nos imóveis em discussão, v.g.); g) não demonstrada, a partir dos elementos reproduzidos nos autos do agravo, a existência de máculas nos procedimentos administrativos que culminaram nas cessões combatidas e presumivelmente legais e legítimos os atos da Administração, afasta-se a plausibilidade da tese de nulidade na cessão; h) eventual insurgência da recorrente quanto à possível exploração de parcela alodial dos bens em discussão não é matéria de competência da Justiça Federal, vez que, em assuntos de tal natureza, não há interesse da União.***

***- Independentemente, porém, da verossimilhança da argumentação da agravante, o devido processo legal há que ser observado, merecendo acolhida, portanto, apenas os pedidos de produção antecipada de provas (realização de perícias para apreciação de possíveis benfeitorias) e de extração de cópias dos autos dos processos administrativos relacionados ao caso.***

***- Agravo de instrumento parcialmente provido.***

## **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 parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 22 de março de 2012. (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 por OK Imóveis Ltda. contra decisão em que foram indeferidos pedidos de produção de prova pericial e de fornecimento de cópias de autos de procedimentos administrativos, bem como pleito de antecipação de tutela, com o qual se objetivava a suspensão da eficácia de cancelamento de regime de ocupação e de ato de cessão de terrenos de marinha ou o condicionamento da imissão na posse ao prévio pagamento/depósito judicial de indenização abrangente de direitos de domínio útil e benfeitorias.

A recorrente alega, em síntese, que estão presentes os pressupostos para a concessão antecipada dos efeitos da tutela, pois:

a) nos termos do Decreto-Lei nº 9.760/ 46, há duas categorias de ocupantes de imóveis da União: a categoria dos ocupantes sem direito de propriedade e a categoria dos ocupantes com direito de propriedade;

b) em razão do disposto nos artigos 105, inciso IV, e 131 do citado Decreto-Lei, não é mero ocupante de terrenos da União situados nas quadras “K” e “L” na Avenida Sul nesta Cidade, possuindo, como observado pelo jurista Pinto Ferreira em seu artigo “A Enfitese dos Terrenos de Marinha e a Desapropriação”, direito de propriedade pré-existente e independente de enfitese (direito a domínio útil), já que as áreas em disputa eram ocupadas antes de 1940;

c) na realidade, não há confusão entre seu direito de propriedade e seu direito de preferência a aforamento, salientando que, atendidos os requisitos legais, a Administração não pode rejeitar seus pleitos de aforamento;

d) em virtude dos mencionados direitos de propriedade e da efetiva adução de pedidos administrativos de aforamento, são nulas as cessões imobiliárias promovidas pela União em favor do Município do Recife, destacando que iniciativas desta espécie, sob pena de ofensa à prescrição constante do artigo 5º, inciso XXII, da

Constituição Federal, somente poderiam ser promovidas se regularmente realizados procedimentos de desapropriação, nos termos do Decreto-Lei nº 3.365/ 41 e da Lei Complementar nº 76/ 93;

e) não pode ser privada dos bens em discussão sem que se observe o devido processo legal e que se efetive, previamente, o pagamento das correspondentes indenizações abrangendo seus direitos por benfeitorias e domínio útil;

f) no caso em debate, não é possível a promoção de feitos expropriatórios, pois, na verdade, não foi expedida prévia declaração de utilidade pública envolvendo os bens em disputa e, ainda que tal declaração tivesse sido expedida, já teria havido caducidade;

g) há reconhecimento, pela Secretaria do Patrimônio da União (SPU) e pela Coordenação Jurídica do Patrimônio da União, de seu direito a indenização por benfeitorias.

Destacando a ocorrência de ilegalidades extremas e diversas (tentativa de confisco, especialmente), a agravante afirma, também, que:

a) há que se considerar que frações dos terrenos sobre os quais se controverte são alodiais, de maneira que não podem ser objeto de cessão pela União e que a privação de sua propriedade apenas pode ocorrer quando realizada desapropriação com o pagamento das indenizações cabíveis;

b) caso não se reconheça a nulidade das cessões operadas pela União, há que se observar que eventual futura imissão na posse pelo Município do Recife deve abranger, nos termos do artigo 4º da Lei Complementar nº 76/2003, a integralidade dos terrenos em disputa, pois não permaneceria seu interesse econômico na exploração das frações próprias.

Ao fim, a recorrente, ainda, aduz que seus pedidos de providências urgentes devem ser acolhidos, consideradas a necessidade evidente de produção antecipada de provas (realização de perícias para avaliação de benfeitorias, principalmente) e a importância do conhecimento do teor dos processos administrativos relacionados ao caso.

O pedido de concessão de efeito ativo ao recurso foi indeferido em decisão de fls. 268/ 269, contra a qual foi interposto agravo regimental (fls. 278/ 312).

Em decisão de fls. 333/ 335, o agravo regimental foi conhecido como pedido de reconsideração, deferindo-se parcialmente o pedido liminar tão-somente para se determinar a produção antecipada de provas e a apresentação de cópias dos autos de processos administrativos indicados.

Intimado, o Município do Recife apresentou contrarrazões em peça de fls. 272/ 277.

Às fls. 314/ 330, a União ofertou sua resposta ao recurso, ocasião em que sugeriu a incompetência da Justiça Federal, pugnando, no mérito, pelo improvimento da irresignação.

É o relatório.

## **VOTO**

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

A pretensão da agravante é formulada com o propósito de obter acolhida de pleitos de produção de prova pericial e de fornecimento de cópias de autos de processo administrativo, bem como de pedido de antecipação de tutela, com o qual objetivava a suspensão da eficácia de cancelamento de regime de ocupação e de ato de cessão de terrenos de marinha ou o condicionamento da imissão na posse ao prévio pagamento/ depósito judicial de indenização abrangente de direitos de domínio útil e de benfeitorias.

No exame do caso, constato que o recurso é digno de parcial provimento.

Antes de se passar ao exame do mérito deste agravo, é importante repelir afirmação feita pela União em sua resposta ao recurso: sugestão, com base em disposições do artigo 105, inciso I, alínea *b*, da Carta Magna atual, de incompetência da Justiça Federal, dada a finalidade última, com a presente irresignação, de criação de óbice a ato de Ministro.

De fato, resta estabelecida, no dispositivo mencionado, a competência do egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao proces-



samento de mandados de segurança e *habeas data* opostos contra ato de Ministro de Estado, *in verbis*:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

b) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal;

(...)

Em virtude das disposições *supra*, é evidente, porém, que não se revela a competência do eg. STJ no presente caso, pois a demandante, na busca pela prestação jurisdicional, utilizou-se de ação ordinária. Neste sentido, é válida a colação do seguinte aresto que, *mutatis mutandis*, assemelha-se à hipótese em discussão:

ADMINISTRATIVO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÕES EM AÇÃO ORDINÁRIA. ALVARÁ DE PESQUISA MINERAL. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. DECURSO DE PRAZO RECURSAL ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO JUDICIAL. SENTENÇA MANTIDA.

1. Trata-se de Remessa Oficial e Apelações em Ação Ordinária, opostas por Marcelle Leite Imperiano Toledo, às fls. 455/485, e pelo DNPM, às fls. 499/507, da sentença de fls. 434/449, do Exmo. Juiz Federal da 4ª Vara da Paraíba, Dr. EMILIANO ZAPATA DE MIRANDA LEITÃO, que: a) indeferiu a produção das provas requeridas pela litisconsorte passiva, Marcelle Imperiano Toledo, por ser a discussão dos autos referente apenas à legalidade do ato do DNPM, que anulou os Alvarás de pesquisa, cedidos à apelada; b) rejeitou as preliminares de coisa julgada e inadequação da via eleita; c) no mérito, deferiu a anulação dos Alvarás de Pesquisa nº 2.581/2003 e nº 2.582/2006, concedidos à Litisconsorte Passiva Marcelle Leite Imperiano Toledo, concluindo que, embora ilegal a decisão que indeferiu, em 1999, a concessão de alvarás de pesquisa à referida Litisconsorte Passiva, com motivação inverídica, qual seja, a interferência total com áreas prioritárias, já que a área pretendida estava desocupada desde 1997, não foi interposto, no prazo legal, pedido de reconsideração nem recurso administrativo, previstos no art. 196 do DL nº 227/67; d) o novo requerimento foi protocolado mais de dois anos após ter sido indeferido o pedido formulado pela Litis-

consorte Passiva; e) no ato de anulação das decisões, a administração não observou os princípios da boa-fé e da segurança jurídica.

2. A apelante Marcelle Leite Imperiano Toledo aduz que: a) houve cerceamento de defesa; b) existe coisa julgada em relação ao MS nº 2004.82.01.002768-6, extinto sem julgamento do mérito; c) não cabe ação ordinária contra ato de Ministro de Estado, que só pode ser impugnada via mandado de segurança perante o STJ, nos termos do art. 1057, I, *b*, da CF/88; d) foi indevida a exclusão da lide da Litisconsorte Passiva Mineração Boa Vista; e) é legal a anulação feita pelo DNPM, uma vez que a administração pode anular seus próprios atos, quando viciados, nos termos das Súmulas 346 e 473 do STF.

3. O DNPM sustenta que: a) os atos nulos devem ser invalidados e não são suscetíveis de convalidação; b) o DL nº 227/67 (art. 118), garante prioridade na autorização de pesquisa ao interessado que a tenha requerido em área considerada livre; c) no caso, é nulo o indeferimento do pedido de autorização de pesquisa de área considerada livre, formulado pela Litisconsorte Passiva Marcelle Imperiano, já que a motivação não correspondia à realidade.

4. Afasto as preliminares, pois: a) não há necessidade da produção de novas provas, por ser a questão unicamente de mérito; b) incorreu a coisa julgada material no MS nº 2004.82.01.002768-6, ante a sua extinção sem a resolução do mérito, sob o fundamento de ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora; c) não há legitimidade passiva da Mineração Boa Vista, nos moldes do art. 229, I, do DL nº 227/67, pois a titularidade do Alvará de Pesquisa nº 2.581/2006 é da Litisconsorte Passiva Marcelle Leite Imperiano Toledo, e o pedido de cessão dos referidos direitos, protocolado pela citada empresa, em 12/07/2006 (fl. 225), ainda não foi averbado; d) os atos dos Ministros de Estado estão sujeitos a exame pelo Poder Judiciário, cabendo à parte a escolha do meio em que vai atacar a decisão; se via mandado de segurança, a competência é do STJ, e na hipótese de ação ordinária, a competência é da Justiça Federal de Primeiro Grau. (TRF1 AC200333000260740. 8T. Rel. Des. Fed. Cleberon José Rocha (conv.). *DJF1*: 14/11/2008, p 435).

5. No mérito, observa-se que, embora existisse a prioridade da litisconsorte passiva, na obtenção da autorização

de pesquisa, requerida em 1999 e 2000, esta permaneceu inerte, deixando transcorrer em branco o prazo para a apresentação do pedido de reconsideração e do recurso administrativo, previstos no art. 19 do DL nº 227/67, tampouco recorreu à via judicial.

6. Remessa oficial e apelações improvidas. Sentença mantida.

(TRF 5ª R., 4ª T., APELREEX nº 4.213, rel. Des. Federal Hélio Sílvio Ourem Campos, DJE 01.12.2009, p. 365)

Feita esta breve digressão, volta-se à apreciação do objeto deste recurso.

Como observado pelo Magistrado que analisou o agravo regimental e conheceu esta irresignação como pedido de reconsideração, é necessário, independentemente da verossimilhança da tese da agravante, que se assegure o devido processo legal, garantindo-se à recorrente a coleta de todas as informações indispensáveis à sua defesa.

Deste modo, deve ser possibilitada a requerida produção antecipada de provas (realização de perícias para avaliação de hipotéticas benfeitorias indenizáveis, especialmente), bem como determinada, com custeio de suas despesas pela própria agravante, a extração de cópias dos autos dos processos administrativos relacionados ao caso presente.

Ultrapassado este ponto, observo, porém, que não assiste razão à recorrente quanto ao seus pleitos de antecipação dos efeitos da tutela, pois, para concessões desta espécie, é necessário o preenchimento de certos requisitos inscritos no art. 273 do CPC, quais sejam: a) prova inequívoca e verossimilhança das alegações; b) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou caracterização do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

*In casu*, não vislumbro a presença dos referidos pressupostos, já que, em princípio, não se mostra verossímil a tese de nulidade dos atos de cessão e de indevida subtração de propriedade, pois:

a) não se qualificando completamente como terrenos de marinha os imóveis em disputa e não detendo a União, portanto, sua

propriedade integral, é patente que a cessão que esta realizou em favor do Município do Recife não abrange a totalidade da área dos imóveis, limitando-se às frações qualificáveis como bens públicos;

b) limitadas pelo exposto, as questionadas cessões e não apresentados elementos que revelem que o Município do Recife, com amparo nas cessões referidas, pretende explorar frações alodiais dos bens em discussão, não resta demonstrada, de plano, a ocorrência de confisco ou de indevida subtração de propriedade privada, não havendo que se cogitar de ofensa às disposições constantes da Constituição Federal e do Decreto-Lei nº 3.365/41;

c) caso houvesse demonstração de intenção de exploração, pelo Município do Recife, de área não abrangida pelas cessões realizadas, o questionamento judicial desta hipotética exploração não poderia ser realizado na Justiça Federal, já que, não havendo disputa sobre bem federal, não haveria, nos termos do artigo 109, inciso I, da Carta Magna vigente, interesse da União em litígio desta espécie;

d) em oposição ao que afirma a agravante com supedâneo em argumentos expostos pelo insigne jurista Pinto Ferreira, sua ocupação, consoante elementos colacionados a estes autos, não origina direitos de propriedade (direito a domínio útil, especialmente), pois se trata, na verdade, de simples ocupação, já que, nos termos do presumivelmente constitucional Decreto-Lei nº 9.760/46, não subsiste, ultrapassado o lapso definido em seu artigo 104, direito preferencial a aforamento e que pedidos desta natureza apenas foram submetidos a SPU anos após o término de tal prazo, como demonstra, por exemplo, a peça de fl. 133;

e) ausente aforamento, inexistente direito da recorrente a domínio útil, de modo que as frações imobiliárias em disputa qualificam-se como bens públicos, sendo, pois, insusceptíveis de desapropriação direta ou indireta;

f) diante da já mencionada insusceptibilidade a desapropriação, não deve ser admitida, sob o argumento de que seria indispensável prévia declaração de utilidade pública, impugnação à cessão requerida pelo Município do Recife;

g) inexistente, pelo exposto, direito da recorrente a domínio útil, a Administração, a seu critério exclusivo, pode, nos termos do

artigo 132 do mencionado Decreto-Lei nº 9.760/ 46, retomar os bens a qualquer tempo e deles dispor livremente, não havendo, em princípio, sustentação para pedidos de percepção de quaisquer indenizações;

h) na remota hipótese de eventualmente exsurgir entendimento judicial no sentido de que alguma indenização cabe à recorrente pela realização de benfeitorias nas parcelas públicas dos bens em litígio, a pretensão de pagamento prévio não pode ser acolhida em virtude da indefinição, no momento atual, de uma base de cálculo para tais pretensas indenizações, da vedação à antecipação de provimentos com natureza satisfativa (Leis nº 8.437/ 92 e nº 9.494/ 97, e.g.), da necessidade de integral observância da sistemática de precatórios para os pagamentos devidos pela Fazenda Pública (artigo 100, § 9º, da Constituição Federal, especialmente) e da existência de gravames sobre um dos imóveis (ação repersecuratória e medida de sequestro, como revelam as peças de fls. 108 e 164), cuja subsistência não se pode precisar a partir das peças neste agravo reproduzidas;

i) o pedido de depósito judicial de indenizações não é digno de acolhida pelas mesmas razões impeditivas do êxito da pretensão de pagamento prévio, cabendo, ademais, o registro de que o mesmo também não se justifica em face da presunção de solvabilidade da União;

j) as peças reproduzidas nestes autos, ao contrário do que assevera a recorrente, não demonstram a existência de máculas nos procedimentos administrativos que culminaram nas cessões combatidas, devendo, portanto, ser rechaçada, diante da presunção de legalidade e legitimidade dos atos da Administração, a tese de sua nulidade.

Ilustrando parte do entendimento exposto neste voto, reproduz o julgado seguinte:

PROCESSO CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. TÍTULO DE PROPRIEDADE. PRESUNÇÃO RELATIVA. TERRENO DE MARINHA. DEMARCAÇÃO. EFEITOS DECLARATÓRIOS. ALIENAÇÃO A *NON DOMINO*. INEFICÁCIA. INDENIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO

I - A presunção inerente às certidões emitidas por Tabelião

do Registro de Imóveis é relativa e não prevalece diante da demarcação de terreno de marinha realizada pela Secretaria do Patrimônio da União na forma do Decreto-Lei nº 9.760/46.

II - Não há falar em “conversão” de imóveis alodiais em terrenos de marinha, pois a indigitada demarcação, que goza de presunção de legitimidade, produz efeitos declaratórios em relação ao domínio da União. Assim, a esta é ineficaz o título particular que transmite a propriedade de imóvel situado em área de terreno de marinha, pois se trata de alienação *a non domino*.

III - Não há necessidade de que a União ajuíze ação específica para o fim de anular os registros de domínio sobre imóveis que, desde o Brasil-Colônia, são bens públicos de sua propriedade. Assim é que o “título de propriedade devidamente transcrito no Registro de Imóveis” outorga aos seus donos apenas a “preferência ao aforamento”, nos termos do art. 105, item 1º, do Decreto-Lei nº 9.760/46. Enquanto não for constituído o aludido direito real, os ocupantes do imóvel não podem se eximir da cobrança da taxa correlata.

IV - A ocupação de terreno de marinha reveste-se de precariedade e se sujeita à revogação, independentemente de indenização, no exclusivo e discricionário juízo da Administração Pública, realizando-se sobretudo quando há interesse público na afetação da área.

V - A área em questão foi cedida ao BNH com evidente finalidade pública, já que se destinou à construção de habitações populares. Não há como possa a parte autora pretender indenização a partir da referida afetação, pois, como visto, o regime de enfiteuse de bens públicos tem por pressuposto de constituição a prévia constatação, em processo administrativo regular, de inadequação do imóvel a alguma finalidade que reverta em prol da coletividade.

VI - Não importa que o contrato de cessão só tenha sido estabelecido entre a União e o extinto BNH no ano de 1983, pois se revelou mera decorrência do regime de aforamento imposto anteriormente à área. É dizer, pela regra da *acção nata*, a pretensão se teria inaugurado pela constituição da enfiteuse, ato que, na visão da parte autora, revestiu-se de arbitrariedade.

VII - A presente ação só veio a ser proposta quando o quinquênio do Decreto nº 20.910/32 já se encontrava expirado

havia muito, do que resulta o acerto da decisão atacada, quanto à prescrição da pretensão indenizatória.

VIII - Recurso da autora conhecido e improvido. Recursos dos réus e remessa necessária conhecidos e providos.

(TRF 2ª R., 5ª T. Esp., AC nº 110210, rel. Des. Federal Vera Lúcia Lima, rel. p/ Acórdão Des. Federal, Mauro Luis Rocha Lopes, *DJU* 11.11.2008, p. 79).

Com estas considerações, dou parcial provimento ao agravo de instrumento, tão somente para possibilitar a requerida produção de provas e a extração de cópias dos autos dos processos administrativos indicados.

É como voto.

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 120.084-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO

Agravante: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE PERNAMBUCO - CREMEPE

Agravados: LUIZ GOMES DA ROCHA NETO E LUIZ GONZAGA GRANJA FILHO

Advs./Procs.: DRS. MARCELO GAMA ALVES E OUTROS (AGRTE.) E EDUARDO VASCONCELOS DOS SANTOS DANTAS E OUTROS (AGRDOS.)

***EMENTA: ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ENTEROPLASTIA PROPORCIONAL VALVULADA - EPV. CIRURGIA EXPERIMENTAL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA E CREMEPE. PROIBIÇÃO À REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.***

***- Agravo de instrumento contra provimento liminar que afastou os efeitos da decisão do CREMEPE contrário à realização de procedimento cirúrgico, denominado Enteroplastia Proporcional Valvulada - EPV, considerado de caráter experimental.***

**- De acordo com a Lei nº 3.268/57, o Conselho Federal de Medicina e os Conselhos Regionais de Medicina, dotados de personalidade jurídica de direito público, equiparados às autarquias, são órgãos supervisores da ética profissional em todo o País, atuam como julgadores e disciplinadores da classe médica, têm competência para editar normas, aplicar penalidades, exercer poder de polícia, com a finalidade inclusive de coibir práticas médicas ainda não autorizadas pelos órgãos competentes.**

**- Por sua vez, o Código de Ética Médica, no art. 124, dispõe ser vedado ao médico o uso experimental de qualquer tipo de terapêutica, ainda não liberada para uso no País, sem a devida autorização dos órgãos competentes e sem consentimento do paciente ou de seu responsável legal, devidamente informados da situação e das possíveis consequências.**

**- Considerando-se que o procedimento em análise não goza de autorização pelas entidades profissionais médicas, a proibição imposta pelo CREMEPE não se reveste de qualquer ilegalidade.**

**- Agravo de instrumento provido.**

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 3 de maio de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator



## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo CREMEPE - Conselho Regional de Medicina do Estado de Pernambuco contra decisão da lavra do MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco que, em ação ordinária, deferiu medida antecipatória de tutela, para suspender “os efeitos da decisão do CREMEPE, relativamente ao médico-autor, apenas para que ele submeta o primeiro autor à cirurgia denominada cirurgia de derivação biliopancreática, sem ressecção gástrica e sem exclusão duodenal, no Hospital da escolha do médico-autor ou de ambos e com a equipe médica e paramédica que o médico-autor escolher, ficando determinado ao CREMEPE que se abstenha de aplicar ao médico-autor e aos médicos e demais profissionais de saúde da sua equipe, bem como ao Hospital que escolher (em), qualquer penalidade, sob pena de ao CREMEPE ser aplicada multa diária, a ser fixada retroativamente à data do descumprimento desta decisão, sem prejuízo da responsabilização administrativa, civil e criminal do (s) seu(s) Conselheiro, inclusive do(a) Conselheiro(a)-Presidente que der causa a esse descumprimento”.

Alega a entidade agravante que instaurou inúmeros procedimentos administrativos, quer de ofício, quer mediante denúncias apresentadas por pacientes ou por seus familiares, contra a conduta do médico Luiz Gonzaga Granja Filho visando à apuração de fatos graves e aplicação da devida punição, ante os quais o Conselho Regional de Medicina de Pernambuco, de forma reiterada, insurge-se para coibir prática experimental, da qual são desconhecidos os efeitos.

Esclarece que por ocasião da Sindicância nº 121/09, já arquivada, foi firmado termo de ajustamento de conduta no sentido de coibir a prática de procedimento experimental denominado EPV-ENTEROPLASTIA PROPORCIONAL VALVULADA, a partir do qual o demandante, ora agravado: “a) compromete-se a não fazer propaganda e/ou comentários na mídia ou por qualquer outro meio de comunicação, da cirurgia denominada EPV - Enteroplastia Proporcional Valvulada, até aprovação da pesquisa em Comitê de éti-

ca em Pesquisa; b) compromete-se a cumprir na íntegra as exigências previstas na Resolução nº 196/96 do Conselho Nacional de Saúde, portanto, a cirurgia denominada EPV só poderia ser realizada após aprovação da pesquisa em Comitê de Ética em Pesquisa, credenciado pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa, seguindo rigorosamente o que está determinado no protocolo de aprovação; c) compromete-se a não aceitar o financiamento da pesquisa sob ônus dos sujeitos alvos da mesma, podendo a pesquisa ter fonte provedora, sem ônus aos pacientes.

Afirma que consta dos autos do Procedimento Ético Disciplinar nº 10/09, parecer da Câmara Técnica de Cirurgia Bariátrica, a respeito do procedimento criado pelo médico Luiz Gonzaga Granja Filho, em resposta aos quesitos formulados pelo Conselheiro instrutor: “1) A intervenção cirúrgica denominada ‘Enteroplastia Proporcional Valvulada’ não pode ser considerada uma ‘operação consagrada’ no armamentário terapêutico da cirurgia bariátrica e/ou metabólica. Não há na literatura publicações que dêem sustentação a este procedimento. O Conselho Federal de Medicina está repleto de normas, pareceres e resoluções sobre cirurgias experimentais e práticas terapêuticas não reconhecidas (Consultas CFM 5921/05, resolução 1499/98, CFM 1766/05 e CFM 1942.(...); 2) Não temos conhecimento que este tipo de cirurgia tenha sido analisado pelo CONEP ou Conselho Federal de Medicina e que atenda as exigências ético-científicas nos três níveis de evidência; 3) Esse tipo de cirurgia, submetendo-se como modelo de cirurgia disabsoativa, não é recomendada no meio médico, sociedades cirúrgicas e pelo próprio Conselho Federal de Medicina, pois determina complicações importantes a longo prazo, sendo considerada proscria (Res. CFM 1942). (...) e 4) É fato que alguns pacientes, pelo benefício precoce da operação estejam bastante satisfeitos, no entanto, talvez desconheçam os resultados e complicações desta operação à médio e longo prazos”.

Diz o ente agravante que foi proferido acórdão no referido procedimento ético disciplinar, sendo condenado o médico Luiz Gonzaga Granja Filho, segundo agravado, com aplicação da penalidade de suspensão do exercício profissional por até 30 (trinta) dias.

Acrescenta que, no julgamento do Procedimento Ético Disciplinar nº 37/11, foi acordado por unanimidade, pelo aludido Conselho Regional, a INTERDIÇÃO CAUTELAR PARCIAL do médico Luiz Gonzaga Filho, ora agravado, para realização de cirurgias do aparelho digestivo, em caráter experimental, ou seja, a EPV ou qualquer outra, pelo prazo de 180 dias, a contar de sua intimação, sendo mantida tal decisão, no julgamento do recurso, pelo Conselho Federal de Medicina.

Por derradeiro, sustenta que ao contrário do exposto na decisão do juízo singular, o exercício do poder de polícia administrativa tem como consequências mais conhecidas a restrição a direitos individuais, principalmente quando patente reiterada transgressão à norma de obrigatória observância pelo profissional submetido ao seu poder de fiscalizar.

Liminar substitutiva requerida e deferida (fls. 221/225).

Sem contrarrazões.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Trago à colação excerto da decisão na qual deferi a liminar substitutiva:

(...). Pelo que observo destes autos, o magistrado singular analisou a questão sob o enfoque do interesse individual do primeiro agravado de submeter-se à técnica cirúrgica experimental pelas mãos do segundo agravado e de sua equipe, afastando, com isso, a alegação do CREMEPE de que suas decisões são manifestações do poder de polícia, voltadas para preservação do interesse público.

E mais, o douto magistrado asseverou que o médico-autor “encontra-se, momentaneamente, e apenas cautelarmente (palavra utilizada na petição de manifestação do CREMEPE) impedido de concretizar essa pretensão para o público em geral, mas não privatisticamente, para um paciente específico, a pedido deste”.

Não vejo, contudo, a questão sob esse enfoque. Explico.

Na petição inicial da ação de origem, os demandantes alegaram que “Essa modalidade de cirurgia vinha sendo realizada pelo Segundo Demandante, LUIZ GONZAGA GRANJA FILHO, com grande êxito, no HOSPITAL PORTUGUES”.

No entanto, após uma Sindicância que demorou mais de um ano para ser concluída, o CREMEPE entendeu que a cirurgia, da maneira como era realizada, teria caráter “experimental”, resolveu SUSPENDER, de maneira cautelar, a realização não só desta, como de qualquer cirurgia gastrointestinal por parte do Segundo Demandante. E ainda, que a pena de suspensão aplicada pelo CREMEPE – e, importante ressaltar, mantida em grau de recurso pelo CFM –, “não foi precedida de nenhuma análise técnica (...)”.

Em suma, a pretensão dos autores, mais precisamente do primeiro autor, é de que seja autorizada, pelo Poder Judiciário, a realização de cirurgia experimental a despeito das decisões administrativas proibitivas emanadas do Conselho Regional de Medicina deste Estado e mantidas pelo Conselho Federal.

Ora, entendo que a pretensão deduzida na ação de origem não dispensa o exame, pelo Poder Judiciário, da legalidade dos atos do conselho profissional, que é o que este relator está autorizado a fazer.

Isso porque o risco de submeter-se a procedimento cirúrgico experimental é, de fato, do paciente, assim como a escolha do médico e de sua equipe. Acontece que, levada a questão à instância judicial, o magistrado não pode se furtar ao exame da legalidade do direito invocado.

Pois bem.

A Lei 3.268/57, nos seus arts. 1º, 2º e 15, elenca as atribuições dos Conselhos Regionais de Medicina, entre elas:

Art. 1º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina, instituídos pelo Decreto-Lei nº 7.955, de 13 de setembro de 1945, passam a construir em seu conjunto uma autarquia, sendo cada um deles dotado de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira.

Art. 2º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e

disciplinadores da classe médica, cabendo-lhe zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente.

Art. 15. (...)

c) fiscalizar o exercício da profissão de médico;

d) conhecer, apreciar e decidir os assuntos atinentes à ética profissional, impondo as penalidades que couberem; (...)

j) exercer os atos de jurisdição que por lei lhes sejam cometidos;

k) representar o Conselho Federal de Medicina sobre providências necessárias para regularidade dos serviços e da fiscalização do exercício da profissão.

Por sua vez, o artigo 124 do Código de Ética Médica de 1998, assim dispõe: É vedado ao médico:

Art. 124 - Usar experimentalmente qualquer tipo de terapêutica, ainda não liberada para uso no País, sem a devida autorização dos órgãos competentes e sem consentimento do paciente ou de seu responsável legal, devidamente informados da situação e das possíveis consequências.

Os conselhos profissionais são dotados de personalidade jurídica de direito público – equiparados às autarquias – com poder/dever de zelar pelo interesse público no exercício das profissões. Nesse passo, o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina têm a competência de editar normas, aplicar penalidades, exercer poder de polícia, com a finalidade inclusive de coibir práticas médicas ainda não autorizadas pelos órgãos competentes. Daí é que surgem duas indagações:

a) o conselho profissional pode aplicar penalidade a médico pelo exercício de terapêutica ainda não liberada para uso no país?

b) a cirurgia a qual pretende submeter-se o primeiro agravado é autorizada pelos órgãos competentes para realização em qualquer paciente neste país?

A resposta para a primeira pergunta é positiva. Para a segunda, é negativa.

Destarte, considerando que a penalidade de INTERDIÇÃO CAUTELAR PARCIAL aplicada ao médico Luiz Gonzaga Granja Filho, segundo agravado, para realização de cirurgias do aparelho digestivo, em caráter experimental, está pautada em norma legal e foi aplicada por autoridade pública competente; considerando, ainda, que a cirurgia à qual o primeiro agravado pretende se submeter não está autorizada pelos órgãos competentes para realização em qualquer paciente neste país, DEFIRO o pedido de liminar, para suspender os efeitos da decisão do juízo de primeiro grau. (...)

Com estas considerações, dou provimento ao agravo de instrumento.

## **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 4.621-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR  
Apelante: UNIÃO  
Apelados: FRANCISCO VIANA DE QUEIROZ E OUTROS  
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ FRANCISCO FERREIRA REBOUÇAS E OUTRO (APDOS.)

**EMENTA: APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. DIREITO À RETROAÇÃO DA APOSENTADORIA. VANTAGEM DO ART. 192 DA LEI 8.112/90. RECONHECIMENTO JURÍDICO. CONVERSÃO DA LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA EM PECÚNIA. E DEVOLUÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INDEVIDAMENTE PAGA. POSSIBILIDADE.**

**- O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 566.621-RS, declarou a inconstitucionalidade do art. 4º da LC 118/2005, estabelecendo que o prazo prescricional de cinco anos, a partir do recolhimento indevido (art. 3º) aplica-se às ações ajuizadas a partir da vigência da citada lei (9 de junho de 2005), como é o caso dos autos.**

**- No caso em tela, a ação foi ajuizada em 14 de julho de 2006, de forma que se aplica o disposto no art. 3º da LC 118/2005, segundo o qual o prazo prescricional da pretensão de repetição de indébito, estabelecido no art. 168, I, do CTN, tem como termo inicial o momento do pagamento antecipado do tributo sujeito à homologação, estando fulminados pela prescrição os valores recolhidos antes de 14 de julho de 2001.**

**- Considerando a informação prestada pela Coordenação de Recursos Humanos do Ministério da Justiça, todos os apelados já estavam aposentados em julho de 2001, à exceção de Grináura Vieira Franco, que se aposentou em 25.03.2005, única que tem parcelas a serem repetidas, uma vez que para os demais todas as parcelas foram atingidas pela prescrição.**

**- O prazo prescricional aplicável ao pedido de conversão da licença prêmio em pecúnia é aquele previsto no Decreto 20.910/32, por se tratar de vantagem de natureza administrativa, sendo correto adotar como termo a quo de sua contagem a data de aposentadoria do servidor, pois a partir desse instante, ao deixar de ser exercido o direito ao cômputo em dobro do tempo de licença não gozado para fins de aposentadoria, já se inicia a lesão ao seu direito à conversão em pecúnia de tal licença.**

**- Ocorre que no caso em exame esse direito só passou a ser possível com a decisão administrativa, datada de 2003, que reconheceu o direito ao tempo de serviço especial e o respectivo acréscimo de 20% no tempo de serviço, a ensejar a ausência de necessidade do cômputo da licença prêmio em dobro, de sorte que não tendo decorrido entre tal data e o ajuizamento da ação, em 2005, cinco anos, não se há de falar em prescrição de fundo de direito.**

**- Houve reconhecimento jurídico do pedido de**

**retroação da aposentadoria e da vantagem do art. 192 da Lei 8.112/90, sendo este último devido apenas àqueles que implementaram os requisitos para aposentadoria voluntária com proventos integrais antes da extinção de tal vantagem.**

**- Não obstante o art. 87 da Lei 8.112/90, na redação anterior àquela dada pela Lei 9.527/97, somente prever o direito a converter em pecúnia os períodos de licenças-prêmio já adquiridos e não gozados em favor dos beneficiários de pensão, deverá também ser passível a conversão desta em pecúnia em favor do próprio titular quando deixar de gozar desse direito, sob pena de locupletamento ilícito da Administração (Precedentes do STJ).**

**- É devida a restituição de contribuição previdenciária, a teor do art. 165 do CTN, quando verificado não existir causa a legitimar o seu recolhimento no período em que o servidor já poderia usufruir da aposentadoria e não exerceu tal direito em razão do reconhecimento tardio do tempo de serviço especial, e que, inclusive, a teor tanto da Emenda Constitucional 20/98, como da EC 41/2003, poderia ensejar o direito à percepção de abono de permanência.**

**- À exceção da restituição de valores que têm natureza tributária, para os quais os juros são fixados nos termos da legislação especial, nas demais condenações em favor dos servidores públicos há regramento próprio para os juros de mora no art. 1º-F da Lei 9.494/97, sendo devidos no percentual de 6% ao ano, a contar da citação, com a redação dada pela Medida Provisória 2.180-35/2001, até a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, a qual, por ser norma de natureza eminentemente processual, deve ser aplicada de imediato aos processos pendentes, de forma que, a partir de sua vigência, os juros de mora e a correção monetária serão devidos de acordo com os índices**



**oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança (Precedente do STJ em recurso repetitivo, REsp 1.205.946-SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 19/10/2011).**

**- Não provimento da apelação e parcial provimento da remessa oficial tão somente para reconhecer, no tocante à repetição de indébito, a prescrição dos valores recolhidos há mais de cinco anos do ajuizamento da ação, bem como para determinar, quanto aos valores devidos a título de conversão da licença prêmio em pecúnia, que os juros de mora sejam devidos no percentual de 6% ao ano, nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Medida Provisória 2.180-35/2001, até a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, a partir de quando, tanto a correção monetária quanto os juros de mora ficarão atrelados aos termos da referida lei.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo tombado sob o número em epígrafe, em que são partes as acima identificadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sessão realizada nesta data, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas que integram o presente, por unanimidade, negar provimento à apelação e dar parcial provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Relator.

Recife, 3 de abril de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE  
JÚNIOR - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR:

Trata-se de remessa oficial e de recurso de apelação interposto pela União, colimando a reforma da sentença de fls. 59-71,

na qual foi julgado procedente em parte a pretensão dos autos, assegurando-lhes: a) o direito a retroagir o ato de aposentadoria com base no acréscimo de 20% do tempo de serviço, reconhecido administrativamente; b) a repetição da contribuição previdenciária indevidamente recolhida no lapso compreendido entre a nova data da aposentadoria e aquela antes concedida; c) conversão em pecúnia da licença-prêmio não gozada; d) revisão da aposentadoria para crescer a vantagem do art. 192 da Lei 8.112/90, à exceção de Grináura Vieira Franco, que implementara tempo de serviço quando já extinta tal vantagem.

Aduz preliminar de prescrição de fundo de direito quanto ao pedido de conversão de licença prêmio em pecúnia, ao defender que o termo *a quo* para tal contagem deve ser o ato de aposentadoria, já tendo decorrido entre este e o ajuizamento da ação mais de cinco anos. No mérito, sustenta não ser devida tal condenação considerando que qualquer despesa que a União realize deve limitar-se aos créditos orçamentários, assim como a concessão de aumento ou vantagem aos funcionários públicos deve ter previsão no orçamento e na lei de diretrizes orçamentárias.

Sustenta não ser cabível o ressarcimento das contribuições previdenciárias, arguindo que o implemento do tempo de serviço não implica no imediato desligamento do servidor, além de estarem prescritas eventuais parcelas, pois já decorridos mais de cinco anos da data em que estavam no serviço ativo.

Requer, quanto aos juros de mora, a aplicação da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Medida Provisória 2.180-35/2001.

Para fins de prequestionamento requer manifestação expressa quanto aos arts. 37, *caput*, 167, § 1º, do art. 169 da Constituição Federal, além dos dispositivos da Lei 8.112/90.

Não houve contrarrazões.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR (Relator):

Princípio por analisar as preliminares de prescrição.

No tocante à restituição da contribuição previdenciária, que tem natureza tributária, o tema não comporta maiores discussões, haja vista o Supremo Tribunal Federal, em recurso submetido ao procedimento da repercussão geral (RE 566.621), ter firmado o entendimento de que a LC 118/2005 se aplica às ações ajuizadas a partir da vigência da citada norma, o que ocorreu em 09 de junho de 2005. O referido acórdão encontra-se assim ementado:

DIREITO TRIBUTÁRIO. LEI INTERPRETATIVA. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005. DESCABIMENTO. VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA *VACATIO LEGIS*. APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005.

Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN.

ALC 118/05, embora tenha se autoproclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido.

Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova.

Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação.

A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça.

Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguar-

dando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal.

O prazo de *vacatio legis* de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos.

Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário.

**Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.**

Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados.

Recurso extraordinário desprovido.

(STF, Pleno, RE 566621/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 4.8.2011, DJe 11.10.2011). (Grifos acrescidos)

No caso em tela, a ação foi ajuizada em 14 de julho de 2006, de forma que se aplica o disposto no art. 3º da LC 118/2005, segundo o qual o prazo prescricional da pretensão de repetição de indébito, estabelecido no art. 168, I, do CTN, tem como termo inicial o momento do pagamento antecipado do tributo sujeito à homologação.

Assim, estão fulminados pela prescrição os valores recolhidos antes de 14 de julho de 2001.

Considerando a informação prestada pela Coordenação de Recursos Humanos do Ministério da Justiça acostada à fl. 42, todos os apelados já estavam aposentados em julho de 2001, à exceção de Grináura Vieira Franco, que se aposentou em 25.03.2005, única que tem parcelas a serem repetidas, uma vez que para os demais todas as parcelas foram atingidas pela prescrição.

Para Grináura são devidas parcelas apenas no interstício entre a nova data de sua aposentadoria e a entrada em vigor da Emenda Constitucional 41, de 19.12.2003, a partir de quando os servidores inativos também passaram a contribuir para a previdência social.

Passo a analisar a preliminar de prescrição de fundo de direito quanto ao pedido de conversão da licença-prêmio não gozada em pecúnia, cuja natureza administrativa implica na subsunção ao Decreto 20.910/32.

Embora seja correto o entendimento de que o termo *a quo* do prazo prescricional se dá com a aposentadoria do servidor, pois a partir desse instante, ao deixar de ser exercido o direito ao cômputo em dobro do tempo de licença não gozado para fins de aposentadoria, já se inicia a lesão ao seu direito à conversão em pecúnia de tal licença, no caso em exame esse direito só passou a ser possível com a decisão administrativa, datada de 2003, que reconheceu o direito ao tempo de serviço especial e o respectivo acréscimo de 20% no tempo de serviço, a ensejar a ausência de necessidade do cômputo da licença-prêmio em dobro, de sorte que não tendo decorrido entre tal data e o ajuizamento da ação, em 2005, cinco anos, não se há de falar em prescrição de fundo de direito.

Passo à análise do mérito.

Primeiramente, quanto ao pedido de retroação da aposentadoria e à vantagem do art. 192 da Lei 8.112/90, a própria Administração reconheceu aos apelados tais direitos, sendo este último devido apenas àqueles que implementaram os requisitos para aposentadoria voluntária com proventos integrais antes da extinção de tal vantagem, de sorte que aplicável ao caso o reconhecimento jurídico do pedido.

Quanto à licença-prêmio, é de se esclarecer que referido direito estava previsto no art. 87 da Lei nº 8.112/90, que assegurava ao servidor, após cada quinquênio ininterrupto de serviço, 3 (três) meses de licença, a título de prêmio por assiduidade, com a remuneração do cargo efetivo.

Com o advento da Lei nº 9.527/97, tal licença fora extinta e criada em seu lugar a licença para capacitação, sendo, no entan-

to, preservado o direito adquirido do servidor, na forma a seguir delineada:

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

Parágrafo único. Fica resguardado o direito ao cômputo do tempo de serviço residual para efeitos de concessão da licença capacitação.

Não obstante a norma supra não tenha permitido ao próprio servidor, ainda em vida, converter em pecúnia os períodos de licenças-prêmio não gozados, nem utilizados para fins de contagem em dobro quando da aposentadoria, a jurisprudência pátria vem assegurando tal possibilidade, sob o entendimento de que, do contrário, haveria o locupletamento ilícito da Administração. Nesse sentido, verifiquem-se os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA-PRÊMIO. CONVERSÃO EM PECÚNIA. APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE.

Há direito à conversão em pecúnia das licenças-prêmio não gozadas e não contadas em dobro, quando da aposentadoria, sob pena de locupletamento ilícito da Administração. Nesse sentido: REsp 829.911/SC, Rel. Min. Paulo Gallotti, *DJU* de 18.12.2006. Agravo regimental desprovido.

(STJ, 5ªT, AGREsp nº 200800720376, rel. Min. FELIX FISCHER, *DJ* de 02/03/2009)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONVERSÃO DE LICENÇA NÃO USUFRUÍDA EM PECÚNIA. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. TERMO INICIAL: DATA DA APOSENTADORIA DO SERVIDOR. PRETENSÃO PRESCRITA. RECURSO DESPROVIDO.

1. É cabível a conversão em pecúnia de licença-prêmio adquirida antes da passagem do Servidor para inatividade e que não foi desfrutada, tendo em vista o princípio da vedação do enriquecimento sem causa.

2. Porém, de acordo com o entendimento já pacificado por esta Corte, a data da aposentadoria do Servidor é o termo inicial para a contagem do prazo prescricional quinquenal para requerer a conversão, independentemente do direito estar sendo requerido pelo próprio Servidor ou por seus beneficiários.

3. Agravo regimental desprovido.

(STJ, 5ª T, AROMS nº 27796, rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJ de 02/03/2009)

Obviamente não se trata aqui, como argui a apelante, de concessão de aumento ou vantagem a servidor público, mas tão somente de assegurar a este um direito já previsto na lei e que deixou de ser exercido, sob pena de locupletamento ilícito da administração.

Com relação à restituição da contribuição previdenciária, fazem jus os apelados à restituição, a teor do art. 165 do CTN, considerando que não existe causa que legitime o recolhimento da contribuição previdenciária no período em que o servidor já poderia usufruir da aposentadoria e não exerceu tal direito em razão do reconhecimento tardio do tempo de serviço especial, e que, inclusive, a teor tanto da Emenda Constitucional 20/98, como da EC 41/2003, poderia o servidor perceber o abono de permanência, que corresponde ao valor da contribuição previdenciária.

Nesse sentido, consultar o seguinte precedente:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EC 20/98, ARTIGO 8º, § 5º. SERVIDOR. TEMPO TRABALHADO APÓS COMPLETAR AS EXIGÊNCIAS PARA APOSENTADORIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ISENÇÃO.

Se o servidor contribuiu para a Previdência Social no período trabalhado além da data em que poderia ter se aposentado – o que não fez porque ao tempo do requerimento houve controvérsia a respeito da contagem do tempo de serviço, posteriormente dirimida em juízo a favor do servidor –, faz jus à devolução dos valores recolhidos, nos termos da isenção prevista no § 5º do artigo 8º da EC 20/98. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(STF, 2ª Turma, RE 568.377, rel. Min. EROS GRAU, v.u., j. 07.10.2008)

Quanto aos consectários da sucumbência, no particular da repetição de indébito, a Lei 9.250/96 assim dispõe sobre a correção monetária de indébito tributário:

§ 4º A partir de 1º de janeiro de 1996, a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada.

Assim, deve-se aplicar a taxa SELIC sobre os valores a serem restituídos a título de recolhimento indevido, a representar, simultaneamente, juros e atualização monetária, excluídos quaisquer outros indexadores, a partir do pagamento indevido. Neste sentido:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. RECURSO REPETITIVO JULGADO.

1. Segundo entendimento pacífico desta Corte, é aplicável a taxa Selic para a repetição de indébito tributário, a partir de 1º de janeiro de 1996, não cumulável com qualquer outro índice, porquanto engloba juros e correção monetária. Precedente: REsp 1.111.175/SP, julgado mediante a aplicação da sistemática prevista no art. 543-C do CPC e na Resolução STJ nº 08/2008 (recursos repetitivos).

2. Não se aplica o art. 1º-F da Lei 9.494/07 à hipótese, uma vez que não se trata de pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, mas sim de repetição de indébito em decorrência de verba de natureza tributária indevidamente recolhida.

3. Não se conhece da insurgência relativa à aplicação do Provimento nº 24/97 da Corregedoria Geral da Justiça Federal da 3ª Região, visto que o acórdão recorrido determinou a incidência da correção monetária pelos mesmos índices utilizados pela União na cobrança dos seus créditos tributários, sem questionar a utilização do citado provimento.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 200902096529, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, 01/09/2010)



No tocante ao apelo da União, com o fim de que os juros de mora, com relação aos valores devidos a título da conversão da licença prêmio em pecúnia, sejam reduzidos a 6% ao ano, verifico ausente interesse de agir, uma vez que assim já foi realizada a condenação pelo juízo *a quo*.

Por força da remessa oficial, no entanto, deverá ser observada, ainda, a partir de sua vigência a Lei 11.960/2009, tanto para fins de correção monetária quanto juros de mora.

Ao se defrontar sobre o marco temporal da aplicação da redação do art. 1º - F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Medida Provisória 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, 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, mv, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 18-11-2010)

Igual entendimento é de ser aplicado quando da entrada em vigor da Lei 11.960/2009, 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, decidiu em recurso repetitivo, nesses termos:

REPETITIVO. LEI Nº 11.960/2009. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA.

Trata-se de REsp sob o regime do art. 543-C do CPC e Res. nº 8/2008-STJ, em que se discute a possibilidade de aplicação imediata da Lei nº 11.960/2009 às ações em curso, em face da alteração promovida no art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997. O referido artigo estabeleceu novos critérios de correção monetária e de juros de mora a serem observados nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, quais sejam, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à

caderneta de poupança. A Corte Especial, ao prosseguir o julgamento, vencida, em parte, a Min. Maria Thereza de Assis Moura, conheceu do recurso e deu-lhe parcial provimento, consignando, entre outras questões, que a Lei nº 11.960/2009 é norma de natureza eminentemente processual e deve ser aplicada de imediato aos processos pendentes. Frisou-se não se tratar de retroatividade de lei, mas sim de incidência imediata de lei processual sob a tutela do princípio *tempus regit actum*, de forma a não atingir situações jurídico-processuais consolidadas sob o regime de lei anterior, mas alcançando os processos pendentes que se regem pela lei nova. Daí, concluiu-se que os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública, após a entrada em vigor da mencionada lei, devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente. Precedentes citados: EREsp 1.207.197-RS, DJe 2/8/2011, e EDcl no MS 15.485-DF, DJe 30/6/2011. REsp 1.205.946-SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 19/10/2011.

Com essas considerações, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial tão somente para reconhecer, no tocante à repetição de indébito, a prescrição dos valores recolhidos há mais de cinco anos do ajuizamento da ação, bem como para determinar, quanto aos valores devidos a título de conversão da licença prêmio em pecúnia, que os juros de mora sejam devidos no percentual de 6% ao ano, nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Medida Provisória 2.180-35/2001, até a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, a partir de quando, tanto a correção monetária quanto os juros de mora ficarão atrelados aos termos da referida lei<sup>1</sup>.

É como voto.

---

<sup>1</sup> Art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação da Lei 11.960/2009. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

## APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 12.771-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-  
LIANO  
Apelantes: MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY S/A - MSC  
E FAZENDA NACIONAL  
Apelados: OS MESMOS  
Adv./Proc.: DR. TAMY OLIVEIRA HATORI

**EMENTA: DIREITO ADUANEIRO E TRIBUTÁRIO. MERCADORIAS APREENDIDAS POR AUSÊNCIA DA DECLARAÇÃO DE MANIFESTO DE CARGAS NO SISCOMEX. MERCADORIAS DE PASSAGEM. AUSÊNCIA DE DANO CONCRETO AO ERÁRIO. RELEVAÇÃO DA PENA. APLICAÇÃO DAS MULTAS PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO ADUANEIRA. DECRETO Nº 6.759/09 (REGULAMENTO ADUANEIRO): ART. 712 (MULTA DE 1% SOBRE O VALOR ADUANEIRO DA MERCADORIA) E ART. 728, IV, E (MULTA DE R\$ 5.000,00).**

**- Foi constatada, pela fiscalização aduaneira, a existência de contêineres contendo cargas estrangeiras não manifestadas no siscomex, a bordo de embarcação internacional.**

**- Não há como se aferir, com exatidão, se houve intenção de ocultação dos contêineres para a realização de algum tipo de fraude, como alega a Fazenda, ou se ocorreu apenas “erro formal e sanável”, como afirma a impetrante.**

**- O fato é que a ausência da Declaração no SISCOMEX (falta de manifesto) da mercadoria classificada como Carga de Passagem - PAS não acarretará dano concreto ao erário uma vez que tais mercadorias não estão sujeitas a tributação no Brasil.**

**- A mercadoria encontrava-se no plano de cargas do navio transportador, com as informações detalhadas dos portos de origem e de destino e do conteúdo (lícito) dos contêineres, e a fiscali-**

**zação aduaneira teve acesso ao referido plano de cargas. Foi efetuada a retificação das informações no Siscomex.**

**- Possibilidade de relevação da pena de perdimento que se mostra desproporcional à infração cometida, assim como fere o Princípio da Razoabilidade, que deve nortear a atividade de fiscalização aduaneira. Previsão contida no Regulamento Aduaneiro (art. 737 do Decreto nº 6.759/09).**

**- Correto, portanto, o enquadramento legal proclamado pelo douto juiz a quo, nos moldes previstos no art. 712 do Decreto nº 6.759/09 (multa de 1% sobre o valor aduaneiro da mercadoria) e no art. 107, letra e, do Decreto-Lei nº 37/66 (multa no valor de R\$ 5.000,00), vez que impõe penalidade reduzida, na forma pecuniária, e se revela mais adequada à conduta praticada pelo transportador da carga.**

**- Não merece prosperar a arguição da empresa de que a multa de R\$ 5.000,00 não seria aplicável ao caso presente. O dispositivo legal foi reproduzido no art. 728 do Regulamento Aduaneiro, atualmente consolidado no Decreto nº 6.759/09, norma que “regulamenta a administração das atividades aduaneiras, e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior”. Veja-se que o art. 728 foi inserido no Capítulo III (“Das multas comuns à Importação e à Exportação”), ínsito no Título III (“Das Multas na Importação”), do Regulamento Aduaneiro, portanto, plenamente aplicável à relação jurídica aqui analisada.**

**- A Declaração vergastada consiste em obrigação acessória do transportador de cargas internacionais, destarte, a sua ausência configura infração de natureza formal e autônoma, o que possibilita a aplicação da multa legalmente prevista.**

**- A interpretação do texto legal que prevê a multa de R\$ 5.000,00 igualmente está a ensejar discussão entre os recorrentes. É que a Fazenda Nacional defende a tese de que a multa deveria incidir sobre cada carga que foi objeto da pena, enquanto o particular entende que a multa deve ser aplicada uma única vez, por cada veículo transportador, ou seja, por cada viagem.**

**- O dispositivo sob análise (art. 728 do Regulamento Aduaneiro) efetuou a previsão do valor da multa (R\$ 5.000,00), do ato antijurídico (“deixar de prestar informação sobre veículo ou carga nele transportada, ou sobre as operações que execute, na forma e no prazo estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil”) e da pessoa a ser penalizada (aplicada à empresa de transporte internacional, inclusive a prestadora de serviços de transporte internacional expresso porta a porta, ou ao agente de carga).**

**- Não foi expressamente consignado na norma que a importância deveria ser aplicada a cada carga transportada, e desta forma, não se pode emprestar interpretação extensiva a acarretar agravamento de penalidade pecuniária.**

**- Inteligência do artigo 112 do Código Tributário Nacional, que estabeleceu que em caso de dúvida, a norma que comina penalidade deve ser interpretada de maneira mais favorável ao acusado. E a dúvida neste caso é latente vez que inexistiu previsão expressa acerca da multiplicação do valor pecuniário fixado, pelo número de cargas transportadas.**

**- Possibilidade de cumulação de penas prevista no Regulamento Aduaneiro – art. 679 do Decreto nº 6.759/09.**

**- Apelação de MSC - Mediterranean Shipping Company S/A provida em parte apenas para aplicar a interpretação restritiva da multa prevista no art. 728 do Decreto nº 6.759/09 (Regulamento**

***Aduaneiro), que resulta na importância de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a ser aplicada uma única vez. Apelação da Fazenda Nacional e remessa necessária improvidas.***

## **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 de MSC - Mediterranean Shipping Company S/A, e negar provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa necessária nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 29 de março de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Mandado de Segurança impetrado por MSC - Mediterranean Shipping Company S/A com o objetivo de anular a pena de perdimento de mercadorias acondicionadas em 139 (cento e trinta e nove) contêineres, decretada pela Receita Federal do Brasil, ou, alternativamente, a conversão da pena em multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

As cargas foram embarcadas em porto estrangeiro (Argentina e Uruguai) e se destinavam ao exterior (Estados Unidos e Canadá). Estavam de passagem pelo Porto de Suape e foram apreendidas em face da ausência da declaração no SICOMEX CARGA, sistema de controle aduaneiro de cargas e embarcações da Receita Federal Brasileira.

As informações da autoridade impetrada foram apresentadas às fls. 383/407. O pedido liminar foi deferido em parte para determinar a liberação da mercadoria mediante o depósito prévio dos valores correspondentes à multa aplicada ao caso (fls. 475/482).

No parecer, o Ministério Público Federal opina pela concessão parcial da segurança no sentido de confirmar a liberação das mercadorias, porém, mediante o pagamento das multas previstas na legislação, como consequência da infração cometida (fls. 524/527).

A sentença concedeu em parte a segurança para relevar a pena de perdimento e determinar a aplicação das multas previstas no art. 712 do Decreto nº 6.759/2009 (Regulamento Aduaneiro), e no art. 107, letra e, do Decreto-Lei nº 37/1966 (com a redação dada pela Lei nº 10.833/2003), por haver formado o convencimento da boa-fé da empresa impetrante (fls. 530/535)

Ambas as partes apelaram pugnando pela reforma da sentença na parte em que se quedaram vencidas.

Na apelação, a MSC - Mediterranean Shipping Company S/A requer seja afastada a multa de 1% (um por cento) sobre o valor aduaneiro da mercadoria, sobejando a multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) prevista no art. 728, IV, alínea e, do Regulamento Aduaneiro (fls. 539/562).

A empresa impetrante discute, igualmente, a interpretação dada à multa supracitada pois pensa que a multa deve ser aplicada uma única vez por veículo transportador e por viagem, e não por quantitativo de despacho de exportação ou por cada contêiner, conforme determinado pela sentença *a quo*. As contrarrazões repousam às fls. 627/634.

A Fazenda Nacional interpôs apelação requerendo a reforma do julgado e a denegação integral da segurança (fls. 636/645). As contrarrazões repousam às fls. 650/674.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório. Dispensada a revisão.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-  
LIANO (Relator):

Para uma melhor compreensão da situação fática que envol-  
ve a matéria, transcrevo trechos das imputações contidas em um  
dos procedimentos administrativo-aduaneiro:

Durante a operação, foi constatada, pela fiscalização adu-  
aneira, a existência a bordo da embarcação referida de 13  
(treze) unidades de carga contendo cargas estrangeiras  
não manifestadas, aparentemente de passagem pelo terri-  
tório brasileiro. Foi lavrado, então, o correspondente Ter-  
mo de Constatação para registro do ocorrido (anexo 1, fl.  
34). Vale ainda destacar que o MSC NOA procedeu do  
exterior, das cidades de Buenos Aires e Montevideu e, antes  
de atracar em Suape, passou pelos portos de Rio Grande,  
São Francisco do Sul, Santos e Rio de Janeiro (anexo 3,  
fls. 51/67)

(...)

A) - Alegação do transportador:

Diz de início que a carga contida nos treze contêineres  
são de passagem, com origem em portos estrangeiros (Ar-  
gentina ou Uruguai) e destino também estrangeiro (Esta-  
dos Unidos ou Canadá), portanto, não estariam sujeitos  
ao pagamento de tributos, não ocorrendo, portanto, dano  
ao erário. Alega que tão logo tomou conhecimento que  
parte da carga de passagem não havia sido incluída no  
siscomex carga, providenciou a imediata retificação no sis-  
tema, com a imediata inclusão de todos os conhecimen-  
tos eletrônicos, sanando qualquer irregularidade;

(...)

- Comentário da fiscalização

(...)

O transportador alega falha operacional humana, de um  
funcionário de seu agente marítimo. Como saber se de  
fato o erro foi ou não intencional? Como saber se não se  
planejou algum tipo de fraude? O transportador internacio-  
nal deve ser zeloso ao escolher seu representante no Bra-  
sil, tendo em vista que o transporte de cargas deve obede-  
cer às normas brasileiras.

(...)



D) - Alegação do transportador

Finalmente, argumenta dizendo que as cargas estavam declaradas em documento do navio, tendo em vista que os contêineres retidos foram identificados através do plano de carga do navio MSC NOA.

(...)

- Comentário da fiscalização

De fato, a fiscalização aduaneira teve acesso ao plano de carga do navio. No entanto, é importante frisar que em momento algum o transportador MSC ou qualquer representante seu passou tais informações para a Receita Federal.

(...)

Durante a conferência física das cargas mencionadas, não foi constatada nenhuma irregularidade com as mercadorias em si, não se encontrando, a princípio, qualquer fraude aparente.

(...)

Não há como se aferir, com exatidão, se houve intenção de ocultação dos contêineres para a realização de algum tipo de fraude, como alega a Fazenda, ou se ocorreu apenas “erro formal e sanável”, como afirma a impetrante.

O fato é que a ausência da Declaração no SISCOMEX (falta de manifesto) da mercadoria classificada como Carga de Passagem - PAS<sup>1</sup> **não acarretará dano concreto ao erário** uma vez que tais mercadorias não estão sujeitas a tributação no Brasil.

Observo que a referida mercadoria encontrava-se no plano de cargas do navio transportador, com as informações detalhadas dos portos de origem e de destino da mercadoria, e do conteúdo (lícito) dos contêineres, e que a fiscalização aduaneira teve acesso ao referido plano de cargas, fato atestado pela autoridade impetrada às fls. 274/275.

Verifico, igualmente, que no mesmo dia o impetrante efetuou a retificação das informações com a inclusão dos contêineres no sistema (fls. 195/227).

---

<sup>1</sup> A Carga de Passagem é aquela que tem como origem e como destino portos estrangeiros, e o território nacional serve apenas como território de passagem.

Trago à colação o dispositivo legal que fundamentou a atuação da autoridade impetrada, para uma melhor análise acerca da matéria:

Decreto nº 37/66

Art. 105 - Aplica-se a pena de perda da mercadoria:

IV - existente a bordo do veículo, sem registro em manifesto, em documento de efeito equivalente ou em outras declarações

Decreto nº 6.759/09 (Regulamento Aduaneiro)

Art. 689 Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 105; e Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, *caput* e § 1º, este com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59):

IV - existente a bordo do veículo, sem registro em manifesto, em documento de efeito equivalente ou em outras declarações.

Há de ser observado que a pena de perdimento deve ser aplicada à mercadoria que estiver sem registro em manifesto, em documento equivalente ou em outras declarações, e, conforme já mencionado, a mercadoria encontrava-se descrita no plano de cargas do navio transportador e a autoridade aduaneira teve conhecimento de tal declaração.

Pactuo do entendimento da autoridade impetrada de que o **plano de cargas** não substitui o manifesto de cargas junto ao Siscomex, uma vez que o plano é relativo à própria logística do transporte das cargas, é documento privado de comunicação entre o operador portuário e o transportador. Já na declaração do Siscomex constam dados que qualificam e quantificam as mercadorias a bordo do veículo transportador, para fins fiscais, prestada no sistema da Secretaria da Receita Federal do Brasil

Contudo, tenho que o perdimento total da mercadoria vergastada se revela desproporcional à infração cometida, assim como fere o princípio da Razoabilidade, que deve nortear a atividade de fiscalização aduaneira.

Não há dúvidas de que a penalidade possui caráter punitivo e educativo e tem por escopo combater as infrações à legislação

tributária, entretanto, tal penalidade não pode se tornar veículo de afronta aos princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade e, inclusive, ao direito de propriedade (art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal).

Por outro lado, igualmente não restam dúvidas acerca da conduta antijurídica da impetrante ao deixar de prestar as declarações previstas na legislação aduaneira.

Por esta razão, penso haver sido correto o enquadramento legal proclamado pelo douto juiz *a quo*, nos moldes previstos no art. 712 do Decreto nº 6.759/09 (multa de 1% sobre o valor aduaneiro da mercadoria) e no art. 107, letra e, do Decreto-Lei nº 37/66 (multa no valor de R\$ 5.000,00), vez que impõe penalidade reduzida, na forma pecuniária, e se revela mais adequada à conduta praticada pelo transportador da carga, senão vejamos:

Art. 712. Aplica-se ao importador a multa correspondente a um por cento do valor aduaneiro da mercadoria, na hipótese de relevação da pena de perdimento de que trata o art. 737. (Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, art. 67, *caput* e parágrafo único)

Verifica-se que o próprio regulamento aduaneiro previu a possibilidade da relevação da pena de perdimento quando da incorrência de dano ao erário, em seu art. 737, cuja dicção é a seguinte:

Art. 737. A pena de perdimento decorrente de infração de que não tenha resultado falta ou insuficiência de recolhimento de tributos federais poderá ser relevada com base no disposto no art. 736, mediante a aplicação da multa referida no art. 712. (Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, art. 67)

Nesse diapasão, trago à baila julgado do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. MERCADORIA IMPORTADA. DANO AO ERÁRIO INEXISTENTE. PENA DE PERDIMENTO. INAPLICABILIDADE. PROPORCIONALIDADE.

1. Ausente a comprovação do dano ao erário, deve-se flexibilizar a aplicação da pena de perda de mercadoria estrangeira prevista no art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455/76.

2. Recurso especial improvido.  
(REsp 639252/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2006, DJ 06/02/2007, p. 286)

É de bom alvitre ressaltar que o Poder Judiciário pode exercer o controle da legalidade do ato administrativo, especialmente quando a sanção implicar em malferimento a direitos e princípios previstos na Carta Magna.

Passo à análise da multa prevista no art. 107, letra e, do Decreto-Lei nº 37/66, reproduzida no art. 728 do Regulamento Aduaneiro atualmente regido pelo Decreto nº 6.759/09; confira-se:

Art. 728. Aplicam-se ainda as seguintes multas (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 107, incisos I a VI, VII, alínea a e c a g, VIII, IX, X, alíneas a e b, e XI, com a redação dada pela Lei nº 10.833, de 2003, art. 77):

IV - de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais)

e) por deixar de prestar informação sobre veículo ou carga nele transportada, ou sobre as operações que execute, na forma e no prazo estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, aplicada à empresa de transporte internacional, inclusive a prestadora de serviços de transporte internacional expresso porta-a-porta, ou ao agente de carga.

Não merece prosperar a arguição da empresa de que tal dispositivo não seria aplicável ao caso presente. Referido dispositivo legal foi reproduzido no art. 728 do Regulamento Aduaneiro, atualmente consolidado no Decreto nº 6.759/09, norma que *“regulamenta a administração das atividades aduaneiras, e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior”*. Veja-se que o art. 728 foi inserido no Capítulo III (*“Das multas comuns à Importação e à Exportação”*), insito no Título III (*“Das Multas na Importação”*), do Regulamento Aduaneiro, portanto, plenamente aplicável à relação jurídica aqui analisada.

A Declaração aqui discutida consiste em obrigação acessória do transportador de cargas internacionais, destarte, a sua ausência configura infração de natureza formal e autônoma, o que possibilita a aplicação da multa prevista no texto legal adrede transcrito.

A interpretação deste artigo igualmente está a ensejar discussão entre os recorrentes. É que a Fazenda Nacional defende a tese de que a multa deveria incidir sobre cada carga que foi objeto da pena, enquanto o particular entende que a multa deve ser aplicada uma única vez, por cada veículo transportador, ou seja, por cada viagem.

Observo que o dispositivo sob análise efetuou a previsão do valor da multa (R\$ 5.000,00), do ato antijurídico (*“deixar de prestar informação sobre veículo ou carga nele transportada, ou sobre as operações que execute, na forma e no prazo estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil”*) e da pessoa a ser penalizada (*aplicada à empresa de transporte internacional, inclusive a prestadora de serviços de transporte internacional expresso porta-a-porta, ou ao agente de carga*).

Não foi expressamente consignado na norma que a importância deveria ser aplicada a cada carga transportada, e desta forma, tenho que não se pode emprestar interpretação extensiva a acarretar agravamento de penalidade pecuniária.

Rememore-se que o artigo 112 do Código Tributário Nacional estabeleceu que em caso de dúvida, a norma que comina penalidade deve ser interpretada de maneira mais favorável ao acusado. E a dúvida, neste caso, é latente, vez que inexistiu previsão expressa acerca da multiplicação do valor pecuniário fixado, pelo número de cargas transportadas.

Por outro lado, não merece prosperar a arguição do particular de que uma penalidade excluiria a outra. A pena prevista no art. 712 do Decreto nº 6.759/09 está sendo aplicada em face da relevação da pena de perdimento (ausência de dano concreto ao erário); por sua vez, a multa prevista no art. 107, letra e, do Decreto-Lei nº 37/66, está a ser aplicada em face do descumprimento da obrigação de prestar as declarações previstas na legislação aduaneira.

Infere-se do art. 679 do Regulamento Aduaneiro multicitado, que foi prevista a possibilidade de cumulação de penas quando se estabeleceu que *“apurando-se, no mesmo processo, a prática de duas ou mais infrações diferentes, pela mesma pessoa física ou*

*jurídica, aplicam-se cumulativamente, no grau correspondente, quando for o caso, as penalidades a elas cominadas”.*

Com essas considerações, dou provimento em parte à Apelação de MSC-Mediterranean Shipping Company S/A, apenas para aplicar a interpretação restritiva da multa prevista no art. 728, do Decreto nº 6.759/09 (Regulamento Aduaneiro), que resulta na importância de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a ser aplicada uma única vez. Apelação da Fazenda Nacional e remessa necessária providas.

É como voto.

## **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 16.223-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA  
Apelante: FAZENDA NACIONAL  
Apelado: SUCOS DO BRASIL S/A  
Advs./Procs.: DRS. FRANCISCO ALEXANDRE DOS SANTOS LINHARES E OUTROS

***EMENTA: TRIBUTÁRIO. IPI. MERCADORIAS EM BONIFICAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA. PRESCRIÇÃO. COMPENSAÇÃO. LIMITAÇÃO AOS RECOLHIMENTOS COMPROVADOS NO WRIT.***

***- O Plenário do col. STF, nos autos do RE 566621/RS, em 04/08/11, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC nº 118/05, tendo considerado que o novo prazo de cinco anos para a repetição de indébito tributário deve ser aplicado às ações interpostas após a sua vigência, que se iniciou em 09/06/05, tese, recentemente, albergada também no eg. STJ (AgRg no REsp 1265093-PR, DJe 13.09.2011).***

***- Hipótese na qual se acham fulminados pela prescrição os recolhimentos efetuados há mais de cinco anos, contados da propositura da ação.***

***- O valor das mercadorias dadas a título de boni-***

***ficção, assim como os descontos incondicionais concedidos pelo fabricante, não integra a base de cálculo do ICMS, tal como restou sedimentado na 1ª Seção do eg. STJ, sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1.111.156/SP, DJe 22/10/2009), entendimento perfeitamente aplicável ao IPI, visto poder ser o valor da operação da qual decorre a saída da mercadoria, a um só tempo, a base de cálculo de ambas as exações. Precedentes.***

***- Compensação antes do trânsito em julgado inviabilizada, ante a inteligência do art. 170-A do Código Tributário Nacional e a jurisprudência assentada pela 1ª Seção do eg. STJ.***

***- A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o REsp nº 1.111.164/SP submetido ao regime dos recursos repetitivos (art. 534-C do CPC), assentou a tese de que, em sede de mandado de segurança, é indispensável a comprovação dos recolhimentos indevidos quando o pedido envolve elementos da própria compensação ou outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação.***

***- Direito à compensação tão-somente quanto aos recolhimentos efetivamente comprovados nos autos.***

***- A SELIC já engloba os institutos da correção monetária e dos juros de mora, pelo que, a partir de 01/01/96, não há ensejo para incidência dos juros moratórios previstos no CTN, sob pena de ocorrência de bis in idem.***

***- Apelação e remessa oficial parcialmente providas. Agravo retido improvido.***

## **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 parcial provimento à apelação e à remessa oficial e negar provimento

ao agravo retido, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 22 de março de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Cuida-se de apelação e de remessa oficial de sentença prolatada pelo MM. Juiz Federal da 10ª Vara/CE que, nos autos de ação mandamental, concedeu a segurança, para reconhecer a inexistência de relação jurídica que obrigue o impetrante a recolher o IPI incidente sobre as operações de remessa de mercadoria em bonificação, assegurando-lhe a compensação/repetição, após o trânsito em julgado da sentença, dos valores recolhidos indevidamente nos últimos 10 anos anteriores à propositura da ação, com quaisquer tributos, vencidos ou vincendos, administrados pela Receita Federal do Brasil, atualizados pela SELIC, ressalvando-se à União o direito de aferir o montante dos créditos a serem compensados.

A Fazenda, em seu recurso, aduz, preliminarmente, a necessidade de conhecimento do agravo retido e a concessão de efeito suspensivo ao recurso. Após, suscita a ocorrência da prescrição do direito de pleitear a repetição do indébito (arts. 156, 165 e 168 do CTN c/c art. 3º da LC nº 118/05), sustentando, no mérito, a legalidade da inclusão na base de cálculo do IPI dos valores relativos aos descontos incondicionais, com arrimo no art. 14, § 2º, da Lei nº 4.502/64, na redação dada pela Lei nº 7.798/89, bem como a impossibilidade de repetição, sob o argumento de que o IPI é incorporado ao custo das mercadorias e suportado economicamente pelos consumidores finais. Por fim, alega que a eventual compensação deve dar-se na forma como prevê a Lei nº 9.430/96 c/c art. 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/07.

Contrarrazões.

É o relatório.



## VOTO

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (Relator):

A questão ora devolvida diz respeito à legalidade da incidência do IPI sobre as operações de remessa de mercadorias em bonificação.

Registro, inicialmente, que o pedido de concessão de efeito suspensivo à apelação resta prejudicado, uma vez que o processo já se encontra em fase de julgamento, nos termos do voto que passo a proferir.

Por outro lado, constato que o tema tratado no agravo de instrumento acostado às fls. 104/195, posteriormente convertido em retido, foi manejado contra a decisão liminar de fls. 50/61, de modo que seu teor coincide com o próprio mérito da demanda, de modo que será apreciado juntamente com este.

Feito tal registro, no que se refere ao tema alusivo à prescrição/decadência previsto na LC nº 118/05, destaco que o Plenário do col. STF, nos autos do RE 566621/RS, em 04/08/11, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC nº 118/05, considerou válido o emprego do prazo de cinco anos às ações ajuizadas a partir de sua vigência, que se iniciou em 09/06/05, reputando inconstitucional, apenas, a sua aplicação aos feitos propostos antes dessa data, julgado que restou assim ementado:

DIREITO TRIBUTÁRIO. LEI INTERPRETATIVA. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005. DESCABIMENTO. VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA *VACATIO LEGIS*. APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005.

Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se autoproclamado

interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de *vacatio legis* de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido. (Pleno, RE 566621/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 11.10.2011).

Entendimento que, recentemente, passou também a ser adotado pelo eg. Superior Tribunal de Justiça, consoante demonstra o julgado a seguir, transcrito na parte que interessa:

## TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO/COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO.

1. A jurisprudência do STJ albergava a tese de que o prazo prescricional na repetição de indébito de cinco anos, conforme a Lei Complementar nº 118/2005, somente incidiria sobre os pagamentos indevidos ocorridos a partir da entrada em vigor da referida lei, ou seja, 9.6.2005. Vide o REsp 1.002.032/SP, de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado de acordo com o regime dos recursos repetitivos (art. 543-C).  
2. No entanto, este entendimento restou superado quando, sob o regime de Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária realizada em 4 de agosto de 2011, no julgamento do Recurso Extraordinário 566.621/RS (acórdão não publicado), pacificou a tese de que o prazo prescricional de cinco anos definido na Lei Complementar nº 118/2005 incidirá sobre as ações de repetição de indébito ajuizadas a partir da entrada em vigor da nova lei (9.6.2005), ainda que estas ações digam respeito a recolhimentos indevidos realizados antes da sua vigência(...).  
Agravo regimental da EMPRESA improvido.  
(2ª T., AgRg no REsp 1265093-PR, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 13.09.2011)

Assim, com relação às ações ajuizadas a partir de 09/06/05 (inclusive), há de ser reconhecida a prescrição quinquenal da pretensão de pleitear a restituição/compensação de recolhimentos indevidos.

Na hipótese em exame, tendo a ação ordinária sido ajuizada em 06/05/2010 e almejando-se a restituição/compensação de valores indevidamente pagos, estão prescritos os créditos anteriores a 06/05/2005.

Adentrando no mérito propriamente dito da controvérsia, observo que o art. 46, II, do Código Tributário Nacional diz ser fato gerador do IPI a saída do produto do estabelecimento, enquanto sua base de cálculo será definida pelo “valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria”, tal como apregoa o art. 47 daquele *Codex*.

No que tange, especificamente, às operações de remessa de bonificações de mercadorias, alega a recorrente que a incidência do referido tributo acha-se autorizada pelo que dispõe o art. 14, § 2º,

da Lei nº 4.502/64, na redação dada pela Lei nº 7.798/89, preceito que assim foi glosado:

Art. 14. Salvo disposição em contrário, constitui valor tributável:

(...);

II - quanto aos produtos nacionais, o valor total da operação de que decorrer a saída do estabelecimento industrial ou equiparado a industrial.

§ 1º O valor da operação compreende o preço do produto, acrescido do valor do frete e das demais despesas acessórias, cobradas ou debitadas pelo contribuinte ao comprador ou destinatário.

§ 2º **Não podem ser deduzidos do valor da operação os descontos, diferenças ou abatimentos, concedidos a qualquer título, ainda que incondicionalmente.** (Redação dada pela Lei nº 7.798, de 1989) (Grifei)

Analisando referida norma, em contraste com as disposições do CTN, entendeu o magistrado sentenciante que a remessa de mercadorias em bonificação reveste-se de caráter não oneroso, tal como se dá com a concessão dos descontos incondicionais, posto que “as mercadorias são entregues ao comprador a título gratuito, nenhum valor resulta dessas operações (...)”. (fl. 215).

Penso que tal entendimento deve prevalecer.

Apreciando a questão sob a ótica da incidência do ICMS, entendeu o eg. Superior Tribunal de Justiça que o valor das mercadorias dadas a título de bonificação, assim como os descontos incondicionais concedidos, não integra a base de cálculo daquele tributo.

A esse respeito, foi, inclusive, editada a Súmula nº 457 com o seguinte teor:

Súmula nº 457. Os descontos incondicionais nas operações mercantis não se incluem na base de cálculo do ICMS.

No que tange à bonificação, há pronunciamento daquela Augusta Corte em sede de recurso representativo da controvérsia:

TRIBUTÁRIO. ICMS. MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO. ESPÉCIE DE DESCONTO INCONDICIONAL.

INEXISTÊNCIA DE OPERAÇÃO MERCANTIL. ART. 13 DA LC 87/96. NÃO INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO.

1. A matéria controvertida, examinada sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, restringe-se tão somente à incidência do ICMS nas operações que envolvem mercadorias dadas em bonificação ou com descontos incondicionais; não envolve incidência de IPI ou operação realizada pela sistemática da substituição tributária.

**2. A bonificação é uma modalidade de desconto que consiste na entrega de uma maior quantidade de produto vendido em vez de conceder uma redução do valor da venda. Dessa forma, o provador das mercadorias é beneficiado com a redução do preço médio de cada produto, mas sem que isso implique redução do preço do negócio.**

3. A literalidade do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96 é suficiente para concluir que a base de cálculo do ICMS nas operações mercantis é aquela efetivamente realizada, não se incluindo os “descontos concedidos incondicionais”.

**4. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que o valor das mercadorias dadas a título de bonificação não integra a base de cálculo do ICMS.**

5. Precedentes: AgRg no REsp 1.073.076/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25.11.2008, *DJe* 17.12.2008; AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 935.462/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, *DJe* 8.5.2008; REsp 975.373/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15.5.2008, *DJe* 16.6.2008; EDcl no REsp 1.085.542/SP, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 24.3.2009, *DJe* 29.4.2009. Recurso especial provido para reconhecer a não-incidência do ICMS sobre as vendas realizadas em bonificação. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça. (1ª Seção, REsp 1111156, Relator Min. Humberto Martins, *DJE* 22/10/2009) (Grifei)

Em que pese aplicável ao ICMS, penso ser perfeitamente adequado emprestar-se a mesma solução ao caso ora sob exame, visto poder ser o valor da operação da qual decorre a saída da mercadoria, a um só tempo, a base de cálculo do ICMS e do IPI, tal como já restou decidido por aquela Corte Superior:

TRIBUTÁRIO. IPI. BONIFICAÇÃO. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO.

1. As bonificações, graciosamente concedidas aos clientes do contribuinte, não integram a base de cálculo do IPI, que, nos termos dos artigos 46, II, e 47, II, a, do Código Tributário Nacional, é o “valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria”. Ensinamentos doutrinários. Precedentes.

2. Recurso especial improvido. (2ª T., REsp 872365, Relator Min. Castro Meira, *DJ* 01/12/2006, p. 298)

A esse respeito, trago, ainda, o precedente a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. DESCONTOS INCONDICIONAIS E BONIFICAÇÕES. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O art. 557 do Código de Processo Civil possibilita ao relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, os descontos incondicionais e bonificações devem ser excluídos da base de cálculo do IPI.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(TRF - 1ª R., 8ª T., AGA 200601000130481, Relator(a) Desembargadora Federal Maria Do Carmo Cardoso, *e-DJF* 106/06/2008, p. 642)

No que tange à compensação pretendida, registro que a recorrente, empresa devotada à industrialização de produtos (fl. 18), detém legitimidade para formular tal pleito, na esteira da jurisprudência pátria, como se infere do julgado abaixo transcrito:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. DESCONTOS INCONDICIONADOS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS. ILEGITIMIDADE *AD CAUSAM*. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA.

1. Sendo o IPI um tributo recolhido pelos produtores industriais, somente esses, por serem os contribuintes de direi-

to, possuem legitimidade ativa para questionar em juízo o sistema de apuração do mesmo.

2. A parte autora é empresa que atua na distribuição e revenda de bebidas e não na industrialização das mesmas e, por essa razão, não tem legitimidade para figurar no polo ativo da presente *actio*.

3. O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 903.394-AL – representativo de controvérsia, art. 543-C, do CPC – assentou que o “contribuinte de fato” (*in casu*, distribuidora de bebida) não detém legitimidade ativa *ad causam* para pleitear a restituição do indébito relativo ao IPI incidente sobre os descontos incondicionais, recolhido pelo “contribuinte de direito” (fabricante de bebida), por não integrar a relação jurídica tributária pertinente.

4. Apelação provida, para extinguir o feito sem julgamento de mérito.

(TRF - 5ª R., 1ª T., AC 477137, Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, DJE 25/02/2011)

Verifico também que ao caso não se aplica o comando inserido no art. 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007, visto que ali veda-se apenas a compensação, com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal, das contribuições previstas nas alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/91, ao passo que nesta ação pleiteia-se compensar tributo diverso (IPI).

Há de ser observada, ainda, a regra contida no art. 170-A do CTN, que dispõe ser vedada a compensação tributária antes do trânsito em julgado da sentença. E nem poderia ser de outra forma. Afinal, não considero plausível a compensação de valores que estão sendo alvo de discussão judicial. Também nesse sentido é o art. 74 da Lei nº 9.430/96, seja na sua redação original seja na atual, dada pela Lei nº 10.637/02.

Ainda sobre o tema alusivo à compensação, reexaminando a matéria, entendo imprescindível para tanto a prova pré-constituída dos pagamentos tidos por indevidos, sempre que necessário juízo sobre elementos da própria compensação (como o reconhecimento do indébito tributário que lhe serve de base, acréscimos de juros e correção monetária, inexistência de prescrição). Dessa forma, fica o impetrante limitado a compensar os recolhimentos efetivamente comprovados nos autos.

Nesse sentido o entendimento pacificado na 1ª Seção do eg. Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.111.164/BA, examinado sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, como adiante se vê:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPETRAÇÃO VISANDO EFEITOS JURÍDICOS PRÓPRIOS DA EFETIVA REALIZAÇÃO DA COMPENSAÇÃO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE.

1. No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na súmula 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da “condição de credora tributária” (EResp 116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998).

**2. Todavia, será indispensável prova pré-constituída específica quando, à declaração de compensabilidade, a impetração agrega (a) pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação). Nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar. Precedentes da 1ª Seção (EResp 903.367/SP, Min. Denise Arruda, DJe de 22.09.2008) e das Turmas que a compõem.**

3. No caso em exame, foram deduzidas pretensões que supõem a efetiva realização da compensação (suspensão da exigibilidade dos créditos tributários abrangidos pela



compensação, até o limite do crédito da impetrante e expedição de certidões negativas), o que torna imprescindível, para o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado, a pré-constituição da prova dos recolhimentos indevidos.

4. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

(STJ, 1ª Seção, REsp 1111164/BA, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 25/05/2009). (Grifei)

Assim, *in casu*, fica o impetrante limitado a compensar os recolhimentos efetivamente comprovados nos autos.

Quanto à SELIC, prevista na Lei nº 9.250/95, registro que já engloba os institutos da correção monetária e dos juros de mora, pelo que, a partir de 01/01/96, termo *a quo* para a aplicação da referida taxa, não há ensejo para incidência dos juros moratórios previstos no Código Tributário Nacional, sob pena de ocorrência de *bis in idem*.

Sobre o tema, destaco julgado da Primeira Seção do STJ, na parte que interessa:

(...)

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO E RESTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. FIXAÇÃO DE CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS. EXECUÇÃO. INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC. OFENSA À COISA JULGADA.

1. A aplicação da taxa SELIC em fase de liquidação de sentença que fixou os juros da mora em 1% antes de 1º de janeiro de 1996 (artigo 39, parágrafo 4º, da Lei nº 9.250/95) ofende a coisa julgada, por se decompor a aludida taxa em juros reais e índice de inflação, não podendo ser acumulada com qualquer outro índice.

2. Embargos de divergência rejeitados.

(REsp 200901937283, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 01/02/2011)

Importa frisar que, tendo a ação por objeto tão-somente a autorização da mencionada compensação, nada impede que a fiscalização da Fazenda Nacional atue junto ao contribuinte, em caso do encontro de contas não ser procedido nos estritos termos deste julgado.

Com essas considerações, nego provimento ao agravo retido e dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial, para declarar a prescrição dos valores recolhidos anteriormente ao quinquênio que antecede a propositura desta ação e limitar o direito à compensação tão só aos recolhimentos comprovados nos autos.

É como voto.

## **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 18.394-CE**

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL NILCÉA MARIA BARBOSA MAGGI (CONVOCADA)  
Apelantes: MONTE CARLO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. E UNIÃO (FAZENDA NACIONAL)  
Apelados: OS MESMOS  
Advs./Procs.: DRS. MANUEL LUÍS DA ROCHA NETO E OUTROS

**EMENTA: TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NFLD'S. AUTUAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA SOB O FUNDAMENTO DE OMISSÃO DE RECEITAS, DE DISTRIBUIÇÃO PRESUMIDA DE PRÓ-LABORE (RETIRADA IRREGULAR) E DE INTEGRAREM OS PAGAMENTOS RELATIVOS À ALIMENTAÇÃO DOS TRABALHADORES/EMPREGADOS (PARCELAS IN NATURA) O SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE INSCRIÇÃO DA EMPRESA NO PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR (PAT). CELEBRAÇÃO POSTERIOR DE PARCELAMENTO DA DÍVIDA FISCAL. DISCUSSÃO JUDICIAL ACERCA DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS OBJETO DO PARCELAMENTO. POSSIBILIDADE NO CASO EM TELA. EXISTÊNCIA DE PERÍCIA OFICIAL COMPROVANDO A INEXISTÊNCIA DO FATO IMPONÍVEL (OMISSÃO DE RECEITA). PREVALÊNCIA DA VERDADE MATERIAL SOBRE O FATO CONFESSADO. IMPOSSIBILIDADE DE O FATO CONFESSADO SE TRANS-**

**MUTAR EM FATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. PREJUDICIAL DE MÉRITO (DECADÊNCIA) ACOLHIDA RELATIVAMENTE À PARTE DA DÍVIDA. NO MÉRITO, TOTAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. FIXAÇÃO EQUITATIVA. ART. 20, § 4º, DO CPC. APELAÇÃO DA EMPRESA PROVIDA. APELAÇÃO DA UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS.**

**- Trata-se de apelações da empresa Monte Carlo Comércio de Alimentos Ltda. e da União (Fazenda Nacional), bem como de remessa obrigatória, em decorrência de sentença, às fls. 1093/1113, que, limitando a análise às questões de ordem jurídica, julgou procedente, em parte, o pedido da inicial para: 1) reconhecer a decadência dos créditos cujos fatos geradores ocorreram em momento anterior a janeiro/1999; 2) reconhecer como indevidos os valores cobrados na NFLD/DEBCAD nº 35613531-4; 3) retirar do parcelamento os valores atinentes à NFLD/DEBCAD nº 35.613.531-4; e 4) deferir, com base no art. 89 da Lei nº 8.212/91, a compensação dos valores indevidamente recolhidos. Diante disso, entendeu-se por caracterizada, na decisão recorrida, a sucumbência recíproca.**

**- Inicialmente, antes de se adentrar no mérito, mister se faz analisar a prejudicial de decadência, então suscitada. Ora, pode ser verificado às fls. 235/343, que houve recolhimento de contribuições previdenciárias, tributo sujeito a lançamento por homologação, nos períodos compreendidos pelas NFLDs/DEBCADs nºs 35.613.531-4 e 35.616.532-2, consubstanciando o chamado pagamento antecipado. Neste caso, conforme já pacificado pela jurisprudência pátria, deve ser aplicado o art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional (CTN), contando-se o prazo decadencial**

**quinquenal da ocorrência do fato gerador. Diante disso, datando as referidas NFLDs/DEBCADs de maio/2004, tem-se que, de fato, decaiu o direito de o Fisco Previdenciário promover qualquer lançamento relativo aos fatos geradores anteriores a maio/1999. Acolhida a prejudicial, passa-se à apreciação do mérito, em relação à cobrança das contribuições previdenciárias do período remanescente, não atingidas pela decadência.**

**- Ora, como se pode depreender dos autos, a presente ação, proposta em 05/07/2005, envolve a análise da cobrança de créditos tributários devidos à Seguridade Social, vinculadas às Notificações Fiscais de Lançamento de Débito (NFLDs/DEBCAD) nºs 35.613.531-4 e 35.616.532-2, objeto de pedido de parcelamento (Termo de Parcelamento de Dívida Fiscal - TPDF nº 60.305.706-3, às fls. 222/228), formulado em 19/04/2005.**

**- Nessa linha, conforme se pode inferir do Relatório Fiscal às fls. 90/105, referente à NFLD/DEBCAD nº 35.613.532-2, a autuação da autoridade fiscal decorreu da constatação de omissão de receita presumidamente praticada pela empresa, ora apelante, durante o período de fevereiro/1998 a dezembro/2003. Diante de tal situação, foi considerado que a receita omitida teria sido distribuída aos sócios, configurando o chamado pró-labore disfarçado (retirada irregular).**

**- Por sua vez, observa-se do Relatório Fiscal às fls. 191/193, referente à NFLD/DEBCAD nº 35.613.531-4, que a autuação da autoridade fiscal decorreu da constatação da existência de pagamentos relativos à alimentação dos trabalhadores/empregados (parcelas in natura), considerados como integrantes do salário de contribuição, em razão da ausência de inscrição da ora apelada no Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT). Registre-se, por oportuno, que o período**

**fiscalizado também foi de fevereiro/1998 a dezembro/2003.**

**- Na presente demanda a empresa Monte Carlo Comércio de Alimentos Ltda. busca, na prática, discutir os créditos tributários, objeto do parcelamento acima aduzido, alegando, no mérito, que: 1) não teria havido omissão de receita, uma vez que o suprimento de caixa da sociedade estaria plenamente justificado por empréstimos realizados por um de seus sócios, não se podendo, a seu turno, presumir a distribuição de pró-labore entre os sócios; 2) a omissão de receita com a finalidade de reduzir o lucro não caracterizaria fato gerador de contribuições previdenciárias; e 3) a alimentação fornecida a seus empregados não teria natureza salarial, motivo pelo qual não constituiria base de cálculo de contribuições previdenciárias.**

**- Na sentença recorrida, o magistrado a quo, diante da existência de parcelamento de dívida fiscal, em cujo termo (fls. 223/228) constam cláusulas de confissão de débito e de irretratabilidade, entendeu, citando arestos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que não haveria possibilidade de enfrentamento amplo da matéria debatida nestes autos, já que o aspecto fático (existência de omissão de receita, de distribuição de pró-labore disfarçado/retirada irregular, etc.), na hipótese vertente, seria incontroverso, em decorrência do reconhecimento da dívida pela empresa, ora recorrente.**

**- Entretanto, tem-se que a sentença deve ser reformada. É que a aplicação do posicionamento do STJ, segundo o qual a confissão da dívida impediria o questionamento judicial acerca da matéria de fato, em virtude da força vinculante da confissão e da cláusula de irretratabilidade, depende, como pressuposto lógico, da real e efetiva ocorrência do fato confessado. Do contrá-**

**rio, indevidamente se equipará a mera confissão do contribuinte ao fato gerador da obrigação tributária, o que não é possível, nem razoável.**

**- Ora, da leitura do Laudo Pericial inicial, às fls. 865/875, complementado pelas informações do Laudo Pericial complementar, às fls. 1057/1063, elaborados pelo auxiliar do Juízo, pode inferirse que restaram comprovadas a realização dos empréstimos alegados na inicial, a origem do capital emprestado, a utilização dos valores recebidos a título de suprimento de caixa nos pagamentos das despesas da empresa recorrente (entrega efetiva) e a capacidade econômica/financeira do(s) cedente(s). Diante disso, cai por terra a tese de omissão de receita, que lastreou a NFLD/DEBCAD nº 35.613.532-2, e, por via de consequência, a presunção de que tal receita teria sido distribuída aos sócios. Logo, também não se há de falar, na hipótese, de configuração de pró-labore disfarçado (retirada irregular). A nulidade da NFLD/DEBCAD nº 35.613.532-2, portanto, mostra-se cristalina e deve ser reconhecida nos presentes autos.**

**- Com efeito, havendo nos autos prova inequívoca, produzida pelo Perito Oficial, de que não foi caracterizada a omissão de receita, ou seja, de que o fato imponível inexistiu, em prestígio à verdade material, deve o(a) magistrado(a) analisar amplamente a matéria posta em juízo, sob pena de se fazer prevalecer, como dito, o confessado sobre o verdadeiro. Na realidade, no caso concreto, não podem ser desconsiderados os préstimos do Perito Oficial, que gozam de presunção de veracidade, em razão da equidistância dos interesses das partes, do contrário a empresa recorrente será indevidamente tributada por fato inexistente. Registre-se, neste ponto, que a União (Fazenda Nacional) não conseguiu, com**

**sua impugnação ao laudo oficial, às fls. 1045/1052, elidir/infirmar as conclusões do Perito do Foro, especialmente quando se observam os pertinentes esclarecimentos prestados pela recorrente às fls. 1069/1070.**

**- Por outro lado, no que diz respeito à NFLD/DEBCAD nº 35.613.531-4, melhor sorte não tem a União (Fazenda Nacional). É que o STJ e esta Corte já sedimentaram o entendimento de que, quando o próprio empregador fornece a alimentação aos seus empregados (pagamento in natura de auxílio-alimentação), caso dos presentes autos (fls. 481/696), não há incidência de contribuição previdenciária, dada a natureza não-salarial do benefício em tela, independentemente de a empresa comprovar ou não sua inscrição no PAT. Nesse passo, sendo indevidos os valores cobrados na NFLD/DEBCAD nº 35.613.531-4, esta também não pode subsistir.**

**- Assim, uma vez reconhecida a insubsistência da dívida fiscal, objeto das NFLDs/DEBCADs nºs 35.613.531-4 e 35.616.532-2, mister se faz anular, por consequência, o parcelamento vinculado ao Termo de Parcelamento de Dívida Fiscal - TPDF nº 60.305.706-3, do contrário ter-se-á o enriquecimento ilícito da parte recorrida.**

**- Por outro lado, sendo constatado o indébito tributário, deve ser assegurado à recorrente, em relação aos valores pagos em decorrência do deferimento do citado parcelamento (parcelas nºs 01 a 05), o direito à compensação tributária, nos termos do art. 89 da Lei nº 8.212/91, bem como, após o trânsito em julgado do presente decisor, o(a) levantamento/liberação dos valores por ela depositados em juízo.**

**- Por fim, em razão da total procedência do pedido inicial, deve a União (Fazenda Nacional) ser condenada, com base no art. 20, § 4º, do CPC, no pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a**

***título de honorários advocatícios sucumbenciais, fixados mediante apreciação equitativa, já observados o grau de dificuldade do feito e suas peculiaridades.***

***- Precedentes do STJ e desta Corte.***

***- Apelação da empresa provida. Apelação da União (Fazenda Nacional) e remessa oficial improvidas.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação da empresa e negar provimento à apelação da União (Fazenda Nacional) e à remessa oficial, nos termos do voto da Relatora e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 10 de abril de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL NILCÉA MARIA BARBOSA  
MAGGI - Relatora Convocada

## **RELATÓRIO**

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL NILCÉA MARIA BARBOSA MAGGI (Convocada):

Trata-se de apelações da empresa Monte Carlo Comércio de Alimentos Ltda. e da União (Fazenda Nacional), bem como de remessa obrigatória, em decorrência de sentença, às fls. 1093/1113, que, limitando a análise às questões de ordem jurídica, julgou procedente, em parte, o pedido da inicial para: 1) reconhecer a decadência dos créditos cujos fatos geradores ocorreram em momento anterior a janeiro/1999; 2) reconhecer como indevidos os valores cobrados na NFLD/DEBCAD nº 35613531-4; 3) retirar do parcelamento os valores atinentes à NFLD/DEBCAD nº 35.613.531-4; e 4) deferir, com base no art. 89 da Lei nº 8.212/91, a compensação dos valores indevidamente recolhidos. Diante disso, entendeu-se por caracterizada, na decisão recorrida, a sucumbência recíproca.



A empresa Monte Carlo Comércio de Alimentos Ltda., em suas razões recursais, às fls. 1145/1166, aduziu, em síntese, que as NFLDs/DEBCADs nºs 35.613.532-2 e 35.613.531-4 e o parcelamento a elas relativo não se coadunariam com o ordenamento jurídico pátrio; que a prova pericial produzida, que constatou a não ocorrência de omissão de receita, não teria sido considerada pelo magistrado *a quo*; que teria sido, portanto, tributada uma base de cálculo não impositiva (omissão de receita); que não se discute nos autos apenas matéria fática, mas sim a existência de prova inequívoca quanto à inexistência de omissão de receita; que a suposta omissão de receita, a objetivar a diminuição do lucro a ser apurado, não constituiria base de cálculo para a apuração de contribuição previdenciária por via reflexa; que a mera confissão de dívida não poderia prevalecer sobre a verdade material; que a contagem do prazo decadencial deveria observar o disposto no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional (CTN), uma vez que teria havido recolhimento, ainda que insuficiente, de contribuição previdenciária nos períodos das NFLDs/DEBCADs em discussão; que não se haveria de falar em omissão de receita com fins de reduzir o valor devido a título de contribuições previdenciárias, conforme se poderia depreender do art. 77 da Instrução - INSS Normativa nº 100; que o suprimento de caixa, realizado pelos sócios e devidamente comprovado nos autos, inclusive por prova pericial, afastaria a caracterização de omissão de receita; que não poderia haver a presunção de distribuição automática aos sócios da receita eventualmente omitida, a fim de proceder à tributação reflexa; e que, após o trânsito em julgado de decisão a ela favorável, seria compatível, no caso, a compensação/restituição do que fora recolhido indevidamente, referente às parcelas de nºs 1 a 5, do parcelamento em discussão, bem como a liberação do montante depositado em juízo. Ao final, requereu o provimento do apelo para, com a reforma da sentença, julgarem-se procedentes os pedidos formulados na inicial.

A seu turno, a União (Fazenda Nacional), em sua apelação às fls. 1180/1187, sustentou que o fornecimento de alimentação sem o devido cadastramento no Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), instituído pela Lei nº 6.321/76, consubstanciando salário *in natura*, autorizaria a cobrança da contribuição social. Ao final, pugnou pelo provimento do recurso.

Contrarrazões apresentadas às fls. 1189/1199 e 1203/1208.

É o relatório.

## VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL NILCÉA MARIA BARBOSA MAGGI (Relatora Convocada):

Inicialmente, antes de se adentrar no mérito, mister se faz analisar a prejudicial de decadência, então suscitada. Ora, pode ser verificado às fls. 235/343, que houve recolhimento de contribuições previdenciárias, tributo sujeito a lançamento por homologação, nos períodos compreendidos pelas NFLDs/DEBCADs nºs 35.613.531-4 e 35.616.532-2, consubstanciando o chamado pagamento antecipado. Neste caso, conforme já pacificado pela jurisprudência pátria, deve ser aplicado o art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional (CTN), contando-se o prazo decadencial quinquenal da ocorrência do fato gerador. Diante disso, datando as referidas NFLDs/DEBCADs de maio/2004, tem-se que, de fato, decaiu o direito de o Fisco Previdenciário promover qualquer lançamento relativo aos fatos geradores anteriores a maio/1999. Colaciona-se precedente desta Segunda Turma, a fim de lastrear tal posicionamento:

**TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DECADÊNCIA. CINCO ANOS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. TERMO A QUO. DATA DO FATO GERADOR. TRIBUTOS PAGOS ANTECIPADAMENTE.**

1. Tendo em vista a natureza tributária das contribuições sociais e sendo a prescrição matéria reservada à lei complementar, não se aplica o disposto no art. 46 da Lei nº 8.212/91. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 08, afastando qualquer discussão a esse respeito.

**2. A decadência em executivo fiscal se dá no momento em que o Fisco perde o direito de efetuar o lançamento do respectivo crédito tributário. De acordo com o art. 173 do Código Tributário Nacional, a decadência é causa extintiva do crédito tributário, e o direito de constituir o crédito decai em 05 (cinco) anos, conforme reza o referido artigo.**

**3. Nesse contexto, cumpre observar que a jurisprudência**

dência do Superior Tribunal de Justiça “está orientada no entendimento de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação cujo pagamento não foi antecipado por contribuinte, deve ser aplicado o prazo quinquenal estabelecido no art. 173, I, do CTN” (AgRg nos EREsp 1061128/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Seção, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009).

4. Como os fatos geradores se deram de 09/1995 a 02/1999, o prazo decadencial teve como *dies a quo* as respectivas datas dos fatos geradores, para os casos em que houve recolhimento a menos dos créditos previdenciários, nos termos do art. 150,0 parágrafo 4º do CTN, e as datas pontuais de 01.01.1996 a 01.01.2000, ou seja, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, aperfeiçoando-se os *dies ad quem* em 31.12.2001 a 31.12.2005, para os casos decorrentes de inadimplemento integral das contribuições previdenciárias, nos termos do art. 173, I, do CTN.

5. Consideram-se fulminados pela decadência os créditos previdenciários cujos fatos geradores são de 1995 a 1998. Quanto aos créditos previdenciários que ocorreram em 1999, consideram-se caducos os decorrentes de pagamentos parciais antecipados, visto que a fluência do prazo decadencial ocorre a partir do fato gerador, por força do art. 150, parágrafo 4º, do CTN; e não decaídos, os lançamentos constitutivos de débito, decorrentes do integral inadimplemento dos créditos previdenciários, já que se conta o prazo decadencial quinquenal do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (ou seja, o lançamento poderia ter sido efetuado a partir da data do fato gerador), por força do art. 173, I, do CTN.

6. Indevida a condenação da apelante em honorários advocatícios, tendo em vista que a sucumbência recíproca importa com que o seu ônus seja dividido proporcionalmente entre ambas as partes (art. 21 do CPC).

7. Apelação e remessa oficial parcialmente providas para afastar a condenação da União em honorários advocatícios. (Negrito não original) (TRF 5ª REGIÃO. APELREEX - Apelação / Reexame Necessário 6.376. Relator: Des. Fe-

deral Francisco Barros Dias. Órgão julgador: Segunda Turma. DJE: 05/08/2010, página: 217. Decisão: Unânime)

Acolhida a prejudicial acima, passa-se, neste momento, à apreciação do mérito, em relação à cobrança das contribuições previdenciárias do período remanescente, não atingidas pela decadência.

Ora, como se pode depreender dos autos, a presente ação, proposta em 05/07/2005, envolve a análise da cobrança de créditos tributários devidos à Seguridade Social, vinculadas às Notificações Fiscais de Lançamento de Débito (NFLDs/DEBCAD) nºs 35.613.531-4 e 35.616.532-2, objeto de pedido de parcelamento (Termo de Parcelamento de Dívida Fiscal - TPDF nº 60.305.706-3, às fls. 222/228), formulado em 19/04/2005.

Nessa linha, conforme se pode inferir do Relatório Fiscal às fls. 90/105, referente à NFLD/DEBCAD nº 35.613.532-2, a autuação da autoridade fiscal decorreu da constatação de omissão de receita presumidamente praticada pela empresa, ora apelante, durante o período de fevereiro/1998 a dezembro/2003. Diante de tal situação, foi considerado que a receita omitida teria sido distribuída aos sócios, configurando o chamado pró-labore disfarçado (retirada irregular).

Por sua vez, observa-se do Relatório Fiscal às fls. 191/193, referente à NFLD/DEBCAD nº 35.613.531-4, que a autuação da autoridade fiscal decorreu da constatação da existência de pagamentos relativos à alimentação dos trabalhadores/empregados (parcelas *in natura*), considerados como integrantes do salário de contribuição, em razão da ausência de inscrição da ora apelada no Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT). Registre-se, por oportuno, que o período fiscalizado também foi de fevereiro/1998 a dezembro/2003.

Na presente demanda a empresa Monte Carlo Comércio de Alimentos Ltda. busca, na prática, discutir os créditos tributários, objeto do parcelamento acima aduzido, alegando, no mérito, que: 1) não teria havido omissão de receita, uma vez que o suprimento de caixa da sociedade estaria plenamente justificado por empréstimos realizados por um de seus sócios, não se podendo, a seu turno, presumir a distribuição de pró-labore entre os sócios; 2) a omissão de receita com a finalidade de reduzir o lucro não carac-

terizaria fato gerador de contribuições previdenciárias; e 3) a alimentação fornecida a seus empregados não teria natureza salarial, motivo pelo qual não constituiria base de cálculo de contribuições previdenciárias.

Na sentença recorrida, o magistrado *a quo*, diante da existência de parcelamento de dívida fiscal, em cujo termo (fls. 223/228) constam cláusulas de confissão de débito e de irretratibilidade, entendeu, citando arestos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que não haveria possibilidade de enfrentamento amplo da matéria debatida nestes autos, já que o aspecto fático (existência de omissão de receita, de distribuição de pró-labore disfarçado/retirada irregular, etc.), na hipótese em apreço, seria incontroverso, em decorrência do reconhecimento da dívida pela empresa, ora recorrente.

Entretanto, tem-se que a sentença deve ser reformada. É que a aplicação do posicionamento do STJ, segundo o qual a confissão da dívida impediria o questionamento judicial acerca da matéria de fato, em virtude da força vinculante da confissão e da cláusula de irretratibilidade, depende, como pressuposto lógico, da real e efetiva ocorrência do fato confessado. Do contrário, indevidamente se equiparará a mera confissão do contribuinte ao fato gerador da obrigação tributária, o que não é possível, nem razoável. Neste aspecto, merece ser destacado trecho da própria sentença recorrida (fl. 1097) que ampara este último entendimento, *in verbis*:

Diz-se que, em função do fato de que a obrigação tributária nasce da lei, e não da vontade das partes, **seria irrelevante o contribuinte ou responsável tributário acordar no sentido de que realmente ocorreram os fatos geradores apontados pela fiscalização, haja vista que se não houvesse, efetivamente, ocorrido o fato gerador ou tivesse o fato imponível ocorrido de forma diversa da confessada** ou mesmo se não houvesse lei válida que veiculasse a hipótese de incidência tributária ou os elementos necessários à quantificação do tributo, **não existiria, no plano jurídico, verdadeira obrigação tributária e, por conseguinte, o dever de pagar o tributo.** (*sic*) (Negrito não original)

Sobre o assunto, ganha relevo a doutrina do eminente tributarista Hugo de Brito Machado, que faz prevalecer a verdade material sobre o fato confessado, nos seguintes termos:

Assim, quando a norma contida na legislação pertinente ao parcelamento de dívidas tributárias diz que a confissão é irretratável, tal norma deve ser interpretada no sentido de que, uma vez feita a confissão, não pode o sujeito passivo da obrigação tributária desfazê-la simplesmente, retirando as afirmações que fizera sobre o fato. **Mas se se constata que o fato por ele confessado não ocorreu, ou não ocorreu tal como foi confessado, o que dá no mesmo, então poderá elidir os efeitos da confissão provando o erro.** Não se diga que essa interpretação torna a confissão inútil. De modo nenhum. A utilidade da confissão consiste em inverter o ônus da prova. Comprovado o fato pela confissão, fica a Administração Tributária dispensada de produzir qualquer outra prova do fato cujo acontecimento gerou a dívida tributária.

A interpretação da irretratabilidade em termos de absoluta impossibilidade de revogação implicaria atribuir-se à confissão da dívida tributária natureza contratual que ela não tem. Aliás, ainda que a confissão tivesse natureza contratual, não se poderia admitir que a dívida de tributo dela se originasse.

...

Do que foi aqui exposto podem ser extraídas as seguintes conclusões:

...

**c) havendo erro quanto ao fato confessado, e comprovado inequivocamente que o fato confessado não corresponde ao efetivamente ocorrido, tem-se de admitir a prevalência do verdadeiro sobre o confessado.**

**Em consequência, a confissão que a lei geralmente exige do contribuinte como condição para que a ele seja concedido o parcelamento tem valor bastante relativo. Não pode, de nenhum modo, ser tida como irretratável, no sentido de obrigar o contribuinte a pagar o tributo, ainda que indevido, apenas porque confessou. A confissão, mesmo solene e irretratável, não cria a obrigação tributária.<sup>1</sup> (*sic*) (Negrito não original)**

---

<sup>1</sup> Machado, Hugo de Brito. Comentários ao Código Tributário Nacional, v. 3, São Paulo: Editora Atlas, 2005, pp. 294/295)

Ora, da leitura do Laudo Pericial inicial, às fls. 865/875, complementado pelas informações do Laudo Pericial complementar, às fls. 1057/1063, elaborados pelo auxiliar do Juízo, pode inferir-se que restaram comprovadas a realização dos empréstimos alegados na inicial, a origem do capital emprestado, a utilização dos valores recebidos a título de suprimento de caixa nos pagamentos das despesas da empresa recorrente (entrega efetiva) e a capacidade econômica/financeira do(s) cedente(s). Diante disso, cai por terra a tese de omissão de receita, que lastreou a NFLD/DEBCAD nº 35.613.532-2, e, por via de consequência, a presunção de que tal receita teria sido distribuída aos sócios. Logo, também não se há de falar, na hipótese, de configuração de pró-labore disfarçado (retirada irregular). A nulidade da NFLD/DEBCAD nº 35.613.532-2, portanto, mostra-se cristalina e deve ser reconhecida nos presentes autos. Os precedentes abaixo lastreiam o entendimento aqui explicitado:

TRIBUTÁRIO. OMISSÃO. LUCRO. EMPRÉSTIMO FEITO PELO SÓCIO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. LANÇAMENTO DEVIDO. UTILIZAÇÃO DA TRD COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA. NÃO DEMONSTRAÇÃO. DEDUÇÃO. DESPESA OPERACIONAL. FALTA DE PROVA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

- **“O empréstimo feito pelo sócio à empresa de que faz parte, para suprimento de caixa, deve ficar cabalmente demonstrado, comprovando-se a origem do numerário e sua entrega efetiva, sob pena de se entender ser fictício para ocultar estouro de caixa” (TRF5, AC209624-SE, 4ª Turma, Rel. Desembargador Federal (Convocado) Paulo Machado Cordeiro, DJ data 12.05.2004).**

- Quanto aos demais argumentos do apelante, urge manter a sentença pelos seus próprios fundamentos, seja porque ausente qualquer demonstração de que a TRD estaria sendo utilizada como fator de correção monetária, seja porque o contribuinte, quanto à receita omitida, não provou ter suportado despesa operacional apta a autorizar a dedução pretendida.

- Apelação desprovida.

(Negrito não original) (TRF 5ª REGIÃO - AC - Apelação Cível - 367336 - Relator(a): Des. Federal Leonardo Resende de Martins (Convocado) - Órgão julgador: Segunda Turma - DJE: 09/10/2009, página: 97 - Decisão: Unânime)

TRIBUTÁRIO. DECRETO Nº 85.450/80 (RIR). OMISSÃO DE RECEITA. SUPRIMENTO DE CAIXA EFETUADO POR SÓCIOS DA EMPRESA, ATRAVÉS DE EMPRÉSTIMOS EFETUADOS À PESSOA JURÍDICA. COMPROVAÇÃO DA ORIGEM E DESTINO DE RECEITA. AUTO DE INFRAÇÃO. ANULAÇÃO.

**1. Comprovada a regularidade do suprimento de caixa, efetuado pelos sócios da empresa, através de laudo pericial, que detectou a origem e o destino da receita de empréstimo à pessoa jurídica, resta caracterizada a omissão de receita, tornando nulo o auto de infração.**

2. Manutenção da sentença impugnada que anulou o auto de infração e extinguiu o crédito tributário decorrente.

3. Apelação e remessa oficial improvidas.

(Negrito não original) (TRF 5ª REGIÃO. AC - Apelação Cível 190860. Relator(a): Des. Federal Rogério Fialho Moreira (Convocado). Órgão julgador: Primeira Turma - DJ: 30/09/2002, página: 1071. Decisão: Unânime)

Com efeito, havendo nos autos prova inequívoca, produzida pelo Perito Oficial, de que não foi caracterizada a omissão de receita, ou seja, de que o fato imponível inexistiu, em prestígio à verdade material, deve o(a) magistrado(a) analisar amplamente a matéria posta em juízo, sob pena de se fazer prevalecer, como dito, o confessado sobre o verdadeiro. Na realidade, no caso, não podem ser desconsiderados os préstimos do Perito Oficial, que gozam de presunção de veracidade, em razão da equidistância dos interesses das partes, do contrário a empresa recorrente será indevidamente tributada por fato inexistente. Registre-se, neste ponto, que a União (Fazenda Nacional) não conseguiu, com sua impugnação ao laudo oficial, às fls. 1045/1052, elidir/infirmar as conclusões do Perito do Foro, especialmente quando se observam os pertinentes esclarecimentos prestados pela recorrente às fls. 1069/1070.

Por outro lado, no que diz respeito à NFLD/DEBCAD nº 35.613.531-4, melhor sorte não tem a União (Fazenda Nacional). É que o STJ e esta Corte já sedimentaram o entendimento de que, quando o próprio empregador fornece a alimentação aos seus empregados (pagamento *in natura* de auxílio-alimentação), caso



dos presentes autos (fls. 481/696), não há incidência de contribuição previdenciária, dada a natureza não salarial do benefício em tela, independentemente de a empresa comprovar ou não sua inscrição no PAT. É o que se pode depreender dos arestos transcritos abaixo:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ALIMENTAÇÃO FORNECIDA PELO EMPREGADOR. PAGAMENTO *IN NATURA*. NÃO INCIDÊNCIA DA TRIBUTAÇÃO.

**1. O pagamento *in natura* do auxílio-alimentação (fornecimento de alimentação pela própria empresa) não sofre a incidência da contribuição previdenciária, por não possuir natureza salarial, esteja o empregador inscrito ou não no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT.** Precedentes do STJ.

2. Agravo Regimental provido.

(Negrito não original) (STJ - AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 333001 - Relator: Min. HERMAN BENJAMIN - Órgão julgador: SEGUNDA TURMA - *DJE*: 19/03/2009 - Decisão: Unânime)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO PAGO *IN NATURA*.

**1. O pagamento *in natura* do auxílio-alimentação, vale dizer, quando a própria alimentação é fornecida pela empresa, não sofre a incidência da contribuição previdenciária, por não possuir natureza salarial, esteja o empregador inscrito, ou não, no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, ou decorra o pagamento de acordo ou convenção coletiva de trabalho.** Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(Negrito não original) (STJ - AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 922781 - Relator: Min. CASTRO MEIRA - Órgão julgador - SEGUNDA TURMA - *DJE*: 17/02/2009 - Decisão: Unânime)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. REMESSA OFICIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO PAGO *IN NATURA*. NÃO INCIDÊNCIA.

**- A jurisprudência pacificada do STJ determina que sobre o auxílio alimentação, quando oferecido *in natura*, ou seja, sendo fornecida refeição pela empresa empregadora, não deverá incidir contribuição**

**previdenciária, pois não trata de verba com caráter salarial e, portanto, não integra a base de cálculo do tributo.**

- A empresa demandante na parte dedicada às causas de pedir, na petição inicial, cuidou tão somente de alegar o não cabimento de contribuição previdenciária sobre o auxílio alimentação *in natura*, motivo pelo qual o fundamento e o dispositivo da sentença apenas versaram sobre citado pagamento, excluindo a nulidade total de todo o crédito tributário, não transitando em julgado a análise de outras contribuições (SAT, SESC, SENAC, SEBRAE e INCRA) que integram a NFLD objeto dos autos.

- Remessa oficial não provida.

(Negrito não original) (TRF 5ª REGIÃO - REO - Remessa *Ex Officio* 429878. Relator: Des. Federal Paulo Gadelha - Órgão julgador: Segunda Turma. *DJE*: 22/06/2010, página: 50. Decisão: Unânime)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ALIMENTAÇÃO FORNECIDA PELO EMPREGADOR. PAGAMENTO *IN NATURA*. NATUREZA NÃO SALARIAL. NÃO INCIDÊNCIA DA TRIBUTAÇÃO. PRECEDENTES. APELAÇÃO PROVIDA.

**1. O pagamento *in natura* do auxílio-alimentação (fornecimento de alimentação pela própria empresa) não sofre a incidência da contribuição previdenciária, por não possuir natureza salarial, independentemente do empregador estar inscrito no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT.**

**2. Hipótese em que não há controvérsia quanto ao pagamento *in natura* do auxílio-alimentação. Dessa forma, tal parcela não integra o salário do trabalhador, o que inibe a cobrança da contribuição previdenciária em questão. Precedentes do STJ.**

**3. Apelação provida para reconhecer que a ajuda-alimentação *in natura* paga aos empregados não possui natureza salarial, e nessa condição não sofre a incidência da contribuição previdenciária, independentemente da adesão do empregador ao PAT.**

(Negrito não original) (TRF 5ª REGIÃO - AC - Apelação Cível - 435292 - Relator: Des. Federal Francisco Barros Dias - Órgão julgador: Segunda Turma - *DJE*: 04/03/2010, página: 429 - Decisão: Unânime)

Nesse passo, sendo indevidos os valores cobrados na NFLD/DEBCAD nº 35.613.531-4, esta também não pode subsistir.

Assim, uma vez reconhecida a insubsistência da dívida fiscal, objeto das NFLDs/DEBCADs nºs 35.613.531-4 e 35.616.532-2, mister se faz anular, por consequência, o parcelamento vinculado ao Termo de Parcelamento de Dívida Fiscal - TPDF nº 60.305.706-3, do contrário ter-se-á o enriquecimento ilícito da parte recorrida.

Por outro lado, sendo constatado o indébito tributário, deve ser assegurado à recorrente, em relação aos valores pagos em decorrência do deferimento do citado parcelamento (parcelas nºs 01 a 05), o direito à compensação tributária, nos termos do art. 89 da Lei nº 8.212/91, bem como, após o trânsito em julgado do presente *decisum*, o(a) levantamento/liberação dos valores por ela depositados em juízo.

Por fim, em razão da total procedência do pleito autoral, deve a União (Fazenda Nacional) ser condenada, com base no art. 20, § 4º, do CPC, no pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de honorários advocatícios sucumbenciais, fixados mediante apreciação equitativa, já observados o grau de dificuldade do feito e suas peculiaridades.

Ante o exposto, com base no art. 515, § 1º, do CPC, dá-se provimento à apelação da empresa Monte Carlo Comércio de Alimentos Ltda. e nega-se provimento ao apelo da União (Fazenda Nacional) e à remessa oficial, condenando-se esta última no pagamento de verba honorária advocatícia sucumbencial, fixada, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

É o voto.

## **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 20.769-SE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Apelado: JOSÉ SALVADOR DA SILVA CARVALHO  
Repte.: PROCURADORIA DO INSS  
Adv./Proc.: DRA. ELIZA FERNANDES MARQUES (APDO.)

***EMENTA: PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. DECADÊNCIA NÃO ACOLHIDA. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A UMA APOSENTADORIA PARA OBTENÇÃO DE OUTRA MAIS VANTAJOSA. DIREITO DISPONÍVEL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO E. STJ. APROVEITAMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS APÓS A APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PERCEBIDAS EM FUNÇÃO DA APOSENTADORIA ANTERIOR. TERMO INICIAL. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA Nº 111-STJ.***

***- Apelação e remessa obrigatória de sentença que julgou procedente o pedido da parte autora de concessão de um novo benefício de aposentadoria que lhe fosse mais vantajosa mediante o cancelamento da aposentadoria por tempo de contribuição com proventos proporcionais a que já fazia jus, com a devolução dos valores anteriormente percebidos a esse título, e com o pagamento das parcelas vencidas desde a data da citação válida.***

***- Afastada a aplicação do prazo de decadência na hipótese dos autos haja vista tratar-se o objeto da demanda da renúncia de uma aposentadoria para obtenção de uma outra mais favorável e não de um pedido de revisão do ato administrativo de concessão do benefício.***

***- A teor do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, está***

***expressamente vedada a percepção, pelo aposentado do RGPS, que permanecer contribuindo para a Previdência Social ou a ela retornar, de qualquer outra prestação, à exceção do salário-família e da reabilitação profissional, quando for o caso.***

***- Ressalvado o entendimento do Relator, acolhe-se a orientação do e. STJ segundo a qual é possível a renúncia à aposentadoria por se tratar este de um direito patrimonial e disponível. Precedentes.***

***- Ainda que haja precedentes pela desnecessidade de devolução dos valores recebidos durante o jubramento anterior, tal entendimento não haverá de prevalecer, considerando o tumulto que será causado no sistema previdenciário, caso os aposentados de hoje, que continuaram a contribuir, decidam renunciar ao atual benefício em prol de um outro mais vantajoso em decorrência dessas contribuições posteriores. Esta medida, certamente, gerará um grande desequilíbrio no sistema previdenciário que, ao ser idealizado, não previu a possibilidade de vir a se tornar uma praxe a renúncia de aposentadorias concedidas em um determinado patamar para obtenção de outras mais vantajosas.***

***- Em não havendo requerimento da parte autora para a renúncia da aposentadoria a que fazia jus para a concessão de uma outra mais vantajosa em momento anterior ao ajuizamento da presente demanda, o termo inicial para sua concessão é a data da propositura da ação. Considerando, porém, que o douto sentenciante fixou o marco inicial para o reconhecimento do direito postulado a citação válida, e, não tendo se insurgido a parte requerente com relação a este aspecto do decisorio, deverá ele ser mantido.***

***- Direito reconhecido à parte autora à renúncia de sua aposentadoria proporcional para conver-***

***são em outra que lhe seja mais favorável, a partir da citação, deduzindo-se das diferenças apuradas todos os valores recebidos em decorrência da primeira aposentadoria.***

***- Juros moratórios, a contar da citação, e correção monetária nos termos da Lei nº 11.960/09, porquanto o ajuizamento da ação já se deu durante a sua vigência.***

***- Honorários advocatícios estabelecidos em 10% sobre o valor da condenação com observância dos termos da Súmula nº 111-STJ.***

***- Apelação e remessa obrigatória parcialmente providas.***

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 19 de abril de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de remessa obrigatória e de apelação cível contra sentença que julgou procedente o pedido da parte autora, de renúncia do benefício, condenando o INSS a conceder-lhe uma nova aposentadoria por tempo de contribuição, a contar da data da citação válida, devendo a nova aposentadoria ser concedida a partir de então, cancelando-se a aposentadoria anterior, e deduzindo-se das diferenças apuradas todos os valores recebidos em decorrência desta, respeitando-se a prescrição quinquenal. Condenou-o, também, ao pagamento dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Nas razões de recurso, o INSS suscita, em preliminar, a decadência, e insiste em negar o direito do autor à conversão de sua aposentadoria proporcional em integral, haja vista a vedação legal ao cômputo das contribuições vertidas posteriormente à aposentação com o objetivo de se obter benefício mais vantajoso. Aduz, ainda, que em sendo admitido o instituto da desaposentação, só se poderia aceitá-lo mediante a devolução dos valores recebidos a título da primeira aposentadoria e a fixação dos honorários advocatícios no patamar máximo de 10% do montante referente às parcelas vencidas.

Nas contrarrazões, pugna a parte autora pela manutenção do *decisum*.

Relatei.

### **VOTO PRELIMINAR**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

#### **DECADÊNCIA**

O INSS suscita a preliminar de decadência do direito da parte autora de ter revisto o seu benefício com fulcro no art. 103 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Medida Provisória nº 1523-9/97, hoje convertida na Lei nº 9.528/97 e que, por sua vez, foi alterada pela Medida Provisória nº 1663-15, de 23.10.98, convertida na Lei nº 9.711, de 20.11.98, que determina o prazo de cinco anos para todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para revisão do ato de concessão do benefício, posteriormente, mais uma vez, alterado para 10 anos em razão da nova redação dada pela Lei nº 10.839/04.

Analisando a questão, entretanto, observa-se não se tratar de caso de decadência.

O autor não pretende revisar o ato administrativo de concessão de aposentadoria, mas renunciar a este direito em função de obter um outro que lhe seja mais favorável. O prazo de decadência a que se refere a norma diz respeito ao prazo para o segurado ou para o beneficiário revisar o ato de concessão do benefício, mas, não sendo esta a hipótese dos autos, também não se há de cogitar da decadência.

Neste sentido é o precedente firmado por esta e. Primeira Turma:

PREVIDENCIÁRIO. PRELIMINAR DE DECADÊNCIA REJEITADA. APOSENTADORIA PROPORCIONAL. RENÚNCIA PARA OBTENÇÃO DE PROVENTOS INTEGRAIS. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DE TEMPO DE SERVIÇO LABORADO APÓS A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

1. A presente demanda não se refere à revisão de benefício, mas sim na constituição, mediante a contagem de tempo de serviço posterior, de novo benefício mais vantajoso. Preliminar de decadência rejeitada.

2. A parte autora é beneficiária de aposentadoria proporcional, desde 01 de julho de 1998, contando à época com 32 anos, 06 meses e 16 dias de tempo de serviço. Alega que após a aposentadoria continuou com vínculo empregatício, somando mais 11 anos de contribuição após a sua aposentadoria.

3. A aposentadoria é direito pessoal do trabalhador, de caráter patrimonial, portanto renunciável, não se podendo impor a ninguém, a não ser que lei disponha em sentido contrário, que permaneça usufruindo de benefício que não mais deseja. Porém, renunciar ao benefício não se confunde com renunciar a ele e requerer outro mais vantajoso com aumento do coeficiente de cálculo.

4. O art. 18, parágrafo 2º, da Lei de Benefícios obsta, expressamente, aos aposentados que continuam na ativa a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família.

5. Admitir o aproveitamento do tempo de serviço posterior à aposentação, com proventos proporcionais, para possibilitar a conversão dela, com proventos integrais, é fugir à lógica do Sistema Previdenciário. Se assim não fosse, esta hipótese estaria prevista, para quem, posteriormente, decidisse continuar trabalhando. Essas pessoas, inclusive, voltando a recolher aos cofres da Previdência Social estariam, a teor do art. 11, parágrafo 3º, da Lei nº 8.213/91, contribuindo para o custeio da Seguridade Social e tendo por contraprestação apenas o salário família e a reabilitação profissional.

6. Apelações do particular improvida e apelação do INSS provida para julgar improcedente a demanda, condenando-



se a parte autora em honorários advocatícios no percentual de 10% sobre o valor da causa.

(PROCESSO: 200983000036575, APELREEX7682/PE, DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, Primeira Turma, JULGAMENTO: 20/05/2010, PUBLICAÇÃO: DJE 27/05/2010 - Página 270)

Rejeito, pois, a mencionada prefacial.

Assim voto.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

O cerne da questão posta para deslinde consiste da verificação do direito do autor à renúncia da aposentadoria proporcional a que já faz jus para que lhe seja concedida uma outra, com base nas contribuições recolhidas em função do tempo de serviço trabalhado após a sua primeira aposentação, e que lhe será devida a contar da citação válida e com a dedução das diferenças apuradas de todos os valores recebidos em decorrência do benefício anterior, ressaltando-se a prescrição quinquenal.

Compulsando os autos, verifica-se que à parte autora foi concedida, em 15.12.98, a aposentadoria por tempo de serviço com proventos proporcionais a 32 anos, 3 meses e 24 dias, com RMI devidamente calculada nos termos da legislação em vigor à época.

Após a concessão do referido benefício, continuou trabalhando, tendo sido efetuados os recolhimentos devidos junto ao INSS, razão pela qual postulou adicionar as novas contribuições ao tempo anterior com o fito de transformar a aposentadoria proporcional a que faz jus em uma nova aposentadoria que lhe seja mais vantajosa.

O douto sentenciante acolheu o pleito formulado na exordial, deduzindo-se das diferenças apuradas todos os valores recebidos em decorrência do benefício anteriormente concedido.

Observe, a princípio, óbice legal para o acolhimento da pretensão autoral.

O § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9.528/97, veda expressamente a percepção, ao aposentado pelo RGPS, que permanecer contribuindo para a Previdência Social ou a ela retornar, de qualquer outra prestação, à exceção do salário-família e da reabilitação profissional, quando for o caso.

Admitir o aproveitamento do tempo de serviço posterior à aposentação, com proventos proporcionais, para possibilitar a conversão dela, com proventos integrais, é fugir à lógica do Sistema Previdenciário. Se assim não fosse, esta hipótese estaria prevista, para quem, posteriormente, decidisse continuar trabalhando. Essas pessoas, inclusive, voltando a recolher aos cofres da Previdência Social estariam, a teor do art.11, § 3º, da Lei nº 8.213/91, contribuindo para o custeio da Seguridade Social e tendo por contraprestação apenas o salário família e a reabilitação profissional.

Entretanto, não obstante meu entendimento, sigo o posicionamento que vem sendo adotado pelo e. STJ segundo o qual o direito à aposentadoria é direito patrimonial disponível.

Eis alguns dos precedentes:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LIMITES NORMATIVOS. APRECIÇÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REPERCUSSÃO GERAL. SOBRESTAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. NÃO OBRIGATORIEDADE. APOSENTADORIA. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PLEITO DE REDUÇÃO. INEXISTÊNCIA DE EXORBITÂNCIA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

I - É vedado a esta Corte, em sede de recurso especial, adentrar ao exame de pretensa violação a dispositivos constitucionais, cuja competência encontra-se adstrita ao âmbito do Supremo Tribunal Federal, conforme prevê o art. 102 da Carta Magna, ao designar o Pretório Excelso como seu guardião. Neste contexto, a pretensão trazida no especial exorbita seus limites normativos, que estão precisamente delineados no art. 105, III, da Constituição Federal.

II - Não compete ao relator determinar o sobrestamento de recurso especial em virtude do reconhecimento de repercussão geral da matéria pelo Supremo Tribunal Federal,

tratando-se de providência a ser avaliada quando do exame de eventual recurso extraordinário a ser interposto, nos termos previstos no artigo 543-B do Código de Processo Civil.

III - Não há violação ao princípio constitucional da reserva de plenário, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal, quando não existe, ao menos implicitamente, declaração de inconstitucionalidade de qualquer lei, como se observa na presente hipótese.

IV - O entendimento desta Corte é no sentido de se admitir a renúncia à aposentadoria objetivando o aproveitamento do tempo de contribuição e posterior concessão de novo benefício, independentemente do regime previdenciário em que se encontra o segurado, não importando em devolução dos valores percebidos.

V - Vencida a Fazenda Pública, deve a verba honorária ser fixada, observando-se o critério de equidade, de acordo com o disposto no art. 20, parágrafos 3º, alíneas a, b e c, e 4º, do Código de Processo Civil, podendo-se adotar, como base de cálculo, o valor da condenação, o valor da causa ou, ainda, valor fixo.

VI - No presente caso, os honorários advocatícios foram fixados, observando-se o critério de equidade, no percentual de 10% sobre o valor corrigido da causa, importância arbitrada de acordo com a jurisprudência pacífica desta Corte Superior de Justiça e não se revela exorbitante.

VII - Agravo interno desprovido.

(AgRg no REsp 1224200/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO. AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL. VIOLAÇÃO À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INEXISTÊNCIA. APRECIÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS EM ÂMBITO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. DESNECESSIDADE. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. O pedido de suspensão do julgamento do recurso especial, em razão do reconhecimento de repercussão geral da matéria pela Suprema Corte, não encontra amparo legal. Outrossim, a verificação da necessidade de sobresta-

mento do feito terá lugar quando do exame de admissibilidade de eventual recurso extraordinário a ser interposto, a teor do art. 543-B do Código de Processo Civil.

2. Também não prevalece a alegação de ofensa à cláusula de reserva de plenário, uma vez que a decisão hostilizada não declarou, sequer implicitamente, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo.

3. A via especial, destinada à uniformização da interpretação do direito federal infraconstitucional, não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República, ainda que para fins de prequestionamento.

4. Permanece incólume o entendimento firmado no decisorio agravado, no sentido de que, por se tratar de direito patrimonial disponível, o segurado pode renunciar à sua aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no regime geral de previdência social ou em regime próprio de previdência, mediante a utilização de seu tempo de contribuição, sendo certo, ainda, que tal renúncia não implica a devolução dos valores percebidos.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1241805/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 21/11/2011)

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO. LEI Nº 9.528/1997. BENEFÍCIO ANTERIORMENTE CONCEDIDO. DECADÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. RECONHECIMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL PELO STF. SOBRESTAMENTO DO FEITO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 111/STJ. APLICAÇÃO.

1. Esta Corte já firmou o entendimento de que o prazo decadencial previsto no *caput* do artigo 103 da Lei de Benefícios, introduzido pela Medida Provisória nº 1.523-9, de 27.6.1997, convertida na Lei nº 9.528/1997, por se tratar de instituto de direito material, surte efeitos apenas sobre as relações jurídicas constituídas a partir de sua entrada em vigor.

2. O reconhecimento da repercussão geral pela Suprema Corte não enseja o sobrestamento do julgamento dos recursos especiais que tramitam neste Superior Tribunal de

Justiça. Precedentes.

3. A renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica em devolução dos valores percebidos, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos.

4. Inviável o exame, na via do recurso especial, de suposta violação a dispositivos da Constituição Federal, porquanto o questionamento de matéria essencialmente constitucional, por este Tribunal, importaria usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

5. Descabe falar em adoção do procedimento previsto no art. 97 da Constituição Federal nos casos em que esta Corte decide aplicar entendimento jurisprudencial consolidado sobre o tema, sem declarar inconstitucionalidade do texto legal invocado.

6. Nas ações previdenciárias, os honorários advocatícios incidem sobre o valor da condenação, nesta compreendidas as parcelas vencidas até a prolação da sentença, a teor do Enunciado de nº 111 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

7. Agravo regimental parcialmente provido, apenas para adequar a incidência dos honorários advocatícios aos termos da Súmula nº 111 deste Tribunal.

(AgRg no REsp 1271724/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 13/10/2011)

**PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. NOVA APOSENTADORIA EM REGIME DIVERSO. NÃO OBRIGATORIEDADE DE DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS. JURISPRUDÊNCIA DO STJ.**

1. O mero reconhecimento da repercussão geral não acarreta a obrigatoriedade de sobrestamento do recurso especial.

2. É perfeitamente possível a renúncia à aposentadoria, inexistindo fundamento jurídico para seu indeferimento.

3. Pode ser computado o tempo de contribuição proveniente da aposentadoria renunciada para obtenção de novo benefício.

4. A renúncia opera efeitos *ex nunc*, motivo pelo qual não

implica a necessidade de o segurado devolver as parcelas recebidas.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1240447/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 24/08/2011)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. RENÚNCIA. POSSIBILIDADE.

1. É firme a compreensão desta Corte Superior de Justiça que, sendo a aposentadoria direito patrimonial disponível, é cabível a renúncia a tal benefício, não havendo, ainda, impedimento para que o segurado que continue a contribuir para o sistema formule novo pedido de aposentação que lhe seja mais vantajoso. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AGRESP 200901160566, OG FERNANDES, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA: 13/12/2010)

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PARA NOVA APOSENTADORIA.

1. Não compete ao relator determinar o sobrestamento de recurso especial em virtude do reconhecimento de repercussão geral da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de providência a ser avaliada quando do exame de eventual recurso extraordinário a ser interposto, nos termos previstos no artigo 543-B do Código de Processo Civil.

2. O entendimento desta Corte Superior de Justiça é no sentido de se admitir a renúncia à aposentadoria objetivando o aproveitamento do tempo de contribuição e posterior concessão de novo benefício, independentemente do regime previdenciário em que se encontra o segurado.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

[AGRESP 201000975090, HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), STJ - SEXTA TURMA, 11/10/2010]

PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.

1. A renúncia à aposentadoria, para fins de aproveitamento

do tempo de contribuição e concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não importa em devolução dos valores percebidos, “pois enquanto perdurou a aposentadoria pelo regime geral, os pagamentos, de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos” (REsp 692.628/DF, Sexta Turma, Relator o Ministro Nilson Naves, *DJU* de 5.9.2005). Precedentes de ambas as Turmas componentes da Terceira Seção.

2. Recurso especial provido.

(RESP 200900646187, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - QUINTA TURMA, *DJE* DATA: 26/04/2010 RDDP VOL.: 00089 PG: 00152)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE. COMPETÊNCIA DO EXCELSO PRETÓRIO. APOSENTADORIA. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. RENÚNCIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. A via especial, destinada à uniformização do Direito federal, não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena, inclusive, de usurpação de competência da Suprema Corte.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente se firmado no sentido de que é plenamente possível a renúncia à aposentadoria, por constituir direito patrimonial disponível.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AGRESP 200801028461, OG FERNANDES, STJ - SEXTA TURMA, 09/11/2009)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR COM ARRIMO NO ART. 557 DO CPC. MATÉRIA NOVA. DISCUSSÃO. NÃO CABIMENTO. PRECLUSÃO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. DEVOLOUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. NÃO OBRIGATORIEDADE.

1. É permitido ao relator do recurso especial valer-se do art. 557 do Código de Processo Civil, quando o entendimento adotado na decisão monocrática encontra-se em consonância com a jurisprudência dominante desta Corte Superior de Justiça.

2. Fica superada eventual ofensa ao art. 557 do Código de Processo Civil pelo julgamento colegiado do agravo regimental interposto contra a decisão singular do Relator. Precedentes.

3. Em sede de regimental, não é possível inovar na argumentação, no sentido de trazer à tona questões que sequer foram objeto das razões do recurso especial, em face da ocorrência da preclusão.

4. A renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica em devolução dos valores percebidos, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos. Precedentes.

5. Agravo regimental desprovido.

(AGRESP 200802805154, LAURITA VAZ, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 25/05/2009)

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DIREITO DISPONÍVEL. É possível a renúncia ao benefício de aposentadoria pelo segurado que pretende voltar a contribuir para a previdência social, no intuito de, futuramente, formular novo pedido de aposentadoria que lhe seja mais vantajoso (precedentes das ee. 5ª e 6ª Turmas deste c. STJ).

Agravo regimental desprovido.

(AGRESP 200701303311, FELIX FISCHER, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 10/11/2008)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PARA NOVA APOSENTADORIA EM REGIME DIVERSO. NÃO OBRIGATORIEDADE DE DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS. EFEITOS *EX TUNC* DA RENÚNCIA À APOSENTADORIA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A renúncia à aposentadoria é perfeitamente possível, por ser ela um direito patrimonial disponível. Sendo assim, se o segurado pode renunciar à aposentadoria, no caso de ser indevida a acumulação, inexistente fundamento jurídico para o indeferimento da renúncia quando ela constituir uma própria liberalidade do aposentado. Nesta hipótese, reve-



la-se cabível a contagem do respectivo tempo de serviço para a obtenção de nova aposentadoria, ainda que por outro regime de previdência. Caso contrário, o tempo trabalhado não seria computado em nenhum dos regimes, o que constituiria uma flagrante injustiça aos direitos do trabalhador.

2. O ato de renunciar ao benefício, conforme também já decidido por esta Corte, tem efeitos *ex tunc* e não implica a obrigação de devolução das parcelas recebidas, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos. Inexistindo a aludida inativação onerosa aos cofres públicos e estando a decisão monocrática devidamente fundamentada na jurisprudência desta Corte, o improvido do recurso é de rigor.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 328.101/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2008, DJe 20/10/2008)

Com base no entendimento acima firmado, ao qual me curvo, acolho a tese defendida pela parte autora, mas, mediante a devolução dos valores percebidos em função da aposentadoria anteriormente concedida.

Ainda que haja precedentes pela desnecessidade de devolução dos valores recebidos durante o jubramento anterior, tal posicionamento não haverá de prevalecer, considerando o tumulto que será causado no sistema previdenciário, caso os aposentados de hoje, que continuaram a contribuir, decidam renunciar ao atual benefício em prol de um outro mais vantajoso em decorrência dessas contribuições posteriores. Esta medida, certamente, gerará um grande desequilíbrio no sistema previdenciário que, ao ser idealizado, não previu a possibilidade de vir a se tornar uma praxe a conversão de aposentadorias concedidas em um determinado patamar em outras mais vantajosas.

Neste sentido, colaciono precedentes desta e. Corte:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RENÚNCIA A APOSENTADORIA PROPORCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 18, PARÁGRAFO 2º, DA LEI Nº 8.213/91.

- O art. 18 da Lei 8.213/91 sempre proibiu a concessão de

qualquer outro benefício que não aqueles expressamente relacionados, a saber, salário-família e reabilitação profissional, quando empregado.

- “Pretender que seja aceita a possibilidade de se aposentar, continuar trabalhando (percebendo dupla remuneração – a previdenciária e a salarial) e, após atingido o tempo de contribuição integral, requerer novamente aposentadoria encontra óbice na razoabilidade jurídica, visto que a atitude reiterada dos segurados causaria espécie de insegurança e tumulto no sistema previdenciário”. (TRF5ª, AC526928/SE, 2ª TURMA, Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias)

- Apelação improvida.

(PROCESSO: 00099162820114058300, AC534997/PE, DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO, Segunda Turma, JULGAMENTO: 14/02/2012, PUBLICAÇÃO: *DJE* 23/02/2012 - Página 182)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. RENÚNCIA PARA FINS DE OBTENÇÃO DE NOVA APOSENTADORIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 18, PARÁGRAFO 2º, DA LEI Nº 8.213/91. ATO JURÍDICO PERFEITO.

1. O ponto controvertido da questão consiste na possibilidade, ou não, da demandante renunciar a sua aposentadoria por tempo de serviço, com adição do tempo de contribuição adquirido junto à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, onde exerceu atividades laborativas após a concessão do benefício supramencionado. A autora alega que continuou contribuindo para o regime geral da previdência social, o que lhe propiciou o direito de pleitear, posteriormente, uma nova aposentadoria, agora por idade.

2. Resta claro que, conforme o art. 18, parágrafo 2º, do CPC, o segurado ao qual foi deferida aposentadoria proporcional não poderá pretender a concessão de novo benefício com a renúncia da opção anteriormente manifestada e consubstanciada em ato jurídico perfeito, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando for o caso. Precedentes: EINFAC 513.284-RN, Pleno, Relator Desembargador Federal Manoel Erhardt, por unanimidade, julgado em 25.01.2012; APELREEX 00029672220104058300, Desembargador Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá, TRF5 - Terceira Turma, *DJE* - Data: 13/07/2011 - Página: 484.

3. O pedido somente seria cabível se a demandante, ao requerer a desaposentação visando a (re)utilização do tempo de serviço nela já empregado, promovesse a devolução de todos os valores percebidos a título de proventos da aposentadoria por tempo de serviço. Compulsando os autos, verifica-se que a pretensão autoral não cogita a hipótese de devolução dos valores recebidos em decorrência da aposentadoria proporcional que lhe foi concedida desde 21/01/05.

4. As contribuições previdenciárias pagas após a aposentadoria são exigências legais, pois, uma vez enquadrado no art. 11 da Lei 8.213/91 ou no art. 12 da Lei de Custeio, torna-se sujeito passivo da relação tributária, devendo pagar a contribuição previdenciária. Porém, estas não geram direito a nova prestação previdenciária. Precedentes: TRF 4ª Região, Quinta Turma, AC 2000.71.00.001818-5/RS, Processo, Relator Desembargadora Federal RÔMULO PIZZOLATTI, *DJU* 07.04.09.

5. Sem custas ou honorários sucumbenciais visto ser a parte autora beneficiária da justiça gratuita.

6. Remessa Oficial e apelo do INSS providos. Apelação da parte autora prejudicada.

(PROCESSO: 00043993320114058400, APELREEX20777/RN, DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS, Segunda Turma, JULGAMENTO: 31/01/2012, PUBLICAÇÃO: *DJE* 02/02/2012 - Página 109)

**PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO POSTERIOR À APOSENTADORIA. UTILIZAÇÃO PARA REVISÃO DO BENEFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. DESAPOSENTAÇÃO. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE PROVENTOS.**

I. Para utilização do tempo de serviço e respectivas contribuições levadas a efeito após a aposentadoria originária, impõe-se a desaposentação do segurado, em relação a esta, e a devolução de todos os valores percebidos, sob pena de manifesto prejuízo ao sistema previdenciário, para, só então, ser concedido novo benefício com a totalidade do tempo de contribuição.

II. PRECEDENTES: AC 361709/PE; Primeira Turma; Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão (Substituto); Data Julgamento: 12/03/2009; APELREEX4671/PE; Primeira Turma; Rel. Des. Fed. Rogério Fialho Moreira. Julg. 22/

04/2010. Publ. *DJ* 30/04/2010, p. 113; AMS101359; Quarta Turma. Rel. Des. Fed. Lázaro Guimarães. Julg. 27/05/2008. *DJ* 07.07.2008; AC 200783000112040, Desembargador Federal Maximiliano Cavalcanti, TRF5 - Primeira Turma, 08/10/2009; Segunda Turma. AC478002/PE. Rel. Des. Fed. Paulo Gadelha. Julg. 01/09/2009. *DJ* 05/10/2009, p. 393.

III. Apelação improvida.

(AC 00042072820104058500, Desembargadora Federal Danielle de Andrade e Silva Cavalcanti, TRF5 - Quarta Turma, 28/04/2011)

PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO POSTERIOR À APOSENTADORIA. UTILIZAÇÃO PARA REVISÃO DO BENEFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. DESAPOSENTAÇÃO. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE PROVENTOS.

I. Para utilização do tempo de serviço e respectivas contribuições levadas a efeito após a aposentadoria originária, impõe-se a desaposentação do segurado, em relação a esta, e a devolução de todos os valores percebidos, sob pena de manifesto prejuízo ao sistema previdenciário para, só então, ser concedido novo benefício com a totalidade do tempo de contribuição. PRECEDENTE: AC 361709/PE; Primeira Turma; Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão (Substituto); Data Julgamento: 12/03/2009.

II. Levando em consideração que o pedido exordial foi realizado no sentido da desnecessidade da devolução das quantias recebidas, a título da aposentadoria já concedida, não há como ser acolhida a pretensão inicial da revisão de sua aposentadoria com o acréscimo do tempo de contribuição a ela posterior.

III. Apelação improvida.

(AC 200984000050355, Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, TRF5 - Quarta Turma, 20/01/2011)

Assim, entendo que o autor, ora apelado, deverá ter reconhecido o direito à renúncia dos seus proventos anteriores em prol de uma nova aposentadoria que lhe é mais vantajosa, mas, apenas mediante a devolução dos valores percebidos a título dos proventos a que fazia jus antes da conversão, na forma como determinado pelo ilustre sentenciante.

Por outro lado, o direito à transformação de um benefício em outro deverá se efetivar a partir da data do ajuizamento da ação, uma vez que inexistiu anteriormente a este marco a provocação do órgão previdenciário para a concessão do benefício, ora pleiteado, e que não é concedido de ofício, mas, mediante requerimento.

Considerando, porém, que o douto Magistrado *a quo* determinou o termo inicial para cancelamento da aposentadoria anterior e para a concessão da nova a citação válida, não se opondo a este aspecto a parte autora, deverá este marco ser mantido.

Há, porém, de ser retocada a r. sentença em um único ponto, qual seja, os honorários advocatícios. A referida verba, arbitrada em 10% sobre a condenação, deverá ser mantida, mas com observância do teor da Súmula nº 111-STJ.

Outrossim, em sendo silente o eminente julgador no tocante aos critérios dos juros e da correção monetária incidentes sobre o valor das parcelas vencidas, há de se estabelecer que sejam aplicados de acordo com a sistemática prevista na Lei nº 11.960/09.

Posto isso, dou parcial provimento à apelação e à remessa obrigatória para adequar a verba honorária aos termos da Súmula nº 111-STJ e para estabelecer os juros moratórios, devidos a partir da citação, e a correção monetária de acordo com as regras contidas na Lei nº 11.960/09.

Assim voto.

## **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 20.874-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)  
Apelante: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA  
Apelado: RENATO DO SANTOS  
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO  
Adv./Proc.: DR. ARNALDO BARBOSA ESCOREL JÚNIOR (APDO.)

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. AMBIENTAL. ADMINISTRATIVO. PORTE DE OBJETOS/MATERIAIS/EQUIPAMENTOS DE MERGULHO LIGADOS A PRÁTICA DE PESCA PROIBIDA/PESCA PREDATÓRIA/CAPTURA DE LAGOSTAS. AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO. EQUIPAMENTO DE PESCA E EMBARCAÇÃO APREENDIDOS. IMPOSIÇÃO DE MULTA. VALOR REDUZIDO. AUSÊNCIA DE PRODUTOS DA PESCA PROIBIDA. LIBERAÇÃO DO BARCO PESQUEIRO. ARTIGO 225, CAPUT, § 1º, VII E § 3º DA CF/88. DECRETOS Nº 3.179/99 E 6.514/08. LEI Nº 9.605/1998. IN Nº 138/2006 DO IBAMA.**

**- Qualquer atividade é lesiva quando põe em risco a preservação do meio ambiente, não devendo ser desconsideradas ações degradatórias, mesmo que de pequena repercussão, na medida em que devem ser pensadas e consideradas conjuntamente e concomitantemente, em face do efeito nocivo cumulativo das condutas praticadas por agentes diversos consideradas em seu conjunto. Em sede de matéria ambiental, não há lugar para intervenções tardias, sob pena de permitir que a degradação ao bem tutelado tome proporções devastadoras e incontroláveis e, conseqüentemente, o dano se revista de irreversibilidade.**

**- A Instrução Normativa nº 138/2006 do IBAMA, em seu artigo 9º, refere-se à vedação imposta às embarcações que operam na pesca de lagosta, quanto ao porte de qualquer tipo de aparelho de ar comprimido e instrumentos adaptados à captura de lagostas por meio de mergulho. No caso sob exame, foram encontrados equipamentos de pesca proibida (objetos/materiais/equipamentos ligados a prática de pesca proibida – pesca predatória/captura de lagostas) na embarcação do autor/apelado, cujo porte ensejou a autuação/apreensão guerreada, com a seguinte fundamentação legal: artigo 70 da Lei nº 9.605/98, o artigo 19, parágrafo único, inciso II, do Decreto 3.179/99 c/c artigo 2º, incisos II e IV, do mesmo Decreto e artigo 9º, parágrafo único, da referida IN nº 138/2006 do IBAMA.**

**- Incabível a liberação/restituição do material apreendido, frente ao disposto no artigo 25, caput, e § 4º da Lei nº 9.605/98, o qual expõe, textualmente, que verificada a infração, serão apreendidos seus produtos e instrumentos, lavrando-se os respectivos autos, e os instrumentos utilizados na prática da infração serão vendidos, garantida a sua descaracterização por meio da reciclagem.**

**- O Decreto nº 6.514/08, que regulamenta a Lei nº 9.605/98, prevê a possibilidade de o proprietário do veículo apreendido ser nomeado seu depositário fiel, até o julgamento do processo administrativo. A embarcação em questão é utilizada para o sustento da família do autor/apelado, de modo que deve ser presumida sua boa-fé, até prova em contrário. Não é razoável concluir-se pela má-fé da parte sem que lhe seja oportunizado o direito de defesa, a ser exercido no processo administrativo decorrente do auto de infração.**

**- “Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará: a gravidade**

do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente; os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental; a situação econômica do infrator, no caso de multa” (*artigo 6º da Lei nº 9.605/98*). Já o *artigo 74 da mesma Lei 9.605/98 estabelece que a multa terá por base a unidade, hectare, metro cúbico, quilograma ou outra medida pertinente, de acordo com o objeto jurídico lesado.*

*- No caso dos autos, o valor da multa inicialmente fixado em dez mil reais não se apresentou proporcional à infração detectada. Mostra-se pertinente a redução do valor da sanção pecuniária aplicada, tendo-se em conta que não houve comprovação de efetivo dano ambiental, nem existiu apreensão de qualquer produto da pesca proibida, bem como, frente à situação sócio-econômica do infrator. Mantida a redução da multa aplicada, para que corresponda a quatro mil reais, valor esse razoável e inserto na escala de graduação/variação a que se refere a legislação de regência (artigo 19 do Decreto nº 3.179/99 – artigo 35 do Decreto nº 6.514/2008), e cuja redução não compromete a atuação administrativa, resultado da expressão do poder de polícia do IBAMA, nem tolhe os limites da discricionariedade constitucionalmente assegurada.*

*- Remessa oficial e apelação improvidas.*

## ACÓRDÃO

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



Recife, 3 de abril de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO -  
Relator Convocado

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Convocado):

Trata-se de remessa oficial e apelação de sentença que, julgando parcialmente procedente o pedido formulado em sede de ação que visa à anulação de auto de infração lavrado pelo IBAMA (existência de objetos/materiais/equipamentos ligados a prática de pesca proibida – pesca predatória/captura de lagostas) c/c indenizatória por danos materiais e morais, determinou a redução da multa imposta para quatro mil reais e a devolução/liberação da embarcação apreendida.

Em suas razões de fls. 164/177, o IBAMA pugna, em síntese, pela manutenção do valor da multa aplicada pela fiscalização, qual seja, R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em respeito à discricionariedade administrativa e ao poder de polícia, constitucionalmente inerentes àquela autarquia federal.

Parecer ministerial às fls. 191/199, opinando pelo não provimento da remessa oficial e da apelação.

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

É o relatório.

Peço a inclusão do feito em pauta para julgamento.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Relator Convocado):

De início, transcrevo dispositivo valioso estampado em nossa Carta Magna Federal, mais especificamente, o artigo 225, *caput*, § 1º, VII, e § 3º, assim expostos:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Públi-

co e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Compulsando os autos, mais precisamente à fl. 20, observo que o auto de infração lavrado apresentou como fundamentação legal o seguinte conjunto normativo: artigo 70 da Lei nº 9.605/98, o artigo 19, parágrafo único, inciso II, do Decreto 3.179/99 c/c artigo 2º, incisos II e IV, do mesmo Decreto e artigo 9º, parágrafo único, da IN nº 138/2006.

O referido artigo 70 da Lei nº 9.605/1998, dispõe:

Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

§ 1º São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha.

Já os artigos 19 e 2º do Decreto nº 3.179/99 (revogado pelo Decreto nº 6.514/2008) preceituam:

Art. 19. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente:

Multa de R\$ 700,00 (setecentos reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), com acréscimo de R\$ 10,00 (dez reais), por quilo do produto da pescaria.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas multas, quem:

(...)

II - pescar quantidades superiores às permitidas ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos;

Art. 2º As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções:

(...)

II - multa simples;

(...)

IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;

Por sua vez, a referida IN nº 138/2006 do IBAMA, em seu artigo 9º, refere-se à vedação imposta às embarcações que operam na pesca de lagosta, quanto ao porte de qualquer tipo de aparelho de ar comprimido e instrumentos adaptados à captura de lagostas por meio de mergulho (caso da autuação sob exame nos autos).

Ao seu turno, o referido Decreto nº 6.514/2008 diz:

Art. 35. Pescar em período ou local no qual a pesca seja proibida:

Multa de R\$ 700,00 (setecentos reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), com acréscimo de R\$ 20,00 (vinte reais), por quilo ou fração do produto da pescaria, ou por espécime quando se tratar de produto de pesca para uso ornamental.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas multas quem:

I - pesca espécies que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos;

II - pesca quantidades superiores às permitidas ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos;

Sem dúvida, a comercialização, o beneficiamento e a industrialização de espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas consistem em atividades lesivas ao meio ambiente. Nesse contexto, é importante esclarecer que as instâncias penal, civil e administrativa são independentes entre si, consoante pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Comungo do entendimento segundo o qual atribui cunho preventivo à tutela ambiental, onde a existência do material proibido (pares de pé de pato, máscaras, espingardas para mergulho, arpões, pares de luvas, correias para compressor, respiradores, cordas para espingardas de mergulho e tarrafa) a bordo da em-

barcação pesqueira denominada “São Pedro” revela a justa causa para a apreensão do mesmo, onde, o bem jurídico protegido é a higidez do meio ambiente.

Assim, qualquer atividade é lesiva quando põe em risco a preservação do meio ambiente, não devendo ser desconsideradas ações degradatórias, mesmo que de pequena repercussão, posto que, devem ser pensadas e consideradas conjuntamente e concomitantemente, por diversos agentes, em face do efeito nocivo cumulativo das condutas consideradas em seu conjunto.

Concordo igualmente com o posicionamento jurisprudencial que vem se firmando no sentido de que, em sede de matéria ambiental, não há lugar para intervenções tardias, sob pena se permitir que a degradação ao bem tutelado tome proporções devastadoras e incontroláveis e, conseqüentemente, o dano se revista de irreversibilidade.

Quanto às sanções aplicadas, milita no caso, em favor do IBAMA, a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos. Não que a autoridade pública possa lançar multas e restrições contra quem quer que seja, sem precisar fazer prova da efetiva ocorrência do ilícito. Mas, para desconstituir os fundamentos da autuação, é necessário que o interessado apresente um mínimo de verossimilhança e coerência em suas alegações.

Com base no auto de infração constante dos autos e do exame da matéria legal indicada, não identifico qualquer ilegalidade na apreensão dos equipamentos e na imposição da multa. Entretanto, no que se refere à apreensão da embarcação e ao valor da sanção pecuniária concordo com o MM. Juiz *a quo*. O valor da multa inicialmente fixado em dez mil reais não se apresentou proporcional à infração detectada, ainda mais quando não houve produtos da pesca apreendidos.

Determina o artigo 74 da Lei 9.605/98 que a *multa terá por base a unidade, hectare, metro cúbico, quilograma ou outra medida pertinente, de acordo com o objeto jurídico lesado.*

Por oportuno, destaco, ainda, para o contido no referido artigo 6º da mesma Lei nº 9.605/98, nos seguintes termos:

Art. 6º Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará:

I - a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente;

II - os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental;

III - a situação econômica do infrator, no caso de multa.

Nesse diapasão, comungo com o entendimento disposto na sentença quanto à pertinência do pedido de redução do valor da multa aplicada, tendo-se em conta que não houve comprovação de efetivo dano ambiental, nem existiu apreensão de qualquer produto da pesca proibida, bem como, frente à situação sócio-econômica do infrator (declaração de fl. 15). Desse modo, comungo com o entendimento de que, no caso em tela, a multa aplicada deve corresponder a quatro mil reais, valor esse inserto na escala de gradação/variação a que se refere a legislação de regência, acima transcrita, e cuja redução não compromete a atuação administrativa, resultado da expressão do poder de polícia do IBAMA, nem tolhe os limites da discricionariedade constitucionalmente assegurada.

Quanto ao pedido de liberação do material apreendido (objetos/materiais/equipamentos ligados a prática de pesca proibida – pesca predatória/captura de lagostas), o artigo 25, *caput* e § 4º da Lei nº 9.605/98 expõe textualmente que *verificada a infração, serão apreendidos seus produtos e instrumentos, lavrando-se os respectivos autos, e os instrumentos utilizados na prática da infração serão vendidos, garantida a sua descaracterização por meio da reciclagem*. Assim, não cabe a pretendida restituição dos equipamentos de pesca, cujo porte ensejou a autuação.

Já no que se refere à devolução da embarcação apreendida, primeiramente destaco que a apreensão do veículo utilizado na infração ambiental é prevista na Lei nº 9.605/1998, regulamentada pelo Decreto nº 6.514/08. Onde tal Decreto assim estabelece:

Art. 105. Os bens apreendidos deverão ficar sob a guarda do órgão ou entidade responsável pela fiscalização, podendo, excepcionalmente, ser confiados a fiel depositário, até o julgamento do processo administrativo.

Parágrafo único. Nos casos de anulação, cancelamento ou revogação da apreensão, o órgão ou a entidade ambiental responsável pela apreensão restituirá o bem no estado em que se encontra ou, na impossibilidade de fazê-lo, indenizará o proprietário pelo valor de avaliação consignado no termo de apreensão.

Art. 106. A critério da administração, o depósito de que trata o art. 105 poderá ser confiado:

I - a órgãos e entidades de caráter ambiental, beneficente, científico, cultural, educacional hospitalar, penal e militar; ou

II - ao próprio autuado, desde que a posse dos bens ou animais não traga risco de utilização em novas infrações.

No caso em questão, acredito que é possível aplicar os dispositivos do Decreto supracitados. Restou incontroverso nos autos que a embarcação apreendida é voltada para a pesca, bem como sobre a atividade de pescador desenvolvida pelo autor/apelado. Ou seja, tem-se que a referida embarcação é utilizada de toda forma para o sustento seu e da família.

Assim, deve ser presumida sua boa-fé, até prova em contrário. Não é razoável concluir-se pela má-fé da parte sem que lhe seja oportunizado o direito de defesa, a ser exercido no Processo Administrativo decorrente do auto de infração?

Sobre a matéria, trago à colação os seguintes julgados desta Corte:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DEVO-  
LUÇÃO DE VEÍCULO APREENDIDO PELO IBAMA EM VIR-  
TUDE DE INFRAÇÃO AMBIENTAL COMETIDA PELO IM-  
PETRANTE, PERMANECENDO O SUPPLICANTE NA CON-  
DIÇÃO DE FIEL DEPOSITÁRIO DO BEM. REMESSA  
OFICIAL IMPROVIDA. PRECEDENTE DESTA REGIONAL.  
1. Cuida-se de reexame necessário de julgado que conce-  
deu a segurança requestada, determinando a devolução  
de veículo pertencente ao impetrante, e anteriormente apre-  
endido pela autarquia promovida, bem como aduzindo que  
o suplicante firme termo de fiel depositário do bem, até a  
conclusão do processo administrativo correspondente.  
2. Remessa oficial improvida. Precedente desta eg. Corte.  
(REOMS 102179/CE, Rel. Des. Manoel Erhardt, DJ03.09.  
2008)

ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. INFRAÇÃO AMBIENTAL. CARGA DE MADEIRA EM DE- SACORDO COM A GUIA AMBIENTAL EXPEDIDA. APRE- ENSÃO DE VEÍCULO. DESPROPORCIONAL. ART. 105, DECRETO Nº 6.514/08. VEÍCULO CONFIADO AO IMPE- TRANTE COMO DEPOSITÁRIO. APELAÇÃO E REMES- SA OFICIAL NÃO PROVIDAS.

- É cabível o presente mandado de segurança, já que o impetrante pretendia cessar suposta violação ou receio de violação de direito por parte de autoridade do IBAMA;

- Descabe o requerimento de nulidade da sentença por ser *extra petita*, já que o juízo de primeira instância determi- nou a devolução do veículo ao impetrante – como requeri- do – ainda que sob depósito. Preliminares não acatadas;

- É irreparável a sentença que concedeu parcialmente a segurança, aplicando a exceção constante no art. 105, Decreto nº 6.514/08, para devolver a posse do veículo ao impetrante como depositário, mediante averbação no DE- TRAN da constrição do bem. A exceção está no fato de que o processo administrativo já está em curso desde se- tembro de 2008, período desde o qual o impetrante encon- tra-se privado do veículo que é utilizado como meio de tra- balho, prejudicando sua subsistência;

- Apelação do IBAMA e remessa oficial não providas.

(APELREEX4139, Rel. Des. Paulo Gadelha, DJ 22.07. 2009)

PROCESSUAL CIVIL ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. IN- TERPOSIÇÃO DE RECURSO ORDINÁRIO. RECEBIMEN- TO COMO APELAÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. PESCAR UTILIZANDO APARELHOS, PETRECHOS, TÉCNICAS E MÉTODOS NÃO PERMITI- DOS. CONDUTA PREVISTA NO DECRETO 3.179/99. APREENSÃO DOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS PARA A PESCA. LIBERAÇÃO APENAS DA EMBARCAÇÃO. LEGALIDADE. VALOR DA MULTA.

1. Em face do princípio da fungibilidade recursal, é de ser conhecido como apelação recurso ordinário interposto no prazo daquela.

2. Conforme disposto no Auto de Infração, o autor foi autua- do por “pescar mediante a utilização de aparelhos, petre- chos, técnicas e métodos não permitidos”, conduta que se encontrava prevista no Decreto nº 3.179/99.

3. Embora o Certificado de Registro e Permissão Provisória de Pesca da embarcação do autor estipulasse a utilização de COVO/MANZUA como método de pesca permitido, foi constatado que o autor estava usando compressor e redes em sua atividade pesqueira, conforme Termo de Apreensão e Depósito constante dos autos.

4. É de ser mantida a sentença no que se refere ao indeferimento do pedido de devolução dos apetrechos apreendidos, tendo em vista que a própria legislação prevê destinação diversa para esses equipamentos, dispondo sobre sua venda pelo órgão responsável pela apreensão, garantida a descaracterização por meio da reciclagem, ou a sua doação, após prévia avaliação do órgão responsável pela apreensão, caso tenham utilidade para uso nas atividades dos órgãos ambientais e de entidades científicas, culturais, educacionais, hospitalares, penais, militares, públicas e outras entidades com fins beneficentes. A liberação da embarcação pesqueira, ficando o demandante na condição de depositário judicial, conforme determinada pelo juiz *a quo*, encontra fundamento no art. 2º, parágrafo 6º, VIII, do Decreto nº 3.179/99.

5. Embora o IBAMA tenha respeitado os parâmetros da legislação para a fixação do valor da multa (R\$ 700,00 a R\$ 100.000,00), é de ser mantida a redução fixada pelo juiz *a quo* de R\$ 10.000,00 para R\$ 5.000,00, tendo em vista os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

6. Apelações e remessa oficial improvidas.

(AC 446524, DJ 14/08/2009, Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti)

Ambiental e Administrativo. Auto de Infração. Apreensão tanto do veículo quanto da carga (lenha) transportada sem documento ambiental. Documentação emitida por Órgão sem competência para tal. Competência do IBAMA para autorizar o transporte de produto florestal. Alegação de ilegalidade do auto por incompetência do agente autuante. Argumento infundado. Prova nos autos de que o agente estava designado para tal função. Sentença que carece de reparo no tocante à apreensão do veículo. Liberação do transporte mediante imposição ao proprietário da condição de fiel depositário. Precedentes. Apelação parcialmente provida.

(AC 492774/CE, DJE 13/05/2010, Relator Desembargador Federal Lázaro Guimarães)



ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. TRANSPORTE IRREGULAR DE MADEIRA. DESCONHECIMENTO ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DE PORTAR DOF - DOCUMENTO DE ORIGEM FLORESTAL ACOMPANHADO DA NOTA FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO POR SERVIDOR INCOMPETENTE. NÃO COMPROVAÇÃO. APREENSÃO DO VEÍCULO ATÉ O JULGAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. ONEROSIDADE EXCESSIVA. LIBERAÇÃO. IMPROVIMENTOS.

1. O desconhecimento da lei não pode ser utilizado como escusa para seu descumprimento (LICC, art. 3º), pois, o ilícito praticado contra o meio ambiente não pode ser afastado ao fundamento que o infrator não sabia da obrigatoriedade de portar o DOF, juntamente com a nota fiscal. Trabalhando nessa área, deveria ter se cercado de todas as precauções para não infringir as leis ambientais e concorrer para a degradação do meio ambiente.

2. Competência do servidor que lavrou o auto de infração, visto que o Auto de Infração nº 602.694-0 foi lavrado pelo Técnico Ambiental Robert Wagner C. Dantas, em 15/12/2008 (fl. 75), obedecendo ao que preceitua o art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 10.412/2002 e os arts. 70 e 72 da Lei nº 9.605/98, inexistindo qualquer vício quanto à competência do agente autuante ou da lavratura do auto de infração.

3. A apreensão do veículo pelo IBAMA até o deslinde do processo administrativo se mostra por demais gravosa, pois, impede a utilização do bem apreendido para exercer a sua profissão e garantir-lhe subsistência e de sua família, haja vista que não restou comprovado nos autos ser o veículo utilizado para fins exclusivos de atividades ilícitas.

4. Remessa oficial tida por interposta e apelações improvidas.

(AC 474296/AL, DJE 01/12/2011, Relator Desembargador Federal Edílson Nobre)

Mantida a sucumbência recíproca, frente ao contido no artigo 21 do CPC.

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

É como voto.

## **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 21.474-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR (CONVOCADO)  
Apelantes: MARIA BRUNA CIRINO BRAZ E INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE PERNAMBUCO - IFET/PE  
Apelados: OS MESMOS  
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO  
Advs./Procs.: DRS. SEVERINO DE SOUZA VASCONCELOS E OUTRO

***EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESCRIÇÃO. DECRETO Nº 20.910/32. INOCORRÊNCIA. DENUNCIÇÃO DA LIDE. INADMISSIBILIDADE. INSTITUIÇÃO DE ENSINO FEDERAL. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO. NEGLIGÊNCIA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE VIGILÂNCIA. LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA. ALUNO. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. REDUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, § 4º, DO CPC.***

***- Rejeição da alegação de prescrição trienal, prevista no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, pois nas ações em que se discute a responsabilidade civil do Estado a prescrição do fundo de direito ocorre em 05 (cinco) anos, nos termos do artigo 1º do Decreto nº 20.910/32, porquanto é norma especial, que prevalece sobre lei geral (Código Civil) (APELREEX 200581010004354, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 14/04/2011 - Página: 23).***

***- Nas ações fundadas na responsabilidade do estado, hipótese dos autos, não é obrigatória a denúncia da lide ou o chamamento ao processo de agente supostamente responsável pelo ato lesivo, razão pela qual se nega provimento***

**ao agravo retido interposto, uma vez que a primeira relação jurídica funda-se na culpa objetiva e a segunda na subjetiva, fundamento novo não constante da lide originária. (RESP 200802054644, DENISE ARRUDA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA: 24/11/2009.)**

**- Aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva do Estado em razão da omissão do ente público na prestação do serviço de vigilância, que contribuiu para que a autora, uma jovem à época com 16 (dezesesseis) anos de idade, quando participava de excursão de seu colégio nas dependências do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Pernambuco - IFET/PE, fosse vítima de lesão corporal de natureza gravíssima praticada por um de seus alunos, que portava estilete, causando-lhe deformidade permanente em função da cicatriz provocada pela agressão em suas costas, de aproximadamente 30 (trinta) centímetros. Precedentes: RESP 201001142216, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 20/08/2010 LEX STJ VOL.: 00255 PG: 00202; RESP 200802280660, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA: 01/06/2009; AC 200484000012400, Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, TRF5 - Primeira Turma, DJ - Data: 28/03/2008 - Página: 1485 - Nº: 0.**

**- Concretização de situação vexatória para a parte demandante, pois a fotografia comprova a longa cicatriz deixada no ferimento causado nas costas da autora, medindo, aproximadamente, 30 (trinta) centímetros.**

**- O reconhecimento do dano moral em casos como o presente se apresenta com caráter educativo, na medida em que compele as instituições de ensino a ter amparo legítimo de segurança. A fixação do quantum indenizatório, todavia, deve ser condizente com o grau do dano cau-**

**sado, de modo que se perfaça o caráter educativo, sancionatório e repressivo.**

**- A quantia fixada pelo juiz de primeiro grau (R\$ 150.000,00 cento e cinquenta mil reais), se mostra demasiadamente excessiva, tendo em vista que o dano moral foi decorrente, apenas, da cicatriz presente nas costas da autora, inexistindo seqüela de origem funcional, razão pela qual fixa-se o valor de indenização a ser ressarcido à autora em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).**

**- Constatado pelo perito do juízo a possibilidade, ainda que remota, de se atenuar a cicatriz deixada nas costas da autora, mediante novo procedimento cirúrgico, é de se manter a sentença que assegurou o referido direito à autora.**

**- Inexistência de sucumbência recíproca, prevista no art. 21 do CPC, porquanto, conforme Súmula n° 326/STJ: “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”.**

**- Vencida a fazenda pública, incide a regra prevista no art. 20, § 4º, do CPC, de modo que considerando a relativa complexidade da causa, o labor desempenhado pelo causídico e o tempo de tramitação do feito, ajuizado em 11.10.2007, arbitram-se os honorários advocatícios em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).**

**- Agravo retido do IFET/PE improvido. Apelação da autora, apelação do IFET/PE e remessa oficial parcialmente providas para reduzir a indenização por danos morais para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e fixar os honorários advocatícios em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).**

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo retido do

IFET/PE, dar parcial provimento à apelação da autora, dar parcial provimento à remessa oficial e à apelação do IFET/PE, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 24 de abril de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER NUNES DA SILVA  
JÚNIOR - Relator Convocado

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR (Convocado):

Trata-se de remessa oficial e apelações interpostas pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Pernambuco - IFET/PE e por Maria Bruna Cirino Braz contra sentença proferida pelo Juiz Federal da Segunda Vara de Pernambuco, Francisco Alves dos Santos Júnior, que julgou parcialmente procedente os pedidos para condenar o instituto-réu a custear o tratamento médico da ora autora, bem como a lhe pagar indenização por dano moral, no valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), com correção monetária e juros de mora, calculados da maneira acima indicada e, ainda, em verba honorária que, considerando o esforço e dedicação do d. patrono da autora, foi arbitrado em 15% (quinze por cento) do valor do futuro tratamento médico, a ser apurado na forma do art. 475-B do Código de Processo Civil, ou por outra forma que venha a ser fixada no momento processual próprio.

O magistrado de primeiro grau argumentou, em resumo, que a autora sofreu um longo ferimento nas costas, por meio de arma branca, desferido por um aluno do instituto-réu, dentro de um dos seus estabelecimentos de ensino, situação essa que torna esse instituto objetivamente responsável, conforme § 6º do art. 37 da Constituição da República, posto que lhe cabia a responsabilidade pela segurança do lugar, no qual a jovem autora foi violentamente agredida.

Maria Bruna Cirino Braz, em suas razões (fls. 288/293), argumentou, em resumo, que: a) o valor da indenização deve ser majorado para R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), para ressaltar o

caráter sancionatório/educativo da reprimenda; b) não há sucumbência recíproca pelo simples fato da indenização não ter sido deferida nos moldes pleiteados, sendo certo que houve a procedência dos pedidos. Ao final, pugnou pelo provimento do apelo.

O Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Pernambuco - IFET/PE, em suas razões (fls. 304/313), aduziu, em resumo, que: a) deve ser provido o agravo retido interposto contra a decisão que indeferiu o chamamento ao feito do Colégio Nossa Senhora das Graças, co-obrigado pelos atos ilícitos em questão, pois a autora era aluna daquela instituição e estava acompanhada por dois professores do colégio no momento da infortúnio; b) ocorreu a prescrição trienal, prevista no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, pois os fatos ocorreram em 2004, sendo a ação ajuizada, apenas, em 11 de outubro de 2007; c) tomou todas as providências ao seu alcance, tais como prestação de assistência médica à autora e instauração de procedimento administrativo disciplinar, que resultou na pena de expulsão ao aluno infrator; d) os fatos aconteceram por circunstâncias alheias a sua vontade; e) não há mais necessidade de custear o tratamento médico da autora, conforme exposto no laudo pericial, pois não há necessidade de realização de nova cirurgia; f) os valores fixados a título de danos morais foram exorbitantes, razão pela qual devem ser minorados. Ao final, pugnou pelo provimento do apelo.

Contrarrazões do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Pernambuco - IFET/PE (fls. 314/318).

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR (Relator Convocado):

Trata-se de remessa oficial e apelações interpostas pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Pernambuco - IFET/PE e por Maria Bruna Cirino Braz contra sentença proferida pelo Juiz Federal da Segunda Vara de Pernambuco, Francisco Alves dos Santos Júnior, que julgou parcialmente procedente os pedidos para condenar o instituto-réu a custear o tratamento médico da ora autora, bem como a lhe pagar indenização por dano moral,

no valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), com correção monetária e juros de mora, calculados da maneira acima indicada, e ainda em verba honorária, que, considerando o esforço e dedicação do d. patrono da autora, foi arbitrado em 15% (quinze por cento) do valor do futuro tratamento médico, a ser apurado na forma do art. 475-B do Código de Processo Civil, ou por outra forma que venha a ser fixada no momento processual próprio.

## **1. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.**

Não merece prosperar a alegação de prescrição trienal, prevista no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, pois nas ações em que se discute a responsabilidade civil do Estado a prescrição do fundo de direito ocorre em 05 (cinco) anos, nos termos do artigo 1º do Decreto nº 20.910/32, porquanto é norma especial, que prevalece sobre lei geral (Código Civil).

*“Em se tratando de pretensão indenizatória em desfavor da União deve ser aplicado o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910/32”. (APELREEX 200581010004354, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 14/04/2011 - Página: 23)*

Nesse sentido, colaciono o seguinte precedente do col. STJ:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/192. NÃO OCORRÊNCIA.

1. O recorrente se insurge contra acórdão que manteve a sua condenação ao pagamento de R\$ 3.450,00 por danos causados em acidente de trânsito que envolveu viatura policial, alegando prescrição segundo as normas do Código Civil.

**2. Conforme entendimento pacificado no STJ, a pretensão indenizatória contra a Fazenda Pública sujeita-se à prescrição quinquenal estabelecida no Decreto 20.910/1932. 3. Recurso Especial não provido.** (RESP 201001251474, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 27/09/2010)

Dessa forma, não transcorreu o prazo prescricional quinquenal, pois os fatos aconteceram ocorreram em 2004, sendo a ação ajuizada, tempestivamente, em 11 de outubro de 2007.

## **2. DENUNCIÇÃO DA LIDE. INADMISSIBILIDADE.**

Observa-se que a denúncia da lide ou o chamamento ao processo do Colégio Nossa Senhora das Graças só seria obrigatório, em relação à recorrente, que, se não assim procedesse, haveria perda do direito de regresso; não estando obrigado o julgador a processá-la, todavia, se concluir que a tramitação de duas ações em uma só oneraria em demasia uma das partes, ferindo os princípios da economia e da celeridade na prestação jurisdicional, sendo desnecessária em ação fundada na responsabilidade prevista no art. 37, § 6º, da CF/88, vez que a primeira relação jurídica funda-se na culpa objetiva, e a segunda, na subjetiva, fundamento novo não constante da lide originária.

Nesse sentido, transcrevo o seguinte precedente do eg. STJ:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. MORTE DECORRENTE DE ERRO MÉDICO. DENUNCIÇÃO À LIDE. NÃO OBRIGATORIEDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Nas ações de indenização fundadas na responsabilidade civil objetiva do Estado (CF/88, art. 37, § 6º), não é obrigatória a denúncia à lide do agente supostamente responsável pelo ato lesivo (CPC, art. 70, III).

2. A denúncia à lide do servidor público nos casos de indenização fundada na responsabilidade objetiva do Estado não deve ser considerada como obrigatória, pois impõe ao autor manifesto prejuízo à celeridade na prestação jurisdicional. Haveria em um mesmo processo, além da discussão sobre a responsabilidade objetiva referente à lide originária, a necessidade da verificação da responsabilidade subjetiva entre o ente público e o agente causador do dano, a qual é desnecessária e irrelevante para o eventual ressarcimento do particular. Ademais, o direito de regresso do ente público em relação ao servidor, nos casos de dolo ou culpa, é assegurado no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, o qual permanece inalterado ainda que inadmitida a denúncia da lide.

3. Recurso especial desprovido. (RESP 200802054644, DENISE ARRUDA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA: 24/11/2009)

Assim, nas ações fundadas na responsabilidade objetiva do estado, hipótese dos autos, não é obrigatória a denúncia da



lide ou o chamamento ao processo de agente supostamente responsável pelo ato lesivo, razão pela qual se nega provimento ao agravo retido interposto.

### **3. INSTITUIÇÃO DE ENSINO FEDERAL. DEVER DE VIGILÂNCIA. OMISSÃO. LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA. CULPA SUBJETIVA.**

O tema da responsabilidade civil passou do postulado inglês *The King can do no wrong* para o primado do *risco administrativo*, ficando realçado, no § 6º do art. 37 da Constituição de 1988, que “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

O princípio da responsabilidade do Estado é uma das cláusulas fundamentais do Direito Público, apresentando-se como a viga mestra do Estado de Direito, no colocar o poder público, em sua atuação, sob o império da lei. O Estado, diante do princípio da responsabilidade, nada obstante se encarregue, por um de seus poderes, o Legislativo, da feitura da norma e, por outro, o Judiciário, de dirimir as querelas envolvendo o cumprimento da lei, deve ser compelido a ressarcir o administrado que tenha sido malferido em direito seu quando da execução de serviço público, levado a efeito por algum órgão integrante do Executivo.

O Estado, assim, recebe a missão de executar determinados serviços de interesse do grupo social, mas tem de cumpri-la com tenacidade, pois, qualquer prejuízo que venha a ocasionar a terceiros, malgrado o propósito da ação seja cumprir o bem comum da coletividade, o responsabilizará por perdas e danos.

É que o administrado tem o direito público subjetivo de ser bem servido pelo Poder Público, de modo que a mera falta do serviço, ou a prestação do serviço de má qualidade, enseja, *in thesi*, o direito ao ressarcimento por eventuais danos ocasionados.

No direito comparado, examinando-se a evolução história do instituto da responsabilidade civil, tem-se que, na concepção político-religiosa do Poder Público, em que se entendia que a sobera-

nia tinha raízes divinas, o Estado era irresponsável, não sendo crível que o poder pudesse causar dano indenizável. O monarca, em si, era insuscetível de ataque judicial por erros, mas o prejudicado, de qualquer modo, podia voltar-se contra o servidor que houvesse praticado o ato.

Posteriormente, quando se encarou a soberania com origem na vontade política do povo, ainda assim se pensava, inicialmente, na irresponsabilidade do Estado, pois a legitimidade do Poder Público, como consequência do contrato social, afastava a necessidade de garantir-se o administrado contra os seus atos, porquanto os interesses do Estado não seriam distintos daqueles queridos pelos particulares. Os possíveis erros cometidos pelo Poder Público seriam da responsabilidade do próprio povo, que escolheu quem não tinha a qualificação desejada para representá-los. Admitia-se, tão somente, que se acionasse o servidor responsável pelo ato, nunca o Poder Público propriamente, que seria *irresponsável* perante os administrados.

Em estágio seguinte, sob a influência do instituto da responsabilidade plasmada no direito civil, passou-se a admitir o dever de indenizar do Estado, sempre que se demonstrasse ter havido culpa no agir do servidor estatal. Por fim, avançando-se na concepção da responsabilidade, construiu-se o princípio da responsabilidade objetiva do Estado, no sentido de que não se faz necessário indagar, na conduta do Poder Público, a existência de dolo ou culpa, mas, apenas, o exame do nexo de causalidade entre o dano e a ação do agente estatal.

De outra banda, note-se que as Constituições brasileiras sempre deram guarida ao instituto da responsabilidade civil do Estado. Em verdade, as Constituições de 1824 e 1891 deixaram expressa, unicamente, a responsabilidade do funcionário público pelos abusos e omissões praticadas no exercício de suas funções. Mas a Lei nº 221, de 20.11.1894, conferiu ao Judiciário competência para apreciar as questões em que os particulares reivindicassem indenizações de prejuízos provocados pela União.

Aliás, Celso Antônio Bandeira de Mello registra que “No Brasil jamais foi aceita a tese da irresponsabilidade do Estado” (*in* Elementos de Direito Administrativo, 2ª ed., RT, 1991, pág. 358), acres-

centando, ainda, que “O certo é que jamais se pôs dúvida, entre nós, a tese da responsabilidade do Estado, sempre aceita como princípio amplo, mesmo à falta de disposição específica”. (Ob. cit., pág. 359) (Grifei)

Ensina que o festejado Amaro Cavalcanti, quando Ministro do Supremo Tribunal Federal, em voto proferido no ano de 1904, deixou consignado que

... no Brasil nunca se ensinou ou prevaleceu a irresponsabilidade do Estado pelos atos lesivos dos seus representantes. Se não havia, nem há uma disposição de lei geral, reconhecendo e firmando a doutrina da responsabilidade civil do Estado, nem por isso é menos certo que essa responsabilidade se acha prevista e consignada em diversos artigos de leis e decretos particulares; e a julgar pelo teor das suas decisões e dos numerosos julgados dos tribunais de justiça e das decisões do próprio Contencioso Administrativo, enquanto existiu, é de razão concluir que a teoria, aceita no país tem sido sempre a do reconhecimento da aludida responsabilidade, ao menos em princípio; ainda que deixando juntamente largo espaço para freqüentes exceções, em vista dos fins e interesses superiores, que o Estado representa e tem por missão realizar em nome do bem comum. (Ob. cit., pág. 358)

A responsabilidade civil do Estado, hodiernamente, ainda suscita algumas divergências. Alguns entendem que a responsabilidade objetiva do Estado se faz presente em qualquer situação, enquanto outros acreditam que a Constituição de 1988 expôs a regra geral, que deve ser aplicada nas situações que se enquadram na hipótese desenhada em seu texto, enquanto, em outros tantos casos, deve-se perquirir da responsabilidade subjetiva.

Dessa forma, sempre que se tratar de ação positiva do Estado, a responsabilidade é objetiva. Quando, porém, se buscar a indenização de dano ocasionado ao particular por ação omissiva do Estado, a responsabilidade é subjetiva. Isso porque a responsabilidade objetiva é fundamentada na teoria do *risco-proveito*, ou seja, o Estado quando enceta alguma atividade no desiderato de satisfazer a necessidade do grupo social, assume o risco ao ressarcimento caso ela venha a legar prejuízo ao particular, mesmo

que se trate de um dos beneficiários com a ação estatal. O Estado, no exercício da soberania popular, nada obstante o propósito nobre, se ocasionar dano, tem de ressarcir, sem indagação de culpa, pois ele, diante da complexidade e multiplicidade de suas ações, detém potencialidade lesiva de difícil dimensão, havendo necessidade de garantir-se os administrados contra a má execução desses serviços, única forma de conscientizar o Poder Público do cuidado que deve ter com suas ações.

Porém, se se trata de *ato omissivo*, como não há o *risco-proveito*, sustenta, parte considerável da doutrina, que a responsabilidade sob o fundamento da falta do serviço “só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funcionou ou funcionou mal ou com atraso, e atinge os usuários do serviço ou os nele interessados. (Ob. cit., pág. 363)

A hipótese dos autos se subsume, exatamente, na categoria de responsabilidade do Estado por dano ocasionado em virtude da deficiência do serviço de segurança prestado. Não se pode tergiversar em responsabilizar o Estado nesses casos. Aqui cabe acrescentar, ainda que a *latere*, que a cidadania incipiente brasileira ainda não está, em níveis desejáveis, consciente quanto ao direito de reclamar por meio dos instrumentos válidos os mais diversos prejuízos que os entes públicos ocasionam pelo fato de serem, em muitos casos, irresponsavelmente omissos.

A frequência com que as pessoas são vítimas de irresponsabilidade administrativa tem-nas levado à desconfiança dos Poderes Públicos e à perda do sentimento de cidadania, o que só traz consequências funestas para a coletividade em sua inteireza. É chegada a hora de se exigir compromisso maior dos Poderes Públicos para o bem estar da sociedade. O cidadão, aquele a quem se reclama sacrifícios para a melhoria da vida em sociedade, há de receber, em contrapartida, serviços eficientes por parte do Estado.

Pois bem, no caso dos autos, observe-se que o Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Pernambuco - IFET/PE, ao remunerar aqueles que devem atuar na área de vigilância, fá-lo com recursos públicos, daí por que tem que exigir eficiência na execução dessa missão. Se não fiscaliza essa tarefa executada por ela diretamente ou por prestadora de serviços, e o serviço é

prestado com má qualidade, legando prejuízo a terceiros, fica obrigada ao ressarcimento.

Na presente lide, constata-se que a autora, à época com 16 (dezesseis) anos de idade, precisamente, em 14.10.2004, quando participava de excursão de seu colégio nas dependências do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Pernambuco - IFET/PE, foi agredida por um aluno da escola ré, que portava estilete, causando deformidade permanente em função da cicatriz provocada pela agressão em suas costas, de aproximadamente 30 (trinta) centímetros.

O caso em epígrafe reclama a responsabilidade civil subjetiva do estado (culpa), na modalidade negligência, pois cabia à instituição de ensino a responsabilidade pela segurança do lugar, no qual a autora foi agredida.

Ressalte-se que a instituição de ensino sequer alegou, em seu apelo, que havia segurança necessária e apta para os alunos visitantes e integrantes do estabelecimento, de forma que restou configurado o ato ilícito (lesão nas costas da autora) e o nexo de causalidade entre o dano e a omissão da instituição de ensino.

Acerca da responsabilidade subjetiva do Estado, em caso de omissão no dever de vigilância, cabe colacionar os seguintes precedentes do eg. STJ e deste col. TRF da 5ª Região:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE DE TRÂNSITO EM RODOVIA FEDERAL. ANIMAL NA PISTA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. LEGITIMIDADE DA UNIÃO E DO DNER - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. OMISSÃO. OCORRÊNCIA DE CULPA. PENSIONAMENTO. TERMO *A QUO*. REVISÃO DOS DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. PROPORCIONALIDADE.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem analisa adequada e suficientemente a controvérsia objeto do recurso especial.

2. Legitimidade do DNER e da União para figurar no polo passivo da ação.

3. Caracterizada a culpa do Estado em acidente envolvendo veículo e animal parado no meio da rodovia, pela ausência de policiamento e vigilância da pista.

4. O termo *a quo* para o pagamento do pensionamento aos familiares da vítima é a data da ocorrência do óbito.

5. Manutenção do valor fixado nas instâncias ordinárias por dano moral, por não se revelar nem irrisório, nem exorbitante.

6. Recurso especial não provido.

(RESP 201001142216, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 20/08/2010 LEXSTJ VOL.: 00255 PG: 00202)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR MORTE DE PRESO EM CADEIA PÚBLICA. DEVER DE VIGILÂNCIA DO ESTADO (ART. 5º, XLIX, CF/88). INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. CULPA E NEXO DE CAUSALIDADE COMPROVADOS. SÚMULA 07/STJ.

1. A obrigação de indenizar imputada à entidade estatal por força do art. 5º, XLIX, que assegura ao preso a integridade física é fundamento constitucional que afasta a competência do e. STJ.

2. É que, assentando o Tribunal *a quo, verbis*: Relativamente à preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, único tópico – a meu juízo – indene de reparos do *decisum a quo*, rejeito-a por entender ser a demandada parte legítima para figurar no polo passivo da presente demanda. Isto porque, na forma da Magna Carta Federal (art. 5º, XLIX), é direito fundamental dos presos a integridade física e moral no cumprimento da pena. (Fl. 153) (...) *In casu*, diante do conjunto probatório coligido nos autos, restou sobejamente evidenciado o ato ilícito da Administração Pública transpassado na negligência com que agiu diante do evento rebelião, já que, caso tivessem sido adotadas as mínimas cautelas exigidas do dever de ofício, a rebelião e consequentemente a chacina não teria ocorrido. (Fl. 156)

3. A aferição acerca da ocorrência do nexo causal entre o dano e a conduta do agente público demanda a análise do conjunto fático-probatório carreado aos autos, interdita em sede de recurso especial por força da Súmula 07/STJ. Precedentes desta Corte: REsp 756437/AP, desta relatoria, DJ de 19.09.2006; REsp 439506/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ de 01.06.2006 e REsp 278324/SC, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 13.03.2006.

4. Deveras em hipóteses semelhantes o e. STJ destaca a

inequívoca da responsabilidade estatal sobre a incolumidade do preso. Precedentes: REsp 1022798 / ES, Segunda Turma, *DJe* 28/11/2008; REsp 802435/PE, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, *DJ* 30/10/2006.

5. A doutrina do tema não discrepa da solução jurisprudencial, senão vejamos: “A mesma regra se aplica quando se trata de ato de terceiros, como é o caso de danos causados por multidão ou por delinquentes; o Estado responderá se ficar caracterizada a sua omissão, a sua inércia, a falha na prestação do serviço público. Nesta hipótese, como na anterior, é desnecessário apelar para a teoria do risco integral; a culpa do serviço público demonstrada pelo seu mau funcionamento, não-funcionamento ou funcionamento tardio é suficiente para justificar a responsabilidade do Estado”. (Maria Sylvia Zanella di Pietro, *in* *Direito Administrativo*, 18ª Edição, Editora Atlas, página 569)

6. O artigo 948, II, do CC, tem recebido no e. STJ a exegese de que: É devida a pensão aos filhos menores até o limite de 25 (vinte e cinco) anos de idade. Precedentes: REsp 674.586/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, *DJ* 02.05.2006; REsp 603.984/MT, *DJ* 16.11.2004.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

(RESP 200802280660, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, *DJEDATA*: 01/06/2009)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS PATRIMONIAIS E MORAIS. FURTO DE ASSESSÓRIOS DO VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO DE UNIVERSIDADE PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. NEGLIGÊNCIA NO SERVIÇO DE VIGILÂNCIA. DEVER DE GUARDA. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR.

1. Trata-se de apelação interposta em face da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido deduzido na peça exordial, para condenar a parte demandada ao pagamento a título de indenização por danos materiais no montante de R\$ 1.720,00 (um mil, setecentos e vinte reais) e por dano moral no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), totalizando o montante de R\$ 2.220,00 (dois mil, duzentos e vinte reais), em virtude do furto do toca-cd e de cerca de 40 CD's do veículo de propriedade da demandante, professora da UFRN, que se encontrava estacionado no *campus* da ré.

2. Encontra-se consolidado pela jurisprudência de nossos Tribunais, inclusive do colendo STJ, o entendimento de que, ocorrendo dano ao veículo estacionado em área privativa da Universidade esta responde pelo prejuízo patrimonial causado, uma vez que a mesma tem o dever de guarda e vigilância sobre o local reservado para o estacionamento da própria instituição de ensino superior, configurando a responsabilidade subjetiva da Administração. Precedente: (STJ, REsp 615282/PR, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, unânime, DJ 28/6/2004) - “O Poder Público deve assumir a guarda e responsabilidade do veículo quando este ingressa em área de estacionamento pertencente a estabelecimento público. 2. “Em tal hipótese, a responsabilidade por dano causado ao proprietário do bem colocado sob sua guarda, não se funda no art. 37, § 6º, da Constituição, mostrando-se inadequado falar-se em responsabilidade objetiva, como, aliás, decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal, mas de responsabilidade subjetiva”. Precedente do STF. 3. Recurso especial improvido.

3. No mesmo sentido vem decidindo esta egrégia Corte. Precedente: (TRF-5ª Região, AC 98197/RN, Rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano, 3ª Turma, unânime, DJ 7/2/199) - “1. Omissão do estado que rendeu ensejo à ocorrência de furto, por ato de terceiro, de veículo particular. Responsabilidade subjetiva, a pressupor, pelo menos, culpa, nas modalidades negligência, imperícia ou imprudência que, mesmo não sendo individualizável, pode ser genericamente atribuída ao serviço estatal. 2. A universidade responde pelo dano patrimonial decorrente de furto de veículo estacionado em área privativa, de uso dos professores, servidores e estudantes, eis que tem o dever de guarda e vigilância sobre o local (estacionamento da própria instituição de ensino superior). 3. Nexo de causalidade entre a omissão estatal e o prejuízo. *Culpa in omittendo*. Obrigação de indenizar. 4. Apelo improvido. Sentença mantida”.

4. No caso dos autos, resta evidente que a UFRN tem a responsabilidade de indenizar a postulante pelo prejuízo por ela suportado, não cabendo perquirir, no caso, sobre a existência ou não de culpa da vítima. O que cabe investigar é se há relação de causalidade entre o dano sofrido pela autora e a causa atribuída à responsabilidade da demandada. De sorte que, constatada a existência dessa causalidade entre o furto narrado e o prejuízo comprovado



através da documentação anexada à inicial, subsume-se a responsabilidade da parte ré à indenização pelo dano patrimonial sofrido.

5. Quanto ao dano moral, no caso em tela, não se encontram configurados os elementos ensejadores da reparação por danos morais, merecendo acolhida apenas a pretensão à indenização pelo dano patrimonial suportado pela demandante, nos termos arbitrados pela sentença.

6. Apelação parcialmente provida.

(AC 200484000012400, Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, TRF5 - Primeira Turma, DJ - Data: 28/03/2008 - Página: 1485 - Nº: 0)

A jurisprudência invocada está em sintonia com a nova civilização que está sendo criada, após a da época industrial, tem como arcabouço a qualidade dos serviços prestados, manifestando-se a eficiência, dos serviços públicos e privados, como a única forma admissível de atuação. Não se compadece com os influxos dos novos tempos pensar-se na irresponsabilidade da administração quando ela tem meios de evitar a ocorrência de danos. Para todos os efeitos, agregue-se que o real Estado Democrático de Direito não se coaduna com a irresponsabilidade do ente público em situação como a dos autos.

Dessa forma, o dano causado a terceiros, entendendo-se por terceiros qualquer do povo, pela má execução do serviço oferecido, ou ausência daquilo que competia à administração prestar, suscita a responsabilidade da entidade pública pelo ressarcimento a quem de direito. Esse é o esteio do Estado Democrático de Direito, princípio fundamental da República Federativa do Brasil, em compasso com o estampado no *caput* do art. 1º da Constituição em vigor.

Assim, o mais correto é dizer que, como se trata de questão envolvendo a prestação de serviço ineficiente, o fundamento não é a responsabilidade objetiva, plasmada no § 6º do art. 37 da Lei Maior, mas sim a responsabilidade subjetiva.

Resta, assim, configurada a responsabilidade do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Pernambuco - IFET/PE pelos danos causados à autora, em razão da negligência na prestação do serviço de vigilância.

#### 4. VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

Em relação à pretensão de indenização por dano moral, o que se busca tutelar é a satisfação de ordem moral, que importa em reconhecer o valor desse bem. Em uma sociedade democrática não há como se furtar de amparar de forma particular a consideração moral, sustentáculo da própria estrutura da sociedade.

Para a necessária caracterização do dano moral cabe averiguar a ocorrência de perturbação nas relações psíquicas, nos sentimentos, nos afetos e na tranquilidade de uma pessoa, em decorrência do ato cometido por terceiro, resultando em afronta ao direito do bem estar emocional, afetivo e psicológico, que importa em diminuição do gozo destes bens, o que leva ao dever de indenizar.

Esclarecedora é a lição do Professor Antônio Chaves, citado pelo magistrado Clayton Reis, quando leciona: *“Dano moral é a dor resultante de violação de um bem juridicamente tutelado sem repercussão patrimonial. Seja a dor física – dor-sensação como a denomina Carpenter –, nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento – de causa material”*<sup>1</sup>.

O dano moral, apesar de sua subjetividade, não pode ser confundido com mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação, disposição para ofender-se ou melindrar-se ou, ainda, sensibilidade extremada.

Na hipótese fática devidamente comprovada nos autos, observa-se a concretização de situação vexatória para a parte demandante.

A fotografia (fl. 23) comprova a longa cicatriz deixada no ferimento causado nas costas da autora, medindo, aproximadamente, 30 (trinta) centímetros.

Extrai-se do laudo do Sr. Perito Judicial (fls. 262 e seguintes) que a autora ficou com cicatriz, não obstante a boa qualidade da cirurgia plástica à qual fora submetida.

Como bem ressaltou o magistrado de primeiro grau,

---

<sup>1</sup> REIS, Clayton. *Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 5.

os fatos aconteceram em 14.10.2004, quando a autora ainda era menor, em plena adolescência, fase delicada da vida de qualquer jovem, principalmente se do sexo feminino, quando o corpo ainda está passando por grandes transformações, causando preocupações fortes e ao mesmo tempo delicadas. Um mínimo defeito pode trazer ao ou à jovem, nessa idade, traumas para o resto da vida. Imagine-se então a longa cicatriz como a comprovada na fotografia de fl. 23, a qual, segundo a petição inicial e a Denúncia do Processo-Crime nº 243.2005.001027-0, proposta na comarca de Vitória de Santo Antão, mede 290 mm (duzentos e noventa milímetros).

O reconhecimento do dano moral em casos como o presente se apresenta com caráter educativo, na medida em que compele as instituições de ensino a ter amparo legítimo de segurança.

A fixação do *quantum* indenizatório, todavia, deve ser condizente com o grau do dano causado, de modo que se perfaça o caráter educativo, sanacionatório e repressivo.

No caso, a quantia fixada pelo juiz de primeiro grau (R\$ 150.000,00 cento e cinquenta mil reais), se mostra demasiadamente excessiva, tendo em vista que o dano moral foi decorrente, apenas, da cicatriz presente nas costas da autora, inexistindo aquela de origem funcional.

Sobre o tema, é pertinente fazer menção aos seguintes precedentes deste eg. TRF da 5ª Região, que tratam do valor de indenização por danos morais decorrentes de cicatrizes:

ADMINISTRATIVO. CIVIL. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. NEGLIGÊNCIA EM CIRURGIA DE PARTO CESARIANO. AGULHA DEIXADA NO CORPO DA PACIENTE.

I. A Constituição Federal em seu art. 5º, V, garante a indenização da lesão moral, independente de estar, ou não, associada a prejuízo patrimonial.

II. O dano moral se configura sempre que alguém, injustamente, causa lesão a interesse não patrimonial.

III. No caso, a ré, através de seus médicos, realizou uma cirurgia de parto cesariano na autora, tendo sido constatado, após alguns anos, por meio de Raios X, a presença de uma agulha cirúrgica (de sutura) no corpo da paciente, que foi deixada quando da intervenção, tendo a postulante

que se submeter a uma laparoscopia exploradora, na qual foi retirada apenas parte do corpo estranho, continuando a requerente a se queixar de dores. Concluiu o perito que não há sequelas físicas do problema e sim de origem psicológica e emocional e que em decorrência do fragmento, a autora possui cicatrizes na região infra umbilical que apresentam um grau moderado do comprometimento estético da parede abdominal.

IV. O Conselho Regional de Medicina, depois de sindicância que fez para apurar a responsabilidade dos médicos envolvidos, concluiu que a negligência foi dos médicos do Hospital da Universidade Federal da Paraíba, entendimento acolhido nos presentes autos.

V. É atribuído ao juiz fixar o valor dos danos morais, não devendo causar o enriquecimento indevido da parte, pelo que deve ser reduzido o valor da **indenização para R\$ 30.000,00 (trinta mil reais)**.

VI. Honorários advocatícios mantidos em 10% sobre o valor da condenação, nos termos dos parágrafos 3º e 4º do art. 20 do CPC.

VII. Remessa oficial e apelação parcialmente providas, apenas para reduzir o valor da indenização por danos morais para R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). (APELREEX 200282000044939, Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, TRF5 - Quarta Turma, DJE - Data: 29/01/2010 - Página: 489)

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. DNIT. LEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ANIMAL NA PISTA (RODOVIA FEDERAL). BOLETIM DE OCORRÊNCIA POLICIAL. LAUDO TÉCNICO PERICIAL. COMPROVAÇÃO DE DESPESAS HOSPITALARES. DANO MORAL E MATERIAL. APELAÇÃO DO DNIT IMPROVIDA.

01. Trata-se de apelação contra sentença que condenou o DNIT - Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transporte em danos morais e materiais, em face de acidente de veículo decorrente de invasão de animal em Rodovia Federal. (...)

06. A omissão estatal, de forma indubitável, causou inúmeros transtornos e abalos psíquicos ao autor, especialmente pelas dores físicas sofridas, internamento hospitalar e complicações resultantes do fatídico episódio, entre

elas a deformidade no antebraço direito, cicatriz hipertrófica na região plantar do pé direito e sequelas de fraturas dos ossos do antebraço direito. Tal fato não representa apenas um mero dissabor, desprazer ou aborrecimento inerentes à vida cotidiana, mas uma lesão que enseja reparação civil por danos morais.

07. O montante da indenização por danos morais deve ser suficiente para desencorajar a reiteração de condutas ilícitas e lesivas por parte do réu e, ao mesmo tempo, amenizar, na medida do possível, os abalos causados ao autor lesado. Também não pode se afigurar excessivo diante da lesão causada, sob pena de resultar em enriquecimento indevido da vítima. Manutenção do valor de **R\$ 10.000,00 (dez mil reais) estabelecido pela decisão recorrida.**

08. Em relação aos danos materiais, referentes aos gastos com despesas hospitalares, deve o DNIT ser condenado ao ressarcimento dos prejuízos comprovadamente suportados, consoante a nota fiscal, a declaração e o recibo colacionados aos autos, no importe de R\$ 3.523,53 (três mil, quinhentos e vinte e três reais e cinquenta e três centavos), valor esse que, diga-se de passagem, não foi impugnado pela Autarquia apelante, que se limitou a pedir a redução do valor da indenização por danos morais por considerá-la excessiva.

09. Precedentes desta egrégia Corte e do colendo TRF 2ªR. 10. Apelação do DNIT improvida.

(AC 200683000143615, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 02/06/2011 - Página: 449)

Fixo, portanto, o valor de indenização a ser ressarcido à autora em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

## **5. TRATAMENTO MÉDICO.**

Constatado pelo perito do juízo a possibilidade, ainda que remota, de se atenuar a cicatriz deixada nas costas da autora, mediante novo procedimento cirúrgico, é de se manter a sentença que assegurou o referido direito à autora.

Como bem ressaltou o magistrado de primeiro grau, se ainda há cicatriz, cabe única e exclusivamente à jovem autora decidir se deve ou não submeter-se à nova ou novas cirurgias, bem como a algum tratamento com laser, e caso a autora opte por se submeter

a qualquer desses tratamentos, o Instituto-réu terá que se responsabilizar pelo(s) respectivo(s) pagamento(s), devido à sua responsabilidade objetiva diante do caso.

## **6. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.**

No caso, como alegado pela autora, não há que se falar em sucumbência recíproca, prevista no art. 21 do CPC, porquanto, conforme Súmula nº 326/STJ: *“Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”*.

Todavia, verifica-se que foi vencida a fazenda pública, razão pela qual incide a regra prevista no art. 20, § 4º, do CPC.

Assim, considerando o relativa complexidade da causa, o labor desempenhado pelo causídico e o tempo de tramitação do feito, ajuizado em 11.10.207, fixo os honorários advocatícios em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

## **7. CONCLUSÃO.**

Diante do exposto, nego provimento ao agravo retido do IFET/PE, dou parcial provimento à apelação da autora, dou parcial provimento à remessa oficial e à apelação do IFET/PE para reduzir a indenização por danos morais para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e fixar os honorários advocatícios em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 454.421-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT  
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Apelado: EDILSON HOLANDA COSTA  
Partes A.: MUNICÍPIO DE PINDORETAMA - CE E UNIÃO  
Advs./Procs.: DRS. FRANCISCO EVERARDO R. DA ROCHA E FRANCISCO IRAPUAN PINHO CAMURCA E OUTRO

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EXCLUSIVAMENTE RESSARCITÓRIA. PRESCRIÇÃO DAS DEMAIS PRETENSÕES. EXISTÊNCIA DE ACÓRDÃO DO TCU COM EFICÁCIA EXECUTIVA. SENTENÇA QUE JULGOU EXTINTO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO DIANTE DA AUSÊNCIA DE INTERESSE DO MPF. FUNDAMENTAÇÃO: MULTICIDADE DE INSTÂNCIAS E CONTRARIEDADE AO PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. INSTÂNCIAS DIVERSAS. LEGITIMIDADE DO MPF CONSTITUCIONALMENTE RECONHECIDA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE NORMA LEGAL QUE ESTABELEÇA HIERARQUIA ENTRE O TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL E A AÇÃO DE IMPROBIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 515, § 3º, DO CPC. CONVÊNIO. VERBAS FEDERAIS. DANO AO ERÁRIO PÚBLICO. OCORRÊNCIA. APARENTE CONTRADIÇÃO DE JULGAMENTOS DO TCM E DO TCU. INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO TCU. APLICAÇÃO DOS ARTS. 70 E 71 DA CF/88. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPOSIÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA.**

**- Trata-se de apelação em ação civil pública interposta pelo Ministério Público Federal contra**

**sentença que extinguiu a ação de improbidade administrativa ajuizada em desfavor de Edílson Holanda Costa, sem resolução do mérito (art. 267, VI, CPC), sob o fundamento de que não há interesse de agir na propositura de ação de conhecimento para a condenação do agente público na obrigação de ressarcir os danos causados ao erário quando há decisão do TCU, com eficácia executiva, condenando-o na mesma obrigação.**

**- Consoante jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça e da Primeira Turma desta Corte Regional, o Ministério Público possui legitimidade ativa para propor ação de improbidade administrativa para ressarcimento de dano ao erário, mesmo nos casos de prescrição das outras pretensões.**

**- Existência de acórdão condenatório do Tribunal de Contas da União, em que a obrigação analisada refere-se a dano causado ao erário pelo não cumprimento de Convênio celebrado entre o extinto Ministério do Interior e o Município de Pindoretama, sendo este o objeto da presente ação de improbidade administrativa, motivo pelo qual o Magistrado de primeiro grau extinguiu o processo sem resolução do mérito, por falta de interesse do MPF.**

**- A decisão do TCU condenando o ora apelado na esfera administrativa não possui o condão de extinguir ação de improbidade administrativa exclusivamente ressarcitória. Isso porque, as instâncias, administrativa e judicial, são diversas, assim, o fato de a decisão do TCU constituir um título executivo não afasta o interesse de agir do MPF em relação à pretensão de ressarcimento através de ação de improbidade, não há qualquer preceito normativo nesse sentido, inexistindo, portanto, respaldo legal para a extinção da referida ação sob esta fundamentação. Com efeito, a atuação judicial do Ministério Público não pode**



**restar condicionada à possibilidade de execução de decisões do TCU, posto que a ação de improbidade não se funda em qualquer título executivo. Nesse sentido, inciso II do art. 21 da Lei 8.429/92 dispõe expressamente que o Ministério Público não está vinculado às decisões do TCU.**

**- O fato é que existem dois caminhos/ações judiciais legitimamente reconhecidos – a execução do acórdão do TCU e a ação de improbidade administrativa ressarcitória – para obtenção do provimento judicial almejado. Entretanto, não se pode impor ao legitimado ativo para propor qualquer delas a submissão ao manejo da outra, ou seja, possuindo o Ministério Público legitimidade reconhecida para a propositura de ação de improbidade administrativa o interesse processual resta patente, não podendo ser afastado diante da possibilidade de ajuizamento de outra ação judicial na qual, importante consignar, o MPF não possui legitimidade. Destarte, não havendo sido a ação de execução do acórdão do TCU levada a cabo, resta indagar qual o motivo que levou o Juiz de primeira instância a privilegiar a ação executiva em relação à de improbidade administrativa. Ora, não há qualquer dispositivo legal que estabeleça uma “hierarquia” entre as duas ações citadas.**

**- As razões do Juiz de primeiro grau de celeridade e economia processual da ação de execução de título extrajudicial em relação à ação de improbidade administrativa, não devem prevalecer. Com efeito, após o julgamento da ação de improbidade, em sua fase executória, a parte ré apenas terá a opção de utilizar o mecanismo da impugnação, o que, sem dúvida, é bem mais célere que os embargos à execução – que naturalmente serão manejados pela parte ré no âmbito da ação de execução de título extrajudicial – pois neste haverá um processo de conhecimen-**

**to autônomo, com inúmeras possibilidades de desconstituição do referido título, enquanto que a possibilidade de nulidade do título judicial emanado de tal processo possui muito mais relevo/segurança no que pertine à eventual vício que porventura venha a desconstituí-lo.**

**- Reconhecido o interesse do Ministério Público Federal para propor a presente ação de improbidade administrativa. Aplicação do art. 515, § 3º, do CPC, tendo em vista que as provas a serem produzidas já o foram, restando o feito “maduro” para julgamento, devendo, também, ser considerado o fato de que a presente ação foi interposta em 16.11.2000, o que demonstra a urgência da sua apreciação definitiva.**

**- A celeuma meritória a ser dirimida consubstancia-se na aparente contradição dos julgamentos proferidos, de um lado, pelo Tribunal de Contas da União (que julgou irregulares as contas apresentadas pelo réu e determinou o ressarcimento ao erário) e, de outro, pelo Juízo da Comarca de Cascavel/CE (que julgou improcedente a Ação Ordinária de Enriquecimento Ilícito promovida pelo Município de Pindoretama contra o ora recorrido), bem como pelo Tribunal de Contas do Município (que declarou a regularidade das referidas contas).**

**- Não obstante a decisão do TCM e a do Juízo da Comarca de Cascavel caminharem no mesmo sentido da regularidade dos atos do recorrido, a CF/88 estabelece expressamente a competência do TCU no que pertine à fiscalização da aplicação de quaisquer recursos repassados pela União aos outros Entes Políticos, bem como da consequente instauração de Tomada de Contas Especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e qualificação do dano (art. art. 71, III, VI e VIII). Nesse diapasão, a decisão proferida pelo TCM não possui o condão de afastar a**

***legitimidade e eficácia do acórdão emitido pelo Tribunal de Contas da União, já que incontestável a natureza federal das verbas envolvidas no presente caso.***

***- Inexistência de qualquer vício no processo levado a cabo pelo TCU que enseje a nulidade do acórdão proferido no âmbito da referida Tomada de Contas Especial. Com efeito, o mencionado Tribunal agiu dentro do limite constitucional a ele conferido. Dessa feita, não há como se afastar a eficácia da mencionada decisão, devendo, portanto, prevalecer a condenação do ora recorrido ao ressarcimento do dano ao erário.***

***- Imperiosa a análise das decisões proferidas, para que não reste dúvida acerca da regularidade da condenação imposta ao réu, posto que a presente ação de improbidade administrativa tem como alicerce a aludida Tomada de Contas Especial julgada pelo TCU.***

***- No âmbito do TCU, os documentos juntados pelo réu foram considerados insuficientes para a comprovação da regular aplicação dos recursos transferidos, tendo em vista a não apresentação: do demonstrativo da execução da receita e despesa; do relatório de cumprimento do objeto; da relação de pagamentos; da relação de bens; do relatório de execução físico-financeira; do termo de aceitação definitiva da obra; do termo de adjudicação da licitação; do contrato; DARF; do extrato bancário, do pagamento de NCz\$ 120.000,00, referente à nota fiscal n° 0044, de 05/02/90 e do recibo de 15/02/90 da FAMEL-Facó Máquinas e Eng. Ltda.; de declaração do Banco do Brasil informando o total dos rendimentos auferidos com os recursos do convênio no período de 20/11/89 a 15/02/90 (fl. 208). Dessa forma, foram rejeitadas as razões da defesa. Entendeu o TCU pela irregularidade das contas apresentadas, determinando o ressarcimento do***

**prejuízo causado (fl. 208).**

**- Por outro lado, o TCM aprovou a Prestação de Contas da Prefeitura Municipal de Pindoretama, referente ao exercício de 1990, por decurso de prazo, já que o julgamento não foi realizado no prazo legal de 30 (trinta) dias, após o recebimento do respectivo Parecer (fl. 254).**

**- Quanto à ação ordinária de Enriquecimento Ilícito, manejada pelo Município de Pindoretama em face do ora apelado, a qual foi julgada improcedente, importante registrar que a parte autora não compareceu à audiência de instrução o que ensejou o julgamento antecipado da lide. Ademais, a sentença baseou-se na decisão do TCM que foi aprovada pela Câmara, por decurso de prazo, tendo em vista o não julgamento pela respectiva Casa no prazo legal. Dessa forma, não houve a devida instrução processual com os documentos necessários à comprovação das irregularidades cometidas pelo réu.**

**- Assim, levando em consideração que o Parecer do TCM foi aprovado pela Câmara, por decurso de prazo, bem como que na Ação Ordinária de Enriquecimento Ilícito não houve a correta instrução processual, em virtude da inércia da parte autora, tendo, aquele Juízo Estadual se baseado em provas frágeis para afastar a responsabilidade do ora recorrido, as referidas decisões não podem servir como obstáculo à condenação do mesmo ao ressarcimento material do prejuízo sofrido pelos cofres públicos.**

**- Ao não aplicar os recursos recebidos da forma conveniada, o réu cometeu notadamente ato de improbidade administrativa, devendo ressarcir o erário do dano cometido, já que em relação às outras penas a prescrição já se operou.**

**- Apelação provida para determinar que o apelado proceda ao devido ressarcimento ao erário do dano efetivamente provocado ao patrimô-**

***ção público, consubstanciado no valor de NCz\$ 120.000,00 (cento e vinte mil cruzados novos), nos termos do art. 37, §4º da CF/88 e arts. 5º e 10, XI e 12, II, da Lei nº 8.429/92***

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AC 454.421-CE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em dar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 12 de abril de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Trata-se de apelação em ação civil pública interposta pelo Ministério Público Federal contra sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara Federal da SJ/CE, que extinguiu a ação de improbidade administrativa ajuizada em desfavor de Edílson Holanda Costa, sem resolução do mérito (art. 267, VI, CPC), sob o fundamento de que *não há interesse de agir na propositura de ação de conhecimento para a condenação do agente público na obrigação de ressarcir os danos causados ao erário quando há decisão do TCU, com eficácia executiva, condenando-o na mesma obrigação* (fl. 343).

2. Alega o Ministério Público Federal, em sua apelação, que: (a) inexistente duplicação de instâncias, pois o art. 19 da Lei 8.443/92, Lei Orgânica do TCU, dispõe que quando do julgamento das contas irregulares, deverá ser imposto o acréscimo da multa administrativa, enquanto que na ação de improbidade administrativa tal multa não pode ser imposta, existindo apenas a condenação da multa civil; (b) o princípio da celeridade processual será respeitado com a formação do título executivo judicial advindo da sentença

que julgar a ação de improbidade administrativa, pois o réu executado apenas poderá se valer do instituto da impugnação, não sendo possível o manejo dos embargos à execução, onde haverá um processo de conhecimento autônomo, sendo muito mais moroso seu trâmite e julgamento. Requer, por fim, a aplicação do art. 515, § 3º.

3. Aberta vista dos autos ao MPF, na qualidade de fiscal da lei, o mesmo opinou pela reforma da sentença recorrida.

4. É o relatório.

## VOTO

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

1. Trata-se de apelação em ação civil pública interposta pelo Ministério Público Federal contra sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara Federal da SJ/CE, que extinguiu a ação de improbidade administrativa ajuizada em desfavor de Edilson Holanda Costa, sem resolução do mérito (art. 267, VI, CPC), sob o fundamento de que *não há interesse de agir na propositura de ação de conhecimento para a condenação do agente público na obrigação de ressarcir os danos causados ao erário quando há decisão do TCU, com eficácia executiva, condenando-o na mesma obrigação* (fl. 343).

2. O julgado recorrido possui a seguinte ementa:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO DAS SANÇÕES. CONDENAÇÃO DO TCU NA OBRIGAÇÃO DE RESSARCIR OS DANOS CAUSADOS AO ERÁRIO. AÇÃO DE CONHECIMENTO AJUIZADA PELO MPF COMO O ÚNICO OBJETIVO DE OBTER A CONDENAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO NA OBRIGAÇÃO DE RESSARCIR OS DANOS, COMO O FEZ O TCU. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

I - Não há interesse de agir na propositura de ação de conhecimento para a condenação do agente público na obrigação de ressarcir os danos causados ao erário quando há decisão do TCU, com eficácia executiva, condenando-o na mesma obrigação.

II - A execução da decisão do TCU pela via transversa da

ação de conhecimento agrava a situação processual do Poder Público, atribuindo-lhe ônus que não teria em sede de execução e implicando multiplicidade de instâncias jurisdicionais, com aumento desnecessário dos custos do Judiciário.

III - Tutela do patrimônio público que pode ser feita pelo MPF no ajuizamento de execução da decisão do TCU ou no acompanhamento da que for proposta pela União e não pela inauguração de nova instância de conhecimento.

IV - Extinção do processo sem análise do mérito.

3. Preliminarmente, o cerne da controvérsia consiste no exame da possibilidade de instauração de ação civil pública de improbidade administrativa em que se pleiteia exclusivamente o ressarcimento ao erário (tendo em vista a prescrição das outras pretensões), no caso de existir acórdão condenatório do Tribunal de Contas da União, no que pertine à mesma obrigação.

4. Imperioso registrar que, consoante jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça e da Primeira Turma desta Corte Regional, o Ministério Público possui legitimidade ativa para propor ação de improbidade administrativa para ressarcimento de dano ao erário, mesmo nos casos de prescrição das outras pretensões, conforme se deduz dos precedentes cujas ementas trago à colação:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE. AÇÃO PRESCRITA QUANTO AOS PEDIDOS CONDENATÓRIOS (ART. 23, II, DA LEI Nº 8.429/92). PROSEGUIMENTO DA DEMANDA QUANTO AO PLEITO RESSARCITÓRIO. IMPRESCRITIBILIDADE.

1. O ressarcimento do dano ao erário, posto imprescritível, deve ser tutelado quando veiculada referida pretensão na inicial da demanda, nos próprios autos da ação de improbidade administrativa ainda que considerado prescrito o pedido relativo às demais sanções previstas na Lei de Improbidade.

2. O Ministério Público ostenta legitimidade ad causam para a propositura de ação civil pública objetivando o ressarcimento de danos ao erário, decorrentes de atos de improbidade, ainda que praticados antes da vigência da Constituição Federal de 1988, em razão das disposições encartadas na Lei 7.347/85. Precedentes do STJ: REsp

839650/MG, SEGUNDA TURMA, DJe 27/11/2008; REsp 226.912/MG, SEXTA TURMA, DJ 12/05/2003; REsp 886.524/SP, SEGUNDA TURMA, DJ 13/11/2007; REsp 151811/MG, SEGUNDA TURMA, DJ 12/02/2001.

3. A aplicação das sanções previstas no art. 12 e incisos da Lei 8.429/92 se submetem ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos, exceto a reparação do dano ao erário, em razão da imprescritibilidade da pretensão ressarcitória (art. 37, § 5º, da Constituição Federal de 1988). Precedentes do STJ: AgRg no REsp 1038103/SP, SEGUNDA TURMA, DJ de 04/05/2009; REsp 1067561/AM, SEGUNDA TURMA, DJ de 27/02/2009; REsp 801846/AM, PRIMEIRA TURMA, DJ de 12/02/2009; REsp 902.166/SP, SEGUNDA TURMA, DJ de 04/05/2009; e REsp 1107833/SP, SEGUNDA TURMA, DJ de 18/09/2009.

4. Consectariamente, uma vez autorizada a cumulação de pedidos condenatório e ressarcitório em sede de ação por improbidade administrativa, a rejeição de um dos pedidos, *in casu*, o condenatório, porquanto considerada prescrita a demanda (art. 23, I, da Lei nº 8.429/92), não obsta o prosseguimento da demanda quanto ao pedido ressarcitório em razão de sua imprescritibilidade.

5. Recurso especial do Ministério Público Federal provido para determinar o prosseguimento da ação civil pública por ato de improbidade no que se refere ao pleito de ressarcimento de danos ao erário, posto imprescritível.

(RESP 200801977139, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA: 18/11/2010)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO SEM CERTAME LICITATÓRIO. MULTA PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE CARÁTER PROTTELATÓRIO. ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESCRIÇÃO. AFASTAMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA RESSARCITÓRIA. IMPRESCRITIBILIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

(...)

4. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - A legitimidade do Ministério Público para ajuizamento de ações civis públicas ressarcitórias é patente. A distinção entre interesse público primário e secundário não se aplica ao caso. O reconhecimento da legitimação ativa encar-



ta-se no próprio bloco infraconstitucional de atores processuais a quem se delegou a tutela dos valores, princípios e bens ligados ao conceito republicano.

5. IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA RES-SARCITÓRIA - “A ação de ressarcimento de danos ao erário não se submete a qualquer prazo prescricional, sendo, portanto, imprescritível”. (REsp 705.715/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 2.10.2007, *DJe* 14.5.2008). Precedente do Pretório Excelso. Recurso especial conhecido em parte e nessa parte provido, tão somente para afastar a multa processual, conservando-se o acórdão quanto à legitimidade do Ministério Público e à imprescritibilidade da pretensão (RESP 200801383527, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, *DJE* DATA: 02/04/2009)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRETENSÃO EXCLUSIVA DE RESSARCIMENTO. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PROSSEGUIMENTO DO FEITO. AÇÃO AUTÔNOMA. DESNECESSIDADE. INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. RECURSO PROVIDO.

1 - A teor do art. 37, parágrafo 5º, da CF/88, a pretensão de ressarcimento ao erário é imprescritível, não restando obrigatória a propositura de ação autônoma quando o pedido restringe-se ao de natureza ressarcitória, porquanto esta é uma das sanções cabíveis de serem aplicadas, cumulativamente ou de maneira isolada, em sede de ação civil pública contra o ímprobo, entendimento, aliás, que também reverencia o princípio da instrumentalidade das formas.

2 - “4. Consectariamente, uma vez autorizada a cumulação de pedidos condenatório e ressarcitório em sede de ação por improbidade administrativa, a rejeição de um dos pedidos, *in casu*, o condenatório, porquanto considerada prescrita a demanda (art. 23, I, da Lei nº 8.429/92), não obsta o prosseguimento da demanda quanto ao pedido ressarcitório em razão de sua imprescritibilidade”. REsp 1089492/RO, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2010, *DJe* 18/11/2010.

3 - Demais precedentes: AG 00164291720104050000, Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, TRF5 - Quarta Turma, 20/01/2011; AGRESP 200900859193, Ministro BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, 02/

02/2011; RESP 200500085440, Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, 19/11/2009; RESP 200700243307, Ministra DENISE ARRUDA, STJ - PRIMEIRA TURMA, 05/08/2009. Agravo de instrumento provido.

(AG 00122772320104050000, Desembargador Federal José Maria Lucena, TRF5 - Primeira Turma, *DJE* - Data: 08/04/2011 - Página: 49)

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. PEDIDO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO FORMULADO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NÃO SUBMISSÃO AO PRAZO PRESCRICIONAL DO ART. 23, I, DA LEI 8.429/92. INTELIGÊNCIA DO ART. 37, PARÁGRAFO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. Decisão recorrida que reconheceu a ocorrência da prescrição da ação civil de improbidade administrativa em relação ao agravado, concluindo pela necessidade de ajuizamento de ação autônoma para o ressarcimento dos danos ao Erário.

2. Por força do art. 37, parágrafo 5º, da Constituição Federal, o pedido de ressarcimento pelos danos causados ao Erário formulado em ação civil pública não se submete ao prazo prescricional do art. 23, I, Lei nº 8.429/92.

3. “O ressarcimento do dano ao erário, posto imprescritível, deve ser tutelado quando veiculada referida pretensão na inicial da demanda, nos próprios autos da ação de improbidade administrativa ainda que considerado prescrito o pedido relativo às demais sanções previstas na Lei de Improbidade”. (RESP 200801977139, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, 18/11/2010)

4. Agravo de instrumento ao qual se dá provimento.

(AG 200905000426008, Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, TRF5 - Primeira Turma, *DJE* - Data: 21/03/2011 - Página: 134)

5. Dessa feita, incontroverso o fato de que a prescrição das demais sanções não afasta a legitimidade do MPF e, nem tampouco, o interesse de agir para propor ação civil pública de improbidade administrativa com a pretensão exclusiva de ressarcimento.

6. A presente demanda possui uma peculiaridade consubstanciada no fato de existir acórdão condenatório do Tribunal de

Contas da União, em que a obrigação analisada refere-se a dano causado ao erário pelo não cumprimento do Convênio nº 831/GM/89 celebrado entre o extinto Ministério do Interior - MINTER e o Município de Pindoretama, sendo este o objeto da presente ação de improbidade administrativa, motivo pelo qual o Magistrado de primeiro grau extinguiu o processo sem resolução do mérito, por falta de interesse do MPF.

7. Todavia, penso que não devem prevalecer as razões da douda sentença, ora impugnada. Com efeito, a existência de acórdão proferido pelo TCU condenando o ora apelado na esfera administrativa não possui o condão de extinguir ação de improbidade administrativa exclusivamente ressarcitória. Isso porque, as instâncias, administrativa e judicial, são diversas, assim, o fato de a decisão do TCU constituir um título executivo não afasta o interesse de agir do MPF em relação à pretensão de ressarcimento através de ação de improbidade, não há qualquer preceito normativo nesse sentido, inexistindo, portanto, respaldo legal para a extinção da referida ação sob esta fundamentação. Com efeito, a atuação judicial do Ministério Público não pode restar condicionada à possibilidade de execução de decisões do TCU, posto que a ação de improbidade não se funda em qualquer título executivo.

8. O fato é que existem dois caminhos/ações judiciais legitimamente reconhecidos – a execução do acórdão do TCU e a ação de improbidade administrativa ressarcitória – para obtenção do provimento judicial almejado. Entretanto, não se pode impor ao legitimado ativo para propor qualquer delas a submissão ao manejo da outra, ou seja, possuindo o Ministério Público legitimidade reconhecida para a propositura de ação de improbidade administrativa o interesse processual resta patente, não podendo ser afastado diante da possibilidade de ajuizamento de outra ação judicial na qual, importante consignar, o MPF não possui legitimidade.

9. Ao extinguir o processo sem resolução do mérito por ausência de interesse processual do MPF, o Magistrado sentenciante, na verdade, tolheu pretensão legítima albergada pela própria Carta Magna, que assegura ao Ministério Público a promoção de ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129,

III). Destarte, o interesse de agir do Ministério Público está implícito como uma decorrência necessária de sua atuação em nome do interesse público, não podendo deixar de atuar, sob pena de até mesmo incorrer, com sua omissão, em falta funcional, nos termos da Lei 8.429/92, conforme asseverou o *Parquet*.

10. Importante registrar que a ação de execução do acórdão do TCU não foi sequer ajuizada. Penso que, se tal ação judicial já tivesse sido interposta, poder-se-ia, nesse caso, até se reconhecer eventual ausência de interesse processual na interposição da ação de improbidade administrativa. Entretanto, não havendo sido tal pretensão levada a cabo, resta indagar qual o motivo que levou o Juiz de primeira instância a privilegiar a ação executiva em relação à de improbidade administrativa. Ora, não há qualquer dispositivo legal que estabeleça uma “hierarquia” entre as duas ações citadas.

11. Consigne-se que as razões do Juiz de primeiro grau de celeridade e economia processual da ação de execução de título extrajudicial em relação à ação de improbidade administrativa, não devem prosperar. Com efeito, após o julgamento da ação de improbidade administrativa, em sua fase executória, a parte ré apenas terá a opção de utilizar o mecanismo da impugnação, o que, sem dúvida, é bem mais célere que os embargos à execução – que naturalmente serão manejados pela parte ré no âmbito da ação de execução de título extrajudicial – pois neste haverá um processo de conhecimento autônomo, com inúmeras possibilidades de desconstituição do referido título. Destarte, em sede de embargos à execução, diversas nulidades poderão ser alegadas, o que poderá acarretar até mesmo a nulidade do título executivo proferido pelo TCU, o que ensejará, aí sim, prejuízo à Administração Pública.

12. Dessa forma, não deve prevalecer a tese de que a propositura da ação de execução seria mais vantajosa à Administração Pública, em face da celeridade e economia processual dela decorrente. Penso, *data venia*, que, na verdade, tais princípios serão observados com maior propriedade na ação civil de improbidade administrativa, pois, como já dito, não haverá nessa seara o manejo de embargos à execução, bem como que a possibilidade de nulidade do título judicial emanado de tal processo possui muito

mais relevo/segurança no que pertine à eventual vício que porventura venha a desconstituí-lo.

13. Imperioso ressaltar que o inciso II do art. 21 da Lei 8.429/92 dispõe expressamente que o Ministério Público não está vinculado às decisões do TCU:

Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

(...)

II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou Tribunal ou Conselho de Contas.

14. Nesse sentido, trago à baila precedente do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. RECEBIMENTO DA INICIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. APROVAÇÃO DAS CONTAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ART. 21, INC. II, DA LEI Nº 8.429/92. NÃO VINCULAÇÃO FRENTE AO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO VIA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO (ARTS. 267, INCS. I E VI E 295, INC. I E PAR. ÚNICO, INCS. I E III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). INOVAÇÃO EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. O Controle exercido pelo Tribunal de Contas, não é jurisdicional, por isso que não há qualquer vinculação da decisão proferida pelo órgão de controle e a possibilidade de ser o ato impugnado em sede de ação de improbidade administrativa, sujeita ao controle do Poder Judiciário, consoante expressa previsão do art. 21, inc. II, da Lei nº 8.429/92. Precedentes: REsp 285305/DF, Primeira Turma, julgado em 20/11/2007, DJ 13/12/2007 p. 323; REsp 880662/MG, Segunda Turma, julgado em 15/02/2007, DJ 01/03/2007, p. 255; REsp 1038762/RJ, Segunda Turma, julgado em 18/08/2009, DJe 31/08/2009.

2. Deveras, a atividade do Tribunal de Contas da União denominada de Controle Externo, que auxilia o Congresso Nacional na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e re-

núncia de receitas, é revestida de caráter opinativo, razão pela qual não vincula a atuação do sujeito ativo da ação civil de improbidade administrativa.

3. A doutrina sob esse enfoque preconiza que: Assim, as decisões dos Tribunais de Contas não vinculam a atuação do sujeito ativo da ação civil de improbidade administrativa, posto que são meramente opinativas e limitadas aos aspectos de fiscalização contábil, orçamentária e fiscal. Devem, por isso, ser objeto de análise crítica do Ministério Público e dos demais colegitimados ativos visando identificar, entre as irregularidades apontadas pelo Tribunal de Contas, se alguma delas realmente configura ato de improbidade administrativa. (Marino Pazzaglini Filho *in* Lei de Improbidade Administrativa Comentada, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2005, pp. 78/79 e 220/221).

4. Os autos versam agravo de instrumento em face da decisão que recebeu a petição inicial da ação de improbidade administrativa nº 2005.81.00.017764-1 ajuizada pelo Ministério Público Federal, em razão de estarem presentes os indícios suficientes de comprovação de atos de improbidade consistentes na redução em 0,5% do valor da tarifa de estudo de operação de financiamento que fora apresentada ao Banco Nordeste do Brasil pela empresa STN - SISTEMA DE TRANSMISSÃO NORDESTE S/A, beneficiada por alterações na programação do FNE e causando um prejuízo ao BNB da ordem de R\$1.499.900,00 (um milhão, quatrocentos e noventa e nove mil e novecentos reais).

5. *In casu*, O Tribunal local ao analisar a questão concernente a aprovação de contas pelo Tribunal de Controle assentou que: No que tange ao posicionamento do TCU, se por um lado milita em favor dos ora agravantes, a decisão deste Órgão Administrativo que concluiu que a operação de financiamento ao Sistema de Transmissão do Nordeste - STN foi regular e não resultou qualquer prejuízo ao erário, por outro lado, a teor do que dispõe o inciso II, art. 21 da Lei 8.429/92, a aplicação das sanções previstas nesta lei independe da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas. As questões que importem em saber se a redução tarifária que, segundo o TCU, não foi concedida exclusivamente à STN, causou ou não prejuízo ao BNB deverá

ser desenvolvida no curso da ação, razão pela qual, qualquer exclusão do pólo passivo da ação de Improbidade, de plano, apresentar-se prematura. Acrescente-se que atuação do TCU, na qualidade de Corte Administrativa não vincula a atuação do Poder Judiciário, nos exatos termos art. 5º, inciso XXXV, CF/88, segundo o qual, nenhuma lesão ou ameaça de lesão poderá ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário. (Fl. 1559)

6. A natureza do Tribunal de Contas de órgão de controle auxiliar do Poder Legislativo, decorre que sua atividade é meramente fiscalizadora e suas decisões têm caráter técnico-administrativo, não encerrando atividade judicante, o que resulta na impossibilidade de suas decisões produzirem coisa julgada e, por consequência não vincula a atuação do Poder Judiciário, sendo passíveis de revisão por este Poder, máxime em face do Princípio Constitucional da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, à luz do art. 5º, inc. XXXV, da CF/88.

7. A doutrina sobre o tema, assenta: No que diz respeito ao inciso II, referente ao Tribunal de Contas, a norma é de fácil compreensão. Se forem analisadas as competências do Tribunal de Contas, previstas no artigo 71 da Constituição, vai-se verificar que o julgamento das contas das autoridades públicas não esgota todas as atribuições daquele colegiado, estando previsto nos incisos I e II; a apreciação das contas obedece a critérios políticos e não significa a aprovação de cada ato isoladamente considerado; as contas podem ser aprovadas, independentemente de um ou outro ato ou contrato ser considerado ilegal. Além disso, como o Tribunal de Contas não faz parte do Poder Judiciário, as suas decisões não têm forma de coisa julgada, sendo sempre passíveis de revisão pelo Poder Judiciário, com fundamento no artigo 5º, inciso XXV, da Constituição. (Maria Sylvia Zanella Di Pietro in Direito Administrativo, 14ª edição, São Paulo: Atlas, 2002, pp. 687/688)

8. O Tribunal *a quo* no caso *sub judice*, mediante cotejo das razões recursais e do contexto fático engendrado nos autos, vislumbrando a ocorrência de elementos de convicção hábeis ao prosseguimento ação de improbidade administrativa e a necessidade de uma análise mais acurada dos fatos que ensejaram à ação de improbidade administrativa entendeu pela manutenção da decisão que recebeu a inicial.

9. Consectariamente, a conclusão do Tribunal acerca da existência dos elementos essenciais à viabilidade da ação de improbidade administrativa, em sede agravo de instrumento, decorre justamente da valoração da “relevância gravosa” dos atos praticados contra a Administração Pública, mormente porque os §§ 7º e 8º da mencionada legislação permitem o exame do próprio mérito da ação na fase preliminar, isto é, existência ou não de ato de improbidade administrativa, bem como fato impeditivo do exercício de um direito, como soem ser a decadência e a prescrição.

(...)

12. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

(RESP 200800359416, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA: 03/12/2009)

15. De todo o exposto, reconheço o interesse do Ministério Público Federal para propor a presente ação de improbidade administrativa.

16. Ultrapassada tal discussão preliminar, reputo imperiosa a aplicação do art. 515, § 3º, do CPC, tendo em vista que as provas a serem produzidas já o foram, restando o feito “maduro” para julgamento, devendo, também, ser considerado o fato de que a presente ação de improbidade administrativa foi interposta em 16.11.2000, o que demonstra a urgência da sua apreciação definitiva.

17. No caso dos autos, objetiva-se a condenação do réu ao ressarcimento ao erário do montante de NCz\$ 120.000,00 (cento e vinte mil cruzados novos), tendo em vista a não comprovação, à época em que era prefeito do Município de Pindoretama, da aplicação de recursos recebidos, mediante convênio celebrado com o extinto Ministério do Interior, para realização de obras de infraestrutura urbana.

18. O MPF em sua peça vestibular discorre acerca da matéria de fato, asseverando que:

Em 14 de novembro de 1989, o Município de Pindoretama, então representado pelo seu ex-prefeito EDILSON HOLLANDA COSTA, celebrou, com o ex-Ministério do Interior, o Convênio nº 831/GM/89, tendo por objeto “a realização de obras de infraestrutura no Município” (fls. 9/14), definidas



de acordo com o Plano de Trabalho devidamente aprovado como a “regularização de sub-leito, recomposição de aterros e cortes, escavação e transporte de piçarra num trecho de 3 km da estrada CE-004/Sítio Caponguinha” (fl. 17).

Em razão do referido convênio, o Município recebeu, em 16/11/89, através da 89OB02110, o repasse de NCz\$ 120.000,00 (cento e vinte mil cruzados novos) em parcela única, totalizando a cooperação financeira para a realização do objeto do convênio.

Em 18/08/92, a Secretaria de Controle Interno do Ministério da Ação Social enviou à conveniente o Ofício nº 801/DIAVA/CAORI/CISSET/MAS/92, solicitando a apresentação da prestação de contas relativa ao referido Convênio ou a devolução dos recursos recebidos, acrescidos de juros e correção monetária, no prazo de 30 dias (fl. 20). Não havendo resposta, em 28/02/96 foi expedido novo ofício pelo extinto MBES, de nº 096/96, reiterando os termos daquele. Não obstante, a então gestora municipal, demonstrando não possuir responsabilidade pelo referido convênio, apresentou peças de ações ordinárias de cobrança por enriquecimento ilícito movidas pelo Município contra o seu antecessor, Sr. EDILSON HOLANDA COSTA. Desta feita, opinou a Secretaria Federal de Controle pela instauração de Tomada de Contas Especial, bem como inscreveu o responsável na conta “Diversos Responsáveis da Unidade”, no montante de R\$ 28.596,27 (vinte e oito mil, quinhentos e noventa e seis reais e vinte e sete centavos), calculado até 10 de setembro de 1996, face à falta de comprovação da correta aplicação dos recursos recebidos (fls. 48/49).

O Relatório de Auditoria (fls. 50/51), concluído em 16/09/96, certificou a responsabilidade do ex-prefeito Municipal de Pindoretama pelo débito apurado e devidamente inscrito na conta “Diversos Responsáveis”, em face do que o Processo de Tomada de Contas foi remetido, pelo Ministro da Administração e Reforma do Estado, ao Tribunal de Contas da União (fl. 57).

Recebidos os autos pelo TCU procedeu-se, em consonância com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, à citação do responsável, que apresentou as justificativas e documentos visíveis às fls. 65/86. Ante a documentação apresentada e considerando a com-

petência da Ciset/MARE para examinar a prestação de contas, restituiu-se o processo àquele órgão. Novos documentos ainda foram apresentados às fls. 108/125, bem como às fls. 130/139.

Os novos Relatórios e Certificado de Auditoria elaborados confirmam a irregularidade das contas, em função dos documentos apresentados pelo responsável não comprovarem a utilização dos recursos repassados pela União no objeto pactuado (fls. 163/165). Devidamente instruídos, foram os autos devolvidos ao TCU.

Em face do Acórdão nº 392/2000, de 13/07/2000, os Ministros do Tribunal de Contas da União julgaram irregulares as respectivas contas, condenando o Sr. EDILSON HOLANDA COSTA ao devido ressarcimento ao erário, autorizando remessa de cópia dos autos ao Ministério Público da União par que esse ajuizasse as ações civis e penais cabíveis (...).

19. Em sua contestação o réu alega que: (a) o fato ora discutido já foi objeto de apreciação das contas municipais (exercício de 1990) pelo Tribunal de Contas do Estado do Ceará, que declarou a regularidade das mesmas (docs 12/14); (b) a Ação Civil Ordinária de Enriquecimento Ilícito promovida pelo Município de Pindoretama, em que figurou como réu, foi julgada improcedente, tendo sido reconhecida a regularidade das aplicações das verbas recebidas do MINTER, relativas ao Convênio nº 831/GM/89; (c) foi julgada improcedente, pela Justiça Eleitoral, a ação de impugnação de Registro de Candidatura, tendo como base o mesmo fato (aplicação do convênio MINTER 831/GM/89), sendo considerado elegível; (d) a única irregularidade cometida foi o envio tardio da prestação de contas, o que, por si só, não comprova a existência de irregularidade na aplicação das verbas decorrentes do Convênio firmado.

20. Feitas essas breves explicações acerca das razões do MPF, bem como da defesa do recorrido, passo à apreciação do mérito.

21. Da análise dos argumentos trazidos pelas partes, depende-se que a celeuma a ser dirimida consubstancia-se na aparente contradição dos julgamentos proferidos, de um lado, pelo Tribunal de Contas da União (que julgou irregulares as contas apre-

sentadas pelo réu e determinou o ressarcimento ao erário) e, de outro, pelo Juízo da Comarca de Cascavel/CE (que julgou improcedente a Ação Ordinária de Enriquecimento Ilícito promovida pelo Município de Pindoretama contra o ora recorrido), bem como pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará (que declarou a regularidade das referidas contas).

22. Não obstante a decisão do TCM e a do Juízo da Comarca de Cascavel, no âmbito da Ação de Enriquecimento Ilícito, caminharem no mesmo sentido da regularidade dos atos do recorrido, há que se levar em consideração que a competência, constitucionalmente estabelecida, para a fiscalização de recursos repassados pela União, mediante convênio, como é o caso em apreço, é do Tribunal de Contas da União.

23. Com efeito, o art. 71, III, VI e VIII, da CF/88 ao disciplinar a competência do Tribunal de Contas da União estabelece que:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

(...)

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

(...)

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

24. Por sua vez, a Lei 8.443/92, que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, dispõe em seus arts. 4º, 5º e 8º, que:

Art. 4º O Tribunal de Contas da União tem jurisdição própria e privativa, em todo o território nacional, sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência.

Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange:

(...)

VII - os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

Art. 8º Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5º desta Lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano.

§ 1º Não atendido o disposto no *caput* deste artigo, o Tribunal determinará a instauração da tomada de contas especial, fixando prazo para cumprimento dessa decisão.

25. Da análise dos preceitos supracitados, não há qualquer dúvida acerca da competência do TCU no que pertine à fiscalização da aplicação de quaisquer recursos repassados pela União aos outros Entes Políticos, bem como da consequente instauração de Tomada de Contas Especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e qualificação do dano. Nesse diapasão, a decisão proferida pelo TCM não possui o condão de afastar a legitimidade e eficácia do acórdão emitido pelo Tribunal de Contas da União, já que incontestável a natureza federal das verbas repassadas pelo extinto Ministério do Interior ao Município de Pindoretama.

26. Com efeito, admitir-se que a decisão proferida pelo TCM, em se tratando de convênio envolvendo verbas federais, possua maior relevo que acórdão prolatado pelo TCU, significa, em última análise, o desrespeito as regras de competência constitucionalmente estabelecidas, pois é expressa a legitimidade do TCU para

instauração de Tomada de Contas Especial, bem como a condenação do réu a ressarcir o dano causado ao patrimônio público (arts. 70 e 71 da CF/88).

27. Não foi alegado, nem demonstrado, qualquer vício no processo levado a cabo pelo TCU que enseje a nulidade/ não prevalência do acórdão proferido no âmbito da referida Tomada de Contas Especial. Com efeito, o TCU agiu dentro do limite constitucional a ele conferido. Dessa feita, não há como se afastar a eficácia da mencionada decisão, devendo, portanto, prevalecer a condenação do ora recorrido ao ressarcimento do dano ao erário.

28. Registre-se, ainda, que o réu em momento algum rebateu qualquer ponto da decisão do TCU, restringindo a sua defesa à existência de sentença de improcedência na Ação de Enriquecimento Ilícito e a Tomada de Contas perante o TCM.

29. Embora dirimida a controvérsia acerca da competência do TCU para julgar as contas do ora recorrido, entendo imperiosa a análise de cada decisão proferida, até para que não reste qualquer dúvida acerca da regularidade da condenação a ele imposta, posto que a presente ação de improbidade administrativa tem como alicerce o Processo do TCU de Tomada de Contas Especial nº 275.558/96-7, onde foram consideradas irregulares, por falta de comprovação e correta aplicação, os recursos recebidos pelo réu.

30. O Tribunal de Contas da União, quando do julgamento da Tomada de Contas Especial entendeu que *o responsável não logrou comprovar a regular aplicação dos recursos recebidos pelo Município de Pindoretama – e isso a despeito de, como bem ressaltou o Ministério Público, o ex-Prefeito ter tido três oportunidades para apresentar os elementos inerentes a uma apropriada prestação de contas –, uma vez que, além de não haver uma conta específica para o convênio, os extratos apresentados não espelhavam lançamento no valor equivalente aos recursos transferidos à Municipalidade (...)* determinou, assim, *a notificação do responsável para, em novo e improrrogável prazo, recolher ao Tesouro Nacional o valor correspondente ao dano imputado ao patrimônio público* (fl. 209).

31. Observa-se que os documentos juntados pelo réu, no âmbito da Tomada de Contas Especial, foram considerados insu-

ficientes para a comprovação da regular aplicação dos recursos transferidos, tendo em vista a não apresentação: do demonstrativo da execução da receita e despesa; do relatório de cumprimento do objeto; da relação de pagamentos; da relação de bens; do relatório de execução físico-financeira; do termo de aceitação definitiva da obra; do termo de adjudicação da licitação; do contrato; DARF; do extrato bancário, do pagamento de NCz\$ 120.000,00, referente à Nota Fiscal nº 0044, de 05/02/90 e do recibo de 15/02/90 da FAMEL - Facó Máquinas e Eng. Ltda; de declaração do Banco do Brasil informando o total dos rendimentos auferidos com os recursos do convênio no período de 20/11/89 a 15/02/90 (fl. 208).

32. Dessa forma, foram rejeitadas as razões da defesa apresentada pelo Sr. EDILSON HOLANDA COSTA, pois, além de não ter sido demonstrada a existência de conta específica para o referido convênio, os extratos bancários apresentados não eram compatíveis com o lançamento dos recursos repassados. Entendeu o TCU pela irregularidade das contas apresentadas, determinando o ressarcimento do dano ao erário.

33. Por outro lado, o TCM aprovou a Prestação de Contas da Prefeitura Municipal de Pindoretama, referente ao exercício de 1990, por decurso de prazo, já que o julgamento não foi realizado no prazo legal de 30 (trinta) dias, após o recebimento do respectivo Parecer (fl. 254).

34. Quanto à Ação de Enriquecimento Ilícito, a qual foi julgada improcedente, importante registrar que o Município autor não compareceu à audiência de instrução o que ensejou o julgamento antecipado da lide. O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará ao apreciar, em sede de recurso, à causa, negou provimento ao Recurso Oficial, nos seguintes termos (fl. 277): *pode-se concluir pela análise dos autos, até mesmo porque o autor da ação apesar de devidamente intimado para todos os atos do processo sequer compareceu aos mesmos, que inexistente qualquer prova de que tenha havido enriquecimento ilícito por parte do recorrido, posto que, como já afirmado, o próprio órgão auxiliar do legislativo municipal, qual seja, o TCM, emitiu parecer dando pela licitude da obra realizada pelo ex-gestor municipal.*

35. Dessa forma, o referido julgamento – além de se basear em decisão do TCM que foi aprovada pela Câmara, por decurso de prazo, tendo em vista o não julgamento pela respectiva Casa no prazo legal – foi proferido de forma antecipada em virtude da ausência de comparecimento da parte autora (Município de Pindoretama) aos atos processuais aos quais foi intimada, o que acarretou a não instrução processual com os documentos necessários à comprovação das irregularidades cometidas pelo réu.

36. Registre-se que os documentos levados em consideração pelo douto Juiz de Direito da Comarca de Cascavel, tendo em vista a ausência de produção de provas por parte do Município de Pindoretama (parte autora), restringiram-se a: Nota de Empenho (fl. 284); Nota Fiscal de Serviços emitida pela FAMEL- Facó Máquinas (empresa vencedora da licitação e responsável pela realização da obra) (fl. 252); Ordem bancária de repasse da Secretaria Geral/Minter para o Município de Pindoretama (fl. 283).

37. Assim, levando em consideração que o Parecer do TCM foi aprovado pela Câmara, por decurso de prazo, tendo em vista o não julgamento pela respectiva Casa no prazo legal de 30 dias, após o recebimento do mesmo; bem como que na Ação Ordinária de Enriquecimento Ilícito não houve a correta instrução processual, em virtude da inércia da parte autora, tendo, aquele Juízo Estadual se baseado em provas frágeis para afastar a responsabilidade do ora recorrido, penso que as referidas decisões não podem servir como obstáculo à condenação do ora recorrido ao ressarcimento material do prejuízo sofrido pelos cofres públicos.

38. O § 4º do art. 37 da CF/88 estabelece os princípios a serem observados pelo Gestor Público quando da sua atuação funcional, elencando as penas a serem aplicadas em caso de improbidade administrativa, *in verbis*:

Art. 37. A Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

(...)

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função públi-

ca, a indisponibilidade dos bens e ao ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

39. Os arts. 5º e 10, XI e 12, II, da Lei nº 8.429/92, dispõem que:

Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

(...)

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

(...)

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

40. Sendo assim, a não prestação de contas, ou a prestação irregular, são motivos suficientes e justificadores da ação de improbidade administrativa. Como bem asseverou o *Parquet*, em sua peça vestibular, a lesão ao Patrimônio Público mostra-se patente, uma vez que *o montante da verba destinada às obras de infraestrutura que o ex-prefeito se dispôs a realizar quando da celebração do convênio não trouxe à população qualquer benefício* (fl. 10).



41. Destarte, ao não aplicar os recursos recebidos da forma conveniada, o ora recorrido cometeu notadamente ato de improbidade administrativa, devendo ressarcir o erário do dano cometido, já que em relação às outras penas a prescrição já se operou.

42. Do exposto, dou provimento à apelação para determinar que o Sr. Edilson Holanda Costa proceda ao devido ressarcimento ao erário do dano efetivamente provocado ao patrimônio público, consubstanciado no valor de NCz\$ 120.000,00 (cento e vinte mil cruzados novos), nos termos do art. 37, § 4º, da CF/88 e arts. 5º e 10, XI e 12, II da Lei nº 8.429/92

43. É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 461.549-CE**

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL NILCÉA MARIA BARBOSA MAGGI (CONVOCADA)  
Apelante: MILFRIOS DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.  
Apelada: FAZENDANACIONAL  
Adv./Proc.: DR. MANUEL DE FREITAS CAVALCANTE JUNIOR (APTE.)

***EMENTA: TRIBUTÁRIO. COFINS. DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS. FATURAMENTO. INCIDÊNCIA APENAS SOBRE COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DE JUROS NO PARCELAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.***

***- É de ver-se que o nomen iuris do negócio jurídico não tem o condão de desnaturar a operação de revenda de mercadorias, devendo se examinar o conteúdo do ato jurídico para verificar a ocorrência ou não da hipótese de incidência tributária, porquanto os fatos, os atos ou negócios, previstos na lei tributária como base de tributação, devem ser interpretados de acordo com os***

***seus efeitos econômicos e não de acordo com a sua forma jurídica, a teor do disposto no art. 118, I, do CTN.***

***- Considerando a existência de uma operação mercantil de compra e venda na atividade desenvolvida pela apelante, configura-se o fato gerador da COFINS – o faturamento equivalente à receita bruta de venda de mercadorias e serviços – o que, no caso em exame, deve corresponder, não só ao valor da comissão auferida pela autora, mas também o valor da operação de compra e venda de mercadorias (valor bruto da nota fiscal).***

***- A inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS é legítima, haja vista integrar o conceito de faturamento.***

***- Em face da caracterização da mora debitoris, torna-se incabível a exclusão de juros moratórios no parcelamento fiscal, a teor do disposto no § 2º, art. 155-A do CTN.***

***- 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 da Relatora, na forma do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 10 de abril de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL NILCÉA MARIA BARBOSA  
MAGGI - Relatora Convocada

## **RELATÓRIO**

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL NILCÉA MARIA BARBOSA MAGGI (Convocada):

A Milfrios Distribuidora de Produtos Alimentícios Ltda. insurge-se contra sentença proferida pelo MM. Juízo Federal da 10ª Vara-CE, que julgou improcedente o pedido, consubstanciado na retifi-

cação dos valores dos débitos tributários objeto de parcelamento, bem como na restituição dos valores pagos a maior.

Pugna a autora-apelante, em suas razões recursais, pela reforma da sentença para determinar a retificação do valor da dívida tributária objeto do parcelamento nº 10380.006094/97-44 com os seguintes argumentos:

(a) da impossibilidade de se considerar como base de cálculo da COFINS os valores brutos das notas fiscais, mas tão somente o valor das comissões recebidas em decorrência do contrato de distribuição firmado com o fabricante dos produtos que comercializa;

(b) inclusão indevida do ICMS na base de cálculo da COFINS;

(c) aplicação de juros moratórios após a data da consolidação da dívida.

Resposta da Fazenda Nacional ao recurso da parte adversa.

## VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL NILCÉA MARIA BARBOSA MAGGI (Relatora Convocada):

1. A tese central da autora-apelante consiste em descaracterizar como faturamento os valores das mercadorias constantes das notas fiscais na operação de distribuição para os seus revendedores, de modo que a COFINS **incida apenas sobre o valor da comissão devida pelo fabricante dos produtos nessas operações.**

É de ver-se que o *nomem iuris* do negócio jurídico não tem o condão de desnaturar a operação de revenda de mercadorias, devendo se examinar o conteúdo do ato jurídico para verificar a ocorrência ou não da hipótese de incidência tributária, porquanto os fatos, os atos ou negócios, previstos na lei tributária como base de tributação, devem ser interpretados de acordo com os seus efeitos econômicos e não de acordo com a sua forma jurídica, a teor do disposto no art. 118, I, do CTN.

Para tanto, é necessário destacar algumas cláusulas do “contrato de distribuição” firmado entre a autora-apelante e a Nestlé (fls. 37/45), em especial as cláusulas 7ª e 16ª:

(...) Cláusula Segunda - Para a realização da venda referida na cláusula anterior, **a FABRICANTE venderá à DISTRIBUIDORA, dentro de suas possibilidades de fornecimento, as quantidades de produtos refrigerados por ela produzidos e que forem pedidos pela DISTRIBUIDORA.**

Cláusula Terceira - **A revenda, pela DISTRIBUIDORA, dentro da área geográfica que lhe é reservada, deverá ser efetuada através de estabelecimentos comerciais próprios ou alheios,** nos quais necessariamente deverão existir equipamentos de frios apropriados para a conservação dos produtos objeto deste contrato.

(...)

Cláusula Sexta - A DISTRIBUIDORA, independentemente das demais responsabilidades decorrentes deste contrato, se compromete a:

(...)

III - Só expor e permitir a revenda dos produtos que estejam em perfeitas condições de higiene, apresentação e conservação, sendo-lhe expressamente vedado distribuir, revender ou permitir que os estabelecimentos atendidos pela DISTRIBUIDORA revendam produtos cuja data de validade tenha vencido, **ficando a FABRICANTE com a faculdade de exercer a fiscalização que entender necessária** para o fiel cumprimento desta obrigação, **inclusive a de exigir a inutilização dos produtos que não preencham aquelas condições, sem direito algum para a DISTRIBUIDORA de recusar-se a atender essas exigências ou de reembolso ou indenização pelos produtos inutilizados;** a eventual falta de fiscalização não isentará a DISTRIBUIDORA da obrigação aqui assumida.

(...)

Cláusula Sétima - **As vendas e as operações comerciais efetuadas pela DISTRIBUIDORA serão, sempre, por sua conta e risco.**

(...)

Cláusula Décima Sexta - **Os pedidos de produtos feitos pela DISTRIBUIDORA à FABRICANTE serão entendidos como firmes, sem direito de devolução,** motivo pelo qual somente serão considerados aqueles efetuados por escrito.

(...)

Cláusula Décima Sétima - Os produtos serão colocados à disposição da DISTRIBUIDORA, no estabelecimento de propriedade do fabricante, situado na BR 101 Sul, Km 79,9, Variante do Contorno, Prazeres, Jaboatão dos Guararapes, ou local onde esta venha a indicar.

Parágrafo Primeiro - **Uma vez aceita a mercadoria, a DISTRIBUIDORA assume todos os riscos por ela, inclusive por qualquer prejuízo ou estrago decorrente do transporte dos produtos até seu depósito.**

(...)

Cláusula Vigésima - As faturas deverão ser resgatadas pela DISTRIBUIDORA por ocasião da entrega dos pedidos ou, mais tardar, dentro de 28 (vinte e oito) dias contados da emissão de cada fatura.

Parágrafo Primeiro - A FABRICANTE poderá, a seu exclusivo critério, efetuar a cobrança das faturas através de carteira própria ou por meio da rede bancária, ou qualquer outra modalidade.

(...)

Cláusula Vigésima Primeira - Poderá a FABRICANTE sustar o fornecimento dos produtos na hipótese de a DISTRIBUIDORA vir a atrasar na liquidação de seus débitos decorrentes da compra daqueles produtos ou a vir distribuí-los de forma irregular.

Cláusula Vigésima Segunda - **Correrão por conta da DISTRIBUIDORA todas as despesas de conservação e de distribuição dos produtos objeto do presente contrato.**

Constata-se, pela leitura das disposições contratuais acima transcritas, a existência de uma operação de transferência de propriedade e posse das mercadorias entre a Nestlé e a apelante, porquanto a apelante se obriga a comprar as mercadorias da Nestlé, e, inclusive, não tem direito à devolução após o recebimento e aceitação das mercadorias, assumindo o risco oriundo de eventual estrago delas no transporte até seu estabelecimento comercial, bem como arcando com os prejuízos decorrentes da inutilização das mercadorias por perecimento.

Nesse diapasão, o “contrato de distribuição” entre a apelante e a Nestlé **embute verdadeira operação de compra e venda mercantil**, não obstante contemple também algumas condições

especiais para fornecimento das mercadorias, sem, contudo, desnaturar a operação mercantil de aquisição de mercadoria para revenda.

A corroborar essa ilação, tem-se a resposta do perito judicial quanto à escrituração fiscal da autora no tocante ao ICMS ser própria da atividade comercial de compra e venda de mercadorias, em que a apelante se credita dos valores contidos na nota fiscal na operação de aquisição de mercadoria com a fornecedora (Nestlé), em nada diferindo de uma operação típica de revenda de mercadorias (fl. 264).

Assim, considerando a existência de uma operação mercantil de compra e venda, configura-se o fato gerador da COFINS – o faturamento equivalente à receita bruta de venda de mercadorias e serviços – o que, no caso em exame, deve corresponder, não só ao valor da comissão auferida pela apelante, mas também o valor da operação de compra e venda de mercadorias (valor bruto da nota fiscal).

Portanto, o valor da operação com mercadorias somado ao valor da comissão auferida pela autora integram o conceito de faturamento, definido em lei como fato gerador da COFINS (art. 2º da LC 70/91), inexistindo qualquer afronta ao princípio da legalidade tributária.

A jurisprudência dessa Corte Regional tem idêntico entendimento sobre a matéria:

TRIBUTÁRIO. DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS. COFINS. INCIDÊNCIA. FATURAMENTO.

- **É legítima a incidência da COFINS sobre o faturamento, e, não apenas, sobre o valor das comissões recebidas pela comercialização dos produtos.**

(AG 200505000125052, Desembargador Federal Rivaldo Costa, TRF5 - Terceira Turma, DJ - Data: 10/02/2006 - Página: 997 - Nº: 30)

O STJ, em caso análogo, também não destoa desse entendimento:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. CONCESSIONÁRIA DE VEÍCULO.

LO. PIS. FATURAMENTO. BASE DE CÁLCULO. LC Nº 70/91. LEI Nº 9.718/98. PRECEDENTES.

(...)

3. A base de cálculo do PIS/COFINS é o faturamento da empresa ou a renda bruta, nos termos do art. 2º da LC nº 70/91.

4. De acordo com a Lei nº 9.718/98, tanto o PIS como a COFINS mantiveram o faturamento como sua base de cálculo; no entanto, ampliou-se o conceito (faturamento correspondente à receita bruta).

A referida Lei elevou a base de cálculo do PIS e da COFINS e aumentou a alíquota desta última.

5. Operações realizadas pela recorrente referentes a contratos de compra e venda mercantis (comércio de veículos automotores), e não de compra e venda em consignação.

6. Ausência de “remessa” ou “entrega” de bens pelo fabricante a serem alienados pela concessionária, mas, sim, transferência de domínio desses por meio da compra e venda.

7. A recorrente, em momento algum, suportou tributação sobre faturamento em conta alheia, uma vez que, ao realizar operações de compra e venda mercantil, e não de consignação, o faturamento por ela percebido é do valor total da venda, restando devida a cobrança do PIS e da COFINS sobre este valor.

8. Precedentes das 1ª e 2ª Turmas do STJ: REsp nº 714008/RJ, deste Relator, *DJ* de 04/04/2005; AgRg no REsp nº 616571/MG, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* de 29/11/2004; REsp nº 438797/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* de 03/05/2004; REsp nº 417009/SC, deste Relator, *DJ* de 14/04/2003; REsp nº 346524/PR, Relª Minª Eliana Calmon, *DJ* de 09/09/2002.

9. Recurso não provido.

(REsp 836.404/CE, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/06/2006, *DJ* 22/06/2006, p. 197)

Inexiste afronta ao disposto no art. 110 do CTN, pois não se incorreu na vedação de alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos e conceitos de direito privado, utilizados na regra matriz de incidência, para burlar os limites da competência tributária, mas tão somente o enquadramento de uma situação fática à hipó-

tese de incidência tributária, sem desvirtuar os conceitos e definição do direito privado.

Frise-se, os dispositivos do Código Civil invocados pela apelante não conduzem à ilação, por ela defendida, de o seu faturamento ser formado, exclusivamente, pelas receitas oriundas das comissões, mas estabelece tão somente o direito à remuneração pela atividade de distribuição.

Por outro lado, não há ofensa aos princípios da proibição de confisco e da capacidade tributária, haja vista que na constituição dos créditos tributários objeto desta ação se restringiu a adotar o fato gerador previsto na regra matriz de incidência (art. 195, I, *b*, CF), em sua redação originária, alcançando tão somente o fatosigno presuntivo de riqueza eleito pelo constituinte, sem, contudo, suprimir a própria fonte de riqueza do contribuinte.

Registre-se, o princípio da capacidade tributária deve ser encarado objetivamente, de modo que a aptidão para suportar o ônus tributário repousa em circunstâncias concretas, como a renda, o patrimônio ou o faturamento, com abstração das condições pessoais dos contribuintes, sendo certo que a apelante demonstrou tal capacidade contributiva ao realizar as operações de revenda de mercadorias.

Nem se vislumbra mácula ao princípio da igualdade, haja vista que a atividade da apelante (distribuição de alimentos), perante a regra matriz de incidência tributária e a norma instituidora do tributo, não é distinta daquela praticada pelos revendedores de alimentos, haja vista que ambos, ao concretizarem a hipótese de incidência da COFINS, encontram-se na mesma situação fática de revenda de mercadorias.

2. No tocante à exclusão do valor do ICMS da base de cálculo da COFINS, segundo argumento da apelante, de igual modo não merece acolhida a pretensão da autora-apelante.

O ICMS é tributo estadual incidente sobre a operação de mercadorias e na prestação de determinados serviços, sendo cobrado, historicamente, “por dentro”, de forma a estar incluso no preço da mercadoria consignada na nota fiscal de venda e suportado pelo consumidor final.



A COFINS, consoante já explicitado, incide sobre o faturamento correspondente à receita bruta de venda de mercadorias e serviços (receita operacional).

Impende registrar ser o conceito de receita operacional um elemento bruto, e não líquido, visto não considerar quaisquer exclusões relativas às despesas ou custos incorridos para o ingresso da correspondente receita, exceto as determinadas em lei.

De outra parte, não há na norma constitucional (art. 195), nem na lei complementar 70/91 ou nas leis ordinárias 9.718/98 e 10.833/2003, qualquer referência a faturamento líquido – o que implicaria a necessidade de se especificar as parcelas a serem excluídas do montante – não há como se desviar da conclusão de que o faturamento ou receita bruta, no caso, deve corresponder à soma das vendas de mercadorias e serviços, sem qualquer consideração a impostos ou outras despesas nela incluídas.

O art. 2º da LC 70/91 ao definir o faturamento como fato gerador da COFINS, tendo em vista ser ele um elemento bruto, apenas excluiu de sua base impositiva o valor do IPI e das vendas canceladas, devolvidas e dos descontos incondicionais, sendo forçoso concluir que o valor do ICMS integra a sua base de cálculo.

Tal conceito de receita bruta encontra-se, inclusive, em harmonia com a Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76, art. 187, incisos I e II), que estabelece a contabilização das vendas pelo seu valor bruto, incluindo tributos, sendo que estes, as devoluções e cancelamentos de vendas e os abatimentos deverão ser registrados em contas específicas como redutoras da receita bruta, de modo a se alcançar com essas deduções a “receita líquida”.

Na verdade, a prevalecer a tese de que o conceito de faturamento deve corresponder tão somente às parcelas que deverão integrar o patrimônio do sujeito passivo, o que excluiria o valor pago a título de ICMS – como defende a apelante – ter-se-ia, por coerência lógica, de excluir as demais despesas ou custos incorridos para o ingresso da correspondente receita, resultando apenas no lucro líquido, o que, em absoluto, não está no propósito da regra matriz de incidência insculpida no art. 195, I, b, CF.

Essa discussão, aliás, é mais antiga, tendo iniciado já antes da COFINS, quando ainda cobrado o FINSOCIAL, tendo o STJ fir-

mado o entendimento no sentido da inclusão do ICMS na base de cálculo do FINSOCIAL por meio do verbete nº 94 de sua súmula, *in verbis*:

Verbete nº 94: A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL.

A jurisprudência dessa Corte Regional não destoia desse entendimento:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 68 E 94 DO STJ. IMPROVIMENTO.

1. Agravo de instrumento desafiado contra decisão que indeferiu pedido de tutela antecipada postulada no sentido de lhe ser autorizada a exclusão do ICMS quando da apuração da base de cálculo do PIS/COFINS e a suspensão da exigibilidade dos respectivos créditos tributários.

2. Inexistência de óbice à continuidade do julgamento da presente demanda, vez que o prazo da última prorrogação dos efeitos da liminar deferida na MC na ADC 18- DF restou expirado.

**3. O ICMS, por se tratar de tributo indireto em virtude do fenômeno jurídico da repercussão, é integrado ao preço da mercadoria vendida ou do serviço prestado, sendo suportado pelo consumidor final, integrando, assim, o faturamento da empresa. Impossibilidade de exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS. Precedentes do STJ.**

**4. Inteligência das Súmulas 68 e 94 do STJ, que preconizam expressamente que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do Finsocial.**

5. Agravo de instrumento improvido.

(AG 200805000605701, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 02/06/2011 - Página: 432)

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 68 E 94 DO STJ.

**1. Sendo o ICMS componente do preço de venda das mercadorias e dos serviços, integra o faturamento da**

**empresa e, por isso, não pode ser excluído da base de cálculo da COFINS e do PIS. Súmulas 68 e 94 do STJ.**

2. A presente matéria está a ser discutida, novamente, no colendo Supremo Tribunal Federal - STF, nos autos da Ação Direta de Constitucionalidade nº 18. Nessa ação foi deferida medida cautelar para suspender o julgamento das demandas que envolvam a aplicação do art. 3º, parágrafo 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98. Ocorre que a eficácia da medida foi prorrogada pela última vez, por mais 180 (cento e oitenta) dias, contando-se a partir da publicação da ata do julgamento que deferiu a medida, efetivada em 15/04/2010. Nada mais impede que seja prosseguido o julgamento do feito.

3. Pedido de compensação tributária prejudicado uma vez que não havendo direito material a ser concedido em favor da impetrante, resta esvaziada a referida questão. Apelação da Destilaria Sibéria Ltda. prejudicada e apelação da Fazenda Nacional e remessa necessária providas.

(APELREEX 200783000201346, Desembargador Federal Geraldo Apoliano, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data: 17/03/2011 - Página: 1326)

Registre-se, o STF, em decisão plenária proferida na ADC 18/2007, em que se discute a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e PIS, **deferiu a medida liminar requerida, declarando-se prejudicado o ainda pendente de julgamento RE nº 240.785/MG invocado pela autora-apelante para corroborar a sua tese de inconstitucionalidade da exceção impugnada.**

Ressalte-se, contudo, a decisão do STF que determinou a suspensão dos processos em que se discute a inclusão da parcela referente ao ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS, até o julgamento pelo STF da ADC 18, perdeu a eficácia em setembro de 2010, porquanto expirada a última prorrogação de prazo quanto à eficácia da medida liminar concedida pela Corte Suprema (ADC 18 QO3-MC / DF – Distrito Federal – terceira questão de ordem na medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade), inexistindo qualquer óbice ao julgamento deste recurso nesse ponto.

3. Por fim, resta examinar a matéria atinente à inclusão de juros moratórios no parcelamento fiscal no período posterior à consolidação da dívida.

A adesão ao parcelamento fiscal não afasta a incidência de juros moratórios, porquanto o pagamento parcelado da dívida não elide a mora do devedor.

Não se pode olvidar que o parcelamento é uma espécie de moratória (§ 2º do art. 155-A do CTN), em que é concedido ao devedor uma dilação do prazo para satisfazer suas obrigações, sem, contudo, afastar os encargos moratórios, a teor do disposto no § 1º do art. 155-A do CTN .

Argumentar em sentido contrário, como pretende a apelante, implica incentivar a inadimplência das obrigações tributárias, já que seria mais vantajoso para o contribuinte atrasar o cumprimento dessas obrigações a fim de aderir ao parcelamento e obter não só a concessão de novo prazo para satisfazer seus débitos, mas também a exclusão dos juros moratórios.

Posto isso, nego provimento à apelação da autora.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 495.033-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT  
Apelante: JOSÉ CAVALCANTE E CIA/ LTDA. - JOCIL  
Apelados: INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI E PRODUTOS ALIMENTÍCIOS JUCIL LTDA.  
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO  
Adv./Proc.: DR. EDIL CASTRO CAVALCANTE (APTE.)

**EMENTA: DIREITO COMERCIAL. MARCA E NOME COMERCIAL. PROTEÇÃO. COEXISTÊNCIA DA MARCA “JUCIL” E “J JOCIL”. IMPOSSIBILIDADE. AFINIDADE MERCADOLÓGICA. DIREITO DE EXCLUSIVIDADE.**

**- O cerne da controvérsia instaurada na presente demanda consiste em se averiguar a legalidade**

**de da decisão administrativa proferida pelo INPI que terminou por anular o registro da marca da ora apelante.**

**- A empresa apelante, à vista do arquivamento de seus atos constitutivos perante a Junta Comercial do Ceará no ano de 1967 (fl. 249) possui, sim, o direito à proteção de seu nome comercial - JOSÉ CAVALCANTE E CIA LTDA. No entanto, tal proteção não se estende à marca J JOCIL, que, apesar de consistir na abreviatura do referido nome comercial, não faz parte do mesmo.**

**- Pelo que se observa dos autos, a empresa PRODUTOS ALIMENTÍCIOS JUCIL LTDA. requereu e obteve o registro de sua marca JUCIL perante o INPI no ano de 1996 (fl. 238), devendo tal registro prevalecer sobre o registro da J - JOCIL, o qual só veio a ser obtido em 2002 (fl. 205).**

**- Na hipótese, a PRODUTOS ALIMENTÍCIOS JUCIL LTDA. já havia registrado em junta comercial a expressão “JUCIL”, como parte integrante de seu nome comercial, além de, posteriormente, obter o registro da marca “JUCIL” perante o INPI. Desse modo, não poderia a apelante, que exerce o mesmo ramo de atividade, ter obtido o registro da expressão análoga “J JOCIL” junto ao INPI, porquanto o registro na junta comercial confere ao seu titular o direito de exclusividade sobre a expressão adotada como nome comercial e o INPI não poderia sequer ter deferido o registro por vedação legal expressa.**

**- Apelação improvida.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AC 495.033-CE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 3 de maio de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA  
ERHARDT - Relator

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

Cuida-se de apelação cível interposta por JOCIL - JOSÉ CAVALCANTE E CIA/ LTDA. em face de sentença proferida pelo Juízo Federal da 10ª Vara da SJ/CE, que julgou improcedente o pedido formulado na exordial, que objetivava a anulação da decisão administrativa que culminou com a anulação do registro de marca nº 819799424, expedido em favor da demandante, em face de infringência do disposto no art. 124, XIX, da Lei de Propriedade Industrial.

2. Aduz o apelante, em apertada síntese, que a sentença não considerou que o apelante usa a marca JOCIL há mais de quarenta anos, sendo aquela a sigla de seu nome – JOSÉ CAVALCANTE E CIA LTDA. Afirmou, ainda, que a empresa PRODUTOS ALIMENTÍCIOS JUCIL LTDA. e a ora demandante estão em classes diferentes, além do que esta última é dez anos mais nova que a JOSÉ CAVALCANTE E CIA LTDA.

3. Contrarrazões às fls. 420/423.

4. É o relatório.

### **VOTO**

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

1. O cerne da controvérsia instaurada na presente demanda consiste em se averiguar a legalidade da decisão administrativa proferida pelo INPI que terminou por anular o registro da marca da ora apelante.

2. A apelação não merece ser provida, devendo ser mantida a sentença por seus próprios fundamentos, que passam a integrar o presente voto, evitando-se transcrição, além dos que lhe acrescentem, na forma adiante delineada.

3. Alega, a apelante, que a proteção do nome comercial impossibilita que o mesmo seja registrado por terceiros como marca total ou parcialmente, conforme o disposto no art. 124 da Lei 9.279/96.

4. Invoca, ainda, o direito de precedência, afirmando que seu nome comercial – JOSÉ CAVALCANTE E CIA LTDA. está registrado na Junta Comercial do Ceará desde 1967 (fl. 249), gozando, portanto de proteção jurídica, por meio do disposto na Convenção de Paris, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 75.572/75, enquanto a marca da empresa apelada – JUCIL, só veio a ser registrada perante o INPI no ano de 1996 (fl. 238).

5. Por fim, aduz que as referidas empresas, além de possuírem nomes diferentes, estão em classes diferentes, de modo que a utilização concomitante de ambas não seria capaz de gerar engano de terceiros/consumidores ou concorrência desleal.

6. Compulsando os autos, observo que, de fato, a empresa JOSÉ CAVALCANTE E CIA LTDA. possui seu nome comercial arquivado na Junta Comercial do Ceará desde 1967 (fl. 249) e reconheço que tal situação lhe confere proteção jurídica por meio da Convenção de Paris, ratificada no Brasil pelo Decreto 75.572/75.

7. Entretanto, a marca para a qual a ora apelante pretende assegurar o registro não é JOSÉ CAVALCANTE E CIA LTDA., mas sim JUCIL, a qual apesar de coincidir com a abreviação do nome comercial, não faz parte dele, não o integra, carecendo assim de proteção jurídica.

8. Com efeito, a aplicação do direito de preferência, conforme invocado pela apelante, leva-nos a conclusão que cabe à JUCIL a proteção jurídica da marca, eis que a mesma restou registrada perante o INPI em 1996 (fl. 238).

9. A este respeito, observe-se que o direito de preferência decorre da utilização, pelo sistema brasileiro de marcas do tipo atributivo, “o que significa dizer que o direito de uso exclusivo sobre a marca e a consequente prerrogativa de impedir terceiros de utilizarem sinais iguais ou semelhantes em meio a produtos ou serviços congêneres são adquiridos através de um registro validamente expedido, e não pelo mero uso, conforme se dá nos países adep-

tos do sistema declarativo”. (TRF2, AC 521641, Rel. Des. Federal Liliane Roriz, *DJ* 05.09.11)

10. Nessa linha de raciocínio, o fato de a empresa apelante estar há quarenta anos no mercado utilizando a nomenclatura J JOCIL, por si só, não lhe assegura o direito a proteção à marca, eis que o sistema brasileiro, como dito alhures, não privilegia o regime da utilização prolongada como meio aquisitivo da propriedade de uma marca.

11. Desse modo, repita-se, a empresa apelante, à vista do arquivamento de seus atos constitutivos perante a Junta Comercial do Ceará no ano de 1967 (fl. 249) possui, sim, o direito à proteção de seu nome comercial – JOSÉ CAVALCANTE E CIA LTDA. No entanto, tal proteção não se estende à marca J JOCIL, que, apesar de consistir na abreviatura do referido nome comercial, não faz parte do mesmo.

12. Assim, pelo que se observa dos autos, a empresa PRODUTOS ALIMENTÍCIOS JUCIL LTDA. requereu e obteve o registro de sua marca JUCIL perante o INPI no ano de 1996 (fl. 238), devendo tal registro prevalecer sobre o registro da J - JOCIL, o qual só veio a ser obtido em 2002 (fl. 205).

13. Finalmente, no que pertine aos ramos de atividades das empresas em questão, observo que, nos termos do art. 2º da Lei 9.279/93, se forem distintos, de modo a não importar confusão para o consumidor ou concorrência desleal, nada obsta que possam conviver concomitantemente no universo mercantil. No entanto, havendo colidência entre as atividades das duas empresas, somente uma delas pode utilizar o nome, gozando, portanto do direito de exclusividade.

14. A este respeito, verifico que em relação à marca J JOCIL, a lista de produtos submetida a requerimento de registro de marca é composta por produtos como arroz, tapioca, sagu, preparações feitas de cereais, os quais se enquadram na classe 30. Da mesma forma, a marca JUCIL está destinada a assinalar produtos da atual classe 30, quais sejam, massas, pão, farinhas, fermento em pó, etc., o que comprova a inegável afinidade mercadológica entre os produtos das duas empresas em questão, sendo todos produtos



alimentícios que poderiam estar expostos até mesmo na mesma prateleira de venda, gerando confusão pelos consumidores.

15. Na hipótese, a PRODUTOS ALIMENTÍCIOS JUCIL LTDA. já havia registrado em junta comercial a expressão “JUCIL”, como parte integrante de seu nome comercial, além de, posteriormente, obter o registro da marca “JUCIL” perante o INPI. Desse modo, não poderia a apelante, que exerce o mesmo ramo de atividade, ter obtido o registro da expressão análoga “J JOCIL” junto ao INPI, porquanto o registro na junta comercial confere ao seu titular o direito de exclusividade sobre a expressão adotada como nome comercial e o INPI não poderia sequer ter deferido o registro por vedação legal expressa.

16. No mesmo sentido, observe-se a ementa do egrégio TRF2:

PROPRIEDADE INDUSTRIAL. APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO DE MARCAS PERTENCENTES A CLASSES DIVERSAS. IMPOSSIBILIDADE. IDENTIDADE GRÁFICA E FONÉTICA DAS MARCAS EM COTEJO. SEGMENTOS MERCADOLÓGICOS AFINS E MESMA CLIENTELA. POSSIBILIDADE DE CONFUSÃO. OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. INAPLICABILIDADE. MARCA DA APELANTE COMO PARTE INTEGRANTE DO SEU NOME COMERCIAL. IRRELEVÂNCIA. MARCA DA APELADA REGISTRADA EM DATA ANTERIOR. ANTERIORIDADE IMPEDITIVA. CARACTERIZAÇÃO.

1 - As marcas em cotejo apresentam extrema semelhança gráfica e fonética (“PRATIGEL” – da apelante e “PRATIGELI” – da apelada), onde se verifica somente a variação da vogal “I” que foi adicionada ao final do nome da marca da apelada;

2 - Os produtos assinalados pelas marcas em análise são “produtos alimentícios” que, em regra, encontram-se à disposição para venda nos mesmos tipos de estabelecimentos comerciais (mercados, mercearias, etc.) e posicionam-se fisicamente quase sempre próximos um do outro, o que pode vir a induzir o consumidor no sentido de supor que ambos os produtos originam-se do mesmo fabricante e da mesma empresa, sendo impossível, convivência no mercado das marcas de ambas as empresas;

3 - Inviável a aplicação do princípio da especialidade com o fim de respaldar a coexistência das marcas em cotejo,

pois embora as marcas pertençam a classes diversas, há a possibilidade de ocorrência de confusão ao público consumidor, ante a identidade gráfica e fonética das marcas em litígio e também tendo em vista que as marcas em cotejo alcançam segmento mercadológico semelhante e a mesma clientela;

4 - No que se refere ao fato da marca da apelante, "PRATIGEL", fazer parte do nome comercial da empresa, observa-se que a empresa-apelante foi constituída através do contrato social de fls. 12/14, datado de 25/07/1994, enquanto que a marca da empresa-apelada, "PRATIGELI", foi depositada em 22/12/1982, ou seja, anteriormente ao nome comercial e também ao próprio depósito do registro da marca da apelante, datado de 07/08/1995, sendo clara a anterioridade impeditiva da marca da empresa-apelada;

5 - Recurso conhecido e improvido.  
(AC 324488, Rel. Des. Federal Abel Gomes, DJU 18.01.08).

17. Diante do exposto, à vista das disposições previstas no art. 124 da Lei 9.279/96, nego provimento à apelação, mantendo a sentença de Primeiro Grau em todos os seus termos.

18. É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 531.330-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS  
Apelante: ÁGUAS BELAS COMBUSTÍVEIS LTDA.  
Apelada: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI  
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO  
Assistente: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ AUGUSTO PINTO QUIDUTE E OUTROS (APTE.)

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FUNAI. DESOCUPAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. CABIMENTO. TUTELA ESTATAL. INDISPONIBILIDADE DAS TERRAS**

**TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR ÍNDIOS. BENFEITORIAS. PERDAS E DANOS. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.**

**- Ação civil pública ajuizada pela FUNAI, objetivando afastar a ocupação ilegítima de área indígena por empresa, em virtude da proteção constitucional e infraconstitucional das terras indígenas.**

**- Alegação da apelante de que as terras em comento não se tratam de terras indígenas, mas de propriedade particular de índio integrado à civilização, motivo pelo qual não haveria direito indisponível a ser tutelado por ação civil pública, nem incidência da tutela estatal destinada aos indígenas (aplicação do Estatuto do Índio).**

**- A controvérsia – que gira em torno da natureza das terras que se pretendem desocupar e da tutela estatal conferida às mesmas – foi dirimida na instrução processual, em virtude da existência de laudos periciais topográficos e antropológicos concluindo que as terras em discussão realmente se tratam de áreas indígenas tuteladas pelo Estado.**

**- As terras indígenas são inalienáveis e indisponíveis, não podendo ser validamente locadas ou arrendadas, seja por índios integrantes do grupo indígena seja por índios integrados à sociedade, nos termos do art. 231, § 4º, da CF/88, sendo nulos os atos que pretendem a transferência da posse ou propriedade das mesmas.**

**- Mantida a sentença que afastou as preliminares levantadas pela parte ré e deu procedência em parte à pretensão autoral, para condenar a apelante a se retirar da terra indígena e restituir a área de terra ou lote para posse e usufruto à comunidade indígena e a se abster de promover reocupação, permanência, acesso, utilização e negociação no interior da terra indígena, declarando a perda das construções ou benfeitorias**

***não removíveis em favor da comunidade indígena e reconhecendo ao réu o direito de levar consigo as benfeitorias que possam ser removidas.***  
***- O pedido do apelante de retenção do fundo de comércio perdeu o objeto, já que à recorrente foi imposta a perda das construções e benfeitorias não removíveis em favor da comunidade indígena, apenas podendo eventual pedido de indenização ser formulado em ação própria.***  
***- Apelação não provida.***

### **ACÓRDÃO**

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

Recife, 31 de janeiro de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS -  
Relator

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de apelação interposta por ÁGUAS BELAS COMBUSTÍVEIS LTDA. contra a sentença proferida pelo MM. Juízo Federal da 23ª Vara-PE, que, em sede de ação civil pública, julgou parcialmente procedente a pretensão formulada pela FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI), que objetivava a retirada de não índios de área indígena ocupada pela tribo Fulni-Ô (localidade Lagoa Seca, no Município de Águas Belas-PE), a perda das construções ou benfeitorias não renováveis em favor da comunidade indígena atingida, bem como condenação da ré ao pagamento de perdas e danos em favor dos índios prejudicados pela ocupação ilegítima da área (comercialização de combustíveis, prestação de serviços de hospedagem e borracharia).

O MM. magistrado sentenciante reconheceu, com base em laudos periciais (topográfico e antropológico), que o imóvel em questão encontra-se em terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, sendo ilegítima a ocupação e edificação efetuadas por particular (não índio), tendo em vista que atos de disponibilidade de tais terras, ainda que por indígenas, são nulos de pleno direito. Vale a transcrição da parte dispositiva da sentença recorrida:

Ante todo o exposto, com amparo no art. 269, I, do CPC, julgo parcialmente procedentes os pedidos autorais a fim de:

a) CONDENAR o réu na obrigação de fazer, consistente em se retirar da terra indígena e em restituir a área de terra ou lote à comunidade indígena, para posse e usufruto exclusivo dos índios ou família indígena destinada de acordo com sua organização interna ou tribal, usos e costumes;

b) CONDENAR o réu na obrigação de não fazer, consistente em se abster de promover reocupação, permanência, acesso, utilização e negociação no interior da terra indígena;

c) DECLARAR a perda das construções ou benfeitorias não removíveis em favor da comunidade indígena e destinadas aos índios ou família indígena, reconhecendo ao réu o direito de levar consigo as benfeitorias que possam ser removidas.

Condeno, ainda, a parte ré ao pagamento de custas e honorários advocatícios que arbitro em R\$ 3.000,00 (três mil reais), com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC, cabendo ao réu, outrossim, ressarcir todas as despesas antecipadas pela FUNAI, inclusive os honorários periciais (fl. 294).

Em suas razões recursais, a apelante requer a reforma da sentença vergastada, sob a alegação de: a) ausência de interesse jurídico a tutelar referente a patrimônio indígena, por se tratar de terra de exclusiva posse e domínio do índio, individualmente considerado; b) ausência de direito individual indisponível a ser tutelado; c) a assistência da FUNAI na prática dos atos jurídicos, mesmo tratando-se de índios integrados; d) tratar-se de direito individual, não acobertado por ação civil pública; e) tratar-se de propriedade plena, exclusiva e individualmente caracterizada de índio integrado; f) a doutrina, a jurisprudência e a legislação reputa válidos os atos; g) a área em comento tornou-se urbana. Pugna para que lhe

seja garantido o direito de fundo de comércio, a ser apurado mediante perícia, uma vez que resta configurada a boa-fé; bem como a inversão do ônus sucumbencial.

Foram apresentadas contrarrazões recursais pela FUNAI (fls. 496/498v), pugnando pela manutenção da sentença apelada em todos os seus termos.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria da República da 5ª Região opinou pelo não provimento da apelação interposta.

É o relatório.

### **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Trata-se de apelação interposta por ÁGUAS BELAS COMBUSTÍVEIS LTDA. contra a sentença que, em sede de ação civil pública, julgou parcialmente procedente a pretensão formulada pela FUNAI, para condenar a apelante a se retirar da terra indígena e em restituir a área de terra ou lote para posse e usufruto à comunidade indígena, a se abster de promover reocupação, permanência, acesso, utilização e negociação no interior da terra indígena, declarando a perda das construções ou benfeitorias não removíveis em favor da comunidade indígena e reconhecendo ao réu o direito de levar consigo as benfeitorias que possam ser removidas.

A hipótese é de ação civil pública ajuizada pela FUNAI, objetivando afastar a ocupação ilegítima de área indígena (território da tribo Fulniô) pela empresa ÁGUAS BELAS COMBUSTÍVEIS LTDA., no município de Águas Belas/PE, em virtude da proteção constitucional e infraconstitucional das terras indígenas conferido pelo art. 231, §§ 1º, 2º e 6º, da CF/88 e pelos arts. 18, 22, 25 e 62, § 1º, da Lei nº 6.001/73.

Quanto às preliminares levantadas, a saber, o não cabimento da ação civil pública para pleitear direito pretendido nos autos, por ser de natureza individual (terra de propriedade individual), bem como cerceamento de defesa e ausência de ampla produção de provas acerca da legitimidade do contrato de arrendamento de

imóvel localizado em terras indígenas, observa-se que tais pontos impescidem da análise do próprio mérito – a natureza das terras em discussão (área de propriedade particular ou área indígena tutelada pelo Estado) – inclusive para fins de se verificar a questão da legitimidade de atos que importem na disponibilidade de tais terras, em virtude da proteção especial que a legislação pátria dirige às mesmas.

Assim, tais questões serão analisadas juntamente com o mérito, em que a apelante alega, como fundamento para suas defesas, que as terras em comento não se tratam de terras indígenas, mas de propriedade particular de índio integrado à civilização, motivo pelo qual não haveria direito indisponível a ser tutelado por ação civil pública, nem incidência da tutela estatal destinada aos indígenas (aplicação do Estatuto do Índio).

A controvérsia gira em torno, portanto, da natureza das terras que se pretendem desocupar, bem como da tutela estatal conferida às mesmas.

Inicialmente, vale trazer a transcrição dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais acerca da matéria:

CF/1967:

Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a êles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

§ 1º - Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§ 2º - A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

Lei nº 6.001/73 (que regulamentou o dispositivo constitucional acima):

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

(...)

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

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

CF/1988:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio



e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Compulsando os autos, percebe-se que o cerne da questão foi devidamente esclarecido na instrução processual, havendo que se ressaltar a existência de laudos periciais topográficos e antropológicos, concluindo que as terras em tela realmente se tratam de áreas indígenas tuteladas pelo Estado.

Vale a transcrição da bem fundamentada sentença recorrida, a qual utilizo como razões de decidir:

“Do texto constitucional, infere-se que o conceito de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios abarca as seguintes noções: a) habitação em caráter permanente; b) utilização para atividades produtivas; c) imprescindibilidade à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; d) necessidade para a reprodução física e cultural.

Em relação às terras tradicionalmente ocupadas, os índios terão a posse e o usufruto constitucional exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, sendo a propriedade, nos termos do art. 20, XI, da CF/88, da União, apresentando as características da inalienabilidade e indisponibilidade, sendo os direitos delas derivados imprescritíveis.

Como bem pontuou José Afonso da Silva “(...) o ‘tradicionalmente’ refere-se não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção – enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaço mais amplos pelos quais se deslocam etc. daí dizer-se que tudo se realize segundo seus usos e costumes”.

O objetivo do comando contido no art. 231, § 6º, da CF, está na circunstância de que, em pertencendo ditas terras à União,

destinadas à posse permanente e usufruto exclusivo indígena, para fins de preservação de sua cultura, não poderiam ser cedidas a terceiros, de modo que qualquer ato jurídico que patrocine uma situação dessas é ilegítimo.

Em sua contestação, o réu alegou a legalidade de sua ocupação ante a validade de atos individuais de indígenas integrados à comunhão nacional.

Disse que a referida área seria de propriedade individual, exclusiva e não coletiva de Gilvan Luna da Silva, na condição de índio integrado detentor da área por mais de 10 anos (fl. 151). A fim de verificar se o imóvel em questão (parte do Lote nº 288, na Localidade Lagoa Seca) integra o território de ocupação tradicional indígena, bem assim se o imóvel encontra-se no interior de território indígena delimitado pela FUNAI, foi determinada a produção de perícias topográfica e antropológica.

No laudo pericial topográfico acostado às fls. 340/374, o *expert* judicial concluiu que o Lote nº 288 está totalmente inserido nas terras indígenas. Segundo o perito judicial:

“Considerando que o limite reconhecido oficialmente da Terra Indígena Fulni-ô, corresponde à área de 11.505,71 hectares, conforme descrição do perímetro que compreende os vértices M-00, M-33, M-22 e M-11, descrito no item 4.1 do laudo pericial e doc 1, concluímos que o Lote 288 está totalmente inserido nas terras indígenas”. (Fl. 357).

E prossegue o *expert*, esclarecendo que “o Posto Birundão está inserido no Lote 288, que por sua vez está totalmente inserido dentro das terras indígenas Fulni-ô” (fl. 361).

No bem elaborado laudo pericial relativo à perícia antropológica (fls. 382/436), por sua vez, o perito judicial, respondendo aos quesitos do juízo, asseverou que:

“A área ocupada pelo réu é parte de uma terra indígena contínua, de 11.505 hectares (Anexo 2 - Mapa da Área indígena Fulni-ô e Anexo 7 - Memorial Descritivo), e reconhecida pela União como terra indígena tradicional dos índios Fulni-ô; (...) De acordo com os documentos existentes na sede do Posto Indígena Dantas Barreto, o lote 288 sempre esteve de posse de indivíduos Fulni-ô, desde o seu estabelecimento; (...) o Lote 288 faz parte de uma terra coletiva demarcada de um total de 11.505

hectares e foi demarcado em forma de loteamento em 1875, e sempre esteve de posse de pessoas indígenas”.

Outrossim, em resposta aos quesitos da FUNAI, o perito judicial afirmou que:

“(...) a área ocupada pelo réu é considerada indígena e reconhecida pela FUNAI. A permanência do povo Fulni-ô sobre essas terras é de tempo imemorial, e os documentos mais antigos sobre esse povo remontam ao século XVIII; (...) o fato da Terra Indígena Fulni-ô ter sido fragmentada em lotes, não a descaracterizou como uma área contínua e indígena; (...) esta terra faz parte do território onde os Fulni-ô utilizam para sua subsistência física e cultural. Na atualidade a maioria dos Fulni-ô cultiva suas roças, em média de dois a três hectares, utilizando unicamente a força de trabalho disponível da família; (...) os Fulni-ô através de suas tradições religiosas tem na terra indígena a principal relação com a sua ancestralidade e o desenvolvimento de prática social baseada nessas tradições seculares.”

Em relação a tais conclusões, o réu, devidamente intimado, não ofereceu qualquer impugnação (fl. 451).

Pois bem. Na análise dos laudos periciais, infere-se que o imóvel em questão encontra-se em terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, de forma que a ocupação e edificação efetuadas por particular (não índio) afigura-se ilegítima, haja vista que cabe aos índios a posse e o usufruto constitucional exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

Com razão a FUNAI ao asseverar que os índios individualmente – ainda que beneficiários de posse e usufruto –, como integrantes do grupo indígena, não podem dar validamente as terras em locação ou arrendamento em favor de terceiros não índios, ante a sua inalienabilidade e indisponibilidade (art. 231, § 4º, da CF/88).

Com efeito, a terra indígena, ainda que dividida internamente em lotes destinados aos índios e famílias indígenas, de acordo com os seus usos e costumes, trata-se de um todo indivisível.

De tal sorte, quaisquer atos de indígenas que importem negociação de terras ou sua ocupação por particulares, das

quais não têm o domínio e a sua disponibilidade, são nulos de pleno direito, por expressa disposição constitucional.

Dessa forma, são nulos de pleno direito, não produzindo efeitos válidos, quaisquer atos de locação ou arrendamento, bem assim de seu reconhecimento administrativo, e de transmissão de direitos sobre parte das terras indígenas.

Impõe-se, destarte: 1) a condenação da parte ré na obrigação de fazer e de não fazer, consistente na retirada de área indígena e na abstenção de promover reocupação, permanência, acesso, circulação, utilização e negociação de qualquer natureza no interior da área indígena; 2) a declaração da perda das construções ou benfeitorias não removíveis em favor da comunidade indígena atingida (ou seja, o réu está autorizado a levar consigo as benfeitorias que possam ser removidas do local).

Resta decidir, ainda, os pedidos de condenação da parte ré ao pagamento de perdas e danos – materiais, morais e cessante – em favor dos índios ou famílias indígenas prejudicados pela ocupação ilegítima da área, bem como o pleito da parte ré para que, alternativamente, lhe seja garantido o direito de retenção de benfeitorias e de fundo de comércio (*goodwill*), para o caso de procedência da ação, em face de estar configurada sua boa-fé.

Fundamental, para resolver tais questões, a análise da boa-fé da parte ré ao arrendar o imóvel em tela. Note-se que alguns dos documentos referentes ao arrendamento da área em discussão contaram com intervenção de servidor da FUNAI, como, por exemplo, os de fls. 175 e 177, o que faz presumir a boa-fé do locador na validade do negócio. Ademais, o Posto Birundão foi instalado na esquina das rodovias BR-423 e PE-270, que dá acesso ao centro da cidade de Águas Belas, conforme relatou a perícia topográfica, às fls. 359-360. A propósito, como se pode ver nas diversas fotografias acostadas aos autos, a área próxima ao posto de gasolina é ocupada por órgãos estatais, por outros estabelecimentos comerciais e até mesmo por residências, o que faz, mais uma vez, presumir a boa-fé do locador.

Considerando, portanto, a boa-fé da parte ré, entendo por bem indeferir o pleito de sua condenação ao pagamento de perdas e danos – materiais, morais e cessante – em favor dos índios ou famílias indígenas prejudicados pela ocupação ilegítima da área. Na verdade, a perda das construções ou benfeitorias não removíveis em favor da comunidade indígena

atingida já valerá como compensação pelas perdas e danos que afligiram a comunidade indígena Fulni-ô.

No que tange ao pleito da parte ré para que, alternativamente, lhe seja garantido o direito de retenção de benfeitorias e de fundo de comércio, em face de estar configurada sua boa-fé, também merece indeferimento. Como visto, já foi declarada a perda das construções ou benfeitorias não removíveis em favor da comunidade indígena atingida, perdendo o objeto o pedido de retenção. Caso entenda cabível, a parte ré deve entrar com ação própria contra a União Federal, de cunho condenatório, para pleitear eventual indenização pela perda das benfeitorias ocupadas de boa-fé, com base no art. 231, § 6º, da CF/88. Como se vê claramente, o pleito em questão desborda do objeto desta ação civil pública, não cabendo aqui sua análise. (...)

Após a análise das provas carreadas aos autos na instrução processual, há que se concluir que as terras em discussão realmente se tratam de áreas indígenas tuteladas pelo Estado, as quais são inalienáveis e indisponíveis, não podendo ser validamente locadas ou arrendadas, seja por índios integrantes do grupo indígena seja por índios integrados à sociedade, nos termos do art. 231, § 4º, da CF/88, sendo nulos os atos que pretendem a transferência da posse ou propriedade das mesmas.

Confirmam-se, sobre o tema, os seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. ESGOTAMENTO DO LAPSO ASSINALADO NO ART. 67 DO ADCT. PRAZO ASSINALADO EM FAVOR DA DEMARCAÇÃO E DOS INTERESSES DOS INDÍGENAS. INEXISTÊNCIA DE GARANTIA CONSTITUCIONAL AO DUPLO GRAU ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. OFENSA ÀS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA.

1. O art. 67 do ADCT não estipula prazo decadencial para a realização da providência ali determinada. Trata-se de prazo destinado a impulsionar o cumprimento pela União do dever constitucionalmente imposto de delimitar e proteger as áreas tradicionalmente ocupadas pelos índios, as quais são "inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre

elas, imprescritíveis” (art. 231). Não tem o decurso do prazo, assim, evidentemente, o efeito de desincumbir o Poder Público desse encargo. O prazo foi fixado em benefício da demarcação e dos interesses dos indígenas, e não contra eles.

2. Esta Corte, na esteira da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, assentou o entendimento segundo o qual não há, na Constituição de 1988, garantia de duplo grau de jurisdição administrativa.

3. A disciplina específica do procedimento administrativo de demarcação de áreas indígenas consta do Decreto 1.775/96, no qual não há previsão de recurso hierárquico, mas apenas de manifestação de interessados, desde o início do procedimento até 90 dias após a publicação do relatório de identificação e delimitação da terra indígena, mediante apresentação “ao órgão federal de assistência ao índio [de] razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório (...)” (art. 2º, § 8º), as quais serão apreciadas pelo próprio órgão, nos 60 dias subsequentes ao encerramento do prazo para manifestações (§ 9º), e encaminhadas, juntamente com o restante do procedimento, ao Ministro de Estado da Justiça, para decisão.

4. No caso concreto, foi oportunizada à impetrante a apresentação de razões, tendo sido os argumentos e elementos probatórios por ela trazidos aos autos do processo administrativo tomados em consideração pela FUNAI na formulação de seu parecer, ainda que para serem tidos por irrelevantes à delimitação das terras indígenas, ou mesmo para serem refutados por considerações de ordem técnica. Resta descaracterizada, com isso, a alegada ofensa às garantias do contraditório e da ampla defesa.

5. Mandado de segurança denegado.

(MS 200401819421, JOSÉ DELGADO, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJ DATA:17/10/2005 PG: 162)

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. FUNAI. AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO. LIMINAR. ACEITAÇÃO TÁCITA DA DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INOCORRÊN-

CIA. MATÉRIA PRELIMINAR DEDUZIDA EM CONTRAMINUTA REJEITADA. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS ÍNDIOS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA COMUNIDADE INDÍGENA. ARTIGO 231 E PARÁGRAFOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. POSSE. REGULADA PELAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS INAPLICABILIDADE DA POSSE REGULADA PELO CÓDIGO CIVIL. LAUDO ANTROPOLÓGICO CONCLUÍDO. PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO PELA FUNAI E RISCO DE GRAVE LESÃO AO DIREITO COLETIVO DE SOBREVIVÊNCIA ÉTNICA E CULTURAL DOS INDÍGENAS. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

(...)

5. A posse indígena não é regulada pelo Código Civil, mas sim pelas disposições contidas na Constituição Federal.

6. A Constituição Federal, em seu artigo 231 e parágrafos, objetivou garantir aos indígenas a posse das terras tradicionalmente por eles ocupadas, com a finalidade de preservar suas populações, como aliás, já asseguravam, desde 1934, as constituições anteriores.

7. A Lei nº 6.001 de 19.12.73 (Estatuto do Índio), que foi recepcionada pela atual Constituição Federal, reconhece o direito dos índios ou à comunidade indígena a posse permanente das terras por eles habitadas, independentemente de demarcação, cabendo ser assegurada pelo órgão federal competente, atendendo à situação atual e consenso histórico.

8. Demonstrada, nos autos, a plausibilidade do direito invocado pela agravante, vez que, no âmbito do Procedimento Administrativo de Demarcação de Terra Indígena Guyra-roká, já foi publicado no Diário Oficial da União, o Resumo do Relatório Antropológico de Identificação e Delimitação, o qual, não obstante, depender ainda de impugnações, concluiu que área ocupada é de posse permanente dos indígenas.

**9. Os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios não produzem efeitos jurídicos, consoante parágrafo 6º do artigo 231 da Constituição Federal.**

(...)

13. Agravo de instrumento provido. Agravo regimental prejudicado.

(TRF3. AG 200403000664914. AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 223330. Relator(a) DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE Sigla do órgão TRF3 Órgão julgador QUINTA TURMA Fonte DJU DATA:13/09/2005 PÁGINA: 300) (Grifamos).

APELAÇÃO CÍVEL. DESPEJO. TERRAS INDÍGENAS. RESERVA KADWÉU. PRELIMINARES REJEITADAS. CONTRATO DE LOCAÇÃO. ASSISTÊNCIA DA FUNAI. IRRELEVÂNCIA. ART. 3 DA LICC. NULIDADE ABSOLUTA. ART. 18 DA LEI Nº 6.001/73 C/C O ART. 231, PAR. 6º, DA CF/88. INOCORRÊNCIA DA EMANCIPAÇÃO DA TRIBO (ART. 11 DO ESTATUTO DO ÍNDIO). DIREITO DE RETENÇÃO. INEXISTÊNCIA. POSSE DE MÁ-FÉ. PRAZO PARA DESOCUPAÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.209 DO CC.

1 - A nulidade absoluta pode ser declarada de ofício pelo magistrado (art. 146, parágrafo único, do CC), descabendo falar-se em julgamento *extra petita*.

2 - As terras objeto da lide devem ser consideradas como “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” (art. 231, par. 1º, da CF), visto que as mesmas foram doadas por D. Pedro II aos silvícolas, por atos de bravura. Rejeitada, portanto, a alegação de julgamento *infra petita*.

3 - Repelido o cerceamento de defesa, porquanto para a juntada do segundo contrato de locação o ora recorrente deveria ter se valido do momento oportuno, qual seja o da contestação.

4 - Os índios kadwéu não devem ser tidos como emancipados, vez que tal declaração depende de decreto presidencial (art.11 da Lei nº 6.001/73).

5 - A menção ao fato de que o contrato havia sido “celebrado com a própria FUNAI” não socorre o apelante, mesmo porque a ninguém é lícito alegar ignorância da lei (art. 3, LICC).

**6 - O contrato de locação celebrado é nulo de pleno direito desde o seu nascedouro, por força das disposições insertas nos arts. 18 do Estatuto do Índio e 231, § 6º, da Constituição Federal de 1988.**

**7 - O apelante é possuidor de má-fé, não sendo possível garantir-lhe o direito de retenção por benfeitorias (art. 517, 2ª parte, do CC).**



8 - Inaplicabilidade do prazo de desocupação no artigo 1209, do Código Civil Brasileiro, quando trata da locação de imóvel rústico, visto que o respectivo contrato já se apresentava viciado no momento de sua celebração.  
(TRF3. AC 93030547390. Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL PEDRO ROTTA. Órgão julgador PRIMEIRA TURMA. Fonte *DJ*. DATA: 16/06/1998 PÁGINA: 319) (Grifamos)

Dessa forma, há que se manter a sentença que afastou as preliminares levantadas pela parte ré e deu procedência em parte à pretensão autoral, para condenar a apelante a se retirar da terra indígena e restituir a área de terra ou lote para posse e usufruto à comunidade indígena e a se abster de promover reocupação, permanência, acesso, utilização e negociação no interior da terra indígena, declarando a perda das construções ou benfeitorias não removíveis em favor da comunidade indígena e reconhecendo ao réu o direito de levar consigo as benfeitorias que possam ser removidas.

Acerca do pedido do apelante de retenção do fundo de comércio, também merece ser mantida a sentença na parte em que entendeu ter tal pleito perdido o objeto, já que à recorrente foi imposta a perda das construções e benfeitorias não removíveis em favor da comunidade indígena, apenas podendo eventual pedido de indenização ser formulado em ação própria.

Isto posto, com essas considerações, nego provimento à apelação interposta, para manter a sentença em sua integralidade.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 532.291-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO  
Apelante: JOSÉ LUIZ DE SÁ SAMPAIO  
Apelada: UNIÃO  
Advs./Procs.: DRS. LEONARDO OLIVEIRA SILVA E OUTROS  
(APTE.)

**EMENTA: CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA AJUIZADA PELA UNIÃO. DESPESAS TIDAS COM A REALIZAÇÃO DE ELEIÇÕES SUPLEMENTARES. DIVERGÊNCIA DE ENTENDIMENTO DA PRÓPRIA JUSTIÇA ELEITORAL ACERCA DA CONFIGURAÇÃO OU NÃO DE INELEGIBILIDADE CONSTITUCIONAL POR PARENTESCO. REGISTRO DE CANDIDATURA DEFERIDO POR DECISÃO DE 2º GRAU, POSTERIORMENTE MODIFICADA PELO TSE. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO DO CANDIDATO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.**

**- Situação em que o réu apela de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para condená-lo a pagar a União o valor de R\$ 6.000,00, em razão das despesas tidas com a realização de novas eleições em decorrência do indeferimento pelo TSE do pedido de registro de candidatura.**

**- Se o político concorreu às eleições por força de decisão judicial eleitoral de 2º grau que, interpretando a Constituição, lhe conferiu o registro de candidatura, por entender que ele era elegível, não se pode dizer que o mesmo candidato cometeu ato ilícito em razão de o TSE, após as eleições, ter reformado decisão unânime do TRE para negar-lhe o registro, situação que deu ensejo a anulação de pleito eleitoral e a realização de eleições suplementares, eis que não se constitui violação ou abuso a direito a conduta do candidato de pleitear o seu registro à Justiça Elei-**

**toral, mesmo porque a matéria em debate não era pacífica à época, tanto é que o Regional concedera o registro.**

**- Inexistindo a prática de ato ilícito, não há como responsabilizar o candidato, que teve seu registro indeferido após o término do pleito, pelos gastos tidos com a realização de novas eleições, na medida em que o evento danoso não foi proveniente de conduta contrária ao Direito, termos dos arts. 927 c/c 186 do CC/02.**

**- Ainda que se admitisse a existência de violação de um dever jurídico primário, o que não é o caso, mesmo assim a conduta do apelante não poderia ser enquadrada como ilícita, já que, consoante previsto no art. 188 do CC, não se constitui ato ilícito o praticado no exercício regular de um direito que, na espécie, fora pleiteado presumidamente de boa-fé e reconhecido, mesmo que provisoriamente, pelo TRE-PE ao deferir o registro de candidatura do demandado ao cargo de prefeito de Caetés-PE, nas eleições de 2008.**

**- Apelação provida para julgar improcedente o pedido contido na peça de abertura.**

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 6 de março de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de apelação interposta por JOSÉ LUIZ DE SÁ SAMPAIO contra sentença que, em sede de ação indenizatória ajuizada pela

União em desfavor do ora recorrente, julgou parcialmente procedente o pedido para condenar a parte ré ao pagamento de indenização no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) em favor da União. Houve, ainda, condenação do réu em honorários advocatícios na quantia de R\$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

O magistrado entendeu que a circunstância de o TRE-PE ter modificado a decisão do Juízo Eleitoral para deferir o registro da candidatura do réu ao cargo de Prefeito do Município de Caetés-PE, antes das eleições de 2008, posteriormente indeferido pelo TSE, não afasta o nexo causal, tampouco exclui o dever de indenizar os gastos tidos com a realização de nova eleição, por se tratar a espécie de manifesta inelegibilidade constitucional por parentesco, enquadrando o pronunciamento do TRE como concausa posterior relativamente independente, fato que influi na fixação do montante a ser indenizado, sem, contudo, romper o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Sustenta a parte ré, em síntese, que a sentença deve ser reformada em razão da ocorrência de *erro in iudicando*, na medida em que muito embora o juiz tenha reconhecido que o próprio TRE-PE deferiu o registro de sua candidatura para o cargo de Prefeito do Município de Caetés-PE, através do provimento do Recurso Eleitoral nº 7.765/2008, mesmo assim entendeu que existiu nexo de causalidade entre a conduta do réu e o suposto dano suportado pela autora.

Argumenta, ainda, que diferentemente do que constou na sentença a questão do registro de candidatura do ora apelante não era pacificada na jurisprudência, tendo, inclusive, o próprio TSE decidido, em questões análogas, pelo deferimento dos registros de candidatura, a exemplo do Recurso Especial nº 16.718.

Contrarrazões da União às fls. 450/453.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

A controvérsia do presente caso reside em verificar a possibilidade de se responsabilizar candidato a cargo eletivo por despe-

sas tidas com a realização de eleições suplementares em razão do indeferimento posterior de pedido de registro de candidatura.

Da análise dos autos, observa-se que não há controvérsia a respeito do fato que teria ocasionado o dano descrito pela União em sua peça de abertura. O Juízo Eleitoral de primeiro grau indeferiu o pedido do ora recorrente ao cargo de prefeito do Município de Caetés-PE, nas eleições de 2008, para exercício do mandato no período de 2009/2012, por entender que a candidatura configuraria o exercício de três mandatos seguidos por membros de uma mesma família, situação vedada pelo art. 14, § 5º, c/c o § 7º, da CF/88<sup>1</sup>.

Posteriormente, no dia 05/09/2008, o Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco, por unanimidade, deu provimento ao recurso eleitoral do ora apelante para deferir o referido pedido de registro de candidatura, sob o fundamento de que *“o Vice-Prefeito reeleito que venha a suceder o titular, no caso de desincompatibilização deste no prazo legal, ainda que seja seu parente, torna-se titular da chefia do Poder Executivo pela primeira vez e detém o direito de concorrer à reeleição”*<sup>2</sup>.

Após a realização do pleito de 2008, o Tribunal Superior Eleitoral, em 22/10/2008, reformou o aresto do Regional Eleitoral para indeferir o registro de candidatura de José Luiz de Sá Sampaio ora apelante, por entender que a decisão regional divergia da jurisprudência assentada por aquela Corte Superior Eleitoral, *“segundo a qual é inelegível ao cargo de prefeito que renunciou no curso de mandato anterior, sob pena de configurar-se o exercício de três mandatos seguidos por membros da mesma família”*<sup>3</sup>, decisão esta mantida pelo colegiado em 12/11/2008.

Como se sabe, a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo (dever secundário) que nasce com o espoco de efetuar

---

<sup>1</sup> Cf. sentença eleitoral, às fls. 124/128, proferida em sede de ação de impugnação de pedido de candidatura.

<sup>2</sup> Cf. acórdão de fl. 184.

<sup>3</sup> Cf. decisão monocrática de fls. 250/254 de lavra do eminente Min. Ricardo Lewandowski.

a recomposição de um dano que é fruto da inobservância de um dever jurídico originário (dever primário)<sup>4</sup>. Para Maria Helena Diniz a responsabilidade civil é “a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal”.<sup>5</sup>

De acordo com os arts. 186 e 187 do Código Civil de 2002, a prática do ato ilícito pode ter origem na violação ou no abuso de um direito, nos seguintes termos:

Art. 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (Destaquei)

Art. 187 - Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (Grifei)

Assim, são três os elementos ensejadores da responsabilidade civil, a saber: a conduta ilícita, a ocorrência do dano e o nexo de causalidade entre os dois primeiros. Em se tratando de responsabilidade subjetiva, exige-se também o pressuposto da “culpa”, nos moldes do disposto no art. 186 acima transcrito, diferentemente da responsabilidade objetiva que prescinde de tal elemento, por se basear na teoria do risco, nos termos do art. 927, parágrafo único, do CC/02.

No caso concreto, não há dúvidas de que se trata de hipótese típica de responsabilidade civil subjetiva. Todavia, entendo que na espécie não houve sequer a prática de ato ilícito por parte do candidato ora recorrente.

---

<sup>4</sup> Cf. os ensinamentos de Sergio Cavalieri Filho em sua obra “Programa de Responsabilidade Civil”, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2007, pg. 2/3.

<sup>5</sup> Cf. Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 7: responsabilidade civil, 23ª ed. reformulada, São Paulo, Saraiva, 2009, pg. 34.

Isso porque ao contrário do que concluiu o magistrado *a quo*, existia sim controvérsia acerca da elegibilidade ou não do ora apelante, na medida em que o próprio Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco modificou a decisão monocrática do Juízo Eleitoral no sentido de deferir o pedido de registro da candidatura do ora recorrente ao cargo de prefeito do Município de Caetés-PE, situação esta que implicou a participação do réu/apelante no pleito de 2008.

Ora, se o político concorreu às eleições por força de decisão judicial eleitoral de 2º grau que, interpretando a Constituição, lhe conferiu o registro de candidatura, por entender que ele era elegível, penso que não se pode dizer que o mesmo candidato cometeu ato ilícito em razão de o TSE, após as eleições, ter reformado decisão unânime do TRE para negar-lhe o registro, situação que deu ensejo a anulação de pleito eleitoral e a realização de eleições suplementares, eis que não se constitui violação ou abuso a direito a conduta do candidato de pleitear o seu registro à Justiça Eleitoral, mesmo porque, como dito alhures, a matéria em debate não era pacífica à época.

Segundo o art. 927 do Código Civil, “aquele que, por ato ilícito, (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, ou seja, a obrigação de indenizar só surge quando alguém pratica um ato ilícito e causa dano a terceiro, o que implica dizer que nem todo ato ilícito causa dano e que nem todo dano é ilícito.

Desse modo, se a conduta do recorrente não foi contrária ao Direito, na medida em que sua participação no pleito de 2008 estava amparada por decisão judicial do TRE-PE que, ao interpretar dispositivo Constitucional, entendeu pelo deferimento do registro do candidato, e que posteriormente fora modificada pelo TSE, não há como responsabilizá-lo pela ocorrência do dano (gastos com a realização de eleições suplementares), visto que o referido evento danoso não foi proveniente de um ato ilícito.

Além do mais, ainda que se admitisse a existência de violação de um dever jurídico primário, o que não é o caso, mesmo assim a conduta do apelante não poderia ser enquadrada como ilícita, já que, consoante previsto no art. 188 do CC, não se constitui ato ilícito o praticado no exercício regular de um direito que, na espécie, fora pleiteado presumidamente de boa-fé e reconhecido, mes-

mo que provisoriamente, pelo TRE-PE ao deferir o registro de candidatura do demandado ao cargo de prefeito de Caetés-PE, nas eleições de 2008.

Ressalte-se que, ao contrário da hipótese dos autos, seria se a anulação das eleições regulares tivesse como causa a prática de uma conduta ilícita por parte do candidato, como por exemplo, a inelegibilidade decorrente da captação indevida de votos, a de abuso do poder econômico, político ou dos meios de comunicação, aí sim, em tese, estaríamos diante de um dano indenizável, vez que oriundo de um ato ilícito, ou seja, de uma fraude no processo eleitoral. Tal situação, caso comprovada, se amoldaria ao propósito do recente convênio<sup>6</sup> firmado entre o TSE e a AGU que me parece ser o de responsabilizar civilmente os candidatos que deram ensejo, por ato ilícito, a anulação de pleito eleitoral e a realização de eleições suplementares.

Por tais fundamentos, inexistindo a prática de ato ilícito, seja porque não se constitui conduta ilícita o fato de se pleitear ao Poder Judiciário o reconhecimento de eventual direito, seja porque havia dúvida razoável acerca da elegibilidade ou não do político, não há como responsabilizar o candidato por gastos tidos com a realização de eleições suplementares se sua participação no pleito anulado se deu por decisão da própria Justiça Eleitoral que entendeu que ele seria elegível e, posteriormente, após o término das eleições, modificou o mesmo entendimento para reconhecer sua inelegibilidade constitucional por parentesco.

Ante o exposto, dou provimento à apelação da parte ré para julgar improcedente o pedido contido na peça inaugural.

Honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) em desfavor da União, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

É como voto.

---

<sup>6</sup> Extraído de <http://www.tse.jus.br/noticias-tse/2012/Janeiro/tse-e-agu-firmam-convenio-para-cobrar-de-politicos-cassados-gastos-com-pleitos-suplementares>.



## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 532.875-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR  
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Apelados: MARIA ZENILDA DE MOURA E MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL  
Curadora: NEUSA MARIA MOURA FERREIRA  
Repte.: PROCURADORIA DO INSS  
Advs./Procs.: DRS. MARIA CLEONICE DA SILVA MELO E OUTRO

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO DE AUTORIDADE FEDERAL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO ESTADUAL. ART. 109, VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SENTENÇA NULA. CAUSA EM CONDIÇÕES DE IMEDIATO JULGAMENTO. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 515, § 3º, DO CPC. PRAZO DECADENCIAL. INEXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO COM A UNIÃO. BENEFÍCIO DE AMPARO SOCIAL. SUSPENSÃO INDEVIDA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.**

**- “A Terceira Seção desta Corte firmou sua jurisprudência no sentido de que a delegação de competência inserta no art. 109, § 3º, da Constituição Federal, não incide em mandado de segurança no qual é discutida matéria previdenciária, sendo ainda aplicável o verbete da Súmula n.º 216 do extinto Tribunal Federal de Recursos”. (STJ, CC 31.437/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 26/02/2003, DJ 31/03/2003, p. 146)**

**- “A competência para processar e julgar recurso interposto pela União Federal, contra decisão**

**de magistrado estadual, no exercício da jurisdição local, que não reconheceu a existência de interesse federal na causa e nem determinou a remessa do respectivo processo à Justiça Federal, pertence ao Tribunal Regional Federal (órgão judiciário de segundo grau da Justiça Federal comum), a quem incumbe examinar o recurso e, se for o caso, invalidar o ato decisório que se apresenta eivado de nulidade, por incompetência absoluta de seu prolator. Precedentes (STF)". (RE 144880/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, DJ 02.03.2001)**

**- Aplicação, por analogia, do art. 515, § 3º, do CPC, com a redação conferida pela Lei nº 10.352/01. Precedentes desta Corte.**

**- "O INSS é o ente público com legitimidade para figurar no pólo passivo nas ações que versem sobre o benefício assistencial". (STJ, AgRg no REsp 737790/MS, Quinta Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 01/12/2008)**

**- O direito de impetrar mandado de segurança decai em 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado. Art. 23 da Lei 12.016/2009. Prejudicial afastada.**

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

**- Diante da alegação de suspensão abrupta do benefício, o ônus da prova transfere-se para o**

***INSS, passando a caber-lhe a prova de que não houve a suspensão do benefício, ou de que, suspenso este, o fora de forma legítima, em obediência aos princípios constitucionais invocados na inicial.***

***- O INSS não colacionou aos autos documentos que provassem a veracidade de suas alegações quanto à realização de perícia médica, da comunicação de não constatação de incapacidade, da abertura de prazo ao interessado para apresentação de defesa ou recurso, cópia de acórdão de julgamento administrativo de eventual recurso interposto, dentre outros. Dessa forma, deve ser restaurado o benefício assistencial em questão.***

***- Remessa oficial, tida por interposta, e apelação do INSS parcialmente providas para reconhecer a nulidade da sentença vergastada, ante a incompetência absoluta do juízo a quo.***

***- Segurança concedida com esteio no art. 515, § 3º, do CPC.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo tombado sob o número em epígrafe, em que são partes as acima identificadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sessão realizada nesta data, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas que integram o presente, por unanimidade, dar parcial provimento à remessa oficial, tida por interposta, e à apelação do INSS, reconhecendo a nulidade da sentença e, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC, apreciar o mérito do pedido, concedendo a segurança, nos termos do voto do Relator.

Recife, 3 de abril de 2012. (Data do julgamento)

**DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE  
JÚNIOR - Relator**

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PE-  
REIRA NOBRE JÚNIOR:

Trata-se de apelação interposta em face de sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Assaré-CE, que concedeu a segurança ao impetrante e declarou nulo o ato administrativo que cancelara o benefício assistencial de sua titularidade, determinando que o INSS o reimplantasse imediatamente.

Por fim, condenou o ente público ao pagamento das prestações atrasadas, a contar da impetração do *mandamus*.

Em seu arrazoado, aduz o ente público: a) a incompetência absoluta da Justiça Estadual; b) a existência de litisconsórcio passivo necessário com a União; c) a decadência do direito de ajuizar o *writ*.

Adentrando o mérito propriamente dito, defende a legalidade do procedimento que cancelou o benefício de amparo social.

Contrarrazões da apelada às fls. 132/138.

Opina o ilustre membro do *parquet* federal pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

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

Conforme ensaiado no relatório, cuida-se de apelação interposta em face de sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Assaré-CE, que concedeu a segurança ao impetrante e declarou nulo o ato que cancelara o benefício assistencial de sua titularidade, determinando ao INSS que o restabelecesse de imediato.

Condenou a autarquia, outrossim, ao pagamento das prestações atrasadas, a contar da impetração do *mandamus*.

Em suas razões de apelação, o ente público sustenta, *ab initio*, a incompetência absoluta do juízo *a quo*, uma vez que, embora

ventilada matéria previdenciária, à hipótese dos autos aplicar-se-ia a regra específica do art. 109, VIII, da Constituição Federal, que fixa a natureza da autoridade coatora como critério de definição da competência para o julgamento de mandado de segurança.

Com razão a apelante.

Dessarte, consoante a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, na ação mandamental, a competência é estabelecida *ratione auctoritatis*, ou seja, em função da natureza da autoridade apontada coatora, sendo irrelevantes, nesse particular, digressões a respeito do direito material envolvido. À guisa de exemplo, trago à colação os seguintes arestos:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. SUSPENSÃO. PAGAMENTO. ATO DE CHEFE DE POSTO LOCAL DO INSS. MANDADO DE SEGURANÇA. MUNICÍPIO. VARA FEDERAL. INEXISTÊNCIA. EXERCÍCIO DE JURISDIÇÃO FEDERAL PELO JUIZ DE DIREITO. ART. 109, 3º, CF/88. HIPÓTESE NÃO CARACTERIZADA. APRECIÇÃO. RECURSO. COMPETÊNCIA. CORTE ESTADUAL.

1. A Terceira Seção desta Corte firmou sua jurisprudência no sentido de que a delegação de competência inserta no art. 109, § 3º, da Constituição Federal, não incide em mandado de segurança no qual é discutida matéria previdenciária, sendo ainda aplicável o verbete da Súmula nº 216 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

2. Não investido o Juízo de Direito da jurisdição federal, cabe à Corte Estadual analisar os recursos interpostos contra suas decisões, ainda que seja para anulá-las e remeter o feito ao órgão judiciário competente.

3. Conflito conhecido para declarar competente o Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, o suscitante. (STJ, CC 31.437/MG, Relª. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 26/02/2003, DJ 31/03/2003, p. 146)

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE DIRETOR DE FACULDADE PRIVADA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Cinge-se a controvérsia em definir o juízo competente para processar e julgar mandado de segurança impetrado contra ato de Diretor de faculdade privada, que impediu a

- rematrícula do impetrante em seu curso de graduação.
2. O Juízo de Direito declinou da competência ao argumento de que “tratando-se de mandado de segurança impetrado contra ato de Diretor de faculdade particular de ensino, que atua por delegação do Poder Público Federal, a competência para o julgamento do *writ* é da Justiça Federal, nos termos do art. 109, inciso VIII, da Constituição Federal”.
  3. O Juízo Federal suscitou o presente conflito aduzindo que o artigo 2º da Lei nº 12.016/09 “restringe a atuação da autoridade apontada como coatora para que seja considerada como ‘federal’ aquela autoridade de que emanem atos que tenham consequência patrimonial a ser suportada pela União Federal ou por entidade por ela controlada”.
  4. A alteração trazida pela Lei nº 12.016/09 com relação ao conceito de autoridade federal em nada altera o entendimento há muito sedimentado nesta Corte acerca da competência para julgamento de mandado de segurança, já que não houve modificação substancial na *mens legis*.
  5. O mero confronto dos textos é suficiente para corroborar a assertiva. O artigo 2º da nova lei define “autoridade federal” para fins de impetração do *mandamus*, nos seguintes termos: “Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada”.
  6. Já o artigo 2º da Lei nº 1.533/51 dispunha: “Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União Federal ou pelas entidades autárquicas federais”.
  7. Permanece inalterado o critério definidor da competência para o julgamento de mandado de segurança, em que se leva em conta a natureza das pessoas envolvidas na relação processual, *ratione personae*, sendo irrelevante, para esse efeito e ressalvadas as exceções mencionadas no texto constitucional, a natureza da controvérsia sob o ponto de vista do direito material ou do pedido formulado na demanda.
  8. Nos processos em que envolvem o ensino superior, são possíveis as seguintes conclusões: a) mandado de segurança – a competência será federal quando a impetração voltar-se contra ato de dirigente de universidade pública

federal ou de universidade particular; ao revés, a competência será estadual quando o *mandamus* for impetrado contra dirigentes de universidades públicas estaduais e municipais, componentes do sistema estadual de ensino; b) ações de conhecimento, cautelares ou quaisquer outras de rito especial que não o mandado de segurança – a competência será federal quando a ação indicar no polo passivo a União Federal ou quaisquer de suas autarquias (art. 109, I, da Constituição da República); será de competência estadual, entretanto, quando o ajuizamento voltar-se contra entidade estadual, municipal ou contra instituição particular de ensino.

9. Na hipótese, cuida-se de mandado de segurança impetrado por aluno com o fim de efetivar sua matrícula na Faculdade de Administração da FAGEP/UNOPAR – entidade particular de ensino superior – o que evidencia a competência da Justiça Federal.

10. Conflito negativo de competência conhecido para declarar a competência do Juízo Federal, o suscitante. (STJ, CC 108.466/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 10/02/2010, *DJe* 01/03/2010)

**CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL E TRABALHISTA. AÇÃO MANDAMENTAL CONTRA ATO DE DIRIGENTE DE CONSELHO REGIONAL DE FISCALIZAÇÃO. NATUREZA PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 DA LEI 9.649/98. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.**

1. A competência para conhecer e julgar da ação de mandado de segurança é definida em razão da categoria profissional a que pertence a autoridade coatora e a localidade de sua sede funcional.

2. Os Conselhos Federais e Regionais detêm personalidade de Direito Público, com autonomia administrativa e financeira, e exercem atividade de fiscalização tipicamente pública, preenchendo, portanto, os requisitos do art. 5º do Decreto-Lei 200/67 (Estatuto da Reforma Administrativa Federal) para se enquadrarem na forma de autarquias (declaração de inconstitucionalidade do art. 58 da Lei 9.649/98, que previa a natureza privatística dos Conselhos, pelo Pretório Excelso).

3. A competência para conhecer de ação mandamental contra ato de dirigente de Conselho Fiscalizador não é da

Justiça Federal, em face da taxatividade do art. 109 da CF, nem da Justiça do Trabalho, por força da natureza da entidade, submetida às normas de Direito Público, remanescendo, portanto, a competência da Justiça Comum.

4. Conflito conhecido para determinar a competência a distribuição do feito a uma das Varas de Direito da Comarca de Florianópolis/SC.

(STJ, CC 107.107/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 26/05/2010, DJe 11/06/2010)

Nessa toada, tratando-se de *writ* impetrado contra ato da Segunda Junta de Recursos do INSS, ente público federal, não resta sombra de dúvida sobre a incompetência absoluta do juízo de direito e, por conseguinte, da nulidade da respeitável sentença prolatada.

Impende, entretanto, tecer algumas considerações a respeito da competência deste Tribunal para julgar o presente recurso.

Assim, não desconheço o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, consolidado no Verbete nº 55 da Súmula daquela Corte:

Tribunal Regional Federal não é competente para julgar recurso de decisão proferida por juiz estadual não investido de jurisdição federal.

Nada obstante, *data maxima venia*, não se pode olvidar o que dispõe o enunciado sumular nº 511 do STF, *verbis*:

Compete à Justiça Federal, em ambas as instâncias, processar e julgar as causas entre autarquias federais e entidades públicas locais, inclusive os mandados de segurança, ressalvada a ação fiscal, nos termos da Constituição Federal de 1967, art. 119, § 3º.

De plano, para uma melhor inteligência da orientação consubstanciada no verbete supra, é oportuna a remissão ao acórdão lavrado no Recurso Extraordinário nº 144.880/DF, DJ 02.03.2001, assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DE USUCAPIÃO. IMÓVEL USUCAPIENDO QUE CONFRONTA COM TERRENO DE MARINHA. INTERVENÇÃO DA UNIÃO FEDE-



RAL. DESLOCAMENTO DA CAUSA PARA O ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL (CF, ART. 109, I). INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL PARA JULGAR RECURSO DA UNIÃO FEDERAL CONTRA DECISÃO DO MAGISTRADO LOCAL QUE NEGOU A REMESSA DO PROCESSO À JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL ESTÁ SUJEITA A REGIME JURÍDICO DEFINIDO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

- A competência outorgada à Justiça Federal possui extração constitucional e reveste-se, por isso mesmo, de caráter absoluto e improrrogável, expondo-se, unicamente, às derrogações fixadas no texto da Constituição da República. **SOMENTE À JUSTIÇA FEDERAL COMPETE DIZER SE, EM DETERMINADA CAUSA, HÁ, OU NÃO, INTERESSE DA UNIÃO FEDERAL.**

- **A legitimidade do interesse jurídico manifestado pela União só pode ser verificada, em cada caso ocorrente, pela própria Justiça Federal (RTJ 101/881), pois, para esse específico fim, é que a Justiça Federal foi instituída: para dizer se, na causa, há, ou não, interesse jurídico da União (RTJ 78/398).** O ingresso da União Federal numa causa, vindicando posição processual definida (RTJ 46/73 - RTJ 51/242 - RTJ 164/359), gera a incompetência absoluta da Justiça local (RT 505/109), pois não se inclui, na esfera de atribuições jurisdicionais dos magistrados e Tribunais estaduais, o poder para aferir e dizer da legitimidade do interesse da União Federal, em determinado processo (RTJ 93/1291 - RTJ 95/447 - RTJ 101/419 - RTJ 164/359). **INTERVENÇÃO PROCESSUAL DA UNIÃO EM CAUSA INSTAURADA PERANTE A JUSTIÇA DO ESTADO-MEMBRO: A QUESTÃO DA ATRIBUIÇÃO PARA JULGAR RECURSO CONTRA DECISÃO DE MAGISTRADO ESTADUAL, QUE, SEM DECLINAR DE SUA COMPETÊNCIA EM FAVOR DA JUSTIÇA FEDERAL, DECLARA, DESDE LOGO, INEXISTIR INTERESSE JURÍDICO DA UNIÃO NA CAUSA.**

- **A competência para processar e julgar recurso interposto pela União Federal, contra decisão de magistrado estadual, no exercício da jurisdição local, que não reconheceu a existência de interesse federal na causa e nem determinou a remessa do respec-**

**tivo processo à Justiça Federal, pertence ao Tribunal Regional Federal (órgão judiciário de segundo grau da Justiça Federal comum), a quem incumbe examinar o recurso e, se for o caso, invalidar o ato decisório que se apresenta eivado de nulidade, por incompetência absoluta de seu prolator. Precedentes (STF). (RE 144880/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ02.03.2001)**

Assim, no julgamento do apelo extremo, a Suprema Corte manifestou o entendimento de que compete ao Tribunal Regional Federal, e não ao Tribunal de Justiça, julgar o recurso de apelação interposto pelas pessoas jurídicas elencadas no art. 109, I, da Lei Maior em face de sentença proferida por juiz estadual, podendo a Corte Regional, inclusive, desconstituir o *decisum* monocrático, ante a incompetência absoluta, caso tenha por existente o interesse federal no litígio.

Ressalte-se que o emblemático julgamento, que serviu de paradigma no deslinde de controvérsias mais recentes (AI 789.492-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 17-8-2010, Segunda Turma, DJE de 3-9-2010; RE 196.792/SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 05.10.2004; e AI 447.972/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 25.05.2009), veio tão somente consolidar a tese já assentada na jurisprudência predominante do e. STF, segundo a qual a competência *ratione personae* da Justiça Federal possui caráter absoluto, submetendo-se unicamente às derrogações fixadas na Carta da República.

Destarte, com esteio na precitada Súmula 511, incumbe à Justiça Federal julgar até mesmo o mandado de segurança impetrado por autarquia ou empresa pública federal contra ato de autoridade local, apontada coatora, entendido como tal, inclusive, o juízo de direito. Nesse particular, por deveras elucidativo, transcrevo excerto do voto do ex-Ministro Ilmar Galvão, relator para o acórdão lavrado no RE 176.881/RS, Pleno, DJ 06.03.98:

Sempre entendi que, em matéria de competência da Justiça Federal, a norma geral é a do art. 109, I, da Constituição Federal, que dispõe, *verbis*: “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assisten-

tes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho". O texto, como se vê, não faz distinção, do ponto de vista formal, entre as diversas espécies de ações ou procedimentos. Bastante a presença, num dos pólos da relação processual, de qualquer dos entes enumerados no texto para determinar a competência da Justiça Federal. A regra não cede sequer diante do mandado de segurança, ação que invariavelmente traz subjacente um litígio que envolve um ente público. Aí, entretanto, houve necessidade de uma especificação, em obséquio ao aspecto hierárquico que caracteriza nossa organização judiciária. Dispôs-se, por isso, no inc. VIII, que a competência da Justiça Federal para julgamento de mandado de segurança impetrado contra autoridade federal será residual, seja, com exclusão dos casos de competência dos tribunais federais. Cuida-se de norma que, sem contrariar a competência *ratione personae*, posto que os ditos tribunais não passam de órgãos da Justiça Federal que tem na primeira instância os Juizes Federais, instituiu, para a hipótese de mandado de segurança, a competência em razão do grau da autoridade na escala hierárquica da Administração Federal, cabendo ao Juiz Federal julgar tão somente as ações da espécie que não sejam de competência dos tribunais. O princípio hierárquico, por isso mesmo, é de aplicar-se relativamente às autoridades estaduais, por simetria, quando o mandado de segurança é impetrado por qualquer dos entes mencionados no inciso I. Tratando-se, no presente caso, de mandado de segurança impetrado por autarquia federal, incide primeiramente a norma desse último inciso, para determinar a competência federal; e, no momento seguinte, a norma do inciso VIII, para indicar, dentre os órgãos da Justiça Federal, o Tribunal Regional Federal, posto dirigir-se a impetração a Juiz Estadual (art. 108, I, c, da Carta).

Ante todo o exposto, afigura-se irretorquível que (a) a Justiça Estadual é absolutamente incompetente para julgar ação mandamental em que figure, seja como impetrante, seja como impetrado, qualquer dos entes enumerados no art. 109, I, da CF, bem assim que (b) o Tribunal Regional Federal é o órgão judiciário competente para apreciar tal litígio em grau de apelação, não se cogitando de afronta ao sistema processual estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

A par dessas considerações, compulsando os autos, salta aos olhos o acórdão de fls. 178/181, pelo qual o Tribunal de Justiça do Estado Ceará declarou-se incompetente para julgar a presente apelação, donde aplicar entendimento diverso do perfilhado pelo STF implicaria na suscitação de Conflito Negativo de Competência, a ser dirimido pelo Tribunal da Cidadania – um incidente processual, *in casu*, desnecessário, máxime por se tratar de feito ajuizado há mais de dez anos (fl. 01) e já se conhecer o provável desfecho<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA AUTORIDADE FEDERAL CHEFE DE FISCALIZAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO - ANP. LIMINAR CONCEDIDA POR JUÍZO ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE. ANULAÇÃO. COMPETÊNCIA PARA JULGAR O FEITO DE UMA DAS VARAS DA JUSTIÇA FEDERAL DO ESTADO DE ALAGOAS.

1. Cuidam os autos de conflito de competência suscitado pelo TRF 5ª Região nos seguintes termos: O Juiz de Direito da Comarca de São Sebastião não tem competência para processar e julgar mandado de segurança impetrado contra ato de autoridade federal, pois tal hipótese não se encontra nas exceções previstas no § 3º do art. 109 da CF. O Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas declarou-se incompetente para o julgamento do agravo de instrumento interposto, mas não declarou a nulidade do ato proferido pelo Juiz de Direito.

Este Tribunal, por outro lado, não tem jurisdição sobre o Juízo Estadual, para declarar, por incompetência absoluta, a nulidade da decisão agravada. Em resumo: a) Compete ao Juízo Federal de Alagoas processar e julgar mandado de segurança contra ato de autoridade federal, domiciliado em sua jurisdição – art. 109, VIII, CF; b) compete ao eg. Tribunal de Justiça de Alagoas decidir recurso interposto contra ato de Juiz de Direito não investido de competência delegada, ainda que para declarar a nulidade do ato recorrido. Diante do exposto, suscito o conflito de competência e determino a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça.

(...)

4. Este Superior Tribunal de Justiça por exercer jurisdição sobre as justiças estadual e federal, possui autoridade para, ao examinar conflito de competência, anular decisão proferida por juiz absolutamente incompetente de qualquer dessas justiças.

**5. Conflito conhecido para declarar nula a decisão proferida pelo Juízo estadual da Comarca de São Sebastião/AL e determinar a competência de uma das Varas de Justiça Federal/AL para apreciar e julgar o presente feito.**

(CC 85.217/PE, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 10/10/2007, DJ 29/10/2007, p. 173)

Deve-se, pois, conhecer do recurso oposto pelo INSS.

Ora, foi também em obséquio aos princípios da economia processual e da razoável duração do processo que, em casos semelhantes ao dos autos, estando a demanda em condições de imediato julgamento, a jurisprudência desta Corte consagrou a aplicação analógica do art. 515, § 3º, da Lei Instrumental Civil, entendimento que homenageia. Nessa esteira, destaco alguns precedentes:

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. SENTENÇA ANULADA. APLICAÇÃO DO ART. 515, § 3º, POR ANALOGIA. DÉBITO PREVIDENCIÁRIO. PARCELAMENTO. MUNICÍPIOS. DESCONTO DO FPM. LEGALIDADE.

1. A justiça estadual é absolutamente incompetente para julgar mandado de segurança impetrado contra autoridade federal, mesmo quando o demandante for domiciliado em município que não seja sede da justiça federal.

2. Em se tratando de mandado de segurança, a competência para apreciar a lide é determinada pela hierarquia funcional da autoridade coatora.

3. É de se aplicar, por analogia, o disposto no § 3º do art. 515 do CPC com a redação dada pela Lei nº 10.352/01.

4. O acordo de parcelamento firmado entre o INSS e os municípios mediante a retenção de percentual do fundo de participação dos municípios encontra amparo na Lei nº 9.639/98 e na Constituição Federal.

5. Observância, *in casu*, do limite de 6% (seis por cento) para retenção do FPM pactuado por meio da Confissão de Dívida Fiscal.

6. Preliminares de impropriedade da via eleita rejeitada.

7. Apelação e remessa oficial providas.

(TRF da 5ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº 82.509/AL, Rel. Des. Federal Marcelo Navarro, Quarta Turma, julgado em 28/09/2004, DJU 22.11.2004)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA MANEJADO UM ANO APÓS O ATO DE CANCELAMENTO DE BENEFÍCIO PAGO PELO INSS. RESTABELECIMENTO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. DECADÊNCIA.

1. A competência da justiça comum estadual para julgamento de demandas contra o INSS (quando o demandante for domiciliado em município que não for sede da justiça federal) não se espraia às ações de mandado de segurança contra ato atribuído à autoridade federal. Incompetente o juízo de direito a *quo*, resta nula a sentença por ele proferida.

2. Sendo a matéria unicamente de direito, a superação de preliminar autoriza o julgamento imediato do mérito pelo Tribunal, graças à nova redação dada pelo CPC, art. 515, parágrafo 3º.

3. O manejo da ação mandamental decai em 120 dias, contados a partir do ato atacado. Lei nº 1.533, art. 18.

4. Remessa oficial provida. Apelação prejudicada.

(AMS 79539, Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, 2ª T., julg. à unan. em 17/12/2002, publ. em 27/06/2003)

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA EXTRA PETITA. NULIDADE ABSOLUTA. EXAME DA MATÉRIA (ART. 515, § 3º, DO CPC). CORREÇÃO MONETÁRIA. PAGAMENTO ADMINISTRATIVO. PORTARIA 714/93. PRESCRIÇÃO.

[...]

2. Hipótese em que o MM. Juízo monocrático, ao julgar improcedente o pedido de recálculo e revisão do benefício previdenciário, julgou causa diversa da que lhe foi proposta através do pedido posto na inicial, qual seja, a aplicação dos expurgos inflacionários sobre as parcelas pagas administrativamente em face da portaria 714/93, pelo que está, portanto, a decisão recorrida eivada do vício da nulidade.

3. Exame da matéria possibilitado pelo § 3º do art. 515 do CPC, aplicado por analogia em homenagem ao princípio da economia processual.

[...]

7. Nulidade da sentença declarada de ofício. Pedido julgado improcedente e apelo prejudicado.

(TRF da 5ª Região, AC-224065, Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, Quarta Turma, DJU 17.06.2003)

Digno de transcrição, mormente por guardar forte similitude com o caso dos autos, também é o seguinte julgado do e. Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. COMPETÊNCIA. ART. 109, VIII, DA CF/88. SENTENÇA DE JUIZ ESTADUAL. ANULAÇÃO DA SENTENÇA A QUO PELA JUSTIÇA FEDERAL. CAUSA MADURA. § 3º DO ART. 515 DO CPC. TRABALHADOR RURAL.

1 - Em que pese litigarem, na presente hipótese, instituição de previdência social e beneficiário desta, sinalize-se cuidar, *in casu*, de *writ of mandamus* impetrado contra ato de autoridade federal, o que atrai a incidência do inciso VIII do art. 109 do Texto Básico, para efeito de fixação da competência, elidindo-se a possibilidade de competência concorrente, na forma do § 3º, dispositivo constitucional em comento, dada a incidência do princípio da especialidade, que privilegia o referido inciso VIII.

2 - Não há que se cogitar de declinação de competência à Justiça Estadual, com arrimo na orientação da Súmula nº 55 do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que se cuida de jurisdição que, desde a impetração, assiste tão somente à Justiça Federal, seja em decorrência da escolha da via mandamental, envolvendo-se litigância de autarquia federal (inciso VIII do art. 109 da CF/88), seja por se tratar de restabelecimento de benefício assistencial, a cargo da Previdência Social (inciso I e § 3º do art. 109 da CF/88); razão pela qual incumbe a esta egrégia Corte a aferição e, como ocorre no caso, invalidação do ato decisório, por incompetência absoluta de seu prolator.

**3 - Considerando que todas as questões postas nos autos já se encontram devidamente debatidas, estando o feito devidamente instruído e apto a receber provimento jurisdicional de mérito, cumpre passar ao exame da questão de fundo, atribuindo-se exegese extensiva, no particular, ao disposto no § 3º do art. 515 do Digesto Processual, em atenção aos princípios da efetividade e da instrumentalidade do processo.**

4 - Quanto ao fato de ter o impetrante se utilizado de trabalhadores eventuais em sua propriedade, releva consignar que o próprio art. 12, VII, da Lei nº 8.212/91, permite a utilização do auxílio de terceiros, desde que não se caracterizem como empregados, cujos serviços são prestados de forma não eventual, pessoal, e com subordinação. Os diaristas e meeiros não mantêm vínculo empregatício com o produtor rural, mas são necessários nas épocas em que

o serviço no campo demanda mão de obra superior à limitada pelos membros da família.

5 - Remessa necessária e apelação parcialmente providas.

6 - Pretensão que se julga procedente, para conceder a segurança.

(AMS 200002010569852, Desembargador Federal Poul Erik Dyrland, TRF2 - Sexta Turma, *DJU* - Data: 07/10/2003) (Grifos acrescidos)

Por considerar incensuráveis as razões expendidas nos arestos em destaque, e com o desiderato de preservar os valores magnos que norteiam o processo civil, declaro a nulidade da sentença vergastada, todavia passando, desde logo, a julgar a lide, nos termos do art. 515, § 1º, do CPC.

Assim, no que respeita à preliminar suscitada pelo INSS, é unânime em nossos tribunais o entendimento de que a autarquia previdenciária tem legitimidade passiva exclusiva em ações que versam sobre benefício assistencial, razão pela qual não encontra respaldo a tese de litisconsórcio passivo com a União. Senão vejamos:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. UNIÃO. ILEGITIMIDADE.

É remansoso o entendimento neste Pretório de que, nos casos de benefício assistencial, é legítima a responsabilidade do INSS para isoladamente responder ao processo. Desnecessária a inclusão da União na lide como litisconsorte passivo necessário. Não se encontra violado, pelo v. acórdão regional, o artigo 47, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Decisão monocrática mantida, agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, AgRg no REsp 627442/RS, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* 21.11.2005)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DISSENSO PRETORIANO NÃO COMPROVADO. VIOLAÇÃO À LEGISLAÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 211/STJ. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. UNIÃO. ILEGITIMIDADE PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO.



1. Não havendo a devida demonstração do dissídio pretoriano nos moldes regimentais, não se conhece do recurso especial pela alínea c.

2. “Prequestionamento, nunca é demais lembrar, é o exame pelo Tribunal de origem, e não apenas nas manifestações das partes, dos dispositivos que se têm como afrontados pela decisão recorrida”. (STJ, AgRg no Ag 284.998/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, *DJ* de 10/06/2002)

3. O INSS é o ente público com legitimidade para figurar no pólo passivo nas ações que versem sobre o benefício assistencial.

4. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no REsp 737790/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 01/12/2008)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ART. 203, V, DA CF/88. LEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO DA UNIÃO. DESCABIMENTO. ART. 47, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. INTACTO. PROVIMENTO NEGADO.

1. É remansoso o entendimento neste Pretório, que, nos casos de benefício assistencial, é legítima a responsabilidade do INSS para isoladamente responder ao processo.

2. Desnecessária a inclusão da União na lide como litisconsorte passivo necessário.

3. Não se encontra violado, pelo v. acórdão regional, o artigo 47, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

4. Decisão monocrática mantida, agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, AgRg no Ag 508125/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, *DJ* 04.04.2005)

PREVIDENCIÁRIO E CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. RECONHECIMENTO. PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL E DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO DA UNIÃO. REJEIÇÃO. ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS.

I - Deixando o acórdão de apreciar pontos relevantes da apelação, relativamente às preliminares de incompetência da justiça estadual e de litisconsórcio passivo necessário da União, deve a turma acolher os embargos declaratórios para sanar a eiva apontada.

II - “Cuidando a hipótese de benefício assistencial, cuja responsabilidade para operacionalizar e manter o benefi-

cio foi atribuída ao INSS, por força do Decreto 1.744, de 08.12.95, art. 32, parágrafo único, não há falar-se em litis-consórcio passivo necessário da União Federal”. Precedentes desta Corte.

III - A norma inserta no parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição da República deve ser interpretada atribuindo-se força extensiva ao termo “beneficiários”, de forma que nele se compreenda não apenas os que sejam segurados da Previdência, mas também aqueles que fazem jus ao benefício da assistência social previsto na Lei nº 8.742/93. Competência da Justiça Estadual para conhecer da causa em primeira instância, por delegação constitucional, cabendo recurso a este Tribunal.

IV - Embargos declaratórios acolhidos, mantido, no mais, inalterado o julgado.

(TRF da 5ª Região, EDAC289916/01/SE, Segunda Turma, Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira (Convocado), 21/08/2007)

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. REMESSA OFICIAL. HOMOLOGADA DESISTÊNCIA DA APELAÇÃO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. INOCORRÊNCIA. LEGITIMIDADE EXCLUSIVA DO INSS. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO E PARA A VIDA INDEPENDENTE. INTERPRETAÇÃO INTEGRATIVA DA LEI DA ASSISTÊNCIA SOCIAL. RENDA FAMILIAR *PER CAPITA* INFERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. HOMOLOGADA DESISTÊNCIA DA APELAÇÃO DO INSS. NÃO CONHECIMENTO DA APELAÇÃO DA UNIÃO, REMESSA OFICIAL IMPROVIDA.

1. A par do pedido de desistência do apelo formulado pela autarquia federal nesta instância recursal (fl. 201), homologo-o por independer da manifestação da parte contrária, conforme ditames do art. 501 do Código de Processo Civil.

2. Nas ações em que se pleiteia o recebimento de benefício de prestação continuada – LOAS –, derivado da art. 203 da Constituição da República e regulamentado pela Lei 8.742/93, descabe a alegação de que a União deve integrar a lide pelo simples fato de referido ente ser o responsável pelo aporte dos recursos necessários ao pagamento dos benefícios.

3. Consoante consolidada jurisprudência desta e. Corte e do c. Superior Tribunal de Justiça, compete ao INSS o

recebimento, processamento e instrução dos pedidos, e, eventualmente, a concessão e manutenção dos benefícios, pelo que se impõe o reconhecimento de sua exclusiva legitimidade. Precedentes: (AC 2004.01.99.014143-1/MG, Rel. Desembargador Federal José Amilcar Machado, Primeira Turma, e-DJF1, p. 80 de 29/07/2008); AC 2004.38.01.004998-5/MG, Rel. Desembargador Federal José Amilcar Machado, Primeira Turma, e-DJF1, p. 40 de 15/07/2008); (REsp 730.975/SE, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 26/04/2005, DJ 23/05/2005, p. 348)

4. O comprometimento da aptidão física para o recorrido assumir o ônus de sua subsistência, com o mínimo de dignidade, decorre da deficiência que lhe impede o acesso ao mercado de trabalho, bem como à prática dos atos da vida independente, tomado o termo como a aptidão para gerir com autonomia a própria vida.

5. Configurados os pressupostos normativos que autorizam a concessão do benefício pleiteado, quais sejam a inequívoca deficiência da impetrante, em virtude da qual encontra-se incapacitada para prover à própria subsistência, nem de tê-la provida pela família, e a renda mensal *per capita*, situada aquém do limite da linha de pobreza, de um quarto do salário mínimo, é de direito a fruição do benefício assistencial garantido constitucionalmente.

6. Presentes os pressupostos normativos que autorizam a fruição do benefício pleiteado.

7. Apelação da União não conhecida e remessa oficial desprovida.

(TRF da 1ª Região, AC 0037797-57.2001.4.01.3800/MG, Segunda Turma Suplementar, Rel. Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli, e-DJF1 28.09.2011)

Também não merece prosperar a irresignação da apelante no que diz respeito à prejudicial de decadência do direito de ajuizar o *writ*, haja vista o prazo de que trata o art. 23 da Lei 12.016/2009 ser contado da ciência, pelo interessado, do ato impugnado, e não constar dos autos cópia do processo administrativo, ou mesmo qualquer documento que demonstre ter havido a notificação da impetrante.

Ultrapassadas as questões prévias, passo ao exame do mérito propriamente dito.

A Carta Magna, em seu Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, art. 5º, incisos LIV e LV, estatui, *verbis*:

LIV - Ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal;

LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

A Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, apesar de reconhecer à Administração Pública o poder de rever os seus próprios atos e anulá-los, quando eivados de vícios, não dá azo à suspensão do benefício sem que se tenha assegurado ao beneficiário o devido processo legal, com a segurança do contraditório e da ampla defesa em procedimento administrativo regular.

No caso dos autos, afirma a autora, na inicial, que o INSS suspendeu abruptamente o benefício, sem observar o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. Considerando que a autora alega não ter havido a observância de tais princípios constitucionais, não se lhe poderia exigir a apresentação de documentos que comprovassem suas afirmações, sob pena de determinar-se produção de prova negativa, transferindo-se o ônus da prova automaticamente para o INSS, que não se desincumbiu de tal responsabilidade.

Dessa forma, observo que a autarquia recorrente não logrou produzir provas capazes de refutar as alegações da apelada, devendo, pois, ser restaurado o benefício assistencial em questão, uma vez que não se sabe se a suspensão deu-se com observância ao devido processo legal. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado deste egrégio Tribunal:

PREVIDENCIÁRIO. AMPARO ASSISTENCIAL. SUSPENSÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO. AUSÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. RESTABELECIMENTO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDAS.

1. O ato de concessão do benefício previdenciário é precedido de rígrado procedimento administrativo, possuindo pre-

sunção de legitimidade e veracidade. Logo, não se pode admitir que a suspensão ou cancelamento seja feito de plano, sem que antes tenha sido oferecido, à parte contrária, o direito ao contraditório e à ampla defesa, em face do chamado paralelismo das formas.

2. É de ser restaurado o benefício assistencial do autor, tendo em vista que não há como saber se sua suspensão decorreu da observância do devido processo legal administrativo, com plena oportunidade de contraditório e ampla defesa, uma vez que o INSS não juntou cópia do processo administrativo que suspendeu o benefício assistencial do autor Rosival Pereira dos Santos, mesmo tendo sido intimado para tanto.

3. Os fatos alegados pelo autor presumem-se verdadeiros, nos termos do art. 359, I, do CPC, devendo, portanto, ser restabelecido o benefício do demandante. Entretanto, consoante a petição inicial, como o benefício foi suspenso em 1998 e a ação foi ajuizada em 2005, deve ser observada a prescrição quinquenal.

4. Remessa oficial e apelação do INSS parcialmente providas, apenas para que se reconheça a prescrição das parcelas anteriores a cinco anos do ajuizamento da ação. (TRF-5, AC429188/AL, Rel. Rogério Fialho Moreira, 1ª Turma, DJE 10/09/2010)

Assim, é de ser reconhecido o direito da impetrante ao restabelecimento do benefício de prestação continuada.

Por derradeiro, cumpre assinalar que, embora se entenda que o demandante faz jus às prestações não pagas desde o cancelamento indevido, consoante entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal<sup>2</sup>, a concessão da segurança na ação mandamental não produz efeitos patrimoniais relativos ao período que precedeu seu ajuizamento, razão pela qual as prestações anteriores a 15 de outubro de 2001 devem ser reclamadas administrativamente ou por meio da ação judicial adequada.

---

<sup>2</sup> Enunciado nº 271: Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.

Em face de todo o exposto, dou parcial provimento à remessa oficial, tida por interposta, e à apelação do INSS, apenas para reconhecer a nulidade da sentença vergastada, ante a incompetência absoluta do juízo de primeira instância. Nada obstante, versando a causa sobre questão exclusivamente de direito, em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC, concedo a segurança pleiteada, determinando ao INSS que promova o restabelecimento imediato do benefício de titularidade da impetrante. Condeneo o ente público, ainda, ao pagamento das prestações atrasadas desde a impetração do *writ*, corrigidas monetariamente a contar do respectivo vencimento, de acordo o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, até o advento da Lei nº 11.960, de 29/06/2009, quando, para fins de atualização monetária e compensação da mora, passará a haver a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, consoante o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela nova lei.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 538.104-PB**

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI  
Apelante: MARIA DE LOURDES PEREIRA  
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Repte.: PROCURADORIA DO INSS  
Adv./Proc.: DR. FRANCISCO DE ASSIS REMIGIO II (APTE.)

***EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA POR IDADE. PROVA TESTEMUNHAL E MATERIAL. VÍNCULOS EMPREGATÍCIOS URBANOS. COMPLEMENTAÇÃO DE RENDA. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 111 DO STJ. APLICABILIDADE.***

***- No presente caso, a prova testemunhal e os elementos materiais carreados comprovam a ativi-***

***dade rurícola da parte autora, para fins de obtenção de benefício previdenciário.***

***- O rol de documentos previsto no art. 106 da Lei 8.213/91 é meramente exemplificativo, tendo em vista a informalidade do trabalho rural, a escassez de documentação e a precariedade das condições de vida dos trabalhadores deste meio.***

***- Os vínculos empregatícios urbanos da autora não obstam a concessão do benefício em tela, pois tem função de complementação de renda, e não atingem o período de carência legal.***

***- O termo inicial da obrigação deve ser considerado como a data do requerimento administrativo do benefício ou, na sua ausência, a do ajuizamento da ação. No caso exame, o termo inicial é a data do requerimento administrativo, respeitada a prescrição quinquenal.***

***- A correção monetária deve ser realizada de acordo com os índices do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/09, de 29/06/2009, que deve ser aplicada a partir de sua publicação. Em relação aos juros de mora, devem os mesmos incidir a partir da citação (Súmula 204 do STJ), à razão de 1% (um por cento) ao mês, até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/09, quando haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.***

***- Honorários advocatícios fixados no percentual de 10% sobre o valor da condenação, devendo ser observado o disposto na Súmula nº 111 do STJ.***

***- Apelação provida.***

## **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 Fede-

ral da 5ª Região, à unanimidade, em dar provimento à apelação, nos termos do voto da relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 17 de abril de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI  
- Relatora

### **RELATÓRIO**

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Maria de Lourdes Pereira ajuizou ação contra o Instituto Nacional de Seguro Social - INSS, requerendo a concessão do benefício de aposentadoria por idade, como trabalhadora rural.

Ao final, o magistrado de 1º grau julgou improcedente o pedido, por entender que o vínculo urbano exercido pela autora descaracteriza sua condição de segurada especial.

Irresignada, apela a autora pugnando pela reforma da sentença, alegando que o vínculo urbano exercido não adentra o período de carência exigido para a concessão do benefício e que, diante dos documentos colacionados aos autos, ficou comprovada sua condição de rurícola.

Após contrarrazões, subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

É o relatório.

Peço a inclusão do feito em pauta para julgamento.

### **VOTO**

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Trata-se de apelação de sentença negou provimento ao pleito da inicial por entender que não restou provada a alegação de haver a parte autora labutado como trabalhadora rural, durante o período de carência exigido.



Primeiramente, no que concerne ao requisito etário, observo que a parte autora já atingiu a idade prevista para a aposentação de 55 anos para mulheres ou 60 anos para homens (fl. 11), obedecendo ao disposto no art. 201, § 7º, II, da Constituição Federal e no art. 48, § 1º, da Lei nº 8.213/91.

Ao analisar os autos, verifica-se que foi realizada a oitiva de testemunhas, as quais atestaram o exercício da atividade rural da apelante (fls. 109/112). Ademais, a parte requerente, quando da inicial, juntou aos autos início de prova material suficiente para revelar sua condição de rurícola, tais como: certidão de casamento, onde consta que a autora e seu marido são ambos agricultores rurais (fl. 10); declaração de exercício de atividade rural, de 10/08/2007 (fl. 15); declaração do Departamento Nacional de Obras Contra as Secas, de 14/08/2007 (fl. 16); contrato de concessão de uso de terras, de seu cônjuge (fls. 18/26); espelho da Justiça Eleitoral, no qual consta que a autora é agricultora (fl. 29); carteira de filiação no Sindicato de Trabalhadores Rurais de Piancó (fl. 30); certidão de nascimento de três filhos, onde consta que a autora e seu cônjuge são ambos agricultores (fls. 34/36). Neste sentido, vejam-se os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL. CARÊNCIA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CONFIGURADO. AGRAVO IMPROVIDO.

**1. É pacífico o entendimento da Terceira Seção deste Superior Tribunal no sentido de que a comprovação da atividade rural, para fins de obtenção dos benefícios previdenciários, deverá ser efetivada, com base em início de prova material ratificado por depoimentos testemunhais.**

2. No caso em tela, o acórdão *a quo*, confirmando a sentença, julgou procedente o pedido da autora entendendo que, além das provas testemunhais, o documento colacionado aos autos, qual seja, comprovação de associação ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Santana do Acaraú, de 7 de outubro de 2003, configuraria início razoável de prova documental.

3. Com razão as instâncias ordinárias, no ponto em que decidiram que a prova documental acostadas pela autora, ora recorrida, serviu de início de prova documental do labor

rural, cuja interpretação conjunta com as provas testemunhais, dão conta do exercício da atividade rural exercido em período equivalente à necessária carência para fins concessão do benefício de salário-maternidade.

4. O rol de documentos ínsito no art. 106 da Lei nº 8.213/91 é meramente exemplificativo, podendo ser aceito como início de prova material, documentos que comprove que a autora está associada ao Sindicato da categoria. Precedentes.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1073730/CE, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 09/03/2010, DJe 29/03/2010)

PREVIDENCIÁRIO. RURÍCOLA. APOSENTADORIA POR IDADE. LEI Nº 8.213/91. INEXISTÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL DA ALEGADA ATIVIDADE RURAL. PROVA EXCLUSIVAMENTE DOCUMENTAL. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. A aposentadoria por idade, prevista na Carta Magna, é assegurada ao trabalhador rural que tenha 60 anos de idade, se homem, e 55 anos, se mulher, e comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do referido benefício, sendo pacífico o entendimento de que diante das dificuldades do rurícola em obter documentos que comprovem sua atividade, deve o juiz valorar o início de prova documental, desde que idôneo, a fim de formar o seu convencimento.

**2. Na ausência de prova testemunhal, a prova documental deve ser suficientemente robusta para autorizar o reconhecimento do trabalho rural por todo o período pretendido.** Há nos autos apenas documentos consistentes em declarações unilaterais em que consta a informação de que a autora é agricultora (certidão eleitoral, fichas de matrícula dos filhos da autora, declaração de exercício de atividade rural etc.). A ficha de cadastro do sindicato possui pouco valor probatório, ademais, por revelar que a autora filiou-se apenas em 2009.

3. Apelação improvida.

(AC 00000772320114059999, Desembargador Federal Edilson Nobre, TRF5 - Quarta Turma, DJE - Data: 30/06/2011 - Página: 701)

PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADORA RURAL. SALÁRIO MATERNIDADE. PROVA EXCLUSIVAMENTE MATERIAL. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 111 DO STJ. APLICABILIDADE.

**I. Trazendo a autora aos autos prova material capaz de demonstrar que efetivamente exerceu atividade rural no período exigido pela lei, faz a mesma jus ao benefício de salário-maternidade.**

II. Quanto à alegação do INSS de que a autora não exercia a agricultura em regime de economia familiar, uma vez que seu marido auferiu renda diversa do labor rural, em proveito da família, no período a que se refere o benefício em questão, entendo que não lhe assiste razão, uma vez que a atividade diversa do esposo não exclui a qualidade de segurada especial da autora, salvo demonstração de renda incompatível com o regime de economia familiar.

III. Honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, conforme a sentença, nos termos do art. 20, parágrafo 3º, do CPC, observando-se o disposto na Súmula 111 do STJ.

IV. Apelação improvida.

(AC 00024271820104059999, Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão, TRF5 - Quarta Turma, 16/09/2010)

O STJ, em face das dificuldades enfrentadas pelos trabalhadores rurais em fazer prova material a seu favor, tem decidido no sentido de que o rol de documentos hábeis a comprovar atividade rural, inscrito no art. 106, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91 é meramente exemplificativo, e não taxativo, sendo admissíveis outros documentos não mencionados no dispositivo. Vejam-se os julgados trazidos à colação:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. DECLARAÇÃO DO SINDICATO DOS TRABALHADORES. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL. PERÍODO DE CARÊNCIA COMPROVADO.

Sabe-se que a prova exclusivamente testemunhal não é hábil a embasar pedido de aposentadoria por idade de trabalhador rural, uma vez que encontra óbice no enunciado da Súmula 149 desta Corte. Entretanto, devido às dificuldades enfrentadas pelos trabalhadores rurais em fazer prova material, tem-se admitido inúmeros documentos para se

constatar o início da atividade rurícola, entre eles a declaração expedida pelo Sindicato dos Trabalhadores Rurais, principalmente quando confirma que a embargante trabalhou na agricultura por mais de 10 anos.

**O rol de documentos hábeis à comprovação do exercício de atividade rural, inscrito no art. 106, parágrafo único, da Lei 8.213/91, é meramente exemplificativo, e não taxativo, sendo admissíveis, portanto, outros documentos além dos previstos no mencionado dispositivo.**

Presentes os requisitos legais exigidos pela legislação previdenciária, para a concessão do benefício de aposentadoria por idade, deve ser mantido o v. acórdão proferido pelo eg. Tribunal *a quo*, que reconheceu a qualidade de rurícola da segurada.

Embargos acolhidos.

(EResp nº 44881, STJ, Terceira Seção, Rel. José Arnaldo da Fonseca, DJ02/03/2005)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL. CARÊNCIA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CONFIGURADO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. É pacífico o entendimento da Terceira Seção deste Superior Tribunal no sentido de que a comprovação da atividade rural, para fins de obtenção dos benefícios previdenciários, deverá ser efetivada, com base em início de prova material ratificado por depoimentos testemunhais.

2. No caso em tela, o acórdão *a quo*, confirmando a sentença, julgou procedente o pedido da autora entendendo que, além das provas testemunhais, o documento colacionado aos autos, qual seja, comprovação de associação ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Santana do Acaraú, de 7 de outubro de 2003, configuraria início razoável de prova documental.

3. Com razão as instâncias ordinárias, no ponto em que decidiram que a prova documental acostada pela autora, ora recorrida, serviu de início de prova documental do labor rural, cuja interpretação conjunta com as provas testemunhais, dão conta do exercício da atividade rural exercido em período equivalente à necessária carência para fins concessão do benefício de salário-maternidade.

**4. O rol de documentos ínsito no art. 106 da Lei nº 8.213/91 é meramente exemplificativo, podendo ser**

**aceito como início de prova material, documentos que comprove que a autora está associada ao sindicato da categoria.** Precedentes.

5. Agravo regimental improvido.

(AGREsp 200801596634, Maria Thereza de Assis Moura, STJ - Sexta Turma, 29/03/2010)

A existência de vínculos urbanos da autora, não obsta a concessão do benefício de aposentadoria rural por idade, se estes trabalhos foram realizados em períodos de entressafas ou de seca, em que o agricultor, para garantir a manutenção de sua família, necessita buscar uma outra fonte de renda, retornando ao trabalho rural quando possível. Vejam-se os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. PRELIMINARES DE AUSÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO E DESCABIMENTO DA AÇÃO AFASTADAS. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO DE LEI E ERRO DE FATO (ART. 485, V E IX, DO CPC). OCORRÊNCIA. SEGURADO ESPECIAL. CONCEITO LEGAL (ART. 11, VII E 39, LEI 8.213/91). POSSIBILIDADE DE ATIVIDADE DESCONTÍNUA. VÍNCULOS FORMAIS OCASIONAIS, ESPORÁDICOS. OCORRÊNCIA DE ERRO DE FATO. INEXISTÊNCIA DE APOSENTADORIA URBANA TAL COMO AFIRMADO PELA SENTENÇA RESCINDENDA. PEDIDO RESCISÓRIO PROCEDENTE.

1. Conforme entendimento desta Corte, na ação rescisória, o autor que litiga sob o manto da assistência judiciária gratuita está isento do depósito prévio previsto no art. 485, II, do CPC. Preliminar afastada.

2. A ação rescisória se presta a reparar vícios comprometedores da prestação jurisdicional, sua validade e seguranças necessários à legitimidade dos efeitos que lhes são próprios, listados no art. 485 do Código de Processo Civil e existentes na decisão judicial definitiva.

3. Não é incompatível com a condição jurídica de segurado especial o fato do exercício de atividades outras, desde que intermitentes e não predominantes como condição de subsistência (art. 11, VII e 39, I, da Lei nº 8.213/91)

**4. No caso examinado pela sentença rescindenda, todos os vínculos formais de trabalho do autor ocorreram de forma ocasional, esporádica. Fato, aliás, compreensível ao trabalhador rural por significar sin-**

**gular oportunidade de trabalho remunerado, sem comprometimento de sua atividade essencial de ruralidade suplementando sua fonte de renda no período de entressafra, além de retratar atividades decorrentes da experiência de vida como ofício de carpinteiro, pedreiro.**

**5. Analisados todos os vínculos registrados no CNIS e considerados pela sentença rescindenda, chega-se à conclusão de que a média dos vínculos formais não supera 3 (três) meses por ano, entre 1980 e 2005. Insuficientes para, por si só, desqualificar a condição legal de segurado especial, notadamente ante à existência de outros elementos, tais como certidão de casamento, nascimento de filhos e prova testemunhal a corroborar a condição de segurado especial alegada como razão de pedir. Premissa que autoriza concluir pela violação do quanto dispõem os artigos 11, VII, e 39 da Lei nº 8.213/91, acerca da condição jurídica de segurado especial.**

6. Sob outro aspecto, é igualmente relevante destacar que outra razão para que o pedido fosse julgado improcedente foi a convicção de que já era o autor aposentado em razão das atividades formais exercidas. Fato em verdade inexistente. A informação acerca da aposentadoria refere-se ao benefício pleiteado e indeferido pelo INSS.

7. Ação rescisória procedente. Pedido acolhido para condenar o INSS no pagamento de aposentadoria por idade a partir do requerimento administrativo. Prestações em atraso a serem atualizadas pelos índices oficiais de correção monetária, observado o manual de cálculo aplicável à Justiça Federal e desde quando devidas, além de juros moratórios no percentual de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, na ação de origem. Honorários de sucumbência arbitrados em 10% sobre o valor da condenação, apurado até a data de publicação deste acórdão.

(AR 200901000234324, JUIZ FEDERAL Itelmar Raydan Evangelista (Convocado), TRF1 - Primeira Seção, 11/06/2010)

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 535, I E II, DO CPC. CNIS CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. OMISSÃO EXISTENTE. ACOLHIMENTO PARCIAL SEM EFEITOS MODIFICATIVOS. PREQUESTIONAMENTO.

1. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas no art. 535, I e II, do CPC, devem ser acolhidos os embargos.

2. Omissão no acórdão quanto à prova produzida pelo INSS sobre o cadastro da parte autora no CNIS como contribuinte individual (comerciário).

3. As informações constantes na CNIS são irrelevantes para o deslinde da questão, tendo em vista que o pouco tempo de contribuição individual não desqualifica a condição de rurícola da parte autora (aproximadamente 30 recolhimentos).

**4. O exercício de atividade urbana eventual e por curto tempo não é suficiente para descaracterizar a condição de rurícola, uma vez que o lavrador normalmente realiza serviços eventuais, quase sempre braçais, nos períodos de entressafra (no comércio, nos transportes na construção civil e em obras públicas, por exemplo).**

5. A concessão do benefício de aposentadoria por idade a trabalhadora rural independe do cumprimento da carência exigida em lei nos termos do artigo 26, III, c/c artigo 39, I, da Lei 8.213/91. Precedentes.

6. Para fins de prequestionamento, basta que a parte avie os embargos de declaração sobre a matéria que embasou o recurso de apelação ou as contrarrazões.

7. Embargos de declaração acolhidos parcialmente, apenas para sanar a omissão.

(EDAC 200901990242800, JUIZ FEDERAL Guilherme Dohler (Convocado), TRF1 - Primeira Turma, 25/05/2010)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. DECISÃO FUNDAMENTADA.

I - É pacífico o entendimento nesta e. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação.

II - Não merece reparos a decisão recorrida, fundamentando-se no fato de que a autora juntou início de prova material de sua condição de rurícola, o que corroborado pelas testemunhas, que confirmam seu labor no campo, justifica a concessão do benefício pleiteado.

**III - Não há que se considerar os registros em trabalho urbano, para descaracterizar a atividade rurícola**

**alegada, porque se deram por pequenos lapsos temporais e muito provavelmente em época de entressafra, em que o trabalhador rural necessita buscar outra atividade que lhe garanta a subsistência.**

**IV - Os registros foram em atividades braçais, não afastando o reconhecimento de sua atividade rural, eis que se cuida de atividade exercida por pessoas de baixa instrução e pouca qualificação profissional, à semelhança daquelas que laboram no campo.**

V - A interpretação da regra contida no artigo 143 possibilita a adoção da orientação imprimida nos autos. É que a expressão “atividade rural, ainda que descontínua”, inserta na norma, permite concluir que tal descontinuidade possa corresponder a tantos períodos quantos forem aqueles em que o trabalhador exerceu a atividade no campo. Mesmo que essa interrupção, ou descontinuidade se refira ao último período.

VI - Autor trabalhou no campo, por mais de 13 (treze) anos. É o que mostra o exame da prova produzida. Completou 60 anos em 2007, tendo, portanto, atendido às exigências legais, quanto à carência, segundo o art. 142 da Lei nº 8.213/91, por prazo superior a 156 (cento e cinquenta e seis) meses.

VII - Não se exige, para efeito de aposentadoria por idade, que o trabalhador rural contribua para os cofres da Previdência, segundo preceito inserto nos referidos arts. 26, III, 39, I, e 143, c/c art. 55 § 2º.

VIII - Matéria dispensa maior digressão, estando comprovado o exercício da atividade no campo, com razoável início de prova documental.

IX - Agravo não provido.

(AC 200903990284210, Juíza Marianina Galante, TRF3 - Oitava Turma, 27/07/2010)

Um processo pode conter uma variedade de provas e, dentre o conjunto, apenas algumas, ou até mesmo uma, ser elucidativa da questão suscitada. Assim, os elementos trazidos nesta ação, somados à prova testemunhal produzida são suficientes para a comprovação do exercício da atividade rural pela parte autora.

Quanto ao termo inicial do benefício, a jurisprudência tem por correta a data do requerimento administrativo ou, na inoccorrência deste, a do ajuizamento da ação, respeitada a prescrição quinquenal.



No caso em exame, o início do benefício será a data do requerimento administrativo, qual seja, 10/12/2007 (fl. 08).

No que se refere à incidência de juros de mora e correção monetária, a Lei nº 11.960/2009 modificou a redação do art. 1º-F da Lei 9.494/97:

Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Assim, a correção monetária deve ser realizada de acordo com os índices do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/09, de 29/06/2009, que deve ser aplicada a partir de sua publicação.

Em relação aos juros de mora, devem os mesmos incidir a partir da citação (Súmula 204 do STJ), à razão de 1% (um por cento) ao mês, até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/09, quando haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Com relação aos honorários advocatícios, determina o art. 20, § 3º e § 4º, do CPC:

Art. 20. (...)

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo do profissional;
- b) o lugar de prestação do serviço;
- c) a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante aplicação equitativa do juiz, atendidas as alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior.

O parágrafo terceiro do referido artigo estipula que os honorários advocatícios devem ser arbitrados em, no mínimo, 10%. 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%.

Com isso, fixo os honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento) sobre valor da condenação, observando-se o disposto na Súmula nº 111 do STJ.

Diante o exposto, dou provimento à apelação.

É como voto.

### **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.654-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, ANTÔNIO MAGNO WANDERLEY DE MELO, MOISÉS JOSÉ GOMES DE LIMA E SEVERINO ANTÔNIO SALES  
Apelados: OS MESMOS, ALEXANDRE MANO DE LIMA E FLÁVIO JORGE BEZERRA AMORIM  
Advs./Procs.: DRS. CARLOS EDUARDO RAMOS BARROS, MANOEL NUNES PEREIRA E BORIS MARQUES DA TRINDADE E OUTRO

**EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PECULATO-FURTO. CONTÊINERES COM MERCADORIA APREENDIDA PELA ALFÂNDEGA. ART. 312, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. ART. 317, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. CORRUPÇÃO ATIVA. ART. 333, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. EQUIPARAÇÃO. FALSO. ABSORÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CRIME DE QUADRILHA. NÃO OCORRÊNCIA.**

**- O apelante Antônio Magno Wanderley de Melo foi condenado pelos crimes de peculato-furto**

**tentado, previsto no art. 312, § 1º, c/c art. 14, II, todos do Código Penal e de corrupção ativa, por três vezes, em concurso formal – art. 333, parágrafo único (duas vezes) e art. 333, caput, do CP –, às penas de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão em regime inicialmente fechado e 180 dias-multa, sendo o dia-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.**

**- Os apelantes Severino Antônio Sales e Moisés José Gomes de Lima foram condenados pelo cometimento do crime de peculato-furto tentado, art. 312, § 1º, c/c 14, II, todos do CP, corrupção passiva qualificada, art. 317, § 1º, do CP e art. 333, caput, do CP, às penas de 5 (cinco) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e multa de 180 dias-multa, sendo o dia-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.**

**- A materialidade do delito de peculato-furto, afigura-se revelada nos autos de prisão e de apresentação e apreensão constantes do IPL, dando conta da tentativa de subtração dos contêineres nº CNTR 40'-GATU8590427; CNTR 40'-TTNU4007172 e CNTR 40'-SUDU4901367, que se encontravam sob a guarda da União, resultando na prisão em flagrante dos acusados em 23 de junho de 2003.**

**- Corroboram a materialidade e autoria outros elementos de prova, a exemplo da reportagem do jornal Diário de Pernambuco de 24/06/2003, do depoimento do acusado Antônio Magno Wanderley de Melo e das testemunhas do processo arroladas pela acusação.**

**- A esses elementos de prova, somam-se os procedimentos administrativo-fiscais determinantes do perdimento em favor da União das mercadorias contidas nos contêineres.**

**- Os autos denotam a existência de uma sociedade de fato formada por Antônio Magno Wan-**

**derley de Melo e Antônio Augusto Silva Castro, que se dedicava à exploração ilegal do comércio exterior.**

**- Os acusados Antônio Magno Wanderley de Melo e Antônio Augusto Silva Castro, livre e conscientemente, tentaram subtrair os contêineres que continham mercadorias sob a guarda da União, com o auxílio dos funcionários da Tecon Suape S/A, Severino Antônio Sales e Moisés José Gomes de Lima.**

**- Irreparável, também, a decisão em relação à condenação imposta a Antônio Magno Wanderley de Melo pelo crime de corrupção ativa, por incidir duas vezes no art. 333, caput, e por três vezes no art. 333, parágrafo único, ambos do CP e, em relação a Severino Antônio Sales e Moisés José Gomes de Lima por corrupção ativa e art. 333, caput, do CP. Em relação aos últimos, como funcionários públicos equiparados, houve a aceitação da vantagem pecuniária de R\$ 3.000,00 (três mil reais) incidindo, também, a hipótese prevista no art. 317, § 1º, do CP – corrupção passiva – condutas que se revelam nos depoimentos dos autos.**

**- Em sendo a motivação principal dos acusados, exatamente, a retirada dos contêineres do terminal portuário, tanto a falsificação quanto o uso das Declarações de Trânsito Aduaneiro, foram apenas meio em relação à prática do peculato-furto, motivo pelo qual deve ser rejeitada a alegação de não ocorrência da consunção.**

**- Sem sucesso a insurgência contra a absolvição de Flávio Jorge Bezerra Amorim e Alexandre Mano de Lima, à míngua da existência de provas seguras das suas atuações no evento delituoso, devendo ser mantido, em consequência o tópico do comando sentencial que afastou a prática do crime de quadrilha – art. 288 do CP –, haja vista o não cumprimento do elemento objetivo do tipo: “mais de três pessoas”.**

**- Despicienda a alegação de necessidade de decretação judicial de perda do cargo ou função pública, como efeito da condenação penal – art. 92, I, a, do CP –, além de serem funcionários públicos apenas para fins penais, consta dos autos que os dois acusados foram desligados de seus empregos no terminal de contêineres.**

**- Rechaça-se a preliminar comum à defesa de todos os acusados, qual seja, não enquadramento das condutas ao crime de peculato por não se tratar de funcionários públicos, no caso de Severino Antônio Sales e Moisés José Gomes de Lima, apesar de terem laborado em empresa terceirizada, exerciam suas atividades numa área aduaneira, pública, o que justifica a possibilidade de condenação por peculato.**

**- Não resta dúvida que a atividade desempenhada pela empresa operadora portuária Tecon Suape S/A é pública, decorrendo o seu funcionamento de autorização, concessão ou permissão, exclusiva da União, restando que seus empregados são considerados funcionários públicos para os efeitos penais, a teor do art. 327, § 1º, do CP.**

**- Em face do concurso desses agentes com Antônio Magno Wanderley de Melo, exsurge correta a tipificação do crime de peculato em seu desfavor, sendo certo que os elementos de autoria e materialidade acima discutidos afastam a tese de insuficiência de provas.**

**- Na análise das razões de apelação de Severino Antônio Sales e Moisés José Gomes de Lima, não subsiste a preliminar de incompetência da Justiça Federal, haja vista que o material objeto do crime estava sob guarda da União e o farto material coletado na instrução processual afasta a alegação de inexistência de provas, estando bem definidas as atuações de cada um dos acusados na prática criminosa.**

**- Apelações criminais improvidas.**

## 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 às apelações criminais, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 29 de março de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

## RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CÍNTIA MENEZES BRUNETTA (Convocada):

Trata-se de apelações criminais interpostas pelo Ministério Público Federal, através dos Procuradores da República, Drs. ANÁSTÁCIO NÓBREGA TAHIM JÚNIOR e CAROLINA DE GUSMÃO FURTADO, por ANTÔNIO MAGNO WANDERLEY DE MELO, subscrita pelo advogado, Dr. CARLOS EDUARDO WANDERLEY DE MELO, e pelos acusados SEVERINO ANTÔNIO SALES e MOISÉS JOSÉ GOMES LIMA, patrocinadas pelo advogado, Dr. MANOEL NUNES PEREIRA, contra sentença do MM. Juiz Federal Substituto da 13ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, Dr. ALLAN ENDRY VERAS FERREIRA, que, nos autos da ação penal nº 2003.83.00.025657-3, proferiu sentença assim ementada (fl. 1187):

PENAL. PROCESSUAL PENAL. PECULATO-FURTO. ART. 312, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. ART. 317, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. CORRUPÇÃO ATIVA. ART. 333, PAR. ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. EQUIPARAÇÃO. FALSO. ABSORÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS.

O agente que subtrair contêineres que estavam sob a guarda da União, com o auxílio de empregado de empresa operadora portuária (funcionário público para efeitos penais), a quem promete o pagamento de vantagem indevida, pratica o crime de peculato-furto, na forma tentada, bem assim o

de corrupção ativa, em concurso material, respondendo o funcionário público pelo crime de corrupção passiva. A falsificação e o uso de documento público, constituindo meio utilizado para a prática do peculato-furto, são por este absorvidos. Comprovadas a materialidade e autoria, impõe-se o decreto condenatório.

A sentença recorrida em seu dispositivo:

a) condenou ANTÔNIO MAGNO WANDERLEY DE MELO pelos crimes de peculato-furto, na modalidade tentada, previsto no art. 312, § 1º, c/c art. 14, II, todos do Código Penal e de corrupção ativa, por três vezes, em concurso formal – art. 333, parágrafo único (duas vezes) e art. 333, *caput*, do CP –, às penas de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão em regime inicialmente fechado e 180 dias-multa, sendo o dia-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos;

b) condenou SEVERINO ANTÔNIO SALES e MOISÉS JOSÉ GOMES DE LIMA pelo cometimento do crime de peculato-furto tentado, art. 312, § 1º, c/c 14, II, todos do CP e de corrupção ativa por três vezes em concurso formal, – art. 333, parágrafo único (duas vezes), e art. 333, *caput*, do CP –, às penas de 5 (cinco) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e multa de 180 dias-multa, sendo o dia-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

c) absolveu FLÁVIO JORGE BEZERRA AMORIM e ALEXANDRE MANO DE LIMA por ausência de provas nos termos no art. 386, IV, do CP.

d) extinguiu a punibilidade do acusado ANTÔNIO AUGUSTO SILVA CASTRO em razão do seu falecimento aplicando o art. 107, I, do CP.

Narra a denúncia que os acusados ANTÔNIO AUGUSTO SILVA CASTRO, FLÁVIO JORGE BEZERRA AMORIM, ANTÔNIO MAGNO WANDERLEY DE MELO mantinham com a colaboração de ALEXANDRE MANO DE LIMA, uma sociedade de fato dedicada à exploração do comércio exterior, através da prática de diversas operações fraudulentas.

Em 23/04/2002 foi constituída uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada denominada Real Corp Ltda. em que fi-

guram como sócios Alexandre Gomes Ferreira e Pedro Rezende Neto, tendo aquele afirmado, em sede policial, que em 2002, foi convidado por ANTÔNIO MAGNO WANDERLEY DE MELO para “emprestar” seu nome para compor o quadro societário da referida empresa.

Alguns meses após a sua constituição, a empresa Real Corp Ltda., com capital social de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), importou dois contêineres (GATU 859042-7 e TTNU 400717-2) repletos de materiais de informática e peças de condicionadores de ar, com o valor estimado em US\$ 210,000 (duzentos e dez mil dólares norte-americanos).

A Receita Federal instaurou procedimento de fiscalização, diante da presença de indícios de interposição fraudulenta de terceiros, culminando com a imposição de uma pena de perdimento de mercadorias importadas.

Ao tomarem ciência da pena de perdimento das mercadorias, os acusados ANTÔNIO AUGUSTO SILVA CASTRO e ANTÔNIO MAGNO WANDERLEY DE MELO, em conluio com os acusados FLÁVIO JORGE BEZERRA AMORIM e ALEXANDRE MANO DE LIMA planejaram subtrair por ocasião do feriado junino, além dos dois contêineres importados pela Real Corp Ltda., outro (SUDU 490136-7) introduzido no país pela MOTORS'US Importação e Exportação Ltda., empresa também investigada pela Receita Federal.

Para lograrem seu intento ANTÔNIO AUGUSTO SILVA CASTRO, ANTÔNIO MAGNO WANDERLEY DE MELO, FLÁVIO JORGE BEZERRA AMORIM e ALEXANDRE MANO DE LIMA entraram em contato com os apelantes SEVERINO ANTÔNIO SALES e MOISÉS JOSÉ GOMES DE LIMA, respectivamente, operador de pátio e controlador logístico da Tecon Suape S/A, prometendo a cada um a importância de R\$ 3.000,00 (três mil reais), caso grassem a autorização de saída irregular dos contêineres.

SEVERINO ANTÔNIO SALES ofereceu a Williams Manoel da Silva Santos, operador de expedição da Tecon, a importância de R\$ 3.000,00, caso colaborasse com a liberação indevida dos três contêineres e, posteriormente, de mais outros três contêineres não identificados.



Williams Manoel da Silva Santos comunicou o fato aos seus superiores na Tecon que entraram em contato com a Polícia Civil, tendo esta o instruído a prosseguir com as negociações, ao mesmo tempo em que orientou os diretores da Tecon Suape a permitir a saída dos três contêineres na data combinada na negociação.

Prosseguindo na negociação irregular, ALEXANDRE MANO DE LIMA contratou os motoristas de caminhão José Edson Nascimento Lima, Ernando José da Silva, Lindberg José Barros e Joaquim Alfredo Vieira, entregando-lhes vias de Declaração de Trânsito Aduaneiro contrafeitas sem que eles soubessem desse fato, para transportarem os contêineres do terminal de Suape até a sede da empresa F. G. Comércio, Importação e Exportação Ltda. de propriedade de ANTÔNIO AUGUSTO SILVA CASTRO e FLÁVIO JORGE BEZERRAAMORIM.

Após a autorização de saída dos caminhões a Polícia Civil foi imediatamente comunicada, interceptando-os na rodovia, momento em que os caminhoneiros foram presos em flagrante, tendo depois, ocorrido a prisão dos proprietários da F. G. Comércio e do motorista Marcos Antônio Pinto de Oliveira, na sede da empresa. A mesma operação policial prendeu em Suape os acusados SEVERINO ANTÔNIO SALES e MOISÉS JOSÉ GOMES DE LIMA.

O Ministério Público Federal em suas razões de recurso argumenta (fls. 1213/1243):

a) indevida aplicação do princípio da consunção em relação aos crimes de uso de documento falso e falsificação, entendendo não ser a contrafação das Declarações de Trânsito Aduaneiro fase preambular ao uso das mesmas no desembarço dos contêineres;

b) necessidade de decretação judicial de perda do cargo ou função pública, como efeito da condenação penal – art. 92, I, a, do CP –, não decretada pelo juiz por entender prejudicada em razão do desligamento dos acusados por ato da Tecon Suape. Vigendo em nosso sistema a independência nas esferas administrativa, cível e penal, existe a possibilidade de anulação pela própria Administração Pública ou mesmo de contestação via ação judicial anulatória e, ao contrário existindo a decretação da perda do cargo, transitada em julgado não caberia contestação;

c) errônea absolvição de FLÁVIO JORGE BEZERRA AMORIM, diante da existência de indícios e provas veementes de sua participação ativa nos fatos apurados;

d) indevida absolvição de ALEXANDRE MANO DE LIMA, apesar de sua menor importância no plano intelectual, pois, provou-se que ele associou-se aos desígnios dos demais acusados, tendo plena consciência do caráter ilícito da conduta praticada;

e) existência do crime de quadrilha no fato de se associarem ANTÔNIO AUGUSTO SILVA CASTRO, ANTÔNIO MAGNO WANDERLEY DE MELO, FLÁVIO JORGE BEZERRA AMORIM e ALEXANDRE MANO DE LIMA, de forma organizada, permanente e estável, com o escopo de subtrair os aludidos contêineres do terminal.

ALEXANDRE MANO DE LIMA e FLÁVIO JORGE BEZERRA AMORIM apresentaram contrarrazões à apelação do Ministério Público Federal, subscritas pelo advogado Dr. BÓRIS TRINDADE (fls. 1270/1275).

A defesa de ANTÔNIO MAGNO WANDERLEY DE MELO apresentou contrarrazões ao Ministério Público Federal (fls. 1277/1282).

O Ministério Público Federal apresentou requerimento para que os acusados ANTÔNIO MAGNO WANDERLEY DE MELO, SEVERINO ANTÔNIO SALES e MOISÉS JOSÉ GOMES DE LIMA fossem intimados para apresentarem razões de recurso e, após, a devolução dos autos para nova vista (fls. 1291/1292).

ANTÔNIO MAGNO WANDERLEY DE MELO, em suas razões de apelação criminal (fls. 1296/1299), pugnou pela sua absolvição face à absoluta insuficiência de provas e atipicidade do crime de peculato-furto, pois não era e nem é funcionário público.

SEVERINO ANTÔNIO SALES e MOISÉS JOSÉ GOMES DE LIMA apresentou razões de recurso alegando (fls. 1300/1303):

a) incompetência da Justiça Federal, pois, durante todo o processo não houve qualquer manifestação de interesse da União;

b) inexistência de provas contra os apelantes;

c) impossibilidade dos apelantes praticarem quaisquer irregularidades, consistindo as suas funções no trabalho: MOISÉS, em

receber as autorizações e cumprir a obrigação de liberar os conteúdos e; SEVERINO, colocá-los nas carretas;

d) não enquadramento da conduta ao crime de peculato por não se tratarem de funcionários públicos, mas, empregados de empresa terceirizada, cujo regime é regido pela CLT.

SEVERINO ANTÔNIO SALES e MOISÉS JOSÉ GOMES DE LIMA apresentou contrarrazões (fls. 1327/1329):

Após a juntada das razões de recurso fls. 1296/1299 e 1300/1303, os autos foram remetidos ao Ministério Público Federal para vista (fl. 1305), entretanto, não foram apresentadas contrarrazões, sendo oferecido parecer da lavra do eminente Procurador Regional de República JOAQUIM JOSÉ DE BARROS DIAS assim ementado (fls. 1306/1317):

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA E USO DE DOCUMENTO FALSO. PECULATO-FURTO TENTADO. CORRUPÇÃO ATIVA. CONSUNÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. OPINA PELO PROVIMENTO DO RECURSO.

- Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, é de se conhecer o recurso.

- Aplica-se o princípio da consunção quando um ilícito penal é praticado apenas para permitir a execução de um outro, aquele estaria por este absorvido.

- Os delitos de falsidade e uso de documento falso são autônomos e independentes do crime de peculato-furto, não constituindo, aqueles, meios normais ou necessários para o cometimento deste, não devendo ser aplicado o princípio da consunção no caso em apreço.

- Se um dos efeitos da sentença criminal é a decretação da perda da função pública, não poderia o julgador monocrático furtar-se a fazê-lo.

- Restou demonstrada a ativa participação dos recorridos Flávio Jorge Bezerra Amorim e Alexandre Mano de Lima nos delitos em questão, devendo ser reformada a sentença absolutória, condenando-os nos termos expostos na peça inaugural.

- Se o único impedimento para a configuração do crime de formação de quadrilha foi o requisito de pelo menos quatro pessoas, este restou superado com a condenação de Flá-

vio Jorge Bezerra Amorim e Alexandre Mano de Lima.  
- Pelo conhecimento e provimento da presente apelação criminal, em todos os seus termos, reformando-se da sentença penal condenatória.

Os recorridos SEVERINO ANTÔNIO SALES e MOISÉS JOSÉ GOMES DE LIMA apresentaram contrarrazões ao recurso de apelação do MPF (fls. 1327/1329).

Novamente instado a se manifestar o MPF, através do Procurador Regional de República JOAQUIM JOSÉ DE BARROS DIAS, ofertou parecer resumido nestes termos (fls. 1332/1335):

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA E USO DE DOCUMENTO FALSO. PECULATO-FURTO TENTADO. CORRUPÇÃO ATIVA. PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA. EFEITO SECUNDÁRIO DA CONDENAÇÃO. PROVIMENTO DO RECURSO.

1. Um dos efeitos da sentença criminal, para o servidor público, é a decretação da perda da função pública, não podendo o julgador monocrático furtar-se a fazê-lo. Até porque, se os mesmos foram desligados da empresa por meio do devido processo administrativo, este não só é passível de recurso, como também pode ser discutido judicialmente, sendo revisto ou anulado, resultando até no reingresso dos recorridos na empresa portuária.

2. Entende este representante do Ministério Público Federal que, uma vez preenchidos os requisitos do art. 92, I, a, do Código Penal, deve ser decretada, quando da prolação da sentença condenatória, a perda do cargo ou função pública exercida, como efeito secundário da condenação.

3. Pelo conhecimento e provimento da apelação criminal do *Parquet* Federal, em todos os seus termos, reformando-se da sentença penal condenatória.

Relatei.

Ao eminente Revisor.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Acolho em sua inteireza o relatório da lavra da eminente Desembargadora Federal CÍNTIA MENEZES BRUNETTA (Convocada).

Os apelantes ANTÔNIO MAGNO WANDERLEY DE MELO, SEVERINO ANTÔNIO SALES e MOISÉS JOSÉ GOMES DE LIMA foram condenados por sentença do Juiz Federal Substituto da 13ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco:

a) o primeiro pelos crimes de peculato-furto, na modalidade tentada, previsto no art. 312, § 1º, c/c art. 14, II, todos do Código Penal e de corrupção ativa, por três vezes, em concurso formal – art. 333, parágrafo único (duas vezes) e art. 333, *caput*, do CP –, às penas de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão em regime inicialmente fechado e 180 dias-multa, sendo o dia-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos;

b) o segundo e o terceiro pelo cometimento do crime de peculato-furto tentado, art. 312, § 1º, c/c 14, II, todos do CP, corrupção passiva qualificada, art. 317, § 1º, do CP, corrupção ativa por três vezes em concurso formal, – art. 333, parágrafo único (duas vezes), e art. 333, *caput*, do CP –, às penas de 5 (cinco) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e multa de 180 dias-multa, sendo o dia-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Inicialmente, está demonstrada a materialidade do delito do peculato-furto, revelada nos autos de prisão, de apresentação e de apreensão acostados às fls. 11/17 e 21/23 do IPL, dando conta da tentativa de subtração dos contêineres nº CNTR 40' - GATU8590427; CNTR 40'-TTNU4007172 e CNTR 40'-SUDU4901367, que se encontravam sob a guarda da União, resultando na prisão em flagrante dos acusados em 23 de junho de 2003.

Corroboram a materialidade e autoria outros elementos de prova, a exemplo da reportagem do jornal Diário de Pernambuco de 24/06/2003 (fl. 110 do IPL) e o depoimento do acusado ANTÔNIO MAGNO WANDERLEY DE MELO e das testemunhas do processo arroladas pela acusação.

ANTÔNIO MAGNO WANDERLEY DE MELO (fls. 120/123):

... que é amigo de ANTÔNIO AUGUSTO, tendo sido no passado parceiro comercial; que conhece também FLÁVIO JORGE, pessoa que teve sociedade com ANTÔNIO AUGUSTO; que não conhece MOISÉS nem SEVERINO;

que conhece ALEXANDRE já que ele trabalhou algum tempo com ANTÔNIO AUGUSTO; que a empresa REAL CORP LTDA. era sua ...

... que ANTÔNIO AUGUSTO já trabalhava com importação de materiais vindo dos EUA; que ANTÔNIO AUGUSTO costumava importar equipamentos dos EUA não sabendo o interrogando se sempre material de informática, trazendo em 2002 o material de informática para a empresa do interrogando, que no passado já teve parceria com ANTÔNIO AUGUSTO, tendo trazido à época material plástico para conservação de bebida dos EUA; QUE Sr. ANTÔNIO MAGNO iria pagar a ANTÔNIO AUGUSTO a mercadoria importada cabendo o pagamento nos EUA a ANTÔNIO AUGUSTO; que após a importação através da REAL CORP LTDA. é que começaram os problemas com a Receita Federal, não sabendo dizer a razão; que cuidava do procedimento normal e retirada dos contêineres do Porto de Suape; que houve todo um procedimento da Receita para impedir a retirada das mercadorias da REAL CORP LTDA. mesmo com todos os impostos pagos e mercadoria conferida; que ALEXANDRE MAGNO somente foi portador de documentos levados ao Porto de Suape; que quando começaram os problemas com a Receita Federal o interrogando desesperou-se já que havia colocado bastante dinheiro no pagamento de impostos; que ficou em situação financeira difícil tendo conversado com ANTÔNIO AUGUSTO sobre uma maneira para retirada dos contêineres; que a idéia de retirada dos contêineres de forma não convencional foi do próprio interrogando ressaltando que já havia assinado o Termo de Perdimento da alfândega; que FLÁVIO AMORIM foi contra a retirada irregular dos contêineres; que ANTÔNIO AUGUSTO realizou contatos com pessoas do porto para a retirada dos contêineres; que aproximadamente vinte dias antes da data em que seria feita a operação ANTÔNIO AUGUSTO foi convencido por FLÁVIO AMORIM a desistir, tendo o interrogando dado seguimento; que somente entrou em contato com WILLIANS por telefone, tendo ANTÔNIO AUGUSTO utilizado a palavra código JUCA que serviria para iniciar o procedimento ...

... que foi prometido a SEVERINO e MOISÉS o valor de R\$ 3.000,00 os quais não foram entregues ...

... que providenciou as Declarações de Trânsito Aduaneiro; que não foram assinadas pelo Sr. OTON LEAL DE FARIAS FILHO nem por qualquer pessoa da Receita Federal

...

... que ANTÔNIO AUGUSTO havia prometido R\$ 3.000,00 a MOISÉS e SEVERINO havendo posterior confirmação pelo interrogando; que ANTÔNIO AUGUSTO fez o primeiro contato com MOISÉS e SEVERINO para retirada dos contêineres de modo irregular ...

... que no dia da retirada entrou em contato com WILLIAM E ALEXANDRE MANO.

Testemunha LUIZ FERNANDO CARDOSO LUCATO (fls. 175/177):

... que os denunciados SEVERINO e MOISÉS eram funcionários do TECON, tendo eles procurado WILLIANS na tentativa de ao entregar-lhe dinheiro conseguir a liberação dos contêineres ...

... que MOISÉS e SEVERINO entraram em contato com WILLIANS informando que a saída dos contêineres seria dia 23 de junho ...

... que se não tivesse havido ajuda de WILLIANS os contêineres não teriam saído; que ficou sabendo de uma reunião na praça em frente ao antigo terminal do Aeroporto Internacional dos Guararapes por meio de WILLIANS ...

... que não sabe dizer se a polícia estava no TECON no dia 23 de junho, mas estava ciente do que iria acontecer; que estava acompanhando a operação pelo rádio de comunicação, tendo o supervisor de operações liberado MOISÉS e SEVERINO para o almoço, tendo eles afirmado pelo rádio que não estavam com fome, afirmando o depoente que se trata de coisa rara já que os trabalhadores do TECON esperam ansiosamente o horário de almoço; que ao que se recorda o único fato que aconteceu no dia foi o acabado de narrar; que os contêineres já tinham sido dado como perdidos pela Receita Federal estando bloqueado no sistema; que não sabe dizer quem fez o bloqueio no sistema com relação aos contêineres mencionados na denúncia; que não sabe dizer se antes do dia 23 os contêineres chegaram a ser abertos por alguém, seja da Receita, seja do

TECON; que toda liberação é efetivada pelo sistema; que se WILLIANS não estivesse sabendo dos fatos os contêineres não teriam deixado o pátio; que a orientação da polícia a WILLIANS foi de que os contêineres deixassem o pátio sem a verificação no sistema ...

Testemunha WILLIAM MANOEL DA SILVA SANTOS (fls. 178/180):

... que recebeu um telefonema sem identificação da pessoa que ligava, tendo ela afirmado-lhe que iria receber R\$ 10.000,00 pela liberação de seis contêineres; que a pessoa desligou o telefone sem que o depoente conseguisse obter maiores informações; que aproximadamente uma semana depois SEVERINO o procurou propondo-lhe receber dinheiro para a liberação de contêineres; que foi marcada uma reunião em frente ao aeroporto com a presença de SEVERINO, JUCA, MOISÉS e uma outra pessoa que não sabe o nome, onde ficou acertado que receberia R\$ 3.000,00 por contêiner liberado; que antes de participar da reunião comunicou o fato a PAULO CRUZ e LUIZ FERNANDO LUCATO tendo eles marcado uma reunião com a polícia, com a participação de três policiais, ao que acredita, sendo um deles o Delegado da Polícia Civil LUIZ ANDREY VIANA DE OLIVEIRA; que foi orientado então pela polícia a prosseguir nas negociações sendo-lhe dito que escutasse e verificasse quais os planos; que quando retornou da reunião no aeroporto comunicou o seu teor ao Sr. LUIZ FERNANDO não mais entrando em contato com o referido senhor; que é responsável pelo portão de entrada e saída dos contêineres; que a orientação da polícia foi de que não se mexesse no sistema já que os bens dos contêineres que deixariam o TECON já tinham sido declarados perdidos, estando sua saída bloqueada pelo sistema ...

... que se o depoente orientado pela polícia não liberasse a saída dos contêineres eles não deixariam o terminal ...

A esses elementos de prova somam-se os procedimentos administrativo-fiscais (fls. 269/375 do IPL) determinantes do perdimento em favor da União das mercadorias contidas nos contêineres nº TTNU 400717-2 e GATU 859042-7 (fls. 287/288 do IPL), importados pela REAL CORP LTDA.



Além das referidas unidades de carga, foi retirado do pátio da empresa operadora Tecon Suape S/A, com o decisivo auxílio dos empregados em vista das suas funções, o contêiner nº SUDU 490136-7, introduzido no país pela Motors'us Importação e Exportação Ltda.

A retirada dos contêineres nº TTNU 400717-2 e GATU 859042-7 ocorreu logo após os acusados ANTÔNIO MAGNO WANDERLEY DE MELO e ANTÔNIO AUGUSTO SILVA CASTRO terem efetiva ciência do perdimento das mercadorias em favor da União.

Os autos denotam a existência de uma sociedade de fato formada por ANTÔNIO MAGNO WANDERLEY DE MELO e ANTÔNIO AUGUSTO SILVA CASTRO, que se dedicava à exploração ilegal do comércio exterior, como bem definido na sentença recorrida (fls. 1195/1196):

Da análise dos autos, não resta dúvida de que os denunciados ANTÔNIO MAGNO WANDERLEY DE MELO e ANTÔNIO AUGUSTO SILVA CASTRO mantinham uma sociedade de fato voltada à exploração ilegal do comércio exterior:

A existência de uma sociedade de fato foi reconhecida pelo próprio denunciado ANTÔNIO AUGUSTO SILVA CASTRO, em seu interrogatório (fls. 39/40), bem assim pelo acusado ANTÔNIO MAGNO WANDERLEY DE MELO, ao afirmar que “seu amigo e sócio de fato Sr. Antônio Augusto é que tomou a iniciativa de retirar os Contêineres do Terminal da Tecon em Suape” (fls. 165/166-IPL).

A ligação comercial entre esses denunciados restou patente quando da prisão em flagrante do acusado ANTÔNIO AUGUSTO SILVA CASTRO, na sede de sua empresa, a F.G. COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., ocasião em que foram apreendidos diversos documentos fiscais em nome da REAL CORP LTDA., empresa constituída pelo denunciado ANTÔNIO MAGNO WANDERLEY, provavelmente, visando mascarar o real importador daquelas mercadorias apreendidas, o que resultou na aplicação da pena de perdimento, por interposição fraudulenta de terceiros (fl. 21-IPL).

Vale destacar, ainda, as declarações prestadas à imprensa pelo denunciado ANTÔNIO AUGUSTO SILVA CASTRO, no

sentido de que seria o dono dos contêineres liberados ilegalmente, e de que teria feito isso porque a Receita Federal fez exigências impossíveis de serem cumpridas (fl. 110-IPL).

Outro fato digno de nota foi o relatado pela testemunha de acusação, Otaviano José Carvalho Júnior, como se vê a seguir:

“(...) já havia efetuado compras da empresa FG Distribuidora, sempre mantendo contato com o acusado de nome Antônio Augusto de Silva Castro, conhecido por ‘Tota’, como também com o acusado Flávio Jorge Bezerra Amorim; que efetivou compras, em duas oportunidades, de produtos de informática, tais como: gabinete, peças de computador (drive); que, passados cerca de dois anos, ‘Tota’ ligou para o depoente, por volta do dia 18 a 23 de junho de 2003, oferecendo produtos (gabinetes), havendo negociado o preço e o prazo do pagamento, chegando-se a um consenso, repassando o depoente àquele os dados comerciais da empresa, a fim de se emitir a nota fiscal; que, passados cerca de quinze dias, e não tendo chegado a mercadoria, ligou o depoente para ‘Tota’, tendo este informado que, após resolvidos os problemas de liberação da mesma, a enviaria; que, cerca de uma semana depois, soube o depoente, através da imprensa, que ‘eles tinham tentado retirar a mercadoria do Porto e tinham sido pegos pela polícia’; que, cerca de dez dias depois desse fato, recebeu comunicação da Polícia Civil de Pernambuco para prestar esclarecimentos;(...)” (fl. 272).

O motorista responsável pelo transporte dos contêineres, Sr. José Edson Nascimento Lima, afirmou, por ocasião de sua prisão em flagrante, ter recebido ordem para entregar as mercadorias no depósito de uma empresa localizada no bairro do Ibura (fl. 17-IPL), justamente onde o acusado ALEXANDRE MANO disse funcionar a empresa F.G. COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO, de propriedade dos acusados ANTÔNIO AUGUSTO SILVA CASTRO e FLÁVIO JORGE BEZERRA AMORIM (fl. 45).

Não tenho dúvida, pois, de que os acusados ANTÔNIO MAGNO WANDERLEY DE MELO e ANTÔNIO AUGUSTO SILVA CASTRO atuavam em conjunto, na exploração do comércio de mercadorias importadas, mediante a prática de operações fraudulentas, como a noticiada nestes autos.

À luz dos elementos de prova discutidos, tem-se que os acusados ANTÔNIO MAGNO WANDERLEY DE MELO e ANTÔNIO AUGUSTO SILVA CASTRO, livre e conscientemente, tentaram subtrair os contêineres nº CNTR 40' - GATU8590427; CNTR 40'-TTNU4007172 e CNTR 40'-SUDU4901367, mercadorias sob a guarda da União, com o auxílio dos funcionários da Tecon Suape S/A, SEVERINO ANTÔNIO SALES e MOISÉS JOSÉ GOMES DE LIMA, condutas subsumidas aos arts. 312, § 1º, c/c 14, II, 327, §§ 1º e 29, todos do Código Penal.

Irreparável, também, a decisão em relação à condenação imposta a ANTÔNIO MAGNO WANDERLEY DE MELO pelo crime de corrupção ativa por incidir duas vezes no art. 333, *caput*<sup>1</sup>, e por três vezes no art. 333, parágrafo único<sup>2</sup>, ambos do CP e, em relação a SEVERINO ANTÔNIO SALES e MOISÉS JOSÉ GOMES DE LIMA por corrupção ativa, art. 333, *caput*, do CP. Em relação aos últimos, como funcionários públicos equiparados, houve a aceitação da vantagem pecuniária de R\$ 3.000,00 (três mil reais) incidindo, também, a hipótese prevista no art. 317, § 1º, do CP<sup>3</sup> – corrupção passiva – conduta que se revela nos seguintes depoimentos:

---

<sup>1</sup> Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena - reclusão, de 1 (um) ano a 8 (oito) anos, e multa. (Crime cometido em data anterior à redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa. (Crime cometido em data anterior à redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

ANTÔNIO MAGNO WANDERLEY DE MELO relata em seu depoimento a promessa de vantagem pecuniária indevida (fl. 122):

... que foi prometido a SEVERINO e MOISÉS o valor de R\$ 3.000,00 os quais não foram entregues ...

... que ANTÔNIO AUGUSTO havia prometido R\$ 3.000,00 a MOISÉS e SEVERINO havendo posterior confirmação pelo interrogando; que ANTÔNIO AUGUSTO fez o primeiro contato com MOISÉS e SEVERINO para retirada dos contêineres de modo irregular; ...

... que no dia da retirada entrou em contato por celular com WILLIAM e ALEXANDRE MANO.

A mesma constatação é vista nas declarações das testemunhas:

LUIZ FERNANDO CARDOSO LUCATO (fls. 175/176):

... que os denunciados SEVERINO e MOISÉS eram funcionários da TECON, tendo eles procurado WILLIAMS na tentativa de ao entregar-lhe dinheiro conseguir a liberação dos contêineres; que MOISÉS e SEVERINO foram procurados por uma pessoa chamada JUCA ...

... que WILLIAMS informou ao seu superior hierárquico, PAULO HENRIQUE CRUZ (funcionário da TECON), que haveria uma tentativa de suborno e dois funcionários tentavam entregar-lhe dinheiro em troca da liberação dos contêineres ...

... que ficou sabendo de uma reunião na praça em frente ao antigo terminal do Aeroporto Internacional dos Guararapes por meio de WILLIAMS; que em tal reunião haveria a presença de MOISÉS, SEVERINO e JUCA ...

WILLIAMS MANOEL DA SILVA SANTOS (fls. 178/179):

... que recebeu um telefonema sem identificação da pessoa que ligava, tendo ela afirmado-lhe que iria receber R\$ 10.000,00 pela liberação de seis contêineres ...

... que aproximadamente uma semana depois SEVERINO o procurou propondo-lhe receber dinheiro para a liberação de contêineres; que foi marcada uma reunião em frente ao aeroporto com a presença de SEVERINO, JUCA, MOISÉS e uma outra pessoa que não sabe o nome, onde

ficou acertado que receberia R\$ 3.000,00 por contêiner liberado ...

... que MOISÉS e SEVERINO sempre disseram e que estavam entrando em contato com JUCA, uma pessoa de cor clara, estando de boné na ocasião podendo ser observado que era um pouco calvo; que observou que JUCA na data desta audiência estava de camisa branca, sendo a pessoa de ANTÔNIO AUGUSTO ...

Passando às alegações das apelações criminais, inicialmente, a do Ministério Público Federal.

Em sendo a motivação principal dos acusados, exatamente, a retirada dos contêineres do terminal portuário, tanto a falsificação quanto o uso das Declarações de Trânsito Aduaneiro, foram apenas meio em relação à prática do peculato-furto, motivo pelo qual deve ser rejeitada a alegação de não ocorrência da consunção.

Igualmente sem sucesso a insurgência contra a absolvição de FLÁVIO JORGE BEZERRAAMORIM e ALEXANDRE MANO DE LIMA, à míngua da existência de provas seguras das suas atuações no evento delituoso, devendo ser mantido, em consequência, o tópico do comando sentencial que afastou a prática do crime de quadrilha – art. 288 do CP<sup>4</sup> –, haja vista o não cumprimento do elemento objetivo do tipo: “mais de três pessoas”, como se verifica à fl. 1202:

... Finalmente, para a configuração do crime de quadrilha ou bando, previsto no art. 288, *caput*, do Código Penal, exige-se o concurso necessário de pelo menos quatro pessoas, a finalidade específica dos agentes voltadas ao cometimento de delitos e a estabilidade e permanência da associação criminosa.

No caso dos autos, o requisito do concurso necessário de pelo menos quatro pessoas restou desatendido, posto inexistir nos autos prova de que os acusados FLÁVIO JORGE BEZERRAAMORIM e ALEXANDRE MANO DE LIMA

---

<sup>4</sup> 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)

mantinham qualquer vínculo associativo para a prática de crimes com os acusados ANTÔNIO MAGNO WANDERLEY DE MELO e ANTÔNIO AUGUSTO SILVA CASTRO, devendo, os mesmo, portanto, serem absolvidos da imputação em tela.

Por fim, tenho como despicienda a alegação de necessidade de decretação judicial de perda do cargo ou função pública, como efeito da condenação penal – art. 92, I, a, do CP –, além de serem funcionários públicos apenas para fins penais, consta dos autos que os dois acusados foram desligados de seus empregos no terminal de contêineres.

Com efeito, considerando a existência em nosso sistema, da independência entre as instâncias, existe a possibilidade de anulação pela própria Administração Pública ou mesmo de contestação via ação anulatória do ato de desligamento dos acusados, o que fica impedido com o trânsito em julgado da decisão condenatória.

No mesmo sentido os seguintes arestos:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PECULATO EM DETRIMENTO DE EMPRESA PÚBLICA FEDERAL - CEF. CONTINUIDADE DELITIVA. ARTIGO 312 C/C 71 DO CÓDIGO PENAL. CONDUTA PERPETRADA POR EMPREGADO DA CEF NA FUNÇÃO DE GERENTE DE AGÊNCIA. EQUIPARAÇÃO A FUNCIONÁRIO PÚBLICO (CP, ART. 327). DEMISSÃO NA SEARA ADMINISTRATIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. RECURSO DA ACUSAÇÃO: PERDA DE EMPREGO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. RESGUARDO À MORALIDADE E PROIBIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS. EFEITO PERMANENTE DA CONDENAÇÃO. PRESENÇA DOS REQUISITOS OBJETIVOS (CP, ART. 92, I, A): PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A 01 ANO E CONDUTA QUE VIOLOU DEVER FUNCIONAL. DECRETAÇÃO DA PERDA DE EMPREGO. POSSIBILIDADE. MOTIVAÇÃO ESPECÍFICA (DISCRICIONARIEDADE) CONJUGADA COM OS REQUISITOS OBJETIVOS. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA: ESTADO DE NECESSIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. ABSOLVIÇÃO (CPP, ART.386, VI). IMPOSSIBILIDADE.

## DOSIMETRIA DA PENA. RAZOABILIDADE. MANUTENÇÃO.

(...)

4 - A perda de cargo ou função pública é efeito específico da condenação, não automático, que reclama motivação adequada. Embora a lei penal se refira expressamente a cargo ou função pública (CP, Art. 92, I), é possível a decretação da perda do emprego mantido junto à administração pública indireta da União, tendo em vista não haver dúvidas de que fora a intenção do legislador extirpar dos quadros da administração pública (qualquer que seja o regime de trabalho), aquele que causou dano ao erário.

5 - A demissão na seara administrativa não impede a perda do emprego, enquanto efeito específico da condenação (CP, Art. 92, I, a), uma vez considerada a independência das esferas, especialmente, tendo em conta que a determinação revela-se necessária para obstar eventual reintegração.

(...)

7 - A decretação da perda de cargo público demanda motivação específica (discricionariedade) conjugada com os requisitos objetivos (CP, art. 92), presentes na hipótese: a) pena privativa de liberdade superior a 01 ano; b) violação de dever funcional para com a administração pública – no caso – empresa pública federal (CEF).

8 - Acolhe-se o recurso da acusação, considerando a pena aplicada e a conduta do acusado, que causou quebra de confiança no desempenho dos seus deveres funcionais, além de prejuízo considerável à CEF, para declarar a perda do emprego (CP, art. 92, I, a) exercido na referida instituição bancária pública pelo acusado, como efeito da condenação.

(...)

12 - Apelação do Ministério Público Federal provida.

13 - Apelação do réu improvida.

(Acórdão unânime da Primeira Turma do TRF5 no ACR5948/AL, Rel. Des. Fed. Rogério Fialho Moreira, Julg. 13/05/2010, Publ. DJE 21/05/2010, p. 175)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PERDA DO CARGO PÚBLICO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVANTE. SEGUNDA FASE DE APLICAÇÃO

DA PENA. INEXISTÊNCIA QUESITAÇÃO. SISTEMÁTICA PROCESSUAL ANTERIOR. CONSELHO DE SENTENÇA. NULIDADE INEXISTENTE. ABUSO DE PODER OU VIOLAÇÃO DE DEVER COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONDICIONANTES PARA FUNDAMENTAÇÃO DA DECRETAÇÃO DA PERDA DO CARGO PÚBLICO. ELEMENTOS DO TIPO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A perda do cargo em face de condenação criminal não é automática, haja vista que depende de fundamentação específica (art. 92, parágrafo único, do CP).

2. Atende ao princípio da motivação a sentença que aplica fundamentadamente a perda do cargo público, considerando tanto a quantidade da pena privativa de liberdade cominada (elemento objetivo) quanto a existência de abuso de poder (elemento subjetivo) na conduta de policial que mata pessoa que estava sob sua guarda.

(...)

6. Agravo regimental não provido.

(Acórdão unânime no AGREsp 824721, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, Julg. 11/05/2010, Publ. DJE 31/05/2010)

No que pertine aos argumentos expendidos pelos acusados em seus recursos.

Rechaça-se a preliminar comum à defesa de todos os acusados, qual seja, não enquadramento das condutas ao crime de peculato por não se tratar de funcionários públicos, no caso de SEVERINO ANTÔNIO SALES e MOISÉS JOSÉ GOMES DE LIMA, apesar de terem laborado em empresa terceirizada, exerciam suas atividades numa área aduaneira, pública, portanto, o que justifica a possibilidade de condenação por peculato.

Não resta dúvida que a atividade desempenhada pela empresa operadora portuária Tecon Suape S/A é pública, decorrendo o seu funcionamento de autorização, concessão ou permissão, exclusiva da União, restando que seus empregados são considerados funcionários públicos para os efeitos penais, a teor do art. 327, § 1º, do CP.

Em face do concurso desses agentes com ANTÔNIO MAGNO WANDERLEY DE MELO, exsurge correta a tipificação em seu desfavor pelo mesmo crime.



Os elementos de autoria e materialidade acima discutidos afastam a tese de insuficiência de provas sustentada pela defesa de ANTÔNIO MAGNO WANDERLEY DE MELO.

Prosseguindo na análise das razões de apelação de SEVERINO ANTÔNIO SALES e MOISÉS JOSÉ GOMES DE LIMA, não subsiste a preliminar de incompetência da Justiça Federal, haja vista que o material objeto do crime estava sob guarda da União.

Por fim o farto material coletado na instrução processual afasta a alegação de inexistência de provas, estando bem definidas as atuações de cada um dos acusados na prática criminosa.

Tecidas essas considerações, nego provimento às apelações criminais.

Assim voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.734-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO  
Apelante: LIDIANE BARBOSA DO NASCIMENTO  
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Adv./Proc.: DR. CÉSAR ANDRE PEREIRA DA SILVA (APTE.)

***EMENTA: PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL DA DEFESA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS PARA EXPLORAÇÃO SEXUAL (ART. 231 DO CP). PRESCRIÇÃO. INCORRÊNCIA. AJUDA FINANCEIRA E DIRECIONAMENTO AO LOCAL DE PROSTITUIÇÃO. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DELITIVAS. CONCURSO FORMAL AFASTADO. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.***

***- Não há falar em prescrição quando entre a data do recebimento da denúncia e a de publicação da sentença transcorreu 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 2 (dois) dias, considerado o período de***

*suspensão do processo, nos termos do art. 366 do CPP, com a novel redação da Lei 9.271/96.*

*- Com o fito de preservar a dignidade da pessoa e de coibir condutas que perpetuem a exploração sexual, tipifica o art. 231 do CP as condutas de promover ou facilitar a saída de pessoas do Brasil ao exterior, destinadas à prostituição.*

*- Comprovada a ajuda financeira da apelante, assim como o direcionamento ao local onde a vítima se dedicaria à prostituição, evidencia-se a configuração da conduta “facilitar” do tipo penal em comento.*

*- As declarações da vítima neste tipo de delito possuem valor probante fundamental, vez que são fonte direta de informação de como os fatos ocorreram.*

*- Presente o tráfico de pessoas, ainda que a vítima houvesse consentido com a exploração sexual, sua vontade seria irrelevante para afastar a conduta delitiva.*

*- O conjunto probatório é firme no sentido de que a ré contribuiu diretamente para o tráfico da vítima à cidade de Bilbao. Todavia, inexistem quaisquer elementos a demonstrar que, além da vítima mencionada na denúncia, a apelante teria auxiliado outras mulheres. Deve, portanto, ser afastado o concurso formal e, por conseguinte, a pena definitiva passa a ser de 3 (três) anos e 1 (um) mês de reclusão.*

*- Consoante preceituado no artigo 59, IV, do Código Penal e presentes, no caso concreto, os requisitos do artigo 44 do mesmo diploma legal, é possível a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem definidas e aplicadas pelo juízo da execução penal.*

*- Apelação da defesa parcialmente provida.*

## ACÓRDÃO

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao apelo de Lidiane Barbosa do Nascimento, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 15 de março de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Trata-se de apelação criminal interposta por Lidiane Barbosa do Nascimento contra sentença da lavra do MM. Juízo da 4ª Vara Federal de Pernambuco que a condenou à pena de 5 (cinco) anos, 1 (um) mês e 20 (vinte) dias de reclusão pela prática do crime tipificado no art. 231, *caput c/c* o art. 70, ambos do Código Penal.

Segundo a denúncia (fls. 04/05), em junho de 1998, a apelante teria facilitado a ida de Ana Vanessa Ramalho Duarte à cidade de Bilbao, na Espanha, supostamente para trabalhar como garçonete na cafeteria do namorado da ré. No entanto, ao chegar naquela cidade, a vítima teria sido surpreendida com a notícia de que iria trabalhar como prostituta em uma boate chamada Lidos.

Diante de tais fatos, a apelante fora denunciada e condenada nas penas do crime de tráfico internacional de pessoa para fins de exploração sexual, disposto no art. 231 do CP.

Inconformada com o juízo condenatório, postula a defesa (fls. 360/367), inicialmente, a extinção da punibilidade com fulcro no art. 107, IV, do CP.

No mérito, sustenta não ter a apelante empreendido meios materiais necessários ao ingresso da vítima em território estrangeiro para fins de prostituição e, neste ponto, ressalta que a vítima já era profissional do sexo no Brasil antes de embarcar para a

Europa. Por fim, caso mantida a condenação, requer seja afastado o concurso formal ou, ao menos, revista a fração de aumento imputada, porque aplicada acima do previsto em no art. 70 do CP.

Contrarrrazões do Ministério Público Federal, às fls. 369/372v., pelo improvimento do apelo.

Nesta instância, encaminhados os autos à Procuradoria da República da 5ª Região, manifestou-se o douto procurador no sentido de ser negado provimento ao recurso (fls. 376/377).

É o relatório. Ao revisor.

### **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Primeiramente, antes de adentrar ao mérito, cumpre-nos analisar a preliminar de ocorrência da prescrição arguida pela defesa.

Alega a defesa que excluído o aumento imposto na sentença condenatória decorrente do concurso formal, a pena da ré seria de 3 (três) anos e 1 (um) mês de reclusão, cuja punibilidade, diante da menoridade da apelante à época dos fatos (art. 115 do CP), estaria extinta vez que transcorridos mais de quatro anos entre a data do recebimento da denúncia (10.05.2001 – fl. 81) e a da publicação da sentença (30.03.2007 – fl. 298).

Entretanto, a contabilidade da recorrente desconsiderou o período durante o qual fora declarada a suspensão do prazo prescricional, nos termos do art. 366 do CPP, com a novel redação da Lei nº 9.271/96.

Eis que, como a acusada, mesmo após citação por edital, não compareceu à audiência e por ser incerta a sua localização, o juiz suspendeu os feitos, a partir de 24.01.2002, consoante decisão à fl. 103.

E, como bem analisado nas contrarrrazões do Ministério Público Federal (fls. 369/372v.): “capturada em 22.10.2005, foi ela intimada em 08.11.2005 (fl. 111), momento em que reiniciou a fluência do prazo de prescrição. A sentença foi prolatada em 25.01.2007, novo marco interruptivo. Nesse diapasão, o tempo transcorrido

entre o recebimento da denúncia e a suspensão do processo foi de 8 (oito) meses e mais 14 (quatorze) meses. Somando-se ao tempo em que reiniciou a marcha processual até a prolação da sentença, que foi de 1 (um) ano, 2 (dois) meses e 17 (dezessete) dias, totaliza em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 2 (dois) dias”.

Desta forma, ainda que afastado o aumento relativo ao curso formal e reduzido em metade o prazo prescricional, consoante art. 115 do CP, não transcorreu tempo necessário à ocorrência da prescrição.

Rejeito, nestes termos, a preliminar arguida pela defesa. Passemos ao exame de mérito.

Sustenta a defesa que o fato de a apelante ter emprestado dinheiro à vítima não se subsume ao núcleo do tipo “facilitar”, do art. 231 do CP. Ademais, aduz que a vítima já exercia a prática da prostituição antes de embarcar para a Europa, fato este que afastaria a suposta exploração sexual pela ré.

Pois bem. O Código Penal tipifica a conduta do tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual, consoante disposto no art. 231, *in verbis*:

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

O núcleo do tipo é promover ou facilitar. O primeiro configura-se com a própria execução dos meios necessários à entrada ou à saída de pessoas para fins de exploração sexual. O outro indica que também enquadra-se no delito aquele que torna mais fácil, que ajuda a entrada ou a saída, ainda que a iniciativa seja da própria vítima ou com seu consentimento. A objetividade jurídica consiste em preservar a dignidade sexual da pessoa e coibir condutas que perpetuem a exploração sexual.

Por esclarecedor quanto ao elemento objetivo do crime em comento, transcrevo a seguinte ementa do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE SERES HUMANOS. EXPLORAÇÃO SEXUAL DE MULHERES. ARTIGO 231 DO CÓDIGO PENAL. (ART. 239 DO ECA). CONSENTIMENTO DAS VÍTIMAS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS.

1. O consentimento da vítima em seguir viagem não exclui a culpabilidade do traficante ou do explorador, pois que o requisito central do tráfico é a presença do engano, da coerção, da dívida e do propósito de exploração. É comum que as mulheres, quando do deslocamento, tenham conhecimento de que irão exercer a prostituição, mas não têm elas consciência das condições em que, normalmente, se veem coagidas a atuar ao chegar no local de destino. Nisso está a fraude.

2. O crime de tráfico de pessoas – foi a Lei 11.106, de 28.03.2005, que alterou a redação do art. 231 do Código Penal, de tráfico de mulheres para tráfico internacional de pessoas – consuma-se com a entrada ou a saída da pessoa, homem ou mulher, seja ou não prostituída, do território nacional, independentemente do efetivo exercício da prostituição – basta o ir ou vir exercer a prostituição –, e ainda que conte com o consentimento da vítima.

3. O protocolo para prevenir, suprimir e punir o tráfico de pessoas, especialmente mulheres e crianças, que suplementa a convenção da ONU contra o crime organizado transnacional, adotada em novembro de 2000, trouxe a primeira definição internacionalmente aceita de tráfico de seres humanos: **“a) ‘Tráfico de pessoas’ deve significar o recrutamento, transporte, transferência, abrigo ou recebimento de pessoas, por meio de ameaça ou uso da força ou outras formas de coerção, de rapto, de fraude, de engano, do abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade ou de dar ou receber pagamentos ou benefícios para obter o consentimento para uma pessoa ter controle sobre outra pessoa, para o propósito de exploração.** Exploração inclui, no mínimo, a exploração da prostituição ou outras formas de exploração sexual, trabalho ou serviços forçados, escravidão ou práticas análogas à escravidão, servidão ou a remoção de órgãos; **b) O consentimento de uma vítima de tráfico de pessoas para a desejada exploração definida no subparágrafo (a) deste artigo deve ser irrelevante**

**onde qualquer um dos meios definidos no subparágrafo (a) tenham sido usados”.**

4. “O tráfico pode envolver um indivíduo ou um grupo de indivíduos. O ilícito começa com o aliciamento e termina com a pessoa que explora a vítima (compra-a e a mantém em escravidão, ou submete a práticas similares à escravidão, ou ao trabalho forçado ou outras formas de servidão). O tráfico internacional não se refere apenas e tão somente ao cruzamento das fronteiras entre países. Parte substancial do tráfico global reside em mover uma pessoa de uma região para outra, dentro dos limites de um único país, observando-se que o consentimento da vítima em seguir viagem não exclui a culpabilidade do traficante ou do explorador, nem limita o direito que ela tem à proteção oficial” (Damásio de Jesus, *in* Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças - Brasil, São Paulo: Saraiva, 2003, p. XXIV).

5. O crime disposto no art. 239 do ECA configura-se quando se promove ou auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro.

6. Materialidade e autoria dos crimes previstos nos artigos estão comprovados pelo conjunto probatório contido nos autos.

7. Configura crime continuado a prática reiterada de aliciar brasileiras para se prostituírem na Bolívia, com as mesmas condições de espaço, tempo e forma de execução.

8. Apelações não providas.

(ACR 200630000016027, Juiz Tourinho Neto, TRF1 - Terceira Turma, e-DJF1 Data: 14/08/2009 PÁGINA: 89)

*In casu*, restou comprovado ter sido a apelante quem pagou a passagem da vítima para o exterior como também quem encaminhou a vítima ao local onde ela seria explorada sexualmente, como se afere dos trechos das declarações prestadas pela vítima, pela acusada e por Maria do Socorro Ramalho Duarte – mãe da vítima –, em juízo, respectivamente às fls. 232, 234 e 177/178:

que ela depoente teve sua passagem paga por Lidiane e que além dela levou mais três moças a pretexto de trabalhar numa cafeteria na Espanha; que lá chegando não era cafeteria, mas uma casa de prostituição; que antes da viagem a depoente estava sem trabalhar em João Pessoa-

PE (sic) (...) que Lidiane também trabalhou nesta mesma casa onde conheceu Ramon; que Ramon não é brasileiro, supondo que é espanhol; que ela só conseguiu voltar ao Brasil após sua mãe ter apresentado denúncia na polícia federal, que através da Interpol localizou a depoente em Bilbao resgatou a passagem que tenha sido retida por Ramon e embarcou a depoente de volta para o Brasil.

que ela depoente é mãe de Ana Vanessa (...), que Ana Vanessa passou alguns dias na Espanha, menos de um mês, e voltou logo depois de haver falado com ela depoente por telefone e confirmado que estava se prostituindo naquele país; que foi então que a depoente prestou queixa e pediu ajuda na polícia federal.

que **não se recorda exatamente a quantia que emprestou a Vanessa** pois a mesma estava sem dinheiro pois saía de casa sem ajuda da mãe dela Ana Vanessa; que não conhece as moças que viajaram com Ana Vanessa; que Ana Vanessa não dizia a ninguém de sua família o que fazia e de que era mulher de programa; que a mãe de Ana Vanessa chegou a falar com ela ao telefone querendo que a depoente pagasse o débito de Ana Vanessa na Espanha para que a mesma fosse liberada (...) que **ela depoente conheceu seu marido quando fazia programas na Espanha (...) que as fotos que foram apreendidas com ela depoente foram tiradas numa discoteca, em Bilbao, onde a depoente trabalhou por seis meses como dançarina.**

Ora, analisando as declarações acima fica evidenciada a contribuição da ré para a saída da vítima do Brasil com destino à Europa, seja através da ajuda financeira para a compra da passagem, como também quanto ao direcionamento da cidade e local onde a vítima iria trabalhar, coincidindo exatamente na mesma região em que a ré se prostituía anteriormente e onde seu atual companheiro teria um restaurante.

A conduta da apelante enquadra-se, portanto, perfeitamente no núcleo do tipo correspondente a “facilitar” a saída de pessoas para o exterior, cuja consumação independe até mesmo do consentimento da vítima, sendo suficiente a ajuda financeira e o direcionamento ao lugar destinado à exploração sexual.



Não merece, pois, ser acolhido o pleito absolutório da defesa.

Entretanto, entendo merecer reforma a sentença quanto ao reconhecimento do concurso formal. A vítima narrou que ela e mais três mulheres foram encaminhadas para Bilbao pela ré. Não há, contudo, quaisquer elementos da materialidade delitiva do tráfico destas outras mulheres, nem há provas de que realmente tenha sido Lidiane quem as ajudou. Na verdade, a referência a essas outras pessoas limita-se ao primeiro nome indicado pela vítima, não sendo possível sequer a identificação delas.

Aliás, o próprio Ministério Público, nas alegações finais às fls. 269/274, manifesta-se pelo afastamento do art. 70 do CP, “vez que não restaram comprovados, no curso da instrução criminal, elementos suficientemente idôneos em ordem a permitir uma conclusão segura quanto ao efetivo aliciamento de outras mulheres (além de Ana Vanessa) por parte da acusada, como narrado na denúncia”.

Desta forma, dou provimento ao pedido da defesa para afastar o aumento da pena em face do concurso formal, resultando a pena privativa em 3 (três) anos e 1 (um) mês de reclusão.

Em observância ao preceituado no artigo 59, IV, do Código Penal, presentes os requisitos do artigo 44 do mesmo diploma legal, deve a pena privativa de liberdade ser substituída por duas penas restritivas de direitos, a serem definidas e aplicadas pelo juízo da execução penal.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao apelo de Lidiane Barbosa do Nascimento, para afastar a causa de aumento prevista no art. 70 do CP.

É como voto.

## ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA APELAÇÃO CIVEL Nº 469.454-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ (CONVOCADO)  
Apelante: FELIPE ALMEIDA DE OLIVEIRA E OUTROS  
Apelados: ÉRICA REZENDE CORDEIRO E OUTRO E UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL

**EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SISTEMA DE COTAS RACIAIS. RESOLUÇÃO DE UNIVERSIDADE FEDERAL QUE DESTINA PARTE DAS VAGAS DO CONCURSO VESTIBULAR PARA CANDIDATOS AUTODECLARADOS NEGROS. ATO NORMATIVO CUJA CONSTITUCIONALIDADE É SINDICADA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ISONOMIA, PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. CONCEITO MATERIAL DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE QUE SE DEVE SOBREPOR A SUA EXPRESSÃO MERAMENTE FORMAL. DISCRIMINAÇÃO POSITIVA OU REVERSA. POSSIBILIDADE, A PARTIR DE UM CONTEÚDO POSITIVO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE, O QUE PERMITE A IMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES AFIRMATIVAS PARA FAVORECER GRUPOS SOCIALMENTE EM DESVANTAGEM. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL NOS ARTS. 1º E 3º, I, III e IV, BEM COMO NO ART. 7º, XX, E 37, VIII, TODOS DA LEI MAIOR BRASILEIRA. RECONHECIMENTO PELO ESTADO BRASILEIRO DAS DENOMINADAS PERDAS ACUMULADAS EM RELAÇÃO AOS NEGROS. COMPROVAÇÃO HISTÓRICA E ESTATÍSTICA DO ALIJAMENTO DO NEGRO DAS POSIÇÕES SOCIAIS DE DESTAQUE NA SOCIEDADE BRASILEIRA. PERTINÊNCIA LÓGICA ENTRE O DISCRIMINE ERIGIDO E OS FINS COMPENSATÓRIOS ALMEJADOS. CHOQUE ENTRE AS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS QUE**

**PUGNAM PELA REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES E O PRECEITO AFIRMADO NO ART. 208, V, DA CF/88 - MÉRITO PRÓPRIO PARA FINS DE ACESSO A VAGAS NAS UNIVERSIDADES. CONFLITO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS QUE SE RESOLVE A FAVOR DOS PROGRAMAS QUE LAUREIAM A IGUALDADE MATERIAL. VIABILIDADE DE SE EMPREGAR O CONCEITO DE RAÇA COMO ELEMENTO DO DISCRIMINE. CONCEITO QUE DEVE SER TOMADO SOB UMA PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA E NÃO APENAS BIOLÓGICA. PARADIGMA: CASO ELLWANGER JULGADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUTODECLARAÇÃO. METODOLOGIA TAMBÉM TIDA COMO RAZOVÁVEL MERCÊ INCLUSIVE DA POSSIBILIDADE DE ULTERIOR VERIFICAÇÃO PELA UNIVERSIDADE. EVENTUAIS FRAUDES DEVEM SER HAVIDAS COMO PONTUAIS, SEM O CONDÃO DE INVALIDAR O PROGRAMA EM SUA ESSÊNCIA. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE REJEITADO.**

**- Incidente de inconstitucionalidade que desafia a utilização do critério racial estabelecido pela Resolução nº 09/2004, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão - CEPE, da UFAL. Em consonância com esse ato normativo, 20% (vinte por cento) da totalidade das vagas oferecidas pela universidade foram reservadas pela citada resolução à “população negra”, oriunda exclusiva e integralmente de escolas de ensino médio públicas, cabendo ao candidato, no processo de inscrição, declarar-se preto ou pardo para concorrer a elas.**

**- O teste de constitucionalidade é formulado em atenção aos princípios da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade, não devendo o Poder Judiciário, a partir daí, infirmar a opção da Administração apenas porque não lhe parece conveniente. Quanto ao respeito à legalidade estrita, a**

**matéria já foi objeto de discussão pelo Plenário dessa e. Corte em anterior arguição de inconstitucionalidade.**

**- Ato Normativo que labora programaticamente, estabelecendo uma política (ou ação) afirmativa que possui o objetivo de aumentar a participação do número de membros de um grupo sub-representado previamente identificado, no caso em apreço, os indivíduos de cor negra.**

**- Ao se falar de ações afirmativas e, como na hipótese em estudo, de discriminação positiva ingressa-se no fluido e sempre movediço terreno que caracteriza a cláusula constitucional da isonomia. Atualmente, é consenso entre os juristas que o mérito do princípio da igualdade está em funcionar como instrumento para aplainar as diferenças naturais, sociais e históricas que tornam os homens desiguais. É tarefa verdadeiramente hercúlea, pois os homens são e continuarão a ser desiguais. Trata-se de uma tibia igualdade de direitos, mas que é capaz de produzir mudanças colossais na vida das pessoas.**

**- De consequência, negar tal possibilidade, através de interpretação mais estrita ou literal do princípio da isonomia, não renderia homenagem alguma a sua densa e complexa evolução histórica. Dentro desse contexto e, portanto, dessa nova compreensão do princípio da igualdade, caberá ao Direito, dentro de suas tímidas possibilidades, inventar modelos normativos ou políticas estruturais tendentes a superar as deficiências sociais e as perdas históricas acumuladas, possibilitando, assim, o acesso de grupos de indivíduos a espaços públicos de que foram usualmente privados.**

**- A compreensão evolutiva da noção de igualdade deixa de ser simplesmente passiva (vedação a atos discriminatórios formais), vivenciando uma fase ativa, onde se projeta e se implementam**

***programas para compensar as deficiências sociais. No caso do estabelecimento de programas para o acesso a universidades ou ao mercado de trabalho, a experiência internacional é rica em exemplos, podendo a vantagem consistir em diversas feições, seja a concessão de uma pontuação maior para alguns dos candidatos, seja mesmo a reserva de vagas a serem preenchidas por meio de processos seletivos separados.***

***- Os exemplos colhidos no Direito Comparado ajudam a ter um visão mais atenta e aberta sobre o tema, mas não poderiam jamais ser simplesmente importados. A validade jurídica das cotas raciais deve ser sindicada, em definitivo, a partir de nossas próprias matrizes sociológicas e constitucionais, pois sendo a Constituição, ela própria, uma manifestação cultural de um povo, termina por refletir invariavelmente as peculiaridades que tornam uma nação única entre as demais.***

***- No plano da internacional, nada obstante a força dos precedentes Bakke, Grutter v. Bollinger e Gratz v. Bollinger, todos oriundos da Suprema Corte norte-americana, constata-se uma já consolidada experiência com a política de cotas em muitos outros países. Culturas distintas em suas mais amplas dimensões adotaram o sistema de cotas por possuírem todas elas grupos sociais historicamente segregados.***

***- Em todos esses lugares, o princípio do mérito próprio para o acesso na universidade continua a existir, mas fica mitigado em alguma medida por se acreditar, diante de um argumento não apenas ético ou sociológico, mas também econômico, que as cotas seriam a melhor forma de corrigir distorções nos mecanismos de alocação de recursos, através da competição por mérito.***

***- Ao fazer referências, em seu art. 1º e em seu art. 3º, I, III e IV, a uma sociedade livre, justa e so-***

*lidária, mediante redução de desigualdades sociais, a CF/88 não somente autorizou, como impeliu o Poder Público a adotar políticas de inclusão social para grupos vulneráveis. O texto constitucional, outrossim, traz vários exemplos de ações afirmativas em favor de segmentos sociais em situação de vulnerabilidade (v. art. 7º, XX; art. 37, VIII).*

*- Os negros podem ser considerados como um grupo vulnerável mercê dos dados históricos e estatísticos que confirmam seu alijamento nas esferas mais elevadas da sociedade brasileira. Daí porque plausível, e conforme com o sistema constitucional, o estabelecimento de uma política afirmativa fomentadora da inclusão dos descendentes históricos (negros) daqueles escravos que foram segregados fisicamente em um passado mais remoto e socialmente nos idos mais recentes.*

*- Confirma o reconhecimento dos negros como grupo socialmente excluído uma série de documentos internacionais firmados pelo Estado brasileiro como a já longínqua da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (sua ratificação pela República Federativa do Brasil deu-se em 27/03/68), que já trazia disposição prevendo a possibilidade de “discriminação positiva”: Mais recentemente, a Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata realizada em Durban (África do Sul), da qual o Brasil foi participante, reafirmou esses postulados, reconhecendo a dívida histórica com os negros e o estabelecimento de mecanismos efetivos para realizar tais compensações.*

*- Nestes termos, deve-se atentar para o fato de que o critério exclusivamente racial, feriria, em princípio, a noção de isonomia se fosse uma raça escolhida para ser favorecida, sem atenção às*

*circunstâncias históricas que conduziram ao distanciamento de seus membros das conquistas e dos avanços sociais experimentados por uma determinada civilização. O contrário, todavia, não é verdade, de maneira que, sempre que verificada que certo povo ou etnia, ou seus descendentes, sofreram perdas históricas acumuladas, será o discrimine correlato com a situação fática. Nesse sentido, afirmou a Suprema Corte da Índia que a raça, a religião, a casta, quando associado a outros fatores sociais relevantes, permitiria a incidência de uma política de cotas (v. Indra Sawhney el alli vs. Índia el alli).*

*- No caso brasileiro, há uma nítida antinomia entre os objetivos constitucionais que pugnam pela recomposição das desigualdades sociais com que estabelece o mérito próprio para fins de ascensão acadêmica, mencionado no art. 208, V, da CF/88. Os valores inerentes à Carta de 1988 tornam imperativo, contudo, que o choque seja decidido em favor da igualdade material, que deve ser pensada através dos mecanismos de compensação das desigualdades históricas.*

*- A mencionada dívida histórica brasileira com os que ostentam a cor negra vem sendo demonstrada através de estudos acadêmicos teóricos e de campo, como os da UNESCO na segunda metade do século passado e os atuais dados oficiais do IBGE no censo de 2010, revelando que o brasileiro de pele negra encontra-se em desvantagem em todos os índices de cunho social ou de desenvolvimento humano. Por isso mesmo, pode-se dizer que dentre os pobres, os negros seriam os mais pobres, o que conferiria, ainda por isso, razoabilidade jurídica e legitimidade política ao sistema de cotas para negros.*

*- O distanciamento social do negro reflete-se de modo ainda mais franco no ambiente universitário, também em conformidade com dados es-*

***tatísticos. Dentro desse contexto, a cota não pode deixar de ser considerada como um mecanismo jurídico válido para a garantia de acesso e de permanência do negro aos espaços e setores que lhes foram historicamente privados.***

***- O agosto Supremo Tribunal Federal assentou que o conceito de raça deve ser tomado dentro de uma perspectiva histórico-social e não biológica. Consoante destacado no HC 82424/RS (rel. Ministro Maurício Corrêa), a concepção de raça exprimiria a representação abstrata de uma realidade histórico-social de discriminação, em que grupos sociais dominantes criam e reproduzem padrões de valor cultural hábeis a subjugar outros segmentos de menor expressão.***

***- Ainda sobre a plausibilidade do critério, em função da visível exclusão histórica e social dos afrodescendentes, verifica-se ser possível o reconhecimento do negro autodeclarado por fatores objetivos, ou seja relacionados ao fenótipo do tais como a tonalidade mais escura de sua pele em relação às demais raças, a textura do cabelo, pois estes são os mesmos utilizados pelo órgão estatal incumbido de organizar, na forma do art. 21, XV, da CF/88, os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional (IBGE).***

***- Fraudes pontuais devem ser resolvidas no âmbito próprio, mas não invalidam a norma em sua essência. É perfeitamente possível evitá-las com a realização de expedientes que vão desde a afirmação ser feita sob as tenazes do artigo 299 do Código Penal, como através de entrevista com o candidato. Em todos eles, sempre será possível à Administração sindicá-lo e, em sendo o caso, anular a inscrição feita pelo candidato desonesto.***

***- Rejeição incidente, para declarar a constitucionalidade do regime de cotas raciais estabelecido pela UFAL por meio da Resolução nº 09/2004-***



***CEPE/UFAL vez que combinada com o fato de advir o candidato de escola pública.***

**ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, rejeitar a arguição de inconstitucionalidade referente ao sistema de cotas estabelecida pela Resolução nº 09/2004 - CEPE/UFAL, nos termos do voto condutor, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 1º de fevereiro de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ - Relator

**RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CÉSAR CARVALHO (Convocado):

Cuida-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade suscitado pela e. Primeira Turma, por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 469.454/AL, em que se reconheceu a relevância da tese, defendida pelos autores, de inconstitucionalidade do sistema de cotas adotado pela Resolução nº 09/2004, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão - CEPE, que redefiniu as normas regentes do Processo Seletivo Seriado (PSS) para ingresso nos cursos de graduação da Universidade Federal de Alagoas - UFAL.

A decisão da Primeira Turma restou assim ementada:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. VESTIBULAR DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS. SISTEMA DE COTAS. 20% DAS VAGAS RESERVADAS PARA ALUNOS NEGROS, EGRESSOS DE ESCOLAS PÚBLICAS. RESOLUÇÃO Nº 09/2004/CEPE/UFAL. INCONSTITUCIONALIDADE ALEGADA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA LEGALIDADE. ART. 97 DA CF. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO PELO PLENO DESTE TRIBUNAL.

1. Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou improcedentes os pedidos autorais, quais sejam: a)

o de declaração de inconstitucionalidade incidental da Resolução nº 09/2004-CEPE/UFAL, que estabeleceu o sistema de cotas naquela instituição de ensino superior; e b) o de condenação da UFAL a matricular os postulantes no curso de Medicina, em razão de terem obtido pontuação suficiente para o ingresso naquela universidade. Defendem os autores/apelantes a inconstitucionalidade desse sistema, por ofender os princípios da isonomia e da legalidade, ao reservar, por meio de Resolução, 20% das vagas a estudantes negros egressos de escolas públicas de ensino médio.

2. De acordo com a redação determinada pelo art. 24 da mencionada resolução, o regime de cotas nela firmado se baseou, primariamente, no critério da raça e, de forma subsidiária, na origem escolar dos alunos, abarcando, tão somente, aqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. Portanto, o requisito da raça – ser negro – é o principal elemento utilizado pela mencionada Resolução para determinar se um aluno se enquadra ou não no sistema de cotas nela instituído. Apenas se enquadrado nessa condição é que se observará o segundo indicador estabelecido, qual seja, ser egresso de escola de ensino médio pública.

3. O Plenário deste e. Tribunal, em recente julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade na APELREEX 12664-SE, ocorrido em 29.06.2011, já teve oportunidade de se pronunciar sobre o sistema de cotas baseado em critérios socioeconômicos. Nesse processo, foi rejeitada a declaração de inconstitucionalidade do sistema de cotas estabelecido pela Universidade Federal de Sergipe - UFS por meio da Resolução nº 80/2008/CONEP, que reserva 50% das vagas de cada curso de graduação, excluída uma que é reservada para o candidato portador de necessidades educacionais especiais, aos candidatos que comprovem a realização de 100% do ensino médio em escolas públicas das redes federal, estadual ou municipal e, pelo menos, quatro séries do ensino fundamental nessas mesmas instituições. No entanto, o mencionado precedente não tratou da questão relativa à cota racial.

4. A Carta Magna, em seu art. 206, I, prevê que o ensino será administrado com base no princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. Por sua vez, o art. 208, V, estabelece que o dever do Estado

com a educação será efetivado mediante a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa da criação artística, segundo a capacidade de cada um. Desta feita, fere os preceitos constitucionais e, ainda, a finalidade do ensino no Brasil o estabelecimento de critério racial para o ingresso do estudante nas universidades públicas.

5. Os danos causados aos descendentes de escravos do nosso país não podem ser compensados com a oferta de vagas em universidades públicas, pois não cabe às instituições de ensino a responsabilidade pela reparação das injustiças históricas causadas aos negros e índios no Brasil. Portanto, em considerando a *mens legis* da *Lex Fundamentalis*, não se justifica o discrimen em razão da cor da pele, caracterizando uma discriminação às avessas, onde o preconceito atinge os brancos que, mesmo logrando obter uma nota maior do que a do cotista, não têm direito à vaga por estar reservada a esse.

6. Os Estados Unidos da América, cuja tradição cultural traz em seu âmago o preconceito racial, há muito lutam contra essa espécie de discriminação, tendo, no entanto, reconhecido que essas políticas de cotas raciais não se prestam a reduzir a segregação arraigada por décadas, tendo-as declarado inconstitucionais. Tanto é assim que, nos dias atuais, permite-se, apenas, que haja programas de incentivo à promoção dos negros, mas nada parecido com o regime de cotas estabelecido em razão da cor da pele.

7. Posição pela inconstitucionalidade do regime de cotas estabelecido pela UFAL por meio da Resolução nº 09/2004-CEPE/UFAL, o que justifica a arguição do presente incidente de inconstitucionalidade, com base no art. 97 da Constituição.

8. Incidente de inconstitucionalidade acolhido.

O recurso de apelação foi interposto pelos autores, contra sentença que julgou improcedentes os pedidos por eles formulados, quais sejam: a) o de declaração de inconstitucionalidade incidental da Resolução nº 09/2004-CEPE/UFAL; e b) o de condenação da UFAL a matricular os postulantes no curso de medicina, em razão de terem obtido pontuação suficiente para o ingresso naquela universidade, nas vagas reservadas à população negra e parda.

O ilustre sentenciante posicionou-se pela constitucionalidade do sistema de cotas, mesmo aquele fixado em função da raça, por não vislumbrar ofensa ao princípio da isonomia. Entendeu possível a criação desse regime por resolução e, ainda, reputou razoável a reserva de 20% das vagas para os alunos cotistas.

No recurso de apelação, os postulantes pugnam pela reforma da sentença, alegando que, à exceção do primeiro colocado dentre os optantes pela cota dos negros, todos os demais obtiveram pontuação inferior aos requerentes. Argumentam que a Resolução nº 09/2004-CEPE estabelece tratamento desigual a pessoas que se encontram em situação de igualdade, sendo, portanto, inconstitucional. Aduzem que a autonomia universitária não se sobrepõe aos direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Em contrarrazões, fls. 445/459, a União defende a legalidade do sistema de cotas raciais, sustentando que se cuida de ação afirmativa, tendente a reparar ou compensar fatores de desigualdade factual, encontrando previsão na Constituição Federal.

Afirma possível, em face da autonomia universitária, o estabelecimento de normas a fim de regulamentar a forma de ingresso na universidade.

Para a União, a discussão estaria centrada em uma realidade fática de desigualdade oriunda de um passado de sofrimento de um segmento da população que, somente agora, neste novo século, está presenciando uma evolução no campo dos direitos sociais, especificamente da educação, com o implemento de ações afirmativas com a que se discute nestes autos.

Suscitado o incidente pela e. Primeira Turma, os autos foram remetidos ao Ministério Público Federal, que ofertou parecer, através do Procurador da República Alex Amorim de Miranda, assim ementado (fls. 479/483):

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SISTEMA DE COTAS. UNIVERSIDADE. CRITÉRIO RACIAL. POLÍTICAS AFIRMATIVAS. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. VIOLAÇÃO.  
- As políticas afirmativas devem existir e ser respeitadas, mas não para atender aos alunos em razão da cor da pele.  
- O critério para o sistema de cotas deve ser objetivo (socio-econômico). Aceitar que a cor da pele prevaleça, seria

o mesmo que admitir uma discriminação às avessas, pois, no Brasil, um país de população pobre, em sua maioria, uma parcela considerável de brancos também se encontra em situação de dificuldade econômica.

- Pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da reserva de vagas baseada precipuamente no critério racial.

Relatei.

### **VOTO-VISTA (CONDUTOR)**

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

Preambularmente, adoto por completo as conclusões proferidas pelo culto Desembargador Federal Convocado César Carvalho no pertinente ao cabimento e ao objeto da presente arguição de inconstitucionalidade.

Com efeito, trata-se de incidente de inconstitucionalidade que desafia a utilização do critério racial estabelecido pela Resolução nº 09/2004, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão - CEPE, da UFAL. Em consonância com esse ato normativo, 20% (vinte por cento) da totalidade das vagas oferecidas pela universidade foram reservadas pela citada resolução à “população negra”, oriunda exclusiva e integralmente de escolas de ensino médio públicas, cabendo ao candidato, no processo de inscrição, declarar-se preto ou pardo para concorrer a elas.

Reproduzo, assim, o texto completo da Resolução que ora se vem a impugnar:

Art. 24 - Será estabelecida uma cota de 20% (vinte por cento) das vagas dos cursos de graduação da UFAL para a população negra segundo a metodologia do IBGE, oriunda exclusivamente e integralmente de escolas de ensino médio públicas, durante dez anos consecutivos.

§ 1º - A cota definida no *caput* deste artigo aplicar-se-á na primeira etapa e na segunda etapa do Processo Seletivo Seriado.

§ 2º - Os candidatos optantes por concorrerem às vagas destinadas à cota estabelecida no *caput* deste artigo submeter-se-ão às normas gerais e comuns do Processo Seletivo Seriado exceto pelo fato de que durante a classificação em cada etapa os candidatos serão divididos em

dois blocos: o dos optantes e dos não optantes por concorrer às vagas destinadas à cota.

§ 3º - O percentual definido no *caput* deste artigo será distribuído da seguinte forma: 60% (sessenta por cento) para as mulheres negras e 40% (quarenta por cento) para os homens negros.

§ 4º - Caso os percentuais estabelecidos segundo os critérios de gênero definidos no parágrafo 3º (terceiro) deste artigo não forem preenchidos, as vagas restantes serão remanejadas dentro do próprio grupo de concorrentes.

§ 5º - Caso a cota destinada à população negra não seja preenchida integralmente por motivo de eliminação dos candidatos durante o processo de seleção as vagas não preenchidas retornam ao grupo dos não optantes por concorrer à cota.

Art. 3º (...)

§ 2º - No momento da inscrição o/a candidato/a que se autodeclarar preto/a ou pardo/a conforme a metodologia adotada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) nas pesquisas do censo populacional e comprovar que cursou ou cursa o ensino médio exclusivamente e integralmente em escola pública pode optar por concorrer a cota de vagas para a população negra nos termos do art. 24 da presente resolução.

§ 3º - A conclusão do ensino médio por meio dos Exames Gerais Supletivos só poderá ser aceita como comprovação de conclusão na instituição pública se o concorrente comprovar que realizou curso preparatório em instituição pública.

O teste de constitucionalidade em questão é formulado, sobretudo, em atenção aos princípios da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Igualmente, deixo de considerar eventuais referências ao princípio da legalidade, quer porque já se trata de tema debatido e pacificado pelo pleno deste e. Tribunal, também em sede de arguição de inconstitucionalidade, como, quase por conseguinte, por não ter sido o presente incidente arguido com fundamento em uma eventual desconformidade da Resolução nº 09/2004, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão - CEPE, da UFAL, com referido postulado constitucional.

Nitidamente, a resolução questionada labora programaticamente, estabelecendo uma política (ou ação) afirmativa. Em primeiro lugar, cumpre, portanto, conceituar o termo ação afirmativa para, partindo daí, firmar ou infirmar sua pertinência constitucional, ou, ainda, seus limites. Segundo o economista estadunidense Thomas E. Weisskopf, ela pode ser definida como sendo:

A provisão de algum tipo de vantagem (favorecimento, preferência) oferecida a membros de grupos sub-representados no decorrer de processos de seleção para posições sociais desejadas. A vantagem pode assumir diversas feições. Pode consistir, por exemplo, na reserva de vagas a serem preenchidas por meio de processos seletivos separados; ou também na concessão de uma pontuação inicial maior (ou estabelecimento de um mínimo menor) em processos seletivos universais. Todavia, como regra, sempre possui o efeito de aumentar o número de membros de um grupo sub-representado selecionado para ocupar posição social de relevo.<sup>1</sup>

O conceito de ação afirmativa está associado, portanto, a uma forma diferenciada de discriminação, dita positiva. Por sinal, segundo muitos doutrinadores, trata-se de termos sinônimos e que se traduzem, como acima exposto, em políticas compensatórias e que visam a um tratamento mais igualitário entre os diversos estratos sociais que conformam uma nação. Na verdade, a fórmula discriminação positiva (*positive discrimination*) nada mais é do que o correspondente britânico da expressão norte-americana *affirmative action*.

A questão em exame diz respeito, assim, mais com os limites das ações afirmativas que com sua validade jurídica, pois já se encontra superada, inclusive no âmbito jurisprudencial, a viabilidade de o Estado levar adiante políticas implementadoras de ações que visam a favorecer a inclusão social de grupos desfavorecidos. Obviamente, ao falar de ação afirmativa, ingressa-se no sempre movediço terreno que caracteriza a cláusula constitucional da igualdade.

---

<sup>1</sup> WIESSKOPF, Thomas E. A Experiência da Índia como Ação Afirmativa na Seleção para o Ensino Superior. Ação Afirmativa no Ensino Superior Brasileiro. Belo Horizonte: UFMG, 2008. p. 35.

Não apenas na Carta Constitucional brasileira, a referência à igualdade encontra-se presente em quase todas as cartas constitucionais da assim denominada tradição jurídica ocidental.

Como um dos mais importantes direitos subjetivos do indivíduo, sua presença é de praxe, para não dizer obrigatória, em toda Constituição civilizada, como já impunha o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.<sup>2</sup>

Contudo, é também dessa época a definição do princípio da igualdade sob uma perspectiva puramente formal. O não menos conhecido art. 6º dessa celeberrima Declaração destacava que:

A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.<sup>3</sup>

Como é de amplo conhecimento, ao longo dos conturbados movimentos sociais que caracterizaram a metade final do Século XIX e o primeiro cartel do Século XX, constatou-se que a visão estrita do princípio da isonomia, tal como entabulada nas constituições liberais, a exemplo da não menos famosa Primeira Emenda à Constituição Americana de 1778, o postulado, paradoxalmente, terminou por acirrar as desigualdades materiais existentes.

O escritor francês Anatole France foi particularmente feliz ao resumir o descrédito que já consumia a formulação puramente

---

<sup>2</sup> No texto original: *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.*

<sup>3</sup> No texto original: *La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.*



normativa do princípio da isonomia com aquela famosa invectiva, ao mesmo tempo bela e irônica, que dizia: a majestosa igualdade de leis, que proíbe tanto aos ricos como aos pobres de dormir sob as pontes, de mendigar pelas ruas e de roubar o pão (*la majestueuse égalité des lois, que interdit aux riches comme aux pauvres de coucher sous les ponts, de mendier dans la rue et de voler du pain*).

Em decorrência, ao longo justamente desses dois últimos séculos, a visão estritamente formal do princípio da igualdade sofreu ampla revisão, sendo, por fim, alterada de modo a favorecer uma igualdade material e não mais formal, apenas.

Atualmente, portanto, é consenso entre os juristas que o mérito intrínseco do princípio da igualdade está em funcionar como instrumento para aplainar as diferenças naturais, sociais e históricas que tornam os homens desiguais. É tarefa verdadeiramente hercúlea, pois os homens são e continuarão a ser desiguais.

Trata-se, quando muito, explica Hannah Arendt, de uma tibia igualdade de direitos, isto é, uma igualdade de objetivo humano<sup>4</sup>, mas que é capaz de produzir mudanças colossais na vida das pessoas. Alexy, anos depois, irá resumir essas ideias com o que denomina de paradoxo da igualdade.

De consequência, negar tal possibilidade, através de interpretação mais estrita ou literal do princípio da isonomia, não renderia homenagem alguma a sua densa e complexa evolução histórica.

Dentro dessa nova compreensão do princípio da igualdade, caberá ao Direito, dentro de suas tímidas possibilidades, inventar modelos normativos ou políticas estruturais tendentes a superar as deficiências sociais e as perdas históricas acumuladas, possibilitando, assim, o acesso de grupos de indivíduos a espaços públicos de que foram usualmente privados.

Abordando especialmente a ambiência internacional, Flavia Piovesan faz um contraponto preciso entre a proteção geral, pró-

---

<sup>4</sup> ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. trad. de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 266.

pria daquela fase formal, e a proteção específica a certos grupos de indivíduos, fruto da evolução conceitual ora comentada. Nas próprias palavras da professora paulista:

Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nessa ótica determinados sujeitos de direito ou determinadas violações de direitos exigem uma resposta específica e diferenciada. Vale dizer, na esfera internacional, se uma primeira vertente de instrumentos internacionais nasce com a vocação de proporcionar uma proteção geral, genérica e abstrata, refletindo o próprio temor da diferença, percebe-se, posteriormente, a necessidade de conferir a determinados grupos uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade. Isso significa que a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para sua promoção.<sup>5</sup>

Assim, a compreensão evolutiva da noção de igualdade deixa de ser simplesmente passiva (vedação a atos discriminatórios formais), vivenciando uma fase ativa, onde se projetam e se implementam programas para compensar as deficiências sociais:

Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto como processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão/exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica violenta exclusão e intolerância à diferença e à diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é

---

<sup>5</sup> PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. Cadernos de Pesquisa. v. 35, n° 124, p. 43-55, jan./abr. 2005. p. 46.

garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação.<sup>6</sup>

Dentro desse contexto, é que se deve compreender o objetivo amplo das chamadas ações afirmativas. Um amparo pontual para grupos humanos que se encontrarem necessitados de alguma medida protetiva ou compensatória mercê de se encontrarem socialmente excluídos.

Contudo, segundo advertem os doutos, não se trata de medidas visando diretamente à eliminação dessas desigualdades sociais e históricas. Isso, sim, poderia comprometer o postulado da igualdade, como, por exemplo, se fosse assegurado o percentual para o ingresso de determinado indivíduo em uma universidade, ou admissão pública apenas pelo fato de pertencer a dada etnia ou camada social.

O esforço governamental com vistas a combater a exclusão social deve ser gradual e sistemático, objetivando uma ampla integração entre os diversos seguimentos sociais visando erradicar a marginalização e, ademais, reduzir as desigualdades sociais e regionais, como professa o texto constitucional. Prossegue o mesmo Thomas E. Weisskopf:

Políticas de AA devem ser compreendidas não como um ataque frontal às graves desigualdades socioeconômicas, mas como uma tentativa de aumentar a integração dos estratos mais altos da sociedade por meio da ampliação do acesso a posições sociais desejadas a membros de comunidades menos favorecidas e sub-representadas. Esse tipo de integração com a elite de uma sociedade auxilia na geração de uma série de benefícios que incluem: maior legitimidade do sistema político; melhor desempenho nas funções que requerem familiaridade com a compreensão de comunidades menos favorecidas; maior justiça no acesso a recursos e empregos; e maior motivação para jovens de comunidades menos favorecidas para se esforçarem a melhorar seu futuro.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> *Id. Ibidem*, p. 49.

<sup>7</sup> WEISSKOPF, Thomas E. op. cit. p. 36.

O desaparecimento das desigualdades e a erradicação dos graves contrapontos sociais obtêm-se em forma consequencial, como demonstra Kabengele Munanga, em análise aos efeitos produzidos pelas ações afirmativas nos Estados Unidos e nos países que a adotam em alguma medida:

Foi graças a ela que se deve o crescimento da classe média afro-americana, que hoje atinge cerca de 3% de sua população; sua representação no Congresso Nacional e nas Assembleias Estaduais; mais estudantes nos liceus e nas universidades; mais advogados e professores nas universidades, até nas mais conceituadas; mais médicos nos grandes hospitais e profissionais em todos os setores da sociedade americana. Apesar das críticas contra a ação afirmativa, a experiência das últimas quatro décadas nos países que a implementaram não deixam dúvidas sobre as mudanças alcançadas.<sup>8</sup>

Nestes termos, o que está em jogo é saber se a política de cotas, uma forma especial de política afirmativa, pode ser considerada como constitucionalmente adequada quando utiliza o critério racial como fator de discrimine para favorecer a população negra, suposto que, no que respeita à ação afirmativa em si, como forma de compensação de tais desigualdades, ninguém mais ou seria duvidar de sua validade jurídica a teor, inclusive, do que já assentado pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao assunto (v. STF, Pleno, Petição nº 3.388, rel. Ministro Carlos Britto).

Deve-se atentar, contudo para o fato de que as expressões ação afirmativa e política de cotas não são sinônimas. Na verdade, esta é uma das espécies daquela, que vem a ser o gênero. O critério que distingue a política de cotas é a reserva prévia nas vagas para o acesso de certos grupos, sejam sociais, étnicos, pátrios etc.

Essa prática encontra-se consolidada em muitos países. O sistema europeu conhecido por *numerus clausus* atribui a fixação

---

<sup>8</sup> KABENGELE, Munanga. Políticas de ação afirmativa em benefício da população negra no Brasil: um ponto de vista em defesa de cotas. Sociedade e cultura. v. 4, nº 2, p. 31-43, jul./dez. 2001. p. 32.

de cotas prévias para determinados grupos. Situações específicas de desvantagens são admitidas como válidas para atribuição de um tratamento diferenciado. De qualquer forma, aqui se aceita a cota, ou seja, a reserva prévia de vagas, divergindo, pois, do modelo norte-americano que, efetivamente, repudia a fixação das cotas.

Independentemente de se saber, por enquanto, se a raça pode ser usada como fator especial para a admissão, o interessante é consignar que no sistema de cotas se destina previamente uma percentagem das vagas disponíveis para fins de assegurar a presença de determinados agrupamentos humanos no ensino superior.

O modelo que se consolidou nos Estados Unidos, país que é conhecidamente celebrado por ter sido pioneiro na implementação de políticas afirmativas, é, realmente, diverso. Especialmente em função do célebre caso *Bakker* (que adiante será comentado), o fato de pertencer a um grupo social, ou etnia, geraria tão somente uma vantagem adicional (*boost*), permitindo ao candidato a ele pertencente um certo benefício sobre os demais. Contudo, não se aceita a demarcação antecipada das vagas (cotas, propriamente ditas).

Até agora, a jurisprudência uniforme deste e. Tribunal Federal, bem como do Superior Tribunal de Justiça, é favorável à adoção de cotas desde que utilizados critérios que possam denotar, objetivamente, uma situação social desfavorável do interessado.

É o caso, por exemplo, de ser o candidato oriundo de escola pública, pois estatisticamente há uma quase automática correlação entre os alunos que atendem ao ensino fundamental gratuito e o fato de pertencerem aos estratos menos favorecidos da população brasileira<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Cito, a título de exemplo, os seguintes julgados: APELREEX18819/PE, Desembargador Federal Edilson Nobre, Quarta Turma, Julgamento: 06/09/2011, Publicação: *DJE* 09/09/2011; AC526282/AL, Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto (convocado), Segunda Turma, Julgamento: 23/08/2011, Publicação: *DJE* 01/09/2011; MC2963/SE, Desembargador Federal Barros Dias, Segunda Turma, Julgamento: 01/03/2011, Publicação: *DJE* 17/03/2011.

Acredita-se, aqui, que a ação afirmativa é válida porque o critério utilizado para a diferenciação seria razoável na medida em que estaria associado objetivamente a um fator social de exclusão, qual seja, a pobreza.

A mesma conclusão poderia ser dada quando utilizado o critério racial? Foi a pergunta que ensejou o teste de constitucionalidade do ato normativo em comentário. Ao apresentar o incidente, o erudito Desembargador Relator concluiu pela negativa, por entender que o critério racial atenta contra a isonomia e apresenta-se, ainda, destituído de razoabilidade, ao “excluir candidatos submetidos a uma mesma situação socioeconômica, apenas em razão da tonalidade da tez”. (Fl. retro).

A ideia de isonomia está pautada, como demonstrado acima, sob uma noção de igualdade material. Se é assim, o argumento colacionado pelo Relator torna-se ainda mais cerebrino: aceitar que 20% (vinte por cento) das vagas sejam previamente reservadas à população negra proveniente de escolas públicas, vale dizer, daquele grupo que já se reconhece como socialmente excluído, fará com que um fator racial específico, por si somente, confira uma maior (e indevida) proteção aos negros em desfavor das demais raças (brancos, índios, pardos).

O posicionamento adotado pelo nobre relator encontra sustento na jurisprudência do e. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que conta com reiterados precedentes sobre o assunto. Transcrevo parte da ementa de alguns desses julgados, para salientar os argumentos contrários ao regime de cotas. Entre eles:

(...)

Não é possível firmar distinção entre os cidadãos, para acesso a serviços públicos, como a educação, baseando-se em critérios genéticos de cor, raça ou etnia, nos termos do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. É cabível apenas a distinção que vise a privilegiar o acesso das classes menos favorecidas, aí compreendidos, com razoabilidade, os cidadãos que frequentaram escolas públicas.

(APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2009.72.00.008830-2/SC. 3ª T. 18 de maio de 2010. Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva)

(...)

As ações afirmativas devem dirigir-se às classes desfavorecidas, e não a determinadas pessoas, não se baseando em critérios raciais. Quanto ao acesso ao ensino superior, razoável unicamente a distinção que vise privilegiar o acesso das classes menos favorecidas, aí compreendidos, com razoabilidade, os cidadãos que frequentaram escolas públicas. (APELREEX 200972000016303, 4ª T, 20 de janeiro de 2010, Desembargador Federal Hermes Siedler da Conceição Júnior)

(...)

5. Dada a notória inferioridade de qualidade da maior parte do ensino público, é razoável que se crie privilégio de acesso para os alunos egressos do sistema público de ensino. Entretanto, a política pública de cotas sociorraciais não se mostra razoável, ou mesmo proporcional, uma vez que a discriminação estabelecida entre os diferentes candidatos, para o fim de reserva de vagas a determinados grupos de estudantes, não deve guardar a necessária adequação entre os fins visados e os meios utilizados. A cor da pele e a raça não são causas capazes de justificar a diferenciação entre indivíduos iguais, para fins de ingresso no ensino superior. Duas pessoas, egressas de escolas idênticas – públicas ou privadas, não podem ter tratamento diferenciado entre si exclusivamente porque uma tem determinada cor de pele e outra tem coloração diversa.

6. É ilegal a criação de regras criando cotas raciais para ingresso no ensino superior, impondo-se o afastamento das mesmas.

7. No caso em exame, mesmo com o afastamento das cotas raciais a parte autora não lograria ingresso na universidade.

(APELREEX 200972000010787, 3ª T, 20 de outubro de 2009, Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto)

Em tal medida haveria o desrespeito à cláusula constitucional que proíbe qualquer tratamento diferenciado em função da raça, do sexo, ou da idade.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Razões de ordem jurídica, como também antropológicas e sociológicas contra as cotas são enfrentadas com apurado denodo científico por Célia Maria Martinho de Azevedo em uma série de trabalhos acadêmicos. Por todos,

É comum a referência, para infirmar o sistema de cotas, ao célebre caso *Regents of the University of California v. Bakke*. O próprio Relator deste incidente, cujo voto dá pela inconstitucionalidade das cotas no caso brasileiro, utiliza-o para sustentar que “mesmo nos Estados Unidos da América – cuja tradição cultural traz em seu âmago forte preconceito em relação aos afrodescendentes (...) são consideradas inconstitucionais tais cotas, permite-se apenas os programas de incentivo à promoção dos negros, mas nada parecido com o regime de cotas estabelecido em razão da cor da pele”. (Fl. retro)

É verdade. Contudo, o caso *Bakke* não deve ser entendido como a última palavra da Suprema Corte estadunidense sobre a questão das cotas raciais. Na verdade, como revelam os comentários a esse importante precedente, a decisão de se considerar como inválido o ato normativo da Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia que reservou dezesseis vagas dentre cem, para membros oriundos de minorias (*members of certain minority groups*), necessita ser considerada com certa reserva.

---

citamos o artigo Cota Racial e Estado: Abolição do Racismo ou Direitos de Raça, cujos principais argumentos serão reproduzidos ao longo dessa exposição. Por ora, contudo transcreve-se a conclusão final a que chega essa pesquisadora, que enfrenta o assunto sobretudo desde uma perspectiva multidisciplinar: “Se a raça foi uma invenção danosa aos destinos da humanidade, tal como reconhecem muitos defensores da cota racial, por que reivindicar a racialização pelo Estado? Será que a História nos aprisionaria irremediavelmente às categorias raciais inventadas pelos cientistas do século XIX? Frantz Fanon, psicanalista que analisou a si mesmo e aos seus pacientes aprisionados num sentimento devastador de inferioridade racial, acenou já há muitos anos com a liberação da humanidade das suas pesadas correntes de raça. Para ele, não se tratava de buscar refúgio num “mundo de reparações retroativas”, tornando-se um “prisioneiro da História”. Pessoas negras e brancas precisariam distanciar-se das vozes desumanas de seus antepassados, uma vez que o verdadeiro salto consistiria em introduzir a invenção na existência (Fanon, 1983, p. 188-190). Se quisermos engendrar o nascimento de “uma autêntica comunicação” humana, tal como sonhada por Fanon e tantos outros combatentes do racismo, precisamos desconstruir esta devastadora ficção científica das raças que se quer impor uma vez mais, porém na roupagem atrativa e ilusória da “discriminação positiva”. (AZEVEDO, Célia Maria Marinho de. Cota Racial e Estado: abolição do racismo ou direitos de raça? Cadernos de Pesquisa. v. 34, n° 121, p. 213-239, jan./abr. 2004. p. 235-236)



A própria Suprema Corte, ao proferir sua decisão em uma demanda posterior e igualmente emblemática sobre o tema (*Grutter v. Bollinger et alii*) explicou que o aresto *Bakker*, na verdade, teria sido deliberado por um voto médio, já que se produziram seis opiniões em separado, nenhuma delas com condições de firmar a maioria necessária para estabelecer-se como tese vencedora. Segundo Sandra O'Connor, que lavrou o acórdão de *Grutter v. Bollinger*:

Quatro ministros teriam validado o programa na base de que o governo pode utilizar a raça para remediar as desvantagens sofridas por minorias por força de preconceitos raciais. Outros quatro ministros teriam infirmado o programa em bases legais (porém não constitucionais). O Ministro Powell, lavrando a decisão da Corte, proferiu um quinto voto, não apenas para invalidar o programa, mas também para reverter a determinação oriunda da corte estadual contra o uso da raça qualquer que fosse o motivo. (Porém), em uma parte de seu voto que não foi seguida por qualquer outro ministro, o Ministro Powell expressou sua visão de que a obtenção de um corpo estudantil diversificado era o único interesse afirmado pela universidade que sobrevivia a um exame minucioso (de constitucionalidade). Embasando sua análise na liberdade acadêmica, que longinquamente tem sido vista como uma preocupação especial da Primeira Emenda, o Ministro Powell enfatizou que “o futuro da nação depende de líderes treinados através de uma exposição ampla a ideias e costumes de alunos tão diversos como esta Nação”.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> No original: “In the landmark *Bakke* case, this Court reviewed a medical school’s racial set-aside program that reserved 16 out of 100 seats for members of certain minority groups. The decision produced six separate opinions, none of which commanded a majority. Four Justices would have upheld the program on the ground that the government can use race to remedy disadvantages cast on minorities by past racial prejudice. 438 U.S., at 325. Four other Justices would have struck the program down on statutory grounds. *Id.*, at 408. Justice Powell, announcing the Court’s judgment, provided a fifth vote not only for invalidating the program, but also for reversing the state court’s injunction against any use of race whatsoever. In a part of his opinion that was joined by no other Justice, Justice Powell expressed his view that attaining a diverse student body was the only interest asserted by the university that survived scrutiny. *Id.*, at 311.

Todavia, em seguida, o mesmo *Justice Powell* afirmará que não se deve considerar como um interesse constitucionalmente aceitável a simples garantia de uma diversidade étnica, na qual se asseguraria uma específica percentagem das vagas existentes aos alunos provenientes de um certo grupo étnico. Demais disso, o interesse coletivo estaria representado quando formulasse uma ampla lista de qualificações e características, sendo a raça ou origem étnica apenas uma delas.<sup>12</sup>

As conclusões a que chegou o *Justice Powell* no caso *Bakke*, que na ocasião se constituiu como espécie de voto de Minerva, foram, mais posteriormente, endossadas pela maioria dos nove juizes que compõem a Suprema Corte norte-americana nos casos *Grutter v. Bollinger* e *Gratz v. Bollinger*.

Com efeito, o argumento de Powell é reproduzido nestes últimos julgamentos. Efetivamente, a jurisprudência da Suprema Corte é contrária ao sistema de cotas, por entender que os candidatos devem ser avaliados individualmente, dentro de uma concorrência única, não podendo ser previamente postos em faixas distintas de parametrização (cota). Nada obstante, a raça pode ser usada como critério diferenciador, dentro de um exame holístico, como se chegou a dizer. Cito as palavras da Ministra Sandra Day O'Connor, que redigiu o acórdão em *Grutter v. Bollinger*:

O programa de admissões da Escola de Direito (de Michigan) contém as características de um “plano estritamente sob medida”. Para ser rigorosamente “sob medida”, o programa de admissões não pode “isolar cada categoria de candidatos, com certas desejadas qualificações, da com-

---

Grounding his analysis in the academic freedom that “long has been viewed as a special concern of the First Amendment”, *id.*, at 312, 314, Justice Powell emphasized that the “‘nation’s future depends upon leaders trained through wide exposure’ to the ideas and mores of students as diverse as this Nation”. (Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/02-241.ZS.html>>.)

<sup>12</sup> No original: [...] is not an interest in simple ethnic diversity, in which a specified percentage of the student body is in effect guaranteed to be members of selected ethnic groups,” that can justify using race. *Id.*, at 315. Rather, “[t]he diversity that furthers a compelling state interest encompasses a far broader array of qualifications and characteristics of which racial or ethnic origin is but a single though important element”. (Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/02-241.ZS.html>>.)

petição com todos os outros candidatos.” *Bakke, supra*, em 315 (voto de Powell, J.). “Em vez disso, ele pode considerar a raça ou etnia apenas como um ‘plus’ nos arquivos de um candidato em particular”, ou seja, deve ser “flexível o suficiente para considerar todos os elementos pertinentes da diversidade em função das qualificações específicas de cada candidato e colocá-lo em pé de igualdade para fins de avaliação, embora não necessariamente atribuindo o mesmo peso a eles.” (id. em 317) Segue-se que as universidades não podem estabelecer quotas para os membros de certa raça ou grupos étnicos, ou colocá-los em faixas separadas de admissão. Veja id., at 315-316. O programa de admissão da Escola de Direito (de Michigan), como o plano de Harvard aprovado pelo Ministro Powell, satisfaz a esses requisitos. Além disso, o programa é flexível o suficiente para garantir que cada candidato seja avaliado enquanto indivíduo e não de uma maneira que faça sua raça ou etnia a característica definidora do curso. Veja *Bakke, supra*, em 317 (opinião de Powell, J.).<sup>13</sup>

É certo, assim, que a Suprema Corte Norte-Americana possui entendimento mais restritivo sobre o assunto, de modo que, se bem conclua pela possibilidade de ações afirmativas, parece não considerar a cor, ou a raça, como se queira dizer, como fundamento razoável para cancelar essa política sob o crivo de sua conhecida cláusula constitucional de *equal protection*.

---

<sup>13</sup> No original: “The Law School’s admissions program bears the hallmarks of a narrowly tailored plan. To be narrowly tailored, a race-conscious admissions program cannot “insulat[e] each category of applicants with certain desired qualifications from competition with all other applicants.” *Bakke, supra*, at 315 (opinion of Powell, J.). Instead, it may consider race or ethnicity only as a “ ‘plus’ in a particular applicant’s file”; i.e., it must be “flexible enough to consider all pertinent elements of diversity in light of the particular qualifications of each applicant, and to place them on the same footing for consideration, although not necessarily according them the same weight,” id., at 317. It follows that universities cannot establish quotas for members of certain racial or ethnic groups or put them on separate admissions tracks. See id., at 315-316. The Law School’s admissions program, like the Harvard plan approved by Justice Powell, satisfies these requirements. Moreover, the program is flexible enough to ensure that each applicant is evaluated as an individual and not in a way that makes race or ethnicity the defining feature of the application. See *Bakke, supra*, at 317 (opinion of Powell, J.).

Contudo, o assunto mereceu por parte da doutrina uma série de críticas. Ninguém menos que Ronald Dworkin procede a uma sistemática e vigorosa invectiva contra os que veem na utilização do critério racial uma ofensa à cláusula constitucional da *equal protection*. Diz o jusfilósofo:

Se as alegações estratégicas a favor da ação afirmativa são válidas, não podem ser descartadas com a justificativa de que testes racialmente explícitos são repugnantes. Se tais testes são repugnantes, só pode ser por motivos que tornam ainda mais repugnantes as realidades sociais subjacentes que os programas atacam.<sup>14</sup>

E prossegue no ponto que me parece a principal demonstração de que, em essência, a Suprema Corte, embora reusando a cota, admitiu quase a mesma possibilidade, para não se dizer que, embora por via oblíqua, permitiu uma discricionariedade ainda mais ampla por parte das Universidades:

Na verdade, há importantes diferenças entre o tipo de programa de ação afirmativa por “quotas” – que reserva vagas apenas para “minorias” – e planos mais flexíveis que fazem da raça um fator, na composição de todas as vagas. Mas essas diferenças são administrativas e simbólicas. Um programa flexível provavelmente é mais eficiente, a longo prazo, porque permitirá que a instituição aceite menos que a meta aproximada de candidatos de minorias quando o grupo total da candidatos for menor, e mais quando for maior. Certamente, é melhor simbolicamente, por várias razões.

(...)

Mas a superioridade administrativa e simbólica dos programas flexíveis, por mais clara que seja, não pode justificar uma distinção constitucional do tipo que Powell faz. Não deve haver nenhuma distinção constitucional, a menos que um programa de quotas viole ou ameace os direitos constitucionais de candidatos brancos como indivíduos de alguma maneira que não ocorre com os programas mais flexíveis.

---

<sup>14</sup> DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. trad. de Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 440.

Powell não demonstra tal diferença, e é difícil imaginar como poderia fazê-lo. Se a raça conta em um programa flexível, haverá algum candidato branco que perderá uma vaga, mas que teria conseguido se a raça não contasse. O dano é o mesmo – nem maior nem menor – que o sofrido por Bakke. Não podemos dizer que em um sistema flexível menos brancos perdem vagas porque a raça figura na decisão; isso dependeria da comparação de detalhes dos programas flexíveis e dos programas de quotas, da natureza dos candidatos e de outras circunstâncias.<sup>15</sup>

Por isso, conclui corretamente *Dworkin*, o argumento utilizado seja em *Bakke*, seja em *Grutter*, é prenhe de coerência, pois se baseia em um quadro irreal e não resiste, assim, a uma análise mais aprofundada.

Não há dúvidas, prossegue o jusfilósofo norte-americano, que ao admitir um programa flexível a Suprema Corte estaria aceitando, ou, pelo menos ignorando deliberadamente o fato de que cada comitê universitário informalmente fará sua própria quota sinuosa e veladamente, vale dizer, impossibilitando até mesmo o uso de medidas judiciais diante da maior dificuldade de sua comprovação objetiva.

Além disso, para que se venha a importar quaisquer das conclusões da Suprema Corte norte-americana, deve-se refletir sobre as diferenças existentes entre Brasil e Estados Unidos. Inicialmente, deve-se considerar as diferenças entre as formas de ingresso no ensino universitário em cada um desses países, bem como no fato de que, lá, os negros já se encontram secularmente melhor socialmente organizados do que no Brasil.

Essa é, com efeito, uma peculiaridade importante: o modelo norte-americano foi e continua sendo tradicionalmente pautado pela análise individualizada dos candidatos a uma vaga nas Universidades, o que inexistente no Brasil, onde inclusive não se costuma admitir, nos concursos públicos, a identificação preliminar dos candidatos para não ofender o primado da impessoalidade.

---

<sup>15</sup> *Id. ibid.* p. 461-462.

Ou seja, partindo o modelo norte-americano de uma forma de acesso baseada na avaliação pessoal do candidato, inclusive com entrevistas perante as bancas docentes, é perfeitamente aceitável afirmar que a prévia fixação de uma cota poderia ferir essa peculiar forma de isonomia, ou mesmo de razoabilidade, na avaliação que possibilita o ingresso do aluno na universidade e que é tradicionalmente empregada naquele país.

O professor Kabengele Munanga analisa ainda o segundo aspecto ora destacado, qual seja, a diversidade de meios que os negros norte-americanos possuem para ingressar em universidades naquele país. Nada obstante o racismo estadunidense ser mais visível, ou ostensivo, que o brasileiro, o elemento negro encontra-se, por força de outras razões históricas, mais densamente organizado do ponto de vista social, inclusive com maior possibilidade de se inserir nos espaços acadêmicos, muitos dos quais já foram projetados especialmente para eles. Reproduzo suas afirmações:

(D)evemos dizer que os afro-americanos têm outras alternativas para ingressar e permanecer nas universidades que aqui não temos por causa das peculiaridades do 'nosso' racismo. Eles têm duas universidades federais de peso criadas para eles (Universidade de Howard, por exemplo) e universidades criadas pelas igrejas independentes negras para as comunidades afro-americanas, principalmente nos Estados do Sul, considerados como os mais racistas (é o caso da Universidade de Atlanta, que foi fundada pelos negros e para os negros). Além disso, a maioria das universidades públicas americanas, até as mais conceituadas como Princeton, Harvard e Stanford, continuam a cultivar as ações afirmativas em termos de metas, sem recorrer necessariamente às cotas ou estatísticas definidas.<sup>16</sup>

Além disso, não se pode cogitar para a análise do tema unicamente da prática jurisprudencial norte-americana. Mesmo no plano internacional constata-se uma já consolidada experiência com a política de cotas em muitos outros países, o que pode ser levado em consideração para fins comparativos.

---

<sup>16</sup> MUNANGA, Kabengele. op. cit. p. 38.

As peculiaridades históricas de vários países, com efeito, terminaram impondo a adoção de sistemas de compensação que permitissem fossem beneficiados certos grupos considerados menos favorecidos, ou, ainda, aqueles que, por alguma razão estratégica, passaram a merecer especial atenção do Estado.

Culturas distintas em suas mais amplas dimensões adotaram o sistema de cotas por possuírem todas elas grupos sociais historicamente segregados. Podem ser mencionados a título de exemplo: Índia, Canadá, África do Sul, Austrália e Nova Zelândia.<sup>17</sup>

Há, como dito, diferentes razões para a adoção de políticas afirmativas baseadas em cotas. Na África do Sul, é quase iterativo que a política do *apartheid* forçosamente exigiria um sistema de compensação afirmativo. Na Alemanha, por outro lado, o elevado nível de evolução social impôs, inclusive, um diferente tipo de cota: para alunos provenientes do estrangeiro.

---

<sup>17</sup> “As políticas de ação afirmativa vêm sendo implementadas, entretanto, em outros países além dos EUA. Jacques d’Adesky (1998), por exemplo, afirma que a Índia, após tornar-se independente em 1947, adotou um sistema baseado em cotas, o qual destinou, aos chamados “intocáveis”, cerca de “22.5% das vagas na administração e no ensino públicos”. Essa medida tinha como objetivo a correção das desigualdades advindas do sistema de castas e da subordinação de “origem divina”. Na Malásia, segundo Santos et al. (1996), a etnia bimiputra recebeu tratamento etnicamente diferenciado, com o objetivo de que fosse promovido seu desenvolvimento econômico. Rosana Queiróz Dias (1997), por sua vez, afirma que cerca de 25 países, entre os anos de 1982 e 1996 adotaram, de acordo com dados fornecidos pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), intervenções políticas visando a eliminar as discriminações sexual e racial ou implementado mecanismos “de discriminação positiva nas relações de trabalho”. Nos anos noventa, países como Ilhas Fidji, Malásia, Canadá, Índia e Austrália adotaram políticas de ação afirmativa no combate às desigualdades culturais. Na Europa, é possível encontrá-las, aplicadas às desigualdades de gênero.” (SYSS, Ahyas. Afro-Brasileiros, Políticas de Ação Afirmativa e Educação: algumas considerações. Disponível em <[http://www.educacaoonline.pro.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=119:afro-brasileiros-politicas-de-acao-afirmativa-e-educacao-algumas-consideracoes&catid=8:multiculturalismo&Itemid=19](http://www.educacaoonline.pro.br/index.php?option=com_content&view=article&id=119:afro-brasileiros-politicas-de-acao-afirmativa-e-educacao-algumas-consideracoes&catid=8:multiculturalismo&Itemid=19)>).

Nesses lugares, o princípio meritório, por óbvio continua a existir, mas fica em alguma medida mitigado por se acreditar, diante de um argumento não apenas ético ou sociológico, mas também econômico, que as cotas seriam “a melhor forma de corrigir distorções nos mecanismos de alocação de recursos, através da competição por mérito”.<sup>18</sup>

No caso da Índia, as políticas afirmativas são não apenas mais intensas, como ainda antecedem as norte-americanas. O sistema indiano de quotas é mais próximo ao brasileiro. Como aqui, lá se reservam previamente vagas para determinados grupos, que se acreditam mais excluídos, de modo a garantir um mínimo de participação (desses grupos) no ensino superior.

Isso haveria permitido um acesso mais amplo e democrático às universidades em um país historicamente caracterizado pela exclusão de determinados extratos em função do nascimento. O raciocínio, além de muito lógico, é dotado de um humanismo primoroso: não se pode pretender que cidadãos tão díspares tenham, todos, as mesmas vantagens ou ônus.<sup>19</sup>

Uma das vezes em que apreciou o tema das cotas, a Suprema Corte da Índia, no caso *Indra Sawhney el alli vs. Índia el alli*, entabulou um precedente considerando constitucional o uso do critério racial (ou, mais precisamente, a escolha de uma casta), mas apenas quando associado a outros fatores sociais relevantes. Deste modo, o favorecimento de uma raça, de uma casta, ou dos adeptos de uma religião em particular estaria permitido, tornando válida a política de cotas, quando constatado que o grupo

---

<sup>18</sup> GUIMARÃES, Antônio Sérgio. Racismo e Anti-racismo no Brasil. São Paulo: Editora 34, 2005. p. 181.

<sup>19</sup> *The claim has two sides: make the increase available to each prospective student on his own merit; make the increase available to underprivileged groups, communities, tribes, castes on a quota basis – ensure them a proper minimum. The latter claim stress that all citizens do not start with the same advantages. Selected groups must be given special concessions to make up for the great environmental differences. These concessions are in the form of laws in the states, legally legitimized quotas.* (GAUDINO, Robert Lee. The Indian University. Bombay: Bombay Chronicle Press, 1965. p. 27)



em questão encontrava-se aliado da sociedade indiana através de indicativos sociais objetivos.<sup>20</sup>

Um outro exemplo conhecido de cotas é o canadense, onde as políticas afirmativas possuem, inclusive, explícita previsão constitucional.

Com efeito, a versão canadense do princípio da igualdade (art. 15 da Carta de Direitos, compilada pelo Ato Constitucional de 1982) enuncia a proibição de atos discriminatórios com fundamento de raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, sexo, idade, ou incapacidade mental ou física para logo agregar que esses mesmos fatores poderão ser utilizados em programas ou atividades estatais com o objetivo, justamente, de melhorar ou diminuir as desvantagens sociais e econômicas delas decorrentes.<sup>21</sup>

Uma série posterior de diplomas legislativos levou adiante a política de ações afirmativas naquele país. A chamada Lei canadense de Igualdade de Empregos (*The Canadian Employment Equity Act*) exige que nas indústrias que são regulamentadas pelo governo federal os empregadores deem tratamento preferencial para quatro grupos designados, por presumi-los desfavorecidos: mulheres, pessoas com incapacidade, povos aborígenes, neles incluídos os índios, os *métis* e os *inuits*, além das minorias visí-

---

<sup>20</sup> No original: 416. *No class of citizens can be classified as backward solely by reason of religion, race, caste, sex, descent, place of birth, residence or any of them. But any one or all of these factors mentioned in Article 15(1) or Article 16(2) can be taken into account along with other relevant factors in identifying classes of citizens who are socially and educationally backward. What is significant is that such identification should not be made solely with reference to the criteria specified in Article 15(1) or Article 16(2), but with reference to the social and educational backwardness of classes of citizens.*

<sup>21</sup> No texto original: 15. (1) *Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability. (2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.*

veis, nelas abrangidas as pessoas de cor e os não caucasianos em geral.<sup>22</sup>

Segundo informação disponível na rede mundial de computadores, no pertinente às universidades canadenses, pessoas de origens aborígenes normalmente têm menores exigências de entrada e são elegíveis para receber bolsas de estudo exclusivas: “Algumas províncias e territórios também têm ação afirmativa do tipo de políticas. Por exemplo, nos Territórios do Noroeste, no norte do Canadá, as pessoas indígenas têm preferência de emprego e educação e são considerados como tendo *status* de P1. Não aborígenes que nasceram nos mesmos Territórios do Noroeste, ou que aí residiram pela metade de sua vida não são considerados P2, bem como mulheres e pessoas com deficiência”.

Contudo, dando prova de que a questão racial é talvez mais complexa do que a “simples” inclusão em decorrência da pobreza, as políticas de ações afirmativas no Canadá, por mais amplas que sejam, ainda revelam-se incapazes de fomentar um efetivo alargamento dos grupos étnicos que compõem a diversidade da população canadense.

Assim, muito embora as universidades canadenses tenham programas de ação afirmativa ou de igualdade de trabalho (sem dúvida influenciada pelo Programa Federal de Contratações) e explicitamente incentivar membros de “grupos designados” – mulheres, aborígenes, minorias visíveis, como a racial, sexual e pessoas com deficiência – para se candidatar a cargos de membros do corpo docente, a representação dos grupos raciais minoritários ainda é bastante baixa nos *campi* universitários.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> No texto original: *2. The purpose of this Act is to achieve equality in the workplace so that no person shall be denied employment opportunities or benefits for reasons unrelated to ability and, in the fulfilment of that goal, to correct the conditions of disadvantage in employment experienced by women, aboriginal peoples, persons with disabilities and members of visible minorities by giving effect to the principle that employment equity means more than treating persons in the same way but also requires special measures and the accommodation of differences.*

<sup>23</sup> No original: *But while a number of canadian universities have affirmative action or employment equity programs (no doubt influenced by the Federal*

Ainda a propósito do Direito comparado, um derradeiro exemplo de políticas afirmativas com o uso de cotas é o germânico, já mencionado.

A conhecida Lei Fundamental de Bonn, ao enunciar o princípio da igualdade, deixa claro que nem raça, língua, origem, fé, crenças religiosas ou convicções políticas podem ser admitidas como fatores de preferência ou favorecimento.<sup>24</sup>

Entretanto, há vários exemplos de ações afirmativas no Direito Alemão (*Positive Maßnahmen*), as quais devem levar em conta, justamente, o grupo discriminado socialmente em razão do sexo, raça, grupo étnico etc.

Talvez o exemplo mais recente seja a Lei Geral do Tratamento Igualitário, ou simplesmente Lei Anti-discriminação (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - AGG*), editada no ano de 2006. A novel legislação, específica para o Direito Privado, visa a evitar, ou erradicar, a discriminação de gênero, raça, origem étnica etc. O novel diploma deixa claro, entretanto, ser possível a utilização da ação afirmativa (permitindo uma diferença de trato firmada em qualquer

---

*Contractors Program*), and in their job advertisement explicitly encourage 'designated group' members – women, Aboriginal peoples, visible/racial and sexual minorities, people with disabilities – to apply for positions of racial minority faculty members, it still the case that the representation of racial minority faculty members remains quite low on university campuses Reversing this situation requires addressing the interrelated structural and individual factors such as the seeming ambivalence (sometimes reluctance) of candidates to self-identify, the ways in which the cultural norms and values of the institution and disciplines influence the expectations and treatment of candidates in the interview process, the tendency to make appointments based on the perceived capacity of the candidate to 'fit' into the existing culture of the faculty, and the assumed relationship that is made between particular scholarship and minority status of candidates. (JAMES, Carl. E. It will happen without putting in place special measures: racially diversifying universities. In TATOR, Carol & HENRY, Frances. Racism in the Canadian University. demanding social justice, inclusion, and equity. Toronto: University of Toronto, 2009. p. 132)

<sup>24</sup> Art. 3° (3) - *Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden.*

um desses fatores para compensar, com medidas apropriadas e adequadas, as desvantagens existentes justamente em razão deles).<sup>25</sup>

No caso ainda das universidades alemãs, existe, como dito, também uma espécie de cota. É verdade que não se faz referência a um critério racial propriamente dito, contudo, é comum haver uma cota para pessoas com problemas de saúde (*Der Härtefall*).

Por outro lado, é também destinado um percentual de vagas, de acordo com cada universidade, para estudantes estrangeiros, assim entendidos os nacionais de Estados que não fazem parte da Comunidade Europeia, bem como os apátridas.

Essa última forma de cota põe em evidência a amplitude da questão. Aqui se está tratando de assegurar um mínimo de vagas para os estrangeiros, obviamente em detrimento dos nacionais, tendo em vista os fins estatais de permitir, seja uma maior diversidade no ambiente acadêmico, seja mesmo a possibilidade da repercussão das ideias e das ideologias fomentadas nas universidades alemãs através do mundo.

Seja como for, permite-se uma vantagem para um grupo determinado, que passa a concorrer em um grupo diferenciado dos demais.

Finalmente, é citado um caso recente do que se poderia chamar de cota-reversa. Com efeito, em decisão datada de 13 de abril de 2010, o Tribunal de Justiça Europeu, referendando um pleito da Bélgica, deliberou que os Estados-Membros podem impor quotas sobre o número de estudantes da União Européia provenientes de outros países, sob determinadas condições estritas.

Embora tomando por premissa o fato de que a discriminação contra alunos com base na nacionalidade é contrária ao direito comunitário, a cota restritiva poderia ser autorizada para que se

---

<sup>25</sup> *Ungeachtet der in den §§ 8 bis 10 sowie in § 20 benannten Gründe ist eine unterschiedliche Behandlung auch zulässig, wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen eines in § 1 genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen.*

protegesse a saúde pública. A Bélgica argumentava que o país poderia ficar sem profissionais da área da saúde se não estabelecesse um limite mínimo de ingresso em suas universidades para nacionais, ou pelo menos estrangeiros residentes.

Essas várias formas de cotas demonstram o quanto amplo e matizado é o assunto, variando sua conformação de acordo com a realidade histórica e cultural de cada povo. Além disso, é possível inferir rapidamente que todo e qualquer critério que se utilize para compensar um desequilíbrio social poderá ser – e fatalmente será – passível de crítica pelo grupo diretamente afetado. Basta considerar, por exemplo, que o agora aceito critério social, com base na origem escolar, também já foi alcunhado de vago e não objetivo.

Por tudo isso, parece assistir razão ao que conclui Antônio Sérgio Alfredo Guimarães quando assevera que “políticas públicas que utilizam discriminação positiva são impopulares em todo o mundo ocidental, ainda que se demonstre, por meio de argumentos sólidos, a compatibilidade dessas políticas com os ideais universalistas e individualistas”.<sup>26</sup>

Contudo, se é verdade que os exemplos colhidos da experiência de outros países favorecem uma melhor compreensão dessa forma de ação afirmativa, não é menos correto dizer que a validade jurídica das cotas raciais deve ser sindicada, em definitivo, a partir de nossas próprias matrizes sociológicas e constitucionais.

Sendo a Constituição ela própria uma manifestação cultural de um povo, termina por refletir invariavelmente as peculiaridades que tornam uma nação única entre as demais. Esses mesmos matizes devem ser considerados pelo intérprete, quando é chamado a conformá-los.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. op. cit. p. 193.

<sup>27</sup> Essa conclusão, visivelmente, é inspirada nas ideias de Estado Constitucional Cooperativo e da Constituição como cultura proposta por Peter Häberle, onde, por um lado, deve-se buscar nos exemplos e instrumentos constitucionais já consolidados em outros países já estabilizados, porém com respeito às realidades culturais de cada povo. Cf. HÄBERLE, Peter. *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*. Berlin: ?Duncker & Humblot?, ?1998?.

Tomando esses dados preliminares como balizamento, passo, então, a analisar o fundamento constitucional para ações afirmativas que utilizem a raça como fator próprio para o discrimine.

Ao trazer referências, em seu art. 1º e em seu art. 3º, I, III e IV, a uma sociedade livre, justa e solidária, mediante redução de desigualdades sociais, a CF/88 não somente autorizou, mas obrigou o Estado a adotar políticas de inclusão social dos negros. Essa referência é logo reforçada pelo repúdio ao racismo, eleito como um dos princípios que regem a República (art. 4º, VIII).

O texto constitucional, outrossim, traz vários exemplos de ações afirmativas em favor de segmentos sociais em situação de vulnerabilidade (v. art. 7º, XX; art. 37, VIII).

No caso do art. 7º, XX, o constituinte é expresso em prescrever a necessidade do estabelecimento de políticas visando a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos. Cuida-se, por óbvio, do estabelecimento de medidas de natureza afirmativa visando a eliminação/redução da discriminação de gênero. No art. 37, VIII, ele é ainda mais enfático, prospectando exemplo de cota (percentual dos cargos e empregos públicos) para fins de acesso das pessoas portadoras de deficiência na Administração Pública.

Daí porque penso não apenas ser plausível, como ainda conforme com o sistema constitucional, o estabelecimento de uma política afirmativa fomentadora da inclusão dos descendentes históricos (negros) daqueles escravos que foram segregados fisicamente em um passado mais remoto e que, atualmente, ainda permanecem socialmente alijados dos extratos mais importantes da sociedade, nele incluído o acadêmico.

Em termos operacionais, a diminuição das desigualdades sociais e econômicas previstas no texto constitucional necessita, para sua efetivação, primeiramente, que se identifiquem os grupos vulneráveis na sociedade, vítimas da desigualdade e injustiça social que se quer corrigir. Quanto a isso, supõe-se que não haja grande divergência. A pergunta que se estabelece vem a ser: a população negra pode ser constituída como um grupo vulnerável, merecendo ser beneficiada pelas mencionadas políticas afirmativas?

Embora constituindo legislação de caráter infraconstitucional, os muitos tratados firmados pelo Brasil, inclusive quando da vigência de Constituições passadas, demonstram a preocupação do Estado nacional em reconhecer o elemento negro como vulnerável e, já adiantando a conclusão, merecedor de tratamento diferenciado.

Colhe-se, por exemplo, no âmbito internacional, o já longínquo exemplo da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (sua ratificação pela República Federativa do Brasil deu-se em 27/03/68), que já trazia disposição prevenindo a possibilidade de “discriminação positiva”:

Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos. (Art. 1º (4))

Mais recentemente, a Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata realizada em Durban (África do Sul), ocorrida entre os dias 31 de agosto a 8 de setembro de 2001, na qual o Brasil foi parte, reafirmou esses postulados e foi ainda além, estabelecendo a necessidade de que os países da região das Américas reconhecessem a desigualdade histórica em relação aos afrodescendentes.

Nada obstante ser um documento de *soft law*, ou seja, não possuir força vinculante no âmbito internacional, os itens 31 a 33 do relatório final da Conferência de Durban é explícito em afirmar a existência de um débito histórico para com os afrodescendentes, bem como pugnar pelo estabelecimento de medidas aptas a compensá-lo:

31. Também expressamos profunda preocupação sempre que os indicadores nas áreas, *inter alia*, da educação, emprego, saúde, moradia, mortalidade infantil e expectativa de vida para muitos povos revelam uma situação de

desvantagem, particularmente quando os fatores que para isto contribuem incluem racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata;

32. Reconhecemos o valor e a diversidade da herança cultural dos africanos e afrodescendentes e afirmamos a importância e a necessidade de assegurar sua total integração à vida social, econômica e política, visando facilitar sua plena participação em todos os níveis dos processos de tomada de decisão;

33. Consideramos essencial que todos os países da região das Américas e de todas as outras áreas da diáspora africana, reconheçam a existência de sua população de descendência africana e a contribuição cultural, econômica, política e científica desta população e reconheçam a persistência do racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata que os afeta especificamente, e reconhecemos que, em muitos países, a desigualdade histórica em termos de acesso, *inter alia*, à educação, ao sistema de saúde, à moradia tem sido uma causa profunda das disparidades sócioeconômicas que os afetam.

Além disso, embora de forma mais discreta, há indicativos no texto constitucional da necessidade de medidas compensatórias para os afrodescendentes. Isso pode ser observado, inclusive, no âmbito penal, quando considera a prática de racismo um crime inafiançável e, mais forte ainda, imprescritível (art. 5º, XLII, da CF/88). Para se ter uma dimensão apropriada dessa valoração, o outro caso em que a Constituição Federal entende ser também o caso de crime inafiançável e imprescritível é a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (Art. 5º, XLIV, da CF/88).

Contudo, o art. 206, I, da Constituição Federal é explícito em garantir a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. Poder-se-ia argumentar que o preceito em comentário, que parece estabelecer uma igualdade formal para o acesso à educação, deveria ser interpretado restritivamente, de maneira que a expressão escola deve ser compreendida como distinta do ensino universitário, que vem a ser, topograficamente, objeto de norma própria no art. 207 do texto constitucional, onde nada é dito a respeito da igualdade de ingresso, salvo – e justamente ao con-



trário – que as universidades “gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial”.

Nada obstante, o conseqüente art. 208 da Carta Magna, ao prescrever as garantias que o Estado deve fornecer para fins de efetivação do direito à educação, retoma o problema do mérito próprio para fins acadêmicos. Ao dizer, em seu inciso V, que “o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”, não estaria o constituinte impedindo o estabelecimento de qualquer programa governamental que, baseado ou não na forma de cotas, mitigasse o mérito individual como forma de acesso ao ensino universitário?

Parece que, uma vez mais, o problema é o de choque de princípios.<sup>28</sup> No caso, há uma antinomia entre os objetivos constitucionais que pugnam pela recomposição das desigualdades sociais com esse último, que estabelece o mérito próprio para fins de ascensão acadêmica, logo, para fins também de ingresso nas universidades.

Não se duvida que o caso requererá a utilização da famosa regra de ponderação preconizada por Robert Alexy que, sem excluir a vigência de qualquer um deles, procura uma solução ao mesmo tempo harmônica, sob o prisma sistêmico, e justa, tendo em vista as opções principiológicas realizadas pelo Constituinte.

Contudo, para além da verificação analítica da ponderação entre os princípios e do fato que eles cobram efetividade na maior medida possível<sup>29</sup>, o que se está a escrutinar, através das diretivas constitucionais positivadas, são os indícios para definir em até que ní-

---

<sup>28</sup> *Existe una colisión entre principios cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan prima facie dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso.* (PULIDO, Carlos Bernal. *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 98)

<sup>29</sup> É, como sabido, a clássica definição de Alexy: princípios como mandados de otimização. Sobre o assunto, cf: ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. trad. de Carlos Bernal Pulido. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

veis é possível dizer que o sistema constitucional considera aceitável a flexão de um em benefício ou detrimento do outro.

Por isso mesmo, Luis Pietro Sanchís, numa análise crítica da obra de Alexy, vai sustentar que: “mais que um juízo de otimização, caberia falar de um juízo de razoabilidade, que aceitando a ideia de cumprimento gradual, indicasse por debaixo de que nível de cumprimento ou satisfação uma determinada norma ou política considera-se intolerável”.<sup>30</sup>

Não se nega que o mérito individual, inclusive por força dos princípios constitucionais vigentes em inúmeros países – o Brasil incluído – que é auferível em concursos públicos, avaliações, exames nacionais para o ingresso nas Universidades, seja uma importante ferramenta para a seleção dos candidatos.

Contudo, o que se verifica é que o princípio meritório termina por ser ideologicamente hipertrofiado para impedir o sistema de cotas. Mesmo a reticente prática jurisprudencial norte-americana, embora dando ao mérito um forte valor, termina por demonstrar que ele não é um critério único, podendo, assim, outros critérios serem a ele somados para fins de ingresso nas universidades.

O Ministro Gilmar Mendes, ao negar a liminar postulada pelo Democratas nos autos de uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 186-DF), cujo objeto é a declaração de inconstitucionalidade dos normativos baixados pela Universidade de Brasília-UnB permitindo o uso de cotas raciais no exame vestibular dessa instituição de ensino, destacou que é o postulado da igualdade (material) que deve ser privilegiado no balanceamento constitucional que se leva a efeito nesta oportunidade. Transcrevo:

A questão da constitucionalidade de ações afirmativas voltadas ao objetivo de remediar desigualdades históricas entre grupos étnicos e sociais, com o intuito de promover a justiça social, representa um ponto de inflexão do próprio va-

---

<sup>30</sup> SANCHÍS, Luis Pietro. Sobre Principios y Normas: problemas del razonamiento jurídico. Madrid Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 49.

lor da igualdade. Diante desse tema, somos chamados a refletir sobre até que ponto, em sociedades pluralistas, a manutenção do *status quo* não significa a perpetuação de tais desigualdades.<sup>31</sup>

Desse modo, a exemplo do que já foi mencionado no famoso precedente *Indra Sawhney el alli vs. Índia el alli*, decidido pela Suprema Corte da Índia, deve-se aliar o critério da casta (no caso deles), ou da raça (no nosso), com um indicativo capaz de constatar, efetivamente, que os integrantes dessa casta (ou raça) encontram-se em uma situação de desvantagem social para, a partir daí, apresentar medidas compensatórias adequadas.

É imperativo, portanto, que o choque entre os referidos direitos previstos na Constituição seja decidido em favor da igualdade material, que deve ser pensada através dos mecanismos de compensação das desigualdades históricas.

A dívida histórica brasileira com os que ostentam a cor negra, sendo sua causa associada ao processo escravista para o qual concorreu diretamente o Estado brasileiro, pode ser demonstrada através dos informes estatísticos. Então, é possível unir os dois critérios que, juntos, tornam possível identificar um grupo como vulnerável socialmente: 1) a percepção de que tal grupo foi submetido a um processo de segregação); 2) a persistência desse estado de alijamento.

É verdade que, em teoria, poder-se-ia prescindir do elemento histórico. Ou seja, ninguém iria negar que havendo um grupo que fosse instantaneamente posto em segregação, sofrendo de forma imediata as consequências disso, já estaria o Estado, penso, autorizado a viabilizar políticas para erradicar a hipotética causa de desigualdade.

Porém, o fato de, no caso em concreto, assentar-se a segregação no que diz respeito ao negro em um fato histórico que, in-

---

<sup>31</sup> Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+186%2ENUME%2E%29&pagina=2&base=basePresidencia>>.

clusivo, não é desconhecido pelo Estado brasileiro, torna a questão ainda mais fácil de ser sindicada.<sup>32</sup>

Nesse sentido, os dados oficiais do IBGE no censo de 2010 revelam que o brasileiro de pele negra está em desvantagem em todos os índices de cunho social ou de desenvolvimento humano. Segundo informação disponível à consulta pública, dos “16 milhões de brasileiros vivendo em extrema pobreza (ou com até R\$ 70 mensais), 4,2 milhões são brancos e 11,5 milhões são pardos ou pretos”. Além disso, dentre outros indicadores, o percentual de analfabetismo, a partir dos 15 anos de idade, é de 13,3% para os negros e somente de 5,9% para os brancos”.

As evidências estatísticas, efetivamente, que apontam para o fato de que, dentre os pobres brasileiros, os negros estariam entre os mais pobres, muitas vezes beirando a indigência, o que, parece, tornam ainda mais objetivos os critérios utilizados pela Universidade Federal de Alagoas para motivar o tratamento diferenciado.

A desigualdade racial vem persistindo ao longo dos anos. Estudos do IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada mostram que a diferença de renda entre negros e brancos não se altera há 25 anos, ou seja, no espaço de pelo menos uma geração, a diferença de renda entre os dois grupos permaneceu inalterada.

Em um levantamento realizado pelo sociólogo Rafael Guerreiro Osório, constatou-se que, diferentemente do pobre branco, o

---

<sup>32</sup> Afirmou-se ainda em contrariedade a essa possibilidade que: “No Brasil, não se verificou a participação estatal através de leis segregacionistas”. A evidência histórica, *venia concessa*, sugere o contrário, bastando verificar que este país foi a última nação no continente americano a abolir a escravatura, através da Lei Imperial nº 3.353, de 13 de maio de 1888 (Lei Áurea). Antes dela, o ordenamento jurídico do Império favorecia e dava suporte estatal ao escravismo, como a Lei nº 4, de 10 de Junho de 1835, lavrada pela então Regência Permanente, e que determinava as penas com que devem ser punidos os escravos, que “matarem, ferirem ou cometerem outra qualquer offensa physica contra seus senhores”. Ali se dizia, por exemplo, que “se o ferimento, ou offensa physica forem leves, a pena será de açoutes a proporção das circunstancias mais ou menos aggravantes”. Não se pode negar, portanto, que houve participação direta do Estado brasileiro no processo cultural e histórico de exclusão dos negros e afrodescendentes.

negro, geralmente já pobre, não possui grandes chances de movimentação social (como já havia sido demonstrado em outros estudos desde a segunda metade do Século passado). Afirma, assim, Rafael Osório:

A origem social, entendida como a situação da família em que se nasce, é o primeiro momento em que a raça afeta os indivíduos. Como os negros estão sobrerrepresentados nos níveis mais baixos da pirâmide social (independentemente da forma de se a representar), e a raça é um fator transmitido hereditariamente, a probabilidade de um negro nascer pobre é consideravelmente maior que a de um branco. Dessa forma, a origem social é, em grande grau, influenciada pela raça da pessoa.

Dentro da escola, outros fatores se somam ao legado da origem social conspirando contra o sucesso dos alunos negros. Para os negros, a passagem pelo sistema educacional é ainda mais importante que para os brancos, pois essa é a única forma pela qual podem eventualmente superar as desigualdades de origem, qualificando-se para aproveitar os canais de mobilidade ascendente. Mas o sistema educacional tende a reproduzir as desigualdades de origem e não a contrapô-las. Por isso, os representantes da terceira onda, em particular Silva (1978, 1980), encaram com ceticismo o potencial das políticas educacionais para a equalização racial.

Os negros brasileiros chegam ao fim da primeira fase de sua vida com uma razoável desvantagem educacional. Isso se reflete decisivamente nas oportunidades que terão no mercado de trabalho. O grande determinante das diferenças na renda do trabalho das pessoas é a educação, mas ainda há espaço para um pouco mais de desigualdade produzida pela segmentação do mercado, pelas limitações à ascensão profissional dos negros, e pela discriminação salarial.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> OSORIO, Rafael Guerreiro. Desigualdade racial e mobilidade social no Brasil: um balance das teorias. In THEODORO, Mário (org.). As Políticas Públicas e a Desigualdade Racial no Brasil: 120 anos após a abolição. Brasília: Ipea, 2008. p. 85.

É que, na verdade, pesquisas específicas em relação ao assunto sugerem conclusões mais alarmantes. Com efeito, estudos mais aprofundados revelam que a diferença entre negros e brancos não decorre apenas da renda, mas precisamente da cor. Ou seja, a tão afirmada democracia racial brasileira seria um mito, contrariado, uma vez mais, tecnicamente por dados estatísticos.

Consoante informa Maria do Socorro da Silva, em dissertação de mestrado apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sobre o tema, é mencionada pesquisa de campo levada a efeito pelo mesmo IPEA, onde se observaram crianças de 11 a 14 anos, do sexo masculino, pertencentes ao grupo dos 25% mais pobres. Entre os meninos brancos desse grupo, 44,3% estão cursando a segunda fase do primeiro grau (quinta a oitava série), enquanto os negros do mesmo grupo, apenas 27% cursam essa fase dos estudos.<sup>34</sup>

Especificamente em relação ao ambiente universitário, a distorção existe e já foi medida, também, em termos quantitativos. A propósito, afirma Flávia Piovesan:

Na esfera universitária, por exemplo, dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea – revelam que menos de 2% dos estudantes afrodescendentes estão em universidades públicas ou privadas. Isso faz com que as universidades sejam territórios brancos. Note-se que a universidade é um espaço de poder, já que o diploma pode ser um passaporte para ascensão social. É necessário democratizar o poder e, para isso, há que se democratizar o acesso ao poder, vale dizer, o acesso ao passaporte universitário. Em um país em que os afrodescendentes são 64% dos pobres e 69% dos indigentes, faz-se necessária a adoção de ações afirmativas em benefício da população afrodescendente, em especial nas áreas da educação e do trabalho.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> SILVA, Maria do Socorro da. *Ações Afirmativas para a População Negra: um instrumento para a justiça social no Brasil*. São Paulo, 2009, 214p. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo.

<sup>35</sup> PIOVESAN, Flávia. *op. cit.* p. 51.

Esses dados podem ser somados a outros igualmente impressionantes fornecidos por Ahyas Siss em trabalho disponível na rede mundial de computadores, os quais também transcrevo para manter a exatidão dos dados apresentados:

Os índices de desigualdade racial, no interior de cada curso, são elevadíssimos. Por exemplo, nos cursos de administração, a proporção entre Afro-Brasileiros (negros e mestiços), brancos e amarelos (pessoas de origem asiática) é de 12,5% de Afro-Brasileiros para 83,3% de brancos e 3,3% para os descendentes de asiáticos, muito embora esse último segmento racial represente apenas 0,5% da população nacional. Nos cursos de direito havia 12,8% de Afro-Brasileiros para 84,1% de brancos e 1,9% de descendentes de asiáticos. Em engenharia civil, 14,2% desses alunos eram Afro-Brasileiros; 81,2% eram brancos e 3,8% eram, ou se diziam ser descendentes de asiáticos. Em engenharia química, havia 12,8% de alunos Afro-Brasileiros para 82,8% de brancos e 3,5% de descendentes de asiáticos. Nos cursos de medicina veterinária, havia 10,6% de alunos Afro-Brasileiros para 84,9% de alunos brancos e 3,7% de descendentes de asiáticos. Em odontologia, os Afro-Brasileiros formavam 9,1% dos formandos; os brancos 85,8% e os descendentes de asiáticos 4,4%. Na matemática, os Afro-Brasileiros somavam 23,5%; os brancos 73,4% e os descendentes de asiáticos somavam 1,6%. Nos cursos de jornalismo os Afro-Brasileiros eram 14,4%, os brancos 81,5%, e os descendentes de asiáticos 1,3%. Nos cursos de letras, os Afro-Brasileiros contavam então 25,5%; os brancos 70,9% e os descendentes de asiáticos 1,5%. Nos cursos de engenharia elétrica, havia 13,5% de alunos Afro-Brasileiros, para 79,8% de alunos brancos e 5,6% de alunos descendentes de asiáticos. Em engenharia mecânica, esses percentuais eram os seguintes: Afro-Brasileiros 13,5%; brancos 81% e descendentes de asiáticos 4,8%. Na medicina, esses índices eram: 13,3% de alunos Afro-Brasileiros; 81,6% de alunos brancos e 4,1% de alunos descendentes de asiáticos. Do total de alunos dos cursos de economia, que se submeteram ao exame nacional de cursos, os Afro-Brasileiros estavam presentes formando 18,6%; os brancos 77,9% e os descendentes de asiáticos 2,1%. Na física, os alunos Afro-Brasileiros contribuíam com 22% desse total; os brancos,

com 72,8% e os descendentes de asiáticos, com 3,3%. Nos cursos de química, os Afro-Brasileiros eram 21,5%; os brancos 75% e os descendentes de asiáticos 2%. Na biologia, os Afro-Brasileiros somavam 21,7%; os brancos 74,4% e os descendentes de asiáticos 2%. Nos cursos de agronomia, os Afro-Brasileiros contavam 16,1%; os brancos 78,1% e os descendentes de asiáticos 3,5%. Finalmente, na psicologia, os Afro-Brasileiros contribuíam com 13,4% do total de alunos; os brancos 83,3% e os descendentes de asiáticos figuravam com 1,7%.<sup>36</sup>

Com base nesses dados, concluiu Maria do Socorro Silva, em dissertação de mestrado sobre o assunto: “ser negro no Brasil é ter menos acesso à educação que os brancos. E mais: a desigualdade entre crianças brancas e negras só tende a crescer na vida adulta. As causas são previsíveis – mais pobres, entram mais cedo no mercado de trabalho e se preparam menos, o que os confina às posições inferiores na sociedade e das quais não têm como sair”.<sup>37</sup>

Esse fenômeno, por sinal, já havia sido explorado pelo atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Benedito Barbosa Gomes demonstra igualmente que o acesso à educação de qualidade aos brancos faz com que o acesso a maioria dos postos de trabalho de relevância termine em suas mãos, ou, ainda, produz um verdadeiro aparelhamento do Estado para os que ostentam, real ou supostamente, ascendência europeia, dando poucas chances de existirem homens públicos negros, sobretudo para a burocracia estatal.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> SISS, Ahyas. Afro-Brasileiros, Políticas de Ação Afirmativa e Educação: Algumas Considerações. Disponível em: <[http://www.educacaoonline.pro.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=119:afro-brasileiros-politicas-de-acao-afirmativa-e-educacao-algumas-consideracoes&catid=8:multiculturalismo&Itemid=19](http://www.educacaoonline.pro.br/index.php?option=com_content&view=article&id=119:afro-brasileiros-politicas-de-acao-afirmativa-e-educacao-algumas-consideracoes&catid=8:multiculturalismo&Itemid=19)>

<sup>37</sup> SILVA, Maria do Socorro da. op.cit., p. 44.

<sup>38</sup> GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. A Recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal. Brasília, v. 38, n° 151, p. 129-152, jul./set. 2001.



Tais dados põem em cheque, senão que desautorizam por completo, conhecida tese da democracia racial defendida ao longo do Século XX por antropólogos do mais alto escalão, como Gilberto Freyre. É através da tese da democracia racial que muitos juristas procuram invalidar a política de cotas racial ao argumento de que, no Brasil, o que se segrega é a pobreza e não propriamente o negro, já que não existiria propriamente um racismo.

Ainda nessa sua dissertação de mestrado, Maria do Socorro da Silva desconstrói a conhecida afirmação freyreana, mediante uma compilação de trabalhos acadêmicos do final do Século XIX e começo do Século XX que visavam incutir a necessidade de um “branqueamento para a melhoria da raça brasileira”.

São transcritos discursos e textos de autores como Sílvio Romero, João Baptista de Lacerda e Raimundo Nina Rodrigues (este último, inclusive, mulato). Em todos eles se é prospectado um aprimoramento eugênico, pela introdução, no país, de europeus através de políticas estatais promovendo a imigração desse contingente alienígena para compensar o excesso de negros existentes no Brasil. O branqueamento ocorreria, inicialmente, pelo aumento do número de brancos na população e, depois, pelo cruzamento genético dos mestiços com tais imigrantes.

O argumento mais frequentemente utilizado para os que se enlaçam à tese da democracia racial são as colocações de Gilberto Freyre sobre o peculiar sincretismo ocorrido no Brasil.

É fato, como conclui o autor de *Casa Grande e Senzala*, que carregamos, em nossa forma de ser e agir, muito da mãe África, mercê da influência de seus descendentes. E ainda, “na ternura, na mímica excessiva, no catolicismo, em que se deliciam nossos sentidos, na música, no andar, na fala, no canto de ninar menino pequeno, em tudo que é expressão sincera de vida, trazemos quase todos a marca da influência negra”.

Essa particular confluência cultural, contudo, não aliviou a velada e contínua exclusão dos negros brasileiros, enquanto grupo étnico, do acesso a níveis sociais mais elevados ou influentes. Muitos cientistas, seja ao tempo, seja posteriores a Gilberto Freyre, demonstram o mito da democracia racial com dados científicos.

Assim, a miscigenação à brasileira, aqui também invocada como razão fática da falta da razoabilidade do critério afirmativo, parece não se sustentar diante de dados estatísticos de longa data. O postulado de que, no Brasil, ter-se-ia produzido uma diminuição do distanciamento entre brancos e negros, mercê de uma formação cultural única no mundo, não foi, segundo os demonstrativos sociais, suficiente para gerar um sentimento de multiculturalismo verdadeiro, capaz de permitir uma integração plena entre os diversos grupos raciais que compõem a sociedade brasileira.

Em um trabalho que aborda historicamente a integração dos negros no Estado de São Paulo (um dos que mais recebeu a mão de obra escrava em face de suas conhecidas lavouras de café), George Reide Andrews demonstra a falsidade da tese da democracia racial, pois se até era possível admitir alguma tolerância com os negros em termos de miscigenação cultural, isso era claramente desconsiderado em termos sociais e econômicos.

Malgrado as liberalidades de alcova, as preferências gastronômicas e a convivência pacata, os negros não tinham no geral maior espaço em trabalhos ou ocupações de nível mais elevado. O censo realizado pelo IBGE em 1940 já atestava a visível defasagem entre as posições sociais ocupadas por brancos e por negros consoante descreve George Reid Andrews:

Em todo o estado, de uma população negra de 862.255 (pessoas), apenas 623 afro-brasileiros possuíam empresas não relacionadas a atividades agrícolas, empregando um ou mais trabalhadores. Nas profissões, os afro-brasileiros representaram apenas 3,2 por cento de todos os profissionais, em um Estado onde os negros representavam 12,2 por cento das pessoas em idade de trabalho (10 ou mais) da população. (...) Pardos e Pretos compunham 15,0 por cento da força de trabalho agrícola total em São Paulo, mas apenas 5,5 por cento eram proprietários de empresas agrícolas que empregavam trabalhadores de fora. (...) O censo sugere que a única área de trabalho da classe média na qual e os afro-brasileiros começaram a se aproximar da paridade com a sua representação na população como um todo foi no setor público. A maioria destes trabalhos no setor público, no entanto, ficaram muito aquém

do estatuto de classe média. Eles incluíam trabalhos braçais como garis, trabalhadores de construção, e zeladores, e trabalhos burocráticos mal pagos, como mensageiros e serventes. Na *Light*, uma empresa semioficial intimamente ligada ao estado, a promoção de homens negros para cargos gerenciais ou executivos era rara, resultando, como o jornal negro Getulino comentou em 1923 “neste abençoado estado de São Paulo, pode-se contar com os dedos o número de funcionários negros, que eu quero dizer empregados (públicos) com qualquer responsabilidade real”.<sup>39</sup>

Uma vez mais consultando o trabalho de Maria do Socorro da Silva, encontra-se referência a uma pioneira pesquisa de campo levada a efeito pela UNESCO nos anos de 1951 a 1952 e que ates-

---

<sup>39</sup> No original: *The censuses of 1900 and 1920 reveal nothing of that struggle; the 1940 census, however, indicates how far black people had come in the fifty years since the abolition of slavery, and how far they had yet to go. Afro-Brazilians lagged well behind the white population in all areas, and particularly in the primarily urban sectors of the professions, and in ownership of industrial and commercial enterprises. In the entire state, out of a black population of 862,255, only 623 Afro-Brazilians owned nonagricultural businesses employing one or more workers. In the professions, Afro-Brazilians accounted for only 3.2 percent of all professionals, in a state where black people represented 12.2 percent of the working-age (ten or over) population. (...) Pardos and Pretos composed 15.0 percent of the total agricultural labor force in São Paulo, but only 5.5 percent of the owners of agricultural enterprises which employed outside labor. [...] The census suggests that the only area of middle-class employment in which Afro-Brazilians began to approach parity with their representation in the population as a whole was in the public sector. Most of these state-sector jobs, however, fell well short of middle class status. They included such menial jobs as street sweepers, construction workers, and janitors, and poorly paid office jobs as messengers and orderlies. As at São Paulo Light, itself a semi-official utility closely tied to the state, promotion of black men to managerial or executive positions was rare, with the result that, as the black newspaper Getulino commented in 1923, in this blessed state of São Paulo, one can count on one's fingers the number of black functionaries, by which I mean (public) employees with any real responsibility.* (ANDREWS, George Reid. Blacks and Whites in São Paulo, Brazil, 1888-1988. Madison: The University of Wisconsin Press, 1930. pp. 126-127)

taram claramente não existir a predicada democracia racial preconizada por certos autores.<sup>40</sup>

Inúmeros trabalhos de cunho sociológico e histórico abordam o assunto, sendo particularmente incisiva a obra de Roger Bastide e Florestan Fernandes, tomando por base as conclusões dessa pesquisa realizada pela UNESCO.<sup>41</sup> É Florestan Fernandes, inclusive, quem irá demonstrar que a sociedade brasileira desenvolveu uma forma diferente de preconceito: o preconceito de ser preconceituoso, de maneira que, aparentemente, passa-se a impressão que, no país, existe uma democracia racial, quando, na verdade, o que existe apenas é uma tolerância sociologicamente peculiar para com o negro.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> “Os resultados das pesquisas não corroboraram a existência da democracia racial. Nas localidades estudadas as equipes constataram elevada desigualdade entre a população branca e negra, além de atitudes e estereótipos racistas. Os pesquisadores do Nordeste diferiram dos pesquisadores do Sudeste ao considerar que as desigualdades expressavam mais as diferenças de classe do que as diferenças raciais. Os pesquisadores de São Paulo e do Rio de Janeiro deram ênfase à discriminação racial, notando tratamento diferente para brancos e negros na classe trabalhadora e as enormes dificuldades encontradas por negros e mulatos cultos e qualificados para se introduzirem na classe média”. (SILVA, Maria do Socorro da. op.cit., p. 39)

<sup>41</sup> Cf. BASTIDE, Roger & FERNANDES, Florestan. *Relações Raciais entre negros e brancos em São Paulo*. São Paulo: Anhembi, 1955. De Florestan Fernandes, podem ser citados ainda os seguintes trabalhos: *O negro no mundo dos brancos*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1972.

<sup>42</sup> Em uma famosa entrevista, Florestan Fernandes esclarece muitos pontos de sua obra. Diz o destacado sociólogo: “A segregação do ‘negro’ é sutil e dissimulada, pois ele é confinado ao que os antigos líderes dos movimentos negros de São Paulo chamavam de ‘porão da sociedade’. As coisas estão se alterando, nos últimos tempos, mas de forma muito superficial e demorada. Para atingirmos a situação oposta, implícita no nosso mito de democracia racial, o negro e o mulato precisariam confundir-se com o branco num mundo de igualdade de oportunidades para todos, independentemente da cor da pele ou da extração social. É pouco provável que isso se dê sem que os próprios negros e mulatos tenham consciência mais completa e profunda de seus interesses numa sociedade multirracial, em que eles constituem uma maioria deserdada e prescrita”. (FERNANDES, Florestan et al. *A questão racial brasileira vista por três professores*. Revista USP, São Paulo, n° 68, p. 168-179, dezembro/fevereiro 2005-2006. p. 174)

A esta obra, seguiu-se a não menos importante *Cor e Mobilidade Social em Florianópolis*, da autoria de Fernando Henrique Cardoso e Octavio Ianni, demonstrando que a questão do preconceito em relação ao negro não estava associada apenas a fatores econômicos, uma vez que os negros terminavam sendo sociologicamente dominados pelos brancos ainda quando ambos eram provenientes dos seguimentos mais pobres.<sup>43</sup>

Portanto, não se trata apenas de uma questão exclusivamente de ordem econômica. Talvez seja possível dizer que, nesse caso, o componente econômico traduz na verdade o alijamento da população negra, ou seja, uma consequência, mas não sua causa. Por isso não seria equivocado afirmar que, geralmente, dentre os pobres, os negros seriam os mais pobres.

Ou seja, todos esses estudos revelam que o negro brasileiro vem a ser um grupo ainda em situação de vulnerabilidade. A causa da maioria dos negros ser mais pobre deriva, justamente, do fato de ser negro, revelando a persistência do preconceito e da discriminação racial.

Assim, sem deixar de reconhecer os pobres de diferentes cores ou raças e as pessoas negras de maior poder aquisitivo, o fato é que os motivos de sua existência não são exatamente os mesmos.

Como já demonstrado, o critério exclusivamente racial, contudo, feriria a noção de isonomia se fosse uma raça escolhida para ser favorecida, sem atenção a essas circunstâncias históricas que conduziram ao distanciamento de seus membros das conquistas e dos avanços sociais experimentados por uma determinada civilização.

Contudo, sempre que verificado que certo povo ou etnia, ou ainda seus descendentes, sofreram perdas históricas acumuladas, será isonômico (por favorecer desiguais) o discrimine. Dentro dessa perspectiva, não remanescem dúvidas de que, no caso dos negros, os indicativos sociais são concretos, isto é, objetivos,

---

<sup>43</sup> Cf. CARDOSO, Fernando Henrique. *Negros em Florianópolis: relações sociais e econômicas*. Florianópolis: Editora Insular, 2000.

no sentido de que se trata de um grupo submetido a um processo de segregação e que esse estado de alijamento ainda ocorre.

Ainda sobre a plausibilidade do critério utilizado pela Resolução nº 09/2004, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão - CEPE, da UFAL em proteção aos afrodescendentes, assim definidos o autodeclarado negro, duas questões adicionais são feitas, já agora sob o prisma da razoabilidade: 1) não poderia o ato normativo fundamentar o discrimine com base no conceito de raça, posto não existir propriamente raças, senão que uma única raça humana; 2) ainda que se pudesse empregar o critério racial na base do discrimine, a metodologia adotada pela UFAL (a autodeclaração) também seria passível de ser considerada como ofensora ao princípio da razoabilidade mercê de seu subjetivismo.

Os comentários feitos por Dworkin sobre o caso *Bakke* reforçam a convicção de que o critério racial é tão objetivo, mas também tão falho como qualquer outro que se possa vir a adotar nessas circunstâncias:

A raça parece diferente porque as exclusões baseadas na raça foram motivadas historicamente não por algum cálculo instrumental, como no caso da inteligência, idade, distribuição regional ou capacidade atlética, mas por causa do desprezo pela raça ou religião excluídas. A exclusão por raça era um insulto, pois era gerada pelo desprezo.

(...)

Isso é verdade: sem dúvida, ele teria sido aceito se fosse negro. Mas também é verdade, e exatamente no mesmo sentido, que teria sido aceito se fosse mais inteligente, se causasse melhor impressão na entrevista ou, no caso de outras escolas, se fosse mais jovem quando decidiu tornar-se médico. A raça não é, no caso dele, uma questão diferente desses outros fatores igualmente fora do seu controle.<sup>44</sup>

Isso demonstra que o sistema de quotas, ainda quando embasado em fatores de ordem puramente sociológica ou econômica, não é perfeito, como qualquer constructo humano. Obviamente-

---

<sup>44</sup> DWORKIN, Ronald. op. cit. p. 449.

te, não será diferente ao combinar o critério econômico com o racial. Parece-me, há uma importante distinção a ser feita: embora possa um critério ser falho (e, em definitivo, todos o são), ele pode ser razoável e produzir os efeitos constitucionalmente desejados, tornando-o legítimo.

Quando se emprega a noção de raça, ou mais exatamente, de negro dentro do sistema de cotas, quer-se denotar, no geral, os membros de um grupo em relação ao qual existe suficiente evidência sociológica de que foi historicamente excluído; converte-se o elemento em análise (indivíduos de cor negra) em um critério objetivo para os fins das políticas afirmativas.

É um critério que deve ser considerado, portanto, objetivo e razoável, como demonstra Jörg Neuer, professor titular na Universidade de Augsburg, que deixa claro como isso pode ocorrer, exatamente em função do débito histórico contra os negros. Confira-se:

Como primeiro pressuposto, um sinal de discriminação reclama que o intersubjetivo seja considerado como critério adequado para um desfavorecimento. Exemplos fundamentados historicamente constituem a “raça”, a religião ou, por exemplo, a identidade sexual. Em contrapartida, contanto que um indivíduo exclua outro em virtude de um sinal periférico, não considerado, de modo geral, relevante, trata-se de uma consequência – em princípio aceitável – da concorrência e da autonomia privada. Quem, por exemplo, oferece seus produtos apenas a homens de um especial signo do zodíaco, exclui muito mais a si próprio do que aos outros. Um sinal de discriminação se converte em um problema de exclusão social, em princípio, a partir do momento em que ele passa a ser considerado relevante como critério de desfavorecimento por um número representativo de sujeitos de direito privado. Um acordo intersubjetivo pode ser estabelecido, do ponto de vista metodológico, sobretudo por meio de dois caminhos: por um lado, mediante um olhar para a história, na medida em que determinados sinais da personalidade se revelaram especialmente suscetíveis de discriminação. Por outro lado, por meio de um olhar para as convenções internacionais antidiscriminatórias, as quais atestam – também de modo consensual – a necessidade de regulamentação relativa-

mente a determinados motivos de discriminação. Como medidas reguladoras relevantes do ponto de vista intersubjetivo manifestam-se, assim, inúmeros dados da personalidade, como “raça”, religião ou orientação sexual.<sup>45</sup>

Já se viu, portanto, que as cotas não são contrárias ao sistema constitucional e que é possível assinalar um critério compensatório a um específico grupo social ou étnico que sofreu perdas históricas, as quais ainda se encontram presentes.<sup>46</sup>

Isto superado, analisa-se a partir de agora o que diz respeito à possibilidade científica de se dividir o gênero humano em raças. Nada obstante a lógica irreprochável dos argumentos levados a efeito no sentido contrário, entendo que se possa, se não do ponto de vista biológico, pelo menos social e historicamente falar-se em raça.

E nesse caso, como explicado acima, ela (raça) poderia ser encarada como um fator objetivo para autorizar a compensação e, de consequência, uma proteção mais acentuada aos indivíduos oriundos de certos seguimentos raciais.

O renomado sociólogo inglês Anthony Giddens descreve com precisão esse fenômeno. Partindo do pressuposto de que, efetivamente, a comunidade científica abandonou o conceito de raça do ponto de vista biológico, demonstra que raça nada mais seria que um constructo social, que prioriza certos traços genéticos dos indivíduos em detrimento de outros em função de relações de cunho social. Escreve o prestigiado autor, finalmente, que essa noção de

---

<sup>45</sup> NEUER, Jörg. O princípio da Igualdade de Tratamento no Direito Privado Alemão. trad. de Pedro Scherer de Mello Aleixo. Direitos Fundamentais e Justiça, n° 2 - JAN./MAR. 2008. pp. 90-91.

<sup>46</sup> O que confirma a já clássica lição de Celso Antônio Bandeira de Mello de que não é fácil encontrar o liame lógico entre o fator de discrimine adotado e sua justificativa: “Tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 38)



raça vai bem mais além do que apenas descrever diferenças humanas, convertendo-se em um importante fator na reprodução de padrões de domínio social e perpetuação de iniquidades.<sup>47</sup>

No mesmo sentido, é a jurisprudência firmada pelo augusto Supremo Tribunal Federal a partir do célebre caso Ellwanger (HC 82.424/RS, rel. p/ acórdão Ministro Maurício Corrêa). Embora tenha afirmado inexistir raças desde uma perspectiva biológica, nossa assentada Corte Suprema entendeu ser inegável a subsistência do conceito de raça sob um prisma histórico-social.

A concepção de raça exprime uma representação mental para uma realidade histórico-social de discriminação, em que grupos sociais dominantes criam e reproduzem padrões de valor cultural hábeis a subjugar outros segmentos de menor expressão. No Brasil, é fato que o negro é diferenciado em razão do fenótipo que apresenta, e não por sua cadeia de ancestralidade.

Nesse mesmo sentido, também adverte Antônio Sérgio Alfredo Guimarães para “a necessidade de teorizar as ‘raças’ como elas são, ou seja, constructos sociais, formas de identidade baseadas numa ideia biológica errônea, mas socialmente eficaz para construir, manter e reproduzir diferenças e privilégios”.<sup>48</sup> Enfim:

---

<sup>47</sup> *What is race, then, if it does not refer to biological categories? There are clear physical differences between human beings, and some of these differences are inherited. But the question of why some differences and not others become matters for social discrimination and prejudice has nothing to do with biology. Racial differences, therefore, should be understood as physical variations singled out by the members of a community or society as socially significant. Differences in skin colour, for example, are treated as significant, whereas differences in colour of hair are not. Race can be understood as a set of social relationships which allow individuals and groups to be located, and various attributes or competencies assigned, on the basis of biologically grounded features. Racial distinctions are more than ways of describing human differences – they are also important factors in the reproduction of patterns of power and inequality within society.* (GIDDENS, Anthony. *Sociology*. 5 ed. Cambridge: Polity Press, 2006. p. 486)

<sup>48</sup> GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. op. cit., p. 64.

“Raça” é um conceito que realmente não corresponde a nenhuma realidade natural. Trata-se, ao contrário, de um conceito que denota tão somente uma forma de classificação social, baseada numa atitude negativa frente a certos grupos sociais. O racismo, portanto, uma forma bastante específica de “naturalizar” a vida social, isto é, de explicar diferenças pessoais, sociais e culturais a partir de diferenças tomadas como naturais.<sup>49</sup>

A ordem hierárquica sobre a qual se fundou a sociedade escravocrata no Brasil não foi inteiramente rompida, nem com a Abolição, nem com a República, nem com a restauração democrática do pós-guerra, tampouco com a Nova República. Esta ordem tem se mantido, na vida cotidiana, por normas e leis baseadas numa suposta igualdade entre os indivíduos, igualdade que, de fato, nunca se permitiu que existisse. Desvendar tal paradoxo parece ser a tarefa mais desafiadora da sociologia brasileira contemporânea.

No caso das cotas raciais, o mais interessante, ou mesmo paradoxal, é que, ao contrário do que supõe o senso comum, o critério racial é empregado justamente para diminuir a concepção racial, como comprova Ronald Dworkin:

A ação afirmativa tenta colocar mais negros em sala de aula junto com médicos brancos, não porque seja desejável que uma escola de medicina reflita a constituição racial da comunidade como um todo, mas porque a associação profissional entre negros e brancos diminuirá entre os brancos a atitude de considerar os negros como raça e não como indivíduos, e, assim, a atitude dos negros de pensar em si próprios da mesma maneira.<sup>50</sup>

Superada a questão da raça como conceito científico, na medida em que o termo deve ser interpretado do ponto de vista sociológico, refuta-se o último ponto destacado no presente incidente e que diz respeito com a plausibilidade, vale dizer, razoabilidade do critério adotado pela Resolução da UFAL para saber quem é negro e quem não é.

---

<sup>49</sup> *Idem Ibidem*, pp. 11-12.

<sup>50</sup> DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 440.

A metodologia adotada pela Instituição de Ensino Superior em análise veio a ser o da autodeclaração. Ou seja, quem se autodeclara negro, será considerado como tal. Esse, por sinal, é o método empregado pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) em seus censos demográficos e demais indicativos estatísticos.<sup>51</sup>

*Prima facie*, já se revela algo difícil que o Poder Judiciário reconheça à míngua de outras evidências técnicas a inviabilidade, ou irrazoabilidade, de um método de aferimento que é utilizado pelo órgão estatal incumbido de organizar, na forma do art. 21, XV, da CF/88, os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional. A propósito, é pacífico neste e. Regional que “os dados populacionais fornecidos pelo IBGE são apurados com base em métodos científicos, respeitados e reconhecidos internacionalmente”.<sup>52</sup>

Nada obstante, o fenótipo do negro é distinto do caucasiano. Evidências adequadas, a começar naturalmente pela própria cor da pele em relação às demais raças, a que podem se agregar outras como a textura do cabelo, e outras, autorizam a concluir que será possível definir quem seja negro e quem não seja, sobretudo quando se tem por presente a realidade social vivenciada por quem ostenta cor de pele mais escura.

Da mesma forma que foi colocada em discussão, por várias vezes, a imprecisão do critério adotado no caso da cota para os alunos oriundos de escolas públicas, ao argumento, por exemplo, de que em alguns lugares ainda existiriam estabelecimentos de ensino de nível fundamental e médio com elevado grau de qualidade, será razoável concluir que, por certas ocasiões, indivíduos que

---

<sup>51</sup> Segundo o IBGE, com efeito, a Cor ou raça vem a ser a “característica declarada pelas pessoas de acordo com as seguintes opções: branca, preta, amarela, parda ou indígena”, consoante informação disponível em <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/indicadoresminimos/conceitos.shtm>>

<sup>52</sup> AG118602/PE, rel. Desembargador Federal Marcelo Navarro, 3ª Turma, julgado em: 15/12/2011. (PUBLICAÇÃO: DJE 12/01/2012 - Página 210)

não deveriam figurar como negros, possam ser admitidos dentro das quotas a eles reservadas para os fins das medidas afirmativas ora analisadas.

Observo, em primeiro lugar, que, se o argumento é esse, em teoria ainda será mais difícil ocorrer a fraude, suposto que dois são os critérios exigidos: 1) ser oriundo de escola pública; 2) ser negro.

Ou seja, o receio de que o negro já aceito socialmente seja beneficiado de forma indevida, ou seja, o negro rico como se diz na expressão vulgar e que, de certa forma, carrega consigo elevada carga de preconceito, perde força na medida em que precisará demonstrar ao interessado, também, sua origem humilde.

Por outro lado, o não negro oriundo de escola pública será, parece-me, posto à prova acaso queira beneficiar-se das disposições da Resolução nº 09/2004, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão - CEPE, da UFAL. Desse modo, fraudes pontuais devem ser resolvidas no âmbito próprio, mas não invalidam a norma em sua essência.

Exatamente por isso é que certas Universidades tomam o cuidado adicional de realizar uma entrevista com o candidato para averiguar a compatibilidade da autodeclaração. É o caso, por todos sabido, da Universidade de Brasília - UNB.<sup>53</sup> Não há, aqui, que se falar, como se coloca *ad terrorem*, em um tribunal racial, pois a premissa de que se parte é justamente contrária, como já explicado: a discriminação é reversa, ela visa a favorecer o indivíduo em situação de vulnerabilidade e não prejudicá-lo.

Em outras situações, preenche-se um formulário no qual o candidato compromete-se a comprovar tal condição, ou, ainda, que a afirmação é feita sob as tenazes do artigo 299 do Código Penal. Em todos eles sempre será possível à Administração sindicá-lo e, em sendo o caso, anular a inscrição feita pelo candidato desonesto. Trata-se de um sistema tão seguro e, ao mesmo tem-

---

<sup>53</sup> Consoante informação disponível em <[http://www.unb.br/estude\\_na\\_unb/sistema\\_de\\_cotas#como\\_concorrer](http://www.unb.br/estude_na_unb/sistema_de_cotas#como_concorrer)>

po, tão falho, insisto, como inúmeros outros, os quais nem por isso são havidos como inconstitucionais.

De toda forma, a questão que se coloca, a única que pode ser verdadeiramente debatida no âmbito do Poder Judiciário, é a de saber se a cota seria uma ferramenta razoável, vale dizer, um meio adequado para o objetivo a que se propõe: permitir a integração, na ambiência universitária, entre os diferentes setores étnicos que formam a população brasileira, notadamente o elemento negro o qual, segundo comprovação estatística, encontra-se historicamente alijado dessa participação.

Segundo procurou-se demonstrar, a resposta é evidentemente positiva, sendo, assim, legítima a opção levada a efeito pela Administração. Numa sociedade de comportamentos racistas, a cota não pode deixar de ser considerada como um mecanismo jurídico válido para a garantia de acesso e de permanência do negro aos espaços e setores já historicamente ocupados por aqueles de ascendência europeia, ainda que apenas aparente, como coloca Joaquim Barbosa.

Por isso que não basta afirmar que a solução para o problema reside numa ampla reforma do sistema educacional público, de maneira que fosse ofertado ensino de qualidade para todos, fossem brancos, negros, índios, pardos, mestiços etc. O caso do negro é, consoante demonstrado, mais complexo e exige um enfrentamento diferenciado para compensar o desequilíbrio social.<sup>54</sup>

Obviamente que, com as cotas, outros caminhos a curto, médio e longo prazos devem ser pensados para favorecer o acesso dos negros a um ensino superior de qualidade, bem como sua colocação no mercado de trabalho em condições menos desiguais. Contudo, ainda que em teoria, opções melhores possam ser adotadas pelo Estado, isso, por si somente, não invalidaria a opção

---

<sup>54</sup> Ainda nas palavras de Florestan Fernandes: "Quanto tempo terá que correr para que consigam tratamento igualitário numa sociedade racialmente aberta? Essa pergunta parece-me fundamental. Os 'negros' devem preparar-se para respondê-la e os 'brancos' devem preparar-se para ajudá-los, solidariamente, a pôr em prática as soluções que a razão indicar, sem subterfúgios, e com grandeza humana". (FERNANDES, Florestan et al. op. cit., p. 175)

pela cota enquanto política de ação afirmativa, suposto não ser ela ofensiva a qualquer princípio, postulado ou direito contido na Constituição Federal.

Com essas considerações, e fazendo todas as vênias ao culto voto proferido pelo Relator do incidente, bem como aos que a ele se acostam, conheço do incidente de inconstitucionalidade suscitado, mas para rejeitá-lo, ou seja, para declarar a constitucionalidade do regime de cotas raciais estabelecido pela UFAL por meio da Resolução nº 09/2004-CEPE/UFAL.

É como voto.

### **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 526.201-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES  
Apelante: BRADESCO VIDA E PREVIDÊNCIA S/A  
Apelado: ALBERTO CAVALCANTI ROCHA DA FONSECA  
Parte R.: FUNDAÇÃO HABITACIONAL DO EXÉRCITO - FHE  
Embargante: BRADESCO VIDA E PREVIDÊNCIA S/A  
Advs./Procs.: DRS. FERNANDO JARDIM RIBEIRO LINS E OUTROS (APTE.), MARIANA SARMENTO SEABRA E OUTROS (APDO.) E PAULO FERNANDO SARAIVA CHAVES E OUTROS (PARTE R.)

***EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. ATLETA PROFISSIONAL. ACIDENTE CARDIOVASCULAR. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DO EVENTO AO CONCEITO DE ACIDENTE PESSOAL PREVISTO NO CONTRATO DE SEGURO. OBSCURIDADE. INOCORRÊNCIA. OMISSÃO. SANEAMENTO SEM CONFERIR EFEITOS INFRINGENTES AO JULGADO.***

***- Apresentando-se o decisum com fundamentação lógica e estando redigido de forma clara e***

***inteligível, não há obscuridade a ser saneada.***

***- Carece de razoabilidade jurídica a alegação segundo a qual só existe o direito à cobertura securitária por invalidez permanente, quando o acidente sofrido pelo segurado decorrer de evento externo.***

***- No estudo semântico do termo “acidente”, em nenhuma de suas diversas conceituações, a circunstância externa do evento se faz presente como fator determinante para caracterizar o acidente pessoal.***

***- Embargos de declaração parcialmente providos para sanar omissão, sem, contudo, emprestar efeitos modificativos ao julgado.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento aos embargos de declaração, sem emprestar-lhes efeitos modificativos ao julgado, 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, 3 de abril de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de embargos de declaração contra acórdão lavrado na apelação em epígrafe, cuja ementa foi redigida nos seguintes termos:

**EMENTA: CIVIL. SEGURO DE VIDA. ATLETA PROFISIONAL. ACIDENTE CARDIOVASCULAR. INCAPACIDADE. DOENÇA PREEEXISTENTE. ALEGAÇÃO. EXAMES PRÉVIOS. AUSÊNCIA. INOPONIBILIDADE.**

**- Comprovado que o autor, ao longo de mais de dezenove**

anos de adimplemento contratual, esteve submetido a rotinas de exercícios e participado de inúmeras competições como atleta profissional, não se apresenta razoável a alegação de que pudesse ser ele portador de cardiopatia grave durante todo este tempo, e que tal doença tenha sido a causa do acidente cardiovascular por ele sofrido, quando nadava em competição internacional.

- Por outro lado, se a empresa seguradora ré não exigiu do segurado/autor, antes da assinatura do contrato de seguro de vida e acidente, qualquer exame médico preliminar, de modo a constatar se o mesmo era portador de doença grave, deve arcar com os riscos da contratação e cumprir, por conseguinte, as cláusulas previstas no referido instrumento, pagando ao segurado a contraprestação pelo sinistro.

- Apelação desprovida.

Alega o embargante, Bradesco Vida e Previdência S/A, que o referido julgado se apresenta obscuro, uma vez que se fundamentou em temática completamente diversa daquela trazida aos autos. Aduz que, em verdade, o motivo da negativa do pagamento da indenização securitária não foi em razão da existência de doença preexistente ao contrato, mas porque o seguro contratado só prevê a cobertura para invalidez permanente por acidente, entendendo-se por “acidente”, *todo e qualquer evento com data caracterizada, exclusiva e diretamente externo, súbito, involuntário e violento, causador de lesão física que, por si só, e independente de toda e qualquer outra causa, tenha como consequência direta a morte ou invalidez permanente total ou parcial do segurado ou torne necessário o tratamento médico.*

Alega, igualmente, que os presentes embargos se destinam a prequestionar a matéria (fls. 395/402).

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Como relatado, o embargante alega obscuridade no acórdão de fls. 388/393, sob o argumento de que nele não se examinou a questão devolvida a este tribunal, consubstanciada na inexistência



de acidente, no exato termo da palavra, de modo a autorizar o pagamento da indenização securitária prevista no contrato.

Verifico que o *decisum* hostilizado não se apresenta eivado de obscuridade, pois se encontra redigido com fundamentação lógica, de forma clara e inteligível, não havendo qualquer obscuridade a ser sanada.

Em respeito à verdade, todavia, observo que assiste razão, em parte, ao embargante, quando afirma que este Tribunal deixou de apreciar a alegação de que o ocorrido com o autor não pode ser caracterizado como acidente, com vistas à percepção do seguro em discussão. Por este motivo, passo a suprir a omissão.

Com efeito, aduz o apelante/embargante que o mal súbito sofrido pelo autor/embargado não pode ser considerado como acidente, pois, de acordo com o seguro contratado, a cobertura para invalidez permanente por acidente só decorre de evento *com data caracterizada, exclusiva e diretamente externo, súbito, involuntário e violento, causador de lesão física que, por si só, e independente de toda e qualquer outra causa, tenha como consequência direta a morte ou invalidez permanente total ou parcial do segurado ou torne necessário o tratamento médico.*

O apelante/embargante se prende à expressão “evento externo” para tentar descaracterizar o acidente sofrido pelo autor/embargado, pois, *in casu*, a referida incapacidade teria decorrido de problemas de saúde, ou seja, de causas internas.

Ora, em verdade, o que a apelante/embargante pretende é dar uma interpretação restritiva ao termo “acidente”, quando, na realidade, tal restrição não existe no estudo semântico da referida palavra. Por oportuno, transcrevo as suas diferentes definições contidas no Dicionário Aulete Digital, *in verbis*:

**(a.ci.den.te)**

sm.

1 Acontecimento imprevisto, inesperado.: Plutão foi descoberto por um feliz acidente: um erro de cálculo astronômico.

2 Acontecimento infeliz, desastroso, que pode causar danos, ferimentos, e até a morte (acidente aéreo); DESASTRE

3 Fato ou circunstância secundária; detalhe.: O resultado geral foi satisfatório; há problemas, mas são simples acidentes.

4 Irregularidade no terreno.

5 Efeito causado pela distribuição da luz: Na catedral gótica, os vitrais multiplicavam os acidentes de luz.

6 Pop. Ataque epiléptico.

7 Fil. O que não faz parte da essência de algo, podendo, circunstancialmente, a este ser atribuído. [P.op. a essência, substância.]

8 Lóg. Espécie de sofisma que consiste em dar por verdade absolutamente o que não o é senão acidentalmente.

9 Med. **Fenômeno patológico inesperado**, ou que sobrevém numa doença e a agrava (acidente vascular cerebral). (Grifei)

10 Mús. Sinal (como o sostenido, o bemol etc.) que altera o som de uma nota musical.

11 Ling. Modo pelo qual uma coisa circunstancialmente se apresenta (como, p.ex., expresso por adjetivo, verbo etc.), e não como expressão de sua essência (como, p.ex., representada pelo substantivo).

12 Ecles. Cor, cheiro, sabor e resistência do pão e do vinho da eucaristia.

[F.: Do lat. *accidens*, entis. Hom./Par.: acidente (sm.), acidente (fl. de acidentar), assidente (a2g.), acedente (a2g.s2g.)]

Acidente de percurso

1 Fig. Transtorno eventual no decorrer de uma ação, um entendimento, projeto etc., que não chega a comprometer definitivamente seu bom andamento.

Acidente de trabalho

1 Jur. Lesão, perturbação ou doença ocorridas no trabalho, ou por ele causadas, que impliquem morte ou perda parcial ou total da capacidade produtiva.

Acidente geográfico

1 Geogr. Formação de terreno que contrasta com a dos terrenos vizinhos.

Acidente operatório

1 Cir. Situação imprevista durante uma operação cirúrgica.

Acidente pós-operatório

1 Cir. Situação imprevista após uma operação cirúrgica.

Acidente vascular cerebral

1 Med. Súbita hemorragia cerebral, de intensidade e duração variáveis assim como as de suas possíveis consequências (alterações da capacidade motora, da palavra etc.) [Abrev.: AVC.]

Por acidente

1 Fil. Que é de caráter circunstancial, e não determinado pela natureza de um ser. [Cf., nesta acp.: Por si, no verbebo si2.]

Como se pode constatar, de todas as conceituações apresentadas, nenhuma delas faz menção à circunstância externa do evento como fator determinante para configurar um acidente pessoal.

Com estas considerações, dou parcial provimento aos presentes embargos de declaração, para suprir a omissão, sem em prestar-lhes, contudo, efeitos modificativos.

É como voto.

## **EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE NA APELAÇÃO CRIMINAL Nº 47-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO WILDSON DA SILVA DANTAS (CONVOCADO)  
Embargante: SEVERINO MARCONDES MEIRA  
Embargado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Adv./Proc.: DR. TYAGO DINIZ VAZQUEZ (EMBTE.)

***EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. ART. 115 DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE. AGENTE QUE COMPLETOU 70 (SETENTA) ANOS APÓS A SENTENÇA CONDENATÓRIA E ANTES DO ACÓRDÃO QUE MANTVE INTEGRALMENTE A DECISÃO. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 115 DO CÓDIGO PENAL. EXTIÇÃO DA PUNIBILIDADE NÃO CONFIGURA-***

**DA. MAGISTRADO. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APLICAÇÃO DO ART. 92, I, DO CÓDIGO PENAL. CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA E PERDA DOS PROVENTOS. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS INFRINGENTES PARCIALMENTE PROVIDOS.**

*- Arguição preliminar da extinção da punibilidade pela consumação da prescrição punitiva em face da redução do prazo prescricional pela metade pela incidência do art. 115 do Código Penal, por ter completado 70 (setenta) anos após a sentença condenatória, porém antes da prolação do acórdão. Matéria apreciada de ofício, apesar de não ser objeto da divergência.*

*- Embargante que, à época da sentença condenatória, tinha 69 (sessenta e nove) anos de idade. Antes da prolação do acórdão, este meramente confirmatório da condenação, completou os 70 (setenta) anos de idade.*

*- A redução do prazo prescricional prevista no art. 115 do Código Penal deve ser aplicada quando o réu atinge 70 (setenta) anos até a data da primeira decisão condenatória (sentença ou acórdão). Com o entendimento contrário “vai-se prestigiar aquela pessoa que recorre, mesmo temerariamente, para lograr a prescrição” - Ministro Ricardo Lewandowsky, Extradicação 591/República Italiana, Informativo nº 445 do STF, 16 a 20 de outubro de 2006.*

*- Embargos opostos em face da divergência na aplicação ao embargante do efeito condenatório do art. 92, I, a, do Código Penal, requerendo a prevalência do voto vencido que considerou ilegal a perda da aposentadoria compulsória e dos proventos a ela referentes.*

*- Nos termos do art. 92, parágrafo único, do Código Penal, o efeito extrapenal da perda do cargo, função pública ou mandato eletivo não é automático. Hipótese em que a mera subsunção*

**do caso concreto à situação descrita na lei é insuficiente para atender à exigência de motivação específica declarada na sentença.**

**- Não é possível empregar analogia para determinar a perda dos proventos do condenado com fundamento no art. 92, I, do Código Penal, sob pena de violar o princípio da reserva legal do Direito Penal e contrariar as regras da hermenêutica jurídica, que vedam a ampliação das disposições que criam penalidades e restritivas de direitos. Embargos infringentes providos em parte.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, não conhecer dos Embargos Infringentes com relação à prescrição, vencido o Des. Federal Relator e o Des. Federal Lázaro Guimarães e, quanto ao mérito, deu provimento aos embargos infringentes quanto à questão da perda do cargo, vencido, nesta parte, o Des. Federal Francisco Cavalcanti, 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, 25 de abril de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO WILDSON DA SILVA DANTAS - Relator Convocado

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO WILDSON DA SILVA DANTAS (Convocado):

Embargos infringentes em apelação criminal, interpostos por Severino Marcondes Meira, contra julgado da eg. Segunda Turma deste Tribunal, que, por maioria, vencido o Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, negou provimento à apelação do Ministério Público Federal e à apelação do embargante, mantendo a sentença que o condenou à pena de 7 (sete) anos e 6 (seis) me-

ses de reclusão, e 161 (cento e sessenta e um) dias-multa, cada dia correspondendo ao valor de metade do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime previsto no art. 312 do Código Penal, bem como à perda de seu cargo público, ou, no caso, à aposentadoria, e seus proventos, nos termos do art. 92, I, a, do Código Penal e do art. 26, I, da Lei Complementar nº 35/97.

Em seu voto vencedor, o Des. Federal Francisco Barros Dias afirmou que o embargante, atualmente Juiz aposentado do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, teria, no período em que exerceu a presidência (15.11.1993 a 11.11.1995) praticado diversas irregularidades no manejo do dinheiro público, desviando-o em proveito próprio e de terceiros, como, por exemplo, a concessão de viagens aéreas e 23 (vinte e três) diárias para si e para seu filho para Paris/França, e, em seguida, para a Europa (Ilhas Gregas, Berlim, Praga, Salzburg e Zurique); concessão de passagens aéreas, sob falso pretexto de serviço, para si, outros juizes, parentes de juizes e servidores do TRT-13ª Região; concessão de passagens aéreas e diárias a pessoas estranhas ao quadro de funcionários do tribunal; diárias para servidores para a realização fictícia de correções no interior da Paraíba; diárias para juizes e servidores comparecerem a festividades, congressos de direito, inaugurações de fóruns e agraciamento com títulos de cidadãos de juizes do TRT da 13ª Região e despesas com o tratamento médico de servidor, filho de Juiz do dito Tribunal, o que acarretou sua condenação nas penas do art. 312 do Código Penal e à perda da aposentadoria compulsória e de proventos, porque efeito extrapenal da condenação, ressaltando que como *“o acusado foi aposentado compulsoriamente em virtude de processo administrativo disciplinar instaurado pelo TST, o efeito secundário da condenação recairá sobre a aposentadoria, implicando a perda de proventos”* – fl. 1225.

Em suas razões, o embargante sustenta que deve prevalecer o voto vencido da lavra do em. Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima (fls. 1232/1233), que divergiu apenas na parte referente à perda da aposentadoria, fundamentando-se em que o art. 92, I, do Código Penal refere-se apenas à perda de cargo, emprego e função pública, de forma que não se poderia interpretar analogicamente a norma penal para se criar uma punição não

prevista expressamente, especialmente quando se retira do servidor um direito para o qual ele contribuiu durante a vida inteira – fls. 1232/1233.

Afirma também que deve ser apreciada a questão da extinção da punibilidade pela consumação da prescrição com a redução pela metade prevista no art. 115 do Código Penal, apesar de não ter havido divergência neste ponto, porque ele contava com 72 (setenta e dois) anos de idade na época do julgamento da apelação, interpretando-se o termo “sentença” de forma ampla, entendido este como o último provimento judicial, com a aplicação da norma prevista no art. 115 do CP em seu benefício.

Contrarrazões do MPF às fls. 1357/1363, esclarecendo que, como o embargante foi aposentado compulsoriamente em razão do processo administrativo disciplinar instaurado pelo Tribunal Superior do Trabalho, o efeito secundário da condenação, previsto no art. 92, I, do Código Penal, deve recair sobre os proventos da aposentadoria, porque a perda do cargo implica na perda da aposentadoria (oriunda do cargo) e, como consequência, dos proventos a ela referente.

Com relação à extinção da punibilidade pela prescrição, afirma, em preliminar, que inexistente trânsito em julgado para a acusação, de forma que ainda não se poderia computar o prazo prescricional. Além disso, afirma que a análise da prescrição retroativa não seria admitida em sede de embargos infringentes, porque o dito recurso visa apenas à prevalência do voto vencido, que não tratou da matéria.

Em seu parecer, a douta Procuradoria Regional da República reitera os argumentos expendidos nas contrarrazões quanto à perda dos proventos, afirmando que o STJ, em situação semelhante, decidiu de forma asseada ao acórdão deste Tribunal, salientando, quanto à prescrição retroativa, que o embargante apenas completou 70 (setenta) anos após a prolação da sentença condenatória e, sendo o acórdão confirmatório da sentença, não se aplicaria o disposto no art. 115 do Código Penal.

É o relatório.

Ao eminente Revisor.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO WILDSON DA SILVA DANTAS (Relator Convocado):

Preliminarmente, informo a esse egrégio plenário que, depois de relatado o processo, e incluído em pauta, a parte atravessou petição de mão própria arguindo supostas nulidades processuais (fls. 1.388 e ss.).

Em que pese a parte possua capacidade postulatória, com inscrição na OAB Seccional Paraíba, considero que o pleito é absolutamente incabível. Sobreleva notar que a matéria só veio a ser suscitada extemporaneamente, e efetivamente não foi objeto da divergência, de modo que não poderia ser conhecida em sede de embargos infringentes e de nulidade, atropelando o procedimento. Aliás, a petição se afigura absolutamente inadequada até mesmo pelo momento processual, pelo que não conheço dessas alegações.

Superada essa questão prévia, passo a tratar dos elementos constantes da petição recursal.

Antes de tudo registro que, em que pese o posicionamento da douta Procuradoria da República, mesmo em sede de embargos infringentes cabe a aplicação do disposto no art. 61 do CPP, segundo o qual, *“em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício”*.

Especialmente com relação à incidência da prescrição da pretensão punitiva, ela, consumada, teria de ser reconhecida, com ou sem requerimento da parte beneficiada, eis que se cuida de matéria de ordem pública, que pode (e deve) ser apreciada, inclusive, *ex officio*, pelo magistrado.

À luz do art. 110, e parágrafos, do CP, *verbis*, vigente à época dos fatos:

Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com



trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.

§ 2º A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa.

Seguindo o entendimento do colendo Supremo Tribunal Federal (Súmula 146), o prazo prescricional a ser observado, após a prolação da decisão, quando transitada em julgado para a acusação, é baseado na pena em concreto, que, no presente caso, não ultrapassou a 4 (quatro) anos, *verbis*:

Súmula 146 - A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.

Todavia, no caso em apreço não há que se falar, ainda, no trânsito em julgado para a acusação, que pode recorrer aos Tribunais Superiores do acórdão que negou provimento à sua apelação, destinada a aumentar as penas privativas de liberdades imputadas na sentença ao ora embargante.

À guisa de argumentação, não há como se aplicar ao caso o disposto no art. 115 do Código Penal.

O embargante, nascido em 8 de julho de 1938, contava com 69 (sessenta e nove) anos à época da prolação da sentença que ocorreu em 6 de junho de 2008 (fl. 1036).

A sentença julgou procedente a denúncia, condenando-o pela prática do crime previsto no art. 312, *caput*, c/c o art. 71 do Código Penal, às penas de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 161 (cento e sessenta e um) dias-multa, sendo cada dia no valor de 1/2 (meio) salário mínimo vigente à época dos fatos e a condenação à perda da aposentadoria, e, por consequência, dos proventos, nos termos do art. 92, I, do Código Penal.

Após a sentença e antes do julgamento da apelação, o embargante completou 70 (setenta) anos.

O acórdão, prolatado em 19 de outubro de 2010, negou provimento às apelações do ora embargante e do MPF, mantendo a condenação imposta na sentença – fl. 1231.

Contra o acórdão o embargante opôs embargos declaratórios (fls. 1295/1296), os quais foram improvidos, em 26 de abril de 2011, fl. 1320.

Como fundamento de seu pedido, o embargante cita dois acórdãos do STF, que ora transcrevo:

PRESCRIÇÃO - IDOSO - ARTIGO 115 DO CÓDIGO PENAL E LEI Nº 10.741/03.

A completude e o caráter especial da norma do artigo 115 do Código Penal excluem a observação do Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/03 –, no que revela, como faixa etária a ser considerada, a representada por sessenta anos de vida.

PRESCRIÇÃO - ARTIGO 115 DO CÓDIGO PENAL - AFE-RIÇÃO DA IDADE NA DICÇÃO DA ILUSTRADA MAIORIA. Afere-se a idade do condenado, para definir-se a prescrição, na data da apreciação do mérito da ação penal. Ainda sob essa óptica, estando pendentes embargos declaratórios quando do implemento da idade, dá-se a incidência do preceito.

Entendimento diverso do relator, que leva em conta a faixa etária, para tal efeito, desde que completado o número de anos exigido em lei até o trânsito em julgado do decreto condenatório, nos termos de precedente do Plenário - Extradição nº 591-0, por mim relatada, cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 22 de setembro de 1995.

(STF, Primeira Turma, HC nº 89.969/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio, julg. 26.06.2007, publ. *DJE* 14.10.2007, pág. 474)

PRESCRIÇÃO. IDADE DO AGENTE. DEFINIÇÃO TEMPORAL.

Enquanto a menoridade é perquirida em face da data em que cometido o crime, a idade avançada o é relativamente ao último provimento judicial. O vocábulo “sentença” empregado no artigo 115 do Código Penal tem sentido amplo. Interposto recurso contra a condenação ou absolvição formalizada na primeira instância, considera-se a idade do agente na data do decreto condenatório a ser executado, presente a circunstância de que o acórdão proferido substitui a sentença atacada, quer a reforme ou confirme (artigo 512 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente). EXTRADIÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO

EXECUTÓRIA. Constatada a incidência da prescrição da pretensão executória do Estado requerente, tendo em vista o resíduo de pena a ser cumprida e a idade do extraditando a data do último provimento judicial (artigos 113 e 115 do Código Penal), impõe-se o indeferimento do pedido de extradição.

(STF. Pleno, EXT 591/República Italiana, Rel Ministro Marco Aurélio, julg. 01.06.1995, publ. 22.09.1995, pág. 01)

Guilherme de Souza Nucci, analisando a matéria, esclarece que “a lei é clara ao instituir o benefício do cômputo, pela metade, do período prescricional ao maior de 70 anos, na data da sentença. Por isso, pouco interessa a idade que possua no momento em que houver julgamento de recurso seu, proferindo-se um acórdão” - Código Penal Comentado, Ed. Revista dos Tribunais, 9ª edição, São Paulo, 2009, pág. 567.

Também o col. Supremo Tribunal Federal, em julgado mais recente, analisou considerando, conforme relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowsky, *verbis*:

Entendo que a prolação do acórdão somente deve ser considerada como marco temporal para a redução da prescrição em três hipóteses: 1) quando o agente é julgado diretamente por um colegiado; 2) quando há a reforma da sentença absolutória em julgamento de recurso para condenar o réu; e 3) quando ocorre a substituição do decreto condenatório em sede de recurso no qual se reforma parcialmente a sentença.

Não é possível, pois, a aplicação do art. 115 do Código Penal aos casos em que a condenação se dá mediante sentença e, em grau de recurso, há a mera confirmação da decisão proferida pelo juízo *a quo*.

Na hipótese, o paciente completou 70 anos de idade após o julgamento da apelação, enquanto aguardava o julgamento dos recursos interpostos contra as decisões que inadmitiram os recursos especial e extraordinário, o que indubitavelmente, não permite a aplicação do instituto da prescrição reduzida. Informativo nº 445 do STF, 16 a 20 de outubro de 2006.

Logo, não obstante a interpretação extensiva dada por alguns juristas à expressão “sentença”, considerando-a como o último provimento de mérito ocorrido no processo para efeito de declara-

ção da prescrição, filio-me ao entendimento de que tal dispositivo deve ser interpretado restritivamente, considerando-se o termo sentença como tal, no caso, a decisão penal que trata do mérito da ação penal, de caráter condenatório, especialmente quando o acórdão, decorrente do julgamento de apelação porventura interposta, confirma a sentença, sem qualquer alteração.

Transcrevo a ementa do acórdão do qual foi retirado o texto acima transcrito:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. AGENTE MAIOR DE 70 (SETENTA) ANOS. ESTATUTO DO IDOSO. REDUÇÃO DE METADE NO PRAZO PRESCRICIONAL. MARCO TEMPORAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA.

I - A idade de 60 (sessenta) anos, prevista no art. 1º do Estatuto do Idoso, somente serve de parâmetro para os direitos e obrigações estabelecidos pela Lei 10.741/2003. Não há que se falar em revogação tácita do art. 115 do Código Penal, que estabelece a redução dos prazos de prescrição quando o criminoso possui mais de 70 (setenta) anos de idade na data da sentença condenatória.

**II - A redução do prazo prescricional é aplicada, analogicamente, quando a idade avançada é verificada na data em que proferida decisão colegiada condenatória de agente que possui foro especial por prerrogativa de função, quando há reforma da sentença absolutória ou, ainda, quando a reforma é apenas parcial da sentença condenatória em sede de recurso.**

**III - Não cabe aplicar o benefício do art. 115 do Código Penal quando o agente conta com mais de 70 (setenta) anos na data do acórdão que se limita a confirmar a sentença condenatória.**

IV - Hipótese dos autos em que o agente apenas completou a idade necessária à redução do prazo prescricional quando estava pendente de julgamento agravo de instrumento interposto de decisão que inadmitiu recurso extraordinário.

V - Ordem denegada. (Grifo nosso)

(STF, Primeira Turma, HC nº 86.320/SP, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, julg. 17.10.23006, publ. *DJe*, 24.11.2006, pág. 880)

Nesse sentido estão os precedentes mais recentes do STF:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. ALEGAÇÃO DE SER O AGENTE MAIOR DE 70 (SETENTA) ANOS NA DATA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 115 DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DENEGADA.

**1. A prescrição da pretensão punitiva, na modalidade intercorrente ou superveniente, é aquela que “ocorre depois do trânsito em julgado para a acusação ou do improvimento do seu recurso, tomando-se por base a pena fixada na sentença penal condenatória” (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte geral. Volume 1. 11. ed. Impetus: Niterói, RJ, 2009, p. 738). Essa lição espelha o que diz o § 1º do art. 110 do Código Penal: “A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada”.**

**2. No caso, na data da publicação da sentença penal condenatória, o paciente contava 69 (sessenta e nove) anos de idade. Pelo que não há como aplicar a causa de redução do prazo prescricional da senilidade a que se refere o art. 115 do Código Penal. Até porque a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que tal redução não opera quando, no julgamento de apelação, o Tribunal confirma a condenação (HC 86.320, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; HC 71.711, da relatoria do ministro Carlos Velloso; e AI 394.065-AgR-ED-ED, da minha relatoria). (Grifo nosso)**

**3. Ordem indeferida, ante a não ocorrência da prescrição superveniente.**

(STF, Primeira Turma, HC nº 96.968/RS, Rel Ministro Carlos Britto, julg. 01.12.2009, publ. *DJe* 04.02.2010, pág. 130)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. INCOMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA PROCESSAR E JULGAR *HABEAS CORPUS* IMPETRADO CONTRAATO DE JUIZ DE DIREITO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA: AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

**1. A competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar *habeas corpus* é determinada constitucionalmente em razão do paciente ou da autoridade coatora (art. 105, inc. I, alínea c, da Constituição da República). Nesse rol constitucionalmente afirmado, não se inclui a atribuição daquele Superior Tribunal para processar e julgar, originariamente, ação de *habeas corpus* na qual figure como autoridade coatora juiz de direito.**

**2. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que o benefício da redução dos prazos da prescrição não é aplicável aos casos em que o agente completa setenta anos de idade depois da publicação da sentença penal condenatória e dos acórdãos que mantiveram essa decisão. Precedentes.**

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (Grifo nosso)  
(STF, Primeira Turma, AgrHC nº 94.067/RO, Relª. Ministra Cármen Lúcia, julg. 28.10.2008, publ. DJe 12.03.2009, pág. 48)

A se entender como sentença o último provimento judicial acerca do mérito, haveria, como alertou o Ministro Ricardo Lewandowski, na ocasião do julgamento da Extradicação nº 591, indicada como paradigma pelo embargante, “vai-se prestigiar aquela pessoa que recorre, mesmo temerariamente, para lograr a prescrição”.

No mesmo sentido dos precedentes do STF também já foi decidido pelo eg. Superior Tribunal de Justiça, embora haja precedentes em sentido diverso:

RECURSO ESPECIAL. CONCUSSÃO. ATIPICIDADE DA CONDUITA. MATÉRIA DE PROVA. SÚMULA 7. PRESCRIÇÃO. PRAZO. ART. 115 DO CP. BENEFÍCIO DA CONTAGEM EM METADE. 70 ANOS NA DATA DO ACÓRDÃO. EXISTÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. INVIABILIDADE.

O recurso especial não se presta ao exame de questões que demandem o exame probatório, a exemplo do defendido pela Recorrente no tocante à atipicidade da conduta. **A regra dos setenta anos completados à época do acórdão somente tem guarida se este foi a decisão**

**condenatória, porquanto, havendo sentença nesse sentido e, de igual modo, inexistindo sua modificação substancial por parte do colegiado, a benesse legal não alcança a pretensão do acusado em ver reduzida em metade o prazo da prescrição.**

Recurso especial desprovido. (Grifo nosso)

(STJ, Terceira Seção, Resp nº 650.363/SC, Rel. p/Acórdão Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julg. 23.02.2010, publ. *DJe* 16.08.2010, pág. 316)

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. ARTIGO 115 DO CÓDIGO PENAL. IDADE DO RÉU NA DATA DO ACÓRDÃO. DIVERGÊNCIA CARACTERIZADA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Incabível o recurso de embargos de divergência com base em dissídio com julgados da mesma Turma que proferiu o acórdão embargado. Inteligência do artigo 266 do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça.

**2. A redução do prazo prescricional, prevista no artigo 115 do Código Penal, só deve ser aplicada quando o réu atingir 70 anos até primeira decisão condenatória, seja ela sentença ou acórdão.**

3. Embargos de Divergência rejeitados. (Grifo nosso) .

(STJ, Terceira Seção, ERESP nº 749.912/PR, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, julg. 10.02.2010, publ. *DJU* 05.05.2010)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. USO DE DOCUMENTO FALSO. AGENTE MAIOR DE 70 ANOS NA DATA DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 115 DO CP. NÃO INCIDÊNCIA. CONTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

**1. Inaplicável a redução pela metade do prazo prescricional previsto no art. 115 do Código Penal ao agente com mais de 70 anos na data do acórdão que, em sede de apelação, limita-se a confirmar a sentença condenatória. Precedentes do STF e STJ.** (Grifo nosso)

2. Ordem denegada.

(STJ, Quinta Turma, HC nº 104.557/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, julg. 07.10.2008, publ. *DJU* 03.11.2008)

Afasto, portanto, a questão relativa à prescrição.

No mérito propriamente dito, com a devida vênia aos entendimentos dissonantes, penso que a decisão vergastada merece ser modificada. Explico.

A questão controvertida versa sobre o cabimento da cassação dos proventos de aposentadoria de magistrado como efeito anexo da sentença penal condenatória, com fundamento na regra do artigo 92, I, do Código Penal brasileiro. A regra dispõe o seguinte, *verbis*:

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;

III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

Pela leitura do parágrafo único do dispositivo, verifica-se que a perda do cargo ou função pública não constitui uma pena autônoma, senão um efeito secundário da condenação, cuja aplicação exige expressa motivação não prescindindo do exame individualizado quanto ao seu cabimento em cada caso concreto.

No caso dos autos, a juíza sentenciante sopesou as seguintes razões para justificar a perda dos proventos do embargante:

- o crime foi praticado com abuso de poder e com violação do dever para com a Administração Pública, por ter se valido o condenado da condição de gestor do TRT da 13ª Região (ordenador de despesas) para obter vantagem ilícita e conceder benefício idêntico a terceiros;

- a pena privativa de liberdade aplicada foi superior a um ano [pena de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão].



- considerando que o condenado foi aposentado compulsoriamente pelo TST, o efeito secundário da condenação recairá sobre a aposentadoria, implicando a perda dos proventos.

O acórdão recorrido praticamente reiterou os mesmos motivos para confirmar a decisão de primeiro grau.

Já aqui entendo que se verifica um defeito de fundamentação que prejudica a aplicação da penalidade. É que tanto a sentença quanto o acórdão se limitam a transcrever a letra da lei penal, nomeadamente a alínea a do inciso I, **sem expressar nenhuma razão objetiva pertinente ao caso concreto que justifique sua aplicação.**

Segundo penso, *data venia*, o enquadramento do suporte fático na descrição abstrata da regra de uma das alíneas é pressuposto indispensável mas insuficiente para a aplicação desse efeito secundário da condenação: a mera subsunção não se compadece com a exigência legal de uma motivação específica que deveria ser declarada na decisão judicial.

Insista-se nesse ponto: segundo a dicção legal a perda do cargo, função ou mandato eletivo não é efeito automático da sentença, fazendo-se indispensável uma motivação específica, motivação essa que deveria ser declarada, explicitada, não deixando margem de dúvida quanto às razões que tornam sua aplicação compatível com o caso em todas as suas circunstâncias.

No caso dos autos, *data venia*, não houve tal motivação, pois a decisão embargada nada mais fez que copiar o texto do Código Penal, abstendo-se de cumprir a exigência legal de uma exposição clara das particularidades que, no caso concreto, seriam a(s) causa(s), a(s) justificativa(s) especificada(s) para tão graves repercussões na esfera jurídica do condenado.

O silêncio nesse caso constitui desfiguração da finalidade buscada pela lei, chegando mesmo a contrariar a expressa determinação legal. No caso dos autos, a omissão da sentença e do acórdão tornaram o efeito consequência imediata da condenação, sem maiores considerações; isso nada mais que fazer desse um efeito automático da condenação, contrariando o disposto no parágrafo único do artigo 92 do Código, antes transcrito.

Em segundo lugar, registro que a decisão vergastada, *data venia*, não observou que as sanções prescritas pelo artigo 92 do Código Penal são taxativas, *numerus clausus*, não admitindo ampliação por meio de analogia para abranger situações que não estão previstas na norma de regência.

Deveras, o artigo 92, I, do Código Penal não prevê a cassação de aposentadoria como efeito da condenação. O dispositivo menciona literalmente a *“perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos”*.

E foi justamente esse o motivo da divergência. O voto vencido se distanciou da maioria formada ao fundamento de que, ausente expressa previsão legal, não subsiste respaldo para a decretação da perda dos proventos do juiz já aposentado, sobretudo porque, em face do princípio da reserva legal não se poderia, em hipótese alguma, admitir interpretação por analogia para criar pena ou ainda efeito extrapenal da condenação. Nas palavras do Des. Paulo Roberto: *“Ou existe cominação expressa na lei, ou não há a consequência em foco. Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, incluídos aí os efeitos da condenação”*.

Segundo penso esse raciocínio é irrepreensível. Se a perda dos proventos da aposentadoria não está prevista como efeito da condenação penal é absolutamente vedado ao intérprete acrescentar tal consequência sem prévia cominação pelo legislador.

Além disso, não posso deixar de mencionar outro argumento do voto vencido que considero de grande utilidade para esclarecer o real sentido da regra do artigo 92, I, do Código Penal, ora examinada, no que diz respeito às hipóteses descritas nas alíneas para autorizar a decretação da perda do cargo, função ou mandato eletivo.

Da leitura do dispositivo verifica-se que a perda cargo, função pública ou mandato eletivo só tem cabimento em duas situações.

A uma, quando o crime houver sido praticado com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; e a duas, quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro).

Enquanto no primeiro caso a permanência do condenado no cargo torna-se desaconselhável, já que praticou o crime se valendo de sua condição de servidor público; no segundo, a permanência torna-se inviável em virtude da duração da pena que o afasta por tempo muito longo do exercício de suas atribuições em prejuízo do serviço. Essas considerações foram muito bem explicitadas no voto vencido, de modo que peço licença fazer breve transcrição do excerto cuja clareza e precisão merecem ser prestigiadas:

Notem bem: quando a prática do crime denota que não é prudente que o servidor continue como servidor, porque ele pode, no exercício da função, abusar, então incide a consequência da exclusão. E se a pena for de mais de quatro anos também tem esse efeito. Por quê? Se o servidor vai ficar quatro anos privado de liberdade, não pode, a toda evidência seguir cumprindo suas tarefas e funções. Ambos os incisos se preocupam com o servidor enquanto servidor. Não se preocupam com o servidor enquanto aposentado. O servidor aposentado nem vai praticar atos de servidor, nem vai ter que trabalhar. Logo, não vejo lógica em se aplicar esse efeito extrapenal da condenação ao aposentado. A aposentadoria não se lhe pode retirar por uma falta que o servidor cometeu depois, exceto se fosse uma punição. Como o servidor transgrediu determinada norma, deve receber punição exemplar: a perda da aposentadoria. Era indispensável, para tanto, que houvesse uma previsão legal. Não é possível extrair de uma condenação, como consequência, a retirada de direito adquirido que já tinha o servidor que contribuiu a vida toda. Se alguém matar outrem, continua aposentado. Uma coisa não tem nada a ver com a outra, na minha visão. Na minha visão, essa perda da aposentadoria seria espécie desautorizada de pena autônoma.

Seguindo essa linha de raciocínio, entendo não ser possível decretar a perda dos proventos da aposentadoria como consequência secundária da condenação por absoluta ausência de fun-

damento legal, sendo certo que a analogia se afigura descabida não só pelo princípio da reserva legal, como também pela inadequação da interpretação com a finalidade pretendida pelo legislador ao editar a norma que prescreve esse efeito extrapenal da condenação.

Aliás, tenho sérias dúvidas até mesmo se esse efeito poderia ser aplicado, ainda que fora do processo penal, ou seja, no âmbito de uma ação cível com o propósito deliberado de determinar a perda dos proventos do magistrado condenado em ação penal.

Aqui, peço vênias para abrir parênteses a fim de explicitar algumas reflexões sobre o tema.

A propósito do cabimento, mesmo em tese, da cassação dos proventos da aposentadoria no caso específico do magistrado, devo registrar que não existe nenhuma disposição na Lei Orgânica da Magistratura, Lei Complementar nº 35/79, que preveja esse tipo de penalidade.

Leia-se o que diz o artigo 42 da LOMAN:

Art. 42 - São penas disciplinares:

I - advertência;

II - censura;

III - remoção compulsória;

IV - disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço;

V - aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço;

VI - demissão.

Parágrafo único - As penas de advertência e de censura somente são aplicáveis aos Juízes de primeira instância.

Percebe-se que, diferente do que ocorre na Lei Orgânica do Ministério Público, inexistente no regime jurídico próprio da magistratura qualquer menção à perda dos proventos como penalidade a ser imposta contra o juiz. Em outras palavras, dentre as penalidades cominadas pela LOMAN não se encontra a cassação da aposentadoria, sendo que o que mais se aproxima disso – a pena de demissão – com ela não se confunde.

Haveria então de suprir-se a lacuna legislativa por meio da analogia? Penso que não.

Segundo as regras clássicas da hermenêutica jurídica as disposições que criam penalidades e as regras restritivas de direitos devem ser interpretadas restritivamente.

Essa proposição, válida na interpretação do Direito em geral, ganha especial relevância em se tratando de normas que limitam direitos humanos. É que no Estado Democrático de Direito os direitos fundamentais são a pedra de toque da ordem constitucional e, em decorrência disso, a boa hermenêutica constitucional determina que as disposições limitadoras dos direitos humanos sejam interpretadas restritivamente.

Pois bem, sabe-se que o direito à Previdência é indiscutivelmente um direito fundamental do ser humano; é o que expressa o Direito Internacional dos Direitos Humanos:

### **Declaração Universal dos Direitos Humanos**

Artigo XII.

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

### **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948)**

Artigo XVI

Toda pessoa tem direito à previdência social de modo a ficar protegida contra as consequências do desemprego, da velhice e da incapacidade que, provenientes de qualquer causa alheia a sua vontade, a impossibilitem física ou mentalmente de obter meios de subsistência.

Isso sem mencionar o artigo 6º da Constituição da República, que proclama como direitos sociais “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, **a previdência social**, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Como então defender a criação por analogia de norma que não só institui uma penalidade como também cria restrição a um direito fundamental do ser humano?

Nesse passo, é de todo conveniente enfatizar que a aposentadoria é um direito que se adquire pelo recolhimento de contribuições para os institutos de Previdência, juntamente com o cômputo do tempo laborado; é algo que se conquista ao longo de uma vida inteira de trabalho.

Por essa premissa vê-se que existe séria contradição no emprego da perda dos proventos da aposentação como forma de penalidade, por mais indigno que tenha sido o comportamento do favorecido: é que essa medida implicitamente manifesta a concepção da aposentadoria como uma benesse concedida de forma graciosa e que, por isso mesmo, pode ser solapada à guisa de reprimenda.

Entendo, ao contrário, que a aposentadoria deve ser compreendida objetivamente, como o direito que se adquire em contrapartida aos descontos mensais realizados nos estípedios do beneficiário, em cumulação com o tempo de trabalho prestado. A partir desse ponto de vista, não há negar que a cassação de uma aposentadoria sempre gera uma situação de renomada injustiça, porque implica a apropriação pelo Estado dessas contribuições, sem a contrapartida devida e sem ressarcimento de qualquer espécie.

Que não restem dúvidas quanto a esse ponto: a cassação da aposentadoria constitui uma penalidade verdadeiramente cruel, pois priva o condenado dos meios materiais mínimos de que necessita para uma existência humana digna. Por esse motivo, entendo que exorbita do razoável o emprego de analogia que dê azo à aplicação dessa espécie de penalidade, ao arrepio da lei.

Concluída a digressão, retorno ao ponto inicial para reafirmar, com a licença de quem possa pensar de modo diferente, que não é possível fundamentar a perda dos proventos do condenado no artigo 92, I, do Código Penal, em detrimento ao princípio da reserva legal no Direito Penal, além de contrariar as regras da boa hermenêutica jurídica.

Sob o influxo de tais considerações, dou provimento aos embargos infringentes fazendo prevalecer o voto vencido, afastando a aplicação do efeito do artigo 92, I, do Código Penal para decretar a perda dos proventos da aposentadoria.

É como voto.

## **MEDIDA CAUTELAR (VICE-PRESIDÊNCIA) Nº 2.806-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA  
Requerente: UNIÃO  
Requerido: MARCELINO RODRIGUES MENDES FILHO  
Agravante: UNIÃO

**EMENTA: MEDIDA CAUTELAR QUE VISA À ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. INDEFERIMENTO PELO PRESIDENTE OU VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL. AGRAVO REGIMENTAL PARA O TRIBUNAL PLENO. INADMISIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ.**

**- Agravo regimental interposto contra decisão (fls. 23/26) proferida nos autos da MCVP nº 2.806/CE que deferiu, parcialmente, a medida liminar requerida, para emprestar efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário manejados na AC 465.005-CE (Processo nº 2007.81.00.020782-4), apenas em relação à extensão dos efeitos do aresto deste Tribunal a todos os candidatos que realizaram a prova objetiva no concurso para Procurador da Fazenda Nacional, regido pelo Edital ESAF nº 35/2007, mantendo, todavia, os seus efeitos em relação ao autor Marcelino Rodrigues Mendes Filho.**

**- Sustenta a agravante que nos termos do ordenamento jurídico pátrio, a acessibilidade aos cargos públicos está condicionada ao preenchimento dos requisitos estabelecidos em lei, consoante a legislação de regência (artigos 10, 11, e 12 da Lei 8.110/90 e art. 21 da Lei Complementar nº 73/93, no caso da ré), e, notadamente, ainda os incisos I e II do art. 37 da Constituição Federal, que compete à Administração, desde que, respeitados os princípios de legalidade, moralidade, impessoalidade, e isonomia entre os concor-**

***rentes, fixar os requisitos para o concurso, que para ter acesso ao cargo de Procurador da Fazenda Nacional o candidato deverá submeter-se ao processo seletivo (concurso) nos termos da legislação e do edital regedores da matéria, que conforme previsto no Edital ESAAF nº 35/2007 que rege o certame objeto da contenda, seria necessário obter na fase objetiva do concurso um mínimo de 50% de acertos no somatório dos pontos do conjunto das provas de cada grupo de disciplina e mínimo de 60% de acerto na prova (subitem 8.4.7 e 8.4.8), que o requerido, no entanto, não obteve tais notas mínimas, de forma que não satisfez requisito mínimo fixado pelo edital, ou seja, não foi aprovado no pertinente concurso de provas e títulos para ingresso na carreira de Procurador da Fazenda Nacional, e mesmo assim, por força da decisão que se busca suspender os efeitos teve reconhecida sua condição de aprovado, após correção de questão por este Tribunal Regional Federal, que o réu insurgiu-se contra critérios adotados pela Administração para selecionar candidatos a concurso público, que questiona e contraria norma editalícia expressa a qual determina a submissão dos candidatos a todas as questões da prova, que os critérios estabelecidos pela Administração para seleção dos candidatos, dizem respeito ao mérito administrativo, não sendo suscetíveis de exame pelo Poder Judiciário, que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que ao Judiciário é vedado ingressar no mérito das correções de questões em concurso público, ao menos que esteja comprovada a desobediência ao Edital, ou patente ilegalidade, que os efeitos do cumprimento da medida ora atacada, causarão sérias lesões ao erário e à própria organização da Administração Pública e que a decisão causa amplo gravame à organização da***



**Administração e a toda a higidez de um concurso público.**

**- A medida cautelar com o escopo de atribuir efeito suspensivo a recurso excepcional tem natureza meramente incidental, não constituindo ação autônoma, a demandar processamento e julgamento, motivo pelo qual dispensada a citação da parte contrária. Precedente do STF (Pet 2466 QO / PR). Desse modo, conclui-se que não há que se falar em pleito liminar, mas em apreciação definitiva do pedido cautelar.**

**- O STJ, no julgamento do AgRg na MC nº 14.639/AL, da relatoria do Min. Ari Pargendler (Corte Especial, julgado em 06/05/2009, DJe 07/12/2009), adotando igual entendimento do STF, posicionou-se ainda no sentido de que as decisões que objetivem a concessão ou não de efeito suspensivo aos recursos excepcionais “inserem-se no âmbito genérico do juízo prévio de admissibilidade, cometido, pela lei processual, não a órgão colegiado do Tribunal recorrido, mas sim ao seu Presidente (ou Vice-Presidente) (CPC, art. 541), que, nessa condição, atua como órgão delegado do STF”, sendo certo que “Justamente por isso, não cabe agravo regimental para a Corte Especial”.**

**- Incabível o agravo regimental, para o Plenário do Tribunal Regional Federal, das decisões do Vice-Presidente que apreciam os pedidos cautelares manejados com a finalidade de atribuir efeito suspensivo, efeito suspensivo ativo ou antecipação da tutela recursal a recurso especial ou extraordinário.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide o Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, não conhecer o agravo regimental, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráfi-

cas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 29 de fevereiro 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator Vice-Presidente

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Vice-Presidente):

Trata-se de agravo regimental (fls. 29/36) interposto pela União contra decisão (fls. 23/26) proferida nos autos da MCVF nº. 2.806/CE, que deferiu pedido cautelar de atribuição de efeito suspensivo aos Recursos Especial e Extraordinário interpostos.

Sustenta a agravante que nos termos do ordenamento jurídico pátrio, a acessibilidade aos cargos públicos está condicionada ao preenchimento dos requisitos estabelecidos em lei, consoante a legislação de regência (artigos 10, 11, e 12 da Lei 8.110/90 e art. 21 da Lei Complementar nº 73/93, no caso da ré), e, notadamente, ainda os incisos I e II do art. 37 da Constituição Federal, que compete à Administração, desde que respeitados os princípios de legalidade, moralidade, impessoalidade, e isonomia entre os concorrentes, fixar os requisitos para o concurso, que para ter acesso ao cargo de Procurador da Fazenda Nacional o candidato deverá submeter-se ao processo seletivo (concurso) nos termos da legislação e do edital regedores da matéria, que conforme previsto no Edital ESAF nº 35/2007 que rege o certame objeto da contenda, seria necessário obter na fase objetiva do concurso um mínimo de 50% de acertos no somatório dos pontos do conjunto das provas de cada grupo de disciplina e mínimo de 60% de acerto na prova (subitem 8.4.7 e 8.4.8), que o requerido, no entanto, não obteve tais notas mínimas, de forma que não satisfez requisito mínimo fixado pelo edital, ou seja, não foi aprovado no pertinente concurso de provas e títulos para ingresso na carreira de Procurador da Fazenda Nacional, e mesmo assim, por força da decisão que se busca suspender os efeitos, teve reconhecida sua condição de aprovado, após correção de questão por este Tribunal Regional Fed-

ral, que o réu insurgiu-se contra critérios adotados pela Administração para selecionar candidatos a concurso público, que questiona e contraria norma editalícia expressa a qual determina a submissão dos candidatos a todas as questões da prova, que os critérios estabelecidos pela Administração para seleção dos candidatos dizem respeito ao mérito administrativo, não sendo suscetíveis de exame pelo Poder Judiciário, que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que ao Judiciário é vedado ingressar no mérito das correções de questões em concurso público, ao menos que esteja comprovada a desobediência ao Edital, ou patente ilegalidade, que os efeitos do cumprimento da medida ora atacada causarão sérias lesões ao erário e à própria organização da Administração Pública e que a decisão causa amplo gravame à organização da Administração e a toda a higidez de um concurso público.

Requer, assim, seja reconsiderada a decisão ou submetida ao Plenário a fim de que seja provido o agravo.

Dispensada a apresentação de contrarrazões e a inclusão em pauta nos termos do Regimento Interno deste Tribunal.

É o que importa relatar.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator Vice-Presidente):

No julgamento da MCVP 3.058-CE, este Tribunal Pleno entendeu por unanimidade, seguindo o entendimento da Corte Especial do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que não cabe agravo regimental da decisão do Presidente ou Vice-Presidente que aprecia pedido de concessão de efeito suspensivo (e evidentemente de efeito suspensivo ativo e antecipação de tutela recursal) a recurso extraordinário ou especial.

Por outro lado a medida cautelar com o escopo de atribuir efeito suspensivo a recurso excepcional tem natureza meramente incidental, **não constituindo ação autônoma**, a demandar processamento e julgamento, motivo pelo qual dispensada a citação da parte contrária, segundo entendimento do STF. Vejamos:

MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECISÃO REFERENDADA POR TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRESSUPOSTOS ESSENCIAIS À OUTORGA DE EFICÁCIA SUSPENSIVA A RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

- A concessão de medida cautelar, pelo Supremo Tribunal Federal, quando requerida com o objetivo de atribuir eficácia suspensiva a recurso extraordinário, exige, para viabilizar-se, a cumulativa observância dos seguintes pressupostos: (1) instauração da jurisdição cautelar do Supremo Tribunal Federal, motivada pela existência de juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário, (2) viabilidade processual do recurso extraordinário, caracterizada, dentre outros requisitos, pelas notas da tempestividade, do prequestionamento explícito da matéria constitucional e da ocorrência de ofensa direta e imediata ao texto da Constituição, (3) plausibilidade jurídica da pretensão de direito material deduzida pela parte interessada e (4) ocorrência de situação configuradora de *periculum in mora*. Precedentes. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA E DESCABIMENTO DA CITAÇÃO.

**- A outorga ou recusa de eficácia suspensiva a recurso extraordinário, em sede de medida cautelar inominada, constitui provimento jurisdicional que se exaure em si mesmo, não dependendo, por tal motivo, da ulterior efetivação do ato citatório, posto que incabível, em tal hipótese, o oferecimento de contestação, eis que a providência cautelar em referência não guarda – enquanto mero incidente peculiar ao julgamento do apelo extremo – qualquer vinculação com o litígio subjacente à causa.** O procedimento cautelar, instaurado com o objetivo de conferir efeito suspensivo ao apelo extremo, rege-se, no Supremo Tribunal Federal, por norma especial, de índole processual (RISTF, art. 21, V), que, por haver sido recebida, pela nova Constituição da República, com força e eficácia de lei (RTJ 167/51), afasta a incidência – considerado o princípio da especialidade – das regras gerais constantes do Código de Processo Civil (art. 796 e seguintes). Precedentes. (STF - 2ª Turma - Pet 2466 QO / PR - PARANÁ - Rel. Min. Celso de Mello - Public. DJ 26/04/2002 - original sem destaque)

Desse modo, conclui-se que não há que se falar em pleito liminar, mas em apreciação definitiva do pedido cautelar.

O STJ, adotando igual entendimento do STF, posicionou-se ainda no sentido de que as decisões que objetivem a concessão ou não de efeito suspensivo aos recursos excepcionais *“inserir-se no âmbito genérico do juízo prévio de admissibilidade, cometido, pela lei processual, não a órgão colegiado do Tribunal recorrido, mas sim ao seu Presidente (ou Vice-Presidente) (CPC, art. 541), que, nessa condição, atua como órgão delegado do STF”*, sendo certo que *“Justamente por isso, não cabe agravo regimental para a Corte Especial”*. É esta a ementa do acórdão proclamado nos autos do AgRg na MC nº 14.639/AL, da relatoria do Min. Ari Pargendler (Corte Especial, julgado em 06/05/2009, DJe 07/12/2009), seguido do voto-vista do Min. Teori Zavascki:

PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR AJUIZADA PARA ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO SOBRESTADO.

Subsiste a competência do Presidente do Tribunal, ou do Vice-Presidente quando isso estiver na sua alçada, para decidir acerca da atribuição de efeito suspensivo se o recurso extraordinário for sobrestado na forma do art. 543-B, § 1º, do Código de Processo Civil; a eventual irrisignação deve ser endereçada ao Supremo Tribunal Federal, porque o exercício dessa competência é delegado apenas ao Presidente do Tribunal, e não ao respectivo colegiado. Agravo regimental não conhecido.

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. INDEFERIMENTO, PELA VICE-PRESIDÊNCIA, DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO SOBRESTADO POR TRATAR DE MATÉRIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. Mesmo em se tratando de recurso extraordinário sobrestado por versar matéria de repercussão geral (CPC, 543-B, § 1º), é cabível pedido de medida cautelar para obtenção de efeito suspensivo, cuja decisão cabe ao Presidente ou ao Vice-Presidente do Tribunal recorrido, nos termos da Súmula 634-STF. (STF, Pleno, Questão de Ordem na AC 2.177, julgamento de 12.11.08, Min. Ellen Gracie, Informativo 528)

2. Segundo a jurisprudência do STF, as denominadas medidas cautelares para obter efeito suspensivo a recurso extraordinário não têm natureza de ação cautelar autônoma, mas de mero incidente no processamento do recurso (Ag. de Pet. 1.440-4, 1ª T., Min. Moreira Alves, *DJ* de 29-5-1998; Questão de Ordem na Pet. 2.466 MC-QO, 2ª T., Min. Celso de Mello, *DJ* de 26-4-2002). As decisões a respeito, a exemplo das relacionadas à retenção ou não do recurso extraordinário (CPC, art. 542, § 3º), inserem-se no âmbito genérico do juízo prévio de admissibilidade, cometido, pela lei processual, não a órgão colegiado do Tribunal recorrido, mas sim ao seu Presidente (ou Vice-Presidente) (CPC, art. 541), que, nessa condição, atua como órgão delegado do STF.

3. Justamente por isso, não cabe agravo regimental para a Corte Especial das decisões do Vice-Presidente do STJ, proferidas no âmbito do juízo prévio de admissibilidade de recurso extraordinário (STJ, AgRg no RE no Ag 890875, CE, Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* de 17.03.08), inclusive as que dizem respeito à retenção ou não do recurso (CPC, art. 542, § 3º) ou à concessão ou não de efeito suspensivo.

4. Agravo regimental não conhecido.

(Ementa do voto-vista proferido pelo Min. Teori Zavascki no julgamento do AgRg na MC 14639/AL, que foi acolhido, pela maioria, da Corte Especial, não conhecendo do agravo regimental)

Desse modo, seguindo entendimento da Corte Especial do colendo Superior Tribunal de Justiça, não cabe agravo regimental da decisão do Presidente ou Vice-Presidente que aprecia pedido de concessão de efeito suspensivo (e evidentemente de efeito suspensivo ativo e antecipação da tutela recursal) a recurso extraordinário ou especial.

Ante o exposto, não conheço o agravo regimental.

Tendo em vista que desta decisão não cabe recurso, arquivem-se os autos com baixa na Distribuição, restando prejudicada a decisão que determinou a citação da União.

É como voto.

## **ÍNDICE SISTEMÁTICO**

---





## **JURISPRUDÊNCIA**

### **AÇÃO PENAL**

47-PB	Rel. Des. Federal Francisco Wildo .....	13
-------	---	----

### **AÇÃO RESCISÓRIA**

6221-RN	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira .....	59
6323-AL	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho .....	69
6605-SE	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho .....	77

### **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

114772-PE	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria .....	83
120084-PE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro .....	95

### **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO**

4621-CE	Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior ..	102
12771-PE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano .....	115
16223-CE	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria ...	126
18394-CE	Rel <sup>a</sup> . Des <sup>a</sup> . Federal Nilcéa Maria Barbosa Maggi (Convocada) .....	138
20769-SE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena .....	156
20874-PB	Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho (Convocado) .....	174
21474-PE	Rel. Des. Federal Walter Nunes da Silva Júnior (Convocado) .....	186

### **APELAÇÃO CÍVEL**

454421-CE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt .....	207
461549-CE	Rel <sup>a</sup> . Des <sup>a</sup> . Federal Nilcéa Maria Barbosa Maggi (Convocada) .....	233
495033-CE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt .....	244
531330-PE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias .....	250
532291-PE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo .....	266
532875-CE	Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior ..	273
538104-PB	Rel <sup>a</sup> . Des <sup>a</sup> . Federal Margarida Cantarelli .....	294

## **APELAÇÃO CRIMINAL**

5654-PE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena .....	306
6734-PE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro .....	329

## **ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA APELAÇÃO CÍVEL**

469454-AL	Rel. Des. Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá (Convocado) .....	338
-----------	--	-----

## **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL**

526201-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães .....	398
-----------	--	-----

## **EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE NA APELAÇÃO CRIMINAL Nº 47-PB**

47-PB	Rel. Des. Federal Frederico Wildson da Silva Dantas (Convocado) .....	403
-------	--	-----

## **MEDIDA CAUTELAR (VICE-PRESIDÊNCIA)**

2806-CE	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira .....	423
---------	--	-----

## **ÍNDICE ANALÍTICO**

---



## A

- Ct e Adm      Ação civil pública. FUNAI. Desocupação de terras indígenas. Cabimento. Tutela estatal. Indisponibilidade das terras tradicionalmente ocupadas por índios. Perda das construções ou benfeitorias não removíveis em favor da comunidade indígena e reconhecimento ao réu do direito de levar consigo as benfeitorias que possam ser removidas. AC 531330-PE ..... 250
- PrCv            Ação rescisória. Aposentadoria por tempo de serviço. Preliminares. Ausência de documento essencial à propositura da ação rescisória. Sentença e certidão de trânsito em julgado. Improriedade da via processual eleita. Irregularidade de representação da parte. Rejeição. Mérito. Documento novo. CNIS. Período de 1976 a 1984 averbado após o trânsito em julgado do acórdão rescindendo. Confissão. Inexistência. Improcedência da rescisória. AR 6221-RN ..... 59
- PrCv            Ação rescisória calcada em violação literal a dispositivo de lei. Ausência de intimação pessoal da Defensoria Pública da União, que assistia a ora autora, de despacho que recebia recurso de apelação formulado pela Fazenda Nacional. Não oferecimento de contrarrazões. Ausência de prejuízo à parte. Improcedência do pedido rescisório. AR 6605-SE ..... 77
- Ct e Adm      Arguição de inconstitucionalidade. Sistema de cotas raciais. Resolução de Universidade Federal que destina parte das vagas do concurso vestibular para candidatos auto-declarados negros. Ato normativo cuja cons-

titucionalidade é informada à luz dos princípios constitucionais da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade. Conceito material do princípio da igualdade que se deve sobrepor a sua expressão meramente formal. Fundamento constitucional nos arts. 1º e 3º, I, III e IV, bem como nos arts. 7º, XX, e 37, todos da Carta Magna. Reconhecimento pelo Estado Brasileiro das denominadas *perdas acumuladas* em relação aos negros. Incidente de inconstitucionalidade rejeitado. AI na AC 469454-AL ..... 338

PrCv

Autos. Retorno determinado pela Vice-Presidência, em face de divergência do julgado em apreço com o entendimento do STJ, que rejeita a aplicação do CPC, art. 741, parágrafo único, a julgado que teve seu trânsito anterior à vigência do dispositivo citado. Aplicação do percentual de 47,94%, desde março de 1994, fruto da Lei 8.676, de 13/06/96, concedido em segundo grau, em julgado datado de 03/03/98, quando o STF, em sessão ocorrida em 14/05/97, em sede liminar, já tinha concedido liminar para suspender a aplicação de tal percentual pelo TRT de Mato Grosso, por considerá-lo inconstitucional. AR 6323-AL ..... 69

## C

Adm, Cv, Ct e PrCv

Cessão de terrenos de marinha. Suspensão dos efeitos. Pagamento prévio de indenização ou seu depósito judicial em sede de antecipação de tutela. Impossibilidade. Pedido de produção antecipada de provas e de extração de cópias de autos de processos administrativos para viabilização da plena defesa. Cabimento. AgTr 114772-PE ..... 83

Trbt COFINS. Distribuidora de alimentos. Faturamento. Incidência apenas sobre comissão. Impossibilidade. Constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo. Exclusão de juros no parcelamento. Impossibilidade. AC 461549-CE ..... 233

Trbt Contribuições previdenciárias. NFLD's. Adução de pessoa jurídica sob o fundamento de omissão de receitas, de distribuição presumida de pró-labore (retirada irregular) e de integrarem o salário-de-contribuição os pagamentos relativos à alimentação dos trabalhadores/empregados (parcelas *in natura*), em razão da ausência de inscrição da empresa no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT. Celebração posterior de parcelamento da dívida fiscal. Discussão judicial acerca dos créditos tributários objeto do parcelamento. Possibilidade no caso em tela. Existência de perícia oficial comprovando a inexistência do fato imponible (omissão de receita). APELREEX 18394-CE ..... 138

## D

Prev e PrCv Decadência. Não acolhimento. Desaposentação. Renúncia a uma aposentadoria para obtenção de outra mais vantajosa. Direito disponível. Possibilidade. Aproveitamento das contribuições previdenciárias após a aposentadoria. Possibilidade. Necessidade de devolução das parcelas percebidas em função da aposentadoria anterior. APELREEX 20769-SE ..... 156

## E

Cv e PrCv Embargos de declaração. Indenização securitária. Atleta profissional. Acidente cardiovascular. Alegação de impossibilidade de adequação do evento ao conceito de acidente pessoal previsto no contrato de seguro. Obscuridade. Inocorrência. Omissão. Saneamento sem conferir efeitos infringentes ao julgado. ED na AC 526201-PE ..... 398

Pen e PrPen Embargos infringentes. Prescrição. Ausência de trânsito em julgado para a acusação. CP, art. 115. Inaplicabilidade. Agente que completou 70 anos após a sentença condenatória e antes do acórdão que manteve integralmente a decisão. Não incidência do CP, art. 115. Extinção da punibilidade não configurada. Magistrado. Aposentadoria compulsória. Sentença condenatória. Aplicação do CP, art. 92, I. Cassação da aposentadoria e perda dos proventos. Impossibilidade. ENUL na ACr 47-PB ..... 403

Adm Enteroplastia Proporcional Valvulada – EPV. Cirurgia experimental. Conselho Federal de Medicina e CREMEPE. Proibição da realização do procedimento. Possibilidade. Ausência de ilegalidade. AgTr 120084-PE ..... 95

## I

Ct e Adm Improbidade administrativa exclusivamente ressarcitória. Prescrição das demais pretensões. Existência de acórdão do TCU com eficácia executiva. Sentença que julgou extinto o processo sem resolução do mérito diante da ausência de interesse do MPF. Inocorrência. Existência de interesse



de agir. Legitimidade do MPF constitucionalmente reconhecida. Ausência de norma legal que estabeleça hierarquia entre o título executivo extrajudicial e a ação de improbidade. Convênio. Verbas federais. Dano ao erário público. Ocorrência. Aparente contradição de julgamentos do TCM e do TCU. Inexistência. Competência constitucional do TCU. Ressarcimento ao erário. Imposição. AC 454421-CE ..... 207

Trbt IPI. Mercadorias dadas a título de bonificação. Não incidência. Prescrição. Compensação. Limitação aos recolhimentos comprovados no *writ*. APELREEX 16223-CE ..... 126

## M

Ct, Adm, PrCv Mandado de segurança impetrado contra ato de autoridade federal. Incompetência absoluta do juízo estadual. CF, art. 109, VIII. Sentença nula. Causa em condições de imediato julgamento. Aplicação, por analogia, do CPC, art. 515, § 3º. Benefício de amparo social. Suspensão indevida. Ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Restauração do benefício assistencial que se impõe. AC 532875-CE ..... 273

Com Marca e nome comercial. Proteção. Coexistência das marcas “Jucil” e “J Jocil”. Impossibilidade. Afinidade mercadológica. Direito de exclusividade. AC 495033-CE ..... 244

PrCv Medida cautelar que visa à atribuição de efeito suspensivo a recursos especial e extraordinário. Indeferimento pelo Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal. Agravo

regimental para o Tribunal Pleno. Inadmissibilidade. AgRg na MCVP 2806-CE ..... 423

Aduaneiro e Trbt Mercadorias apreendidas. Ausência de declaração de manifesto de cargas no SISCO-MEX. Carga de Passagem-PAS. Ausência de dano concreto ao Erário. Relevação da pena. Aplicação das multas previstas na legislação aduaneira. APELREEX 12771-PE ..... 115

## P

Pen e PrPen Peculato-furto. Contêineres com mercadoria apreendida pela alfândega. Corrupção passiva. Corrupção ativa. Funcionário público. Equiparação. Crime de falso. Absorção pelo crime de peculato-furto. Materialidade e autoria comprovadas. Crime de quadrilha. Não ocorrência. ACr 5654-PE ..... 306

Ct, Amb, Adm Porte de objetos/materiais/equipamentos de mergulho ligados à prática de pesca proibida/pesca predatória/captura de lagostas. Auto de infração lavrado. Equipamento de pesca e embarcação apreendidos. Imposição de multa. Valor reduzido. Ausência de produtos da pesca proibida. Liberação do barco pesqueiro. APELREEX 20874-PB ..... 174

## Q

Pen e PrPen Quadrilha especializada na obtenção fraudulenta de benefícios de auxílio-reclusão. Assunção de um dos denunciados ao cargo de prefeito municipal. Desmembramento do feito. Estelionato. Formação de quadrilha. *Emendatio libelli* em relação a uma das condutas. Inserção de dados falsos em sistema informatizado da Administração Pú-

blica. Condenação. Dosimetria. Extinção da punibilidade quanto ao crime de formação de quadrilha. APn 47-PB ..... 13

## R

Cv Responsabilidade civil. Ação indenizatória ajuizada pela União. Despesas tidas como efetuadas com a realização de eleições suplementares. Divergência de entendimento da própria Justiça Eleitoral acerca da configuração ou não de inelegibilidade constitucional por parentesco. Registro de candidatura deferido por decisão de 2º Grau, posteriormente modificada pelo TSE. Inexistência de ato ilícito por parte do candidato. AC 532291-PE ..... 266

Adm e PrCv Responsabilidade civil. Prescrição. Inocorrência. Denúnciação da lide. Inadmissibilidade. Instituição de ensino federal. Negligência na prestação do serviço de vigilância. Aluno. Lesão corporal gravíssima. Responsabilidade subjetiva do Estado. Danos morais. Valor da indenização. Redução. APELREEX 21474-PE ..... 186

## S

Adm Servidor público. Tempo de serviço especial. Direito à retroação da aposentadoria. Reconhecimento jurídico. Conversão da licença-prêmio não gozada em pecúnia e devolução da contribuição previdenciária indevidamente paga. Possibilidade. APELREEX 4621-CE ..... 102

## T

Prev	Trabalhador rural. Aposentadoria por idade. Prova testemunhal e material. Vínculos empregatícios urbanos. Complementação de renda. Direito à concessão do benefício. AC 538104-PB ..... 294
Pen	Tráfico internacional de pessoas para exploração sexual. Prescrição. Inocorrência. Ajuda financeira e direcionamento para o local de prostituição. Comprovação da materialidade e da autoria delitivas. Concurso formal. Não ocorrência. ACr 6734-PE ..... 329