

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

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

Número 102 - Março/Abril - 2013

R. TRF 5ª Região, nº 102, p. 1-476, Março/Abril - 2013



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

**Diretor da Revista  
DESEMBARGADOR FEDERAL  
VLADIMIR SOUZA CARVALHO**

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 VLADIMIR SOUZA CARVALHO

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

**FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS** - 15.08.03

Presidente

Desembargador Federal

**EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR** - 21.07.10

Vice-Presidente

Desembargador Federal

**FRANCISCO BARROS DIAS** - 12.01.09

Corregedor

Desembargador Federal

**JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES** - 30.03.89

Coordenador dos Juizados Especiais Federais

Desembargador Federal

**JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA** - 29.04.92

Desembargador Federal

**FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS** - 13.03.96

Desembargadora Federal

**MARGARIDA CANTARELLI** - 09.12.99

Desembargador Federal

**FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI** - 03.07.00

Desembargador Federal

**LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA** - 03.07.00

Desembargador Federal

**PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA** - 17.05.01

Desembargador Federal  
**MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS** - 03.12.03  
Diretor da Escola de Magistratura Federal

Desembargador Federal  
**MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT** - 08.08.07

Desembargador Federal  
**VLADIMIR SOUZA CARVALHO** - 27.02.08  
Diretor da Revista

Desembargador Federal  
**ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA** - 05.05.08

Desembargador Federal  
**JOSÉ EDUARDO DE MELO VILAR FILHO** - CONVOCADO

# **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO**

## **TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)**

Presidente: Desembargador Federal FRANCISCO WILDO L. DANTAS  
Vice-Presidente: Desembargador Federal EDILSON NOBRE  
Corregedor: Desembargador Federal FRANCISCO BARROS DIAS

## **PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)**

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

## **SEGUNDA TURMA (terças-feiras)**

Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE O. LIMA - Presidente  
Desembargador Federal VLADIMIR SOUZA CARVALHO  
Desembargador Federal JOSÉ EDUARDO DE MELO V. FILHO (Convocado)

## **TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)**

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

## **QUARTA TURMA (terças-feiras)**

Desembargadora Federal MARGARIDA CANTARELLI - Presidente  
Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES  
Desembargador Federal ROGÉRIO FIALHO MOREIRA





# SUMÁRIO

---

1. Jurisprudência .....	13
2. Índice Sistemático .....	463
3. Índice Analítico .....	467



**JURISPRUDÊNCIA**

---



## AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 116.403-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA  
Agravante: UNIÃO  
Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMUNIDADE TRADICIONAL. CARACTERIZAÇÃO. CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSTULAÇÃO FORMULADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. CABIMENTO**

*- A classificação dos grupamentos humanos como comunidades tradicionais – cuja tutela encontra-se prevista na Convenção nº 169 da OIT – compete à Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (CNPCT).*

*- In casu, o Grupo de Trabalho da aludida CNPCT enquadrou a Comunidade de Aritingui, localizada no Município de Rio Tinto, interior do Estado da Paraíba, como tradicional, em vista da primazia conferida à autodefinição como tal do povo ali existente, tendo sido constatado elevado grau de vulnerabilidade social, econômica e fundiária.*

*- Em vista do compromisso firmado na ordem internacional pelo Estado Brasileiro, com a ratificação da Convenção nº 169 da OIT, bem como dos valores fundamentais previstos na Constituição da República – notadamente o da prevalência dos direitos humanos e o da pluriétnicidade nacional –, é premente a necessidade de intervenção do Poder Público, através da implementação de políticas públicas na localidade em questão, sob pena de comprometimento da reprodução social e cultural do grupo.*

*- Nesse contexto, guarda correspondência com*

***as funções institucionais conferidas pela Carta Magna ao Ministério Público Federal a postulação de medidas em prol dessa comunidade, respeitantes a quatro eixos temáticos: a) acesso aos territórios tradicionais e aos recursos naturais; b) infraestrutura; c) inclusão social; d) fomento e produção sustentável.***

***- Hipótese em que se afigura devido o acatamento do pleito formulado pelo Parquet Federal para que a União: a) instaure o processo administrativo de demarcação do território ocupado pela Comunidade Aritingui; b) elabore o Plano de Desenvolvimento Sustentável.***

***- Agravo de instrumento 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, negar 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, 28 de novembro 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 manejado pela União contra *decisum* da lavra da Juíza da 3ª Vara Federal da Paraíba que deferiu, em parte, o pleito liminar para: a) considerar a comunidade de Aritingui, no Município de Rio Tinto-PB, como prioritária para efeito de inclusão nos programas do Governo Federal; b) proceder ao levantamento das condições atuais da comunidade, no que atine à segurança alimentar, saúde, educação, emprego e renda, bem como dos programas assistenciais já implantados; c) elaborar um

Plano de Desenvolvimento Sustentável para a aludida comunidade, bem como um relatório sobre a situação fundiária no território em questão, com o escopo de identificar quais áreas são de sua propriedade.

Aduz, em apertada síntese, que o pleito ministerial contraria a ordem jurídica, porquanto malferir o princípio da separação dos poderes, na medida em que impele o cumprimento de medida adstrita unicamente ao crivo dos administradores públicos, sendo, portanto, patente a ilegitimidade *ad causam* do *Parquet* para postulação dessa espécie.

Alega, outrossim, a aplicação no caso em tela do Princípio da Reserva do Financeiramente Possível, a obstar o deferimento de medida judicial ora impugnada.

Arremata afirmando que na hipótese presente resta ausente o requisito do *fumus boni iuris*, necessário à concessão da tutela liminar.

Pedido de efeito suspensivo indeferido às fls. 277/278.

Parecer ministerial às fls. 282/299.

É o relatório.

## **VOTO**

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

A controvérsia presente nos autos gira em torno da temática atinente às comunidades e povos tradicionais, o enquadramento de uma população como tal e as consequências advindas a partir de então, mais precisamente, quanto à necessidade ou não de se reconhecer à população de Aratigui-PB esse conceito, conferindo-lhe prioridade para efeito de ação emergencial do Governo Federal.

Vê-se que, na hipótese, uma ação civil pública foi movida pelo MPF junto à 1ª instância com o escopo de compelir a União ao reconhecimento da comunidade de Aratigui, localizada no Município de Rio Tinto, interior do Estado da Paraíba, como tradicional.

Cumprir destacar que a proteção dos grupamentos humanos, que se caracterizam como comunidades tradicionais, está disciplinada na Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), respeitante à proteção de povos tribais e comunidades indígenas, cujo texto restou aprovado pelo Brasil através do Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002<sup>1</sup>.

Sucedem que, apenas com a edição do Decreto nº 6.040/2007, em que instituída a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT), houve o reconhecimento formal, pela primeira vez na história do país, da existência das chamadas populações tradicionais, corrigindo, desse modo, uma falha de proteção estatal conferida pela Constituição de 1988 apenas aos indígenas e aos quilombolas.

Na dicção do aludido texto normativo, povos e comunidades tradicionais *“são grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas geradas e transmitidas pela tradição”* (art. 3º do Decreto nº 6.040/2007)<sup>2</sup>.

De se observar do conceito transcrito acima a primazia conferida ao autoreconhecimento de uma dada comunidade como tradicional, a par da importância da constatação a ser procedida pelos órgãos oficiais quanto às características dessa população.

Dito isso, verifica-se que incumbe à Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (CNPCT), criada pelo referido Decreto, a classificação de uma população como comunidade tradicional, para que seja implementado o prefalado PNPCT.

---

<sup>1</sup> DECRETO LEGISLATIVO Nº 143, DE 2002 - Aprova o texto da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre os povos indígenas e tribais em países independentes.

<sup>2</sup> Entre os PCTs do Brasil, estão os povos indígenas, os quilombolas, as comunidades de terreiro, os extrativistas, os ribeirinhos, os caboclos, os pescadores artesanais, os pomeranos, dentre outros.



Em compasso com as diretrizes traçadas pela Convenção nº 169 da OIT, o PNPCT possui três pilares de atuação: o primeiro deles visa assegurar todos os direitos civis, por meio do reconhecimento legal dos habitantes daquele território, inclusive com fornecimento de documentos de identificação oficial; a segunda diretriz diz respeito ao reconhecimento explícito do respeito à diversidade étnica, ao direito à educação diferenciada e à prática religiosa específica. A terceira vertente, por fim, pretende equacionar a regularização fundiária, já que muitas das comunidades tradicionais sofrem com o desrespeito à sua referência geográfica, como é o caso dos quilombolas, que, em muitos casos, foram incorporados aos centros urbanos.

*In casu*, o Grupo de Trabalho da aludida CNPCT enquadrou a Comunidade de Aritingui como tradicional, tendo sido constatado elevado grau de vulnerabilidade social, econômica e fundiária.

Muito embora a comunidade tradicional de Aritingui seja composta, em sua maioria, de afrodescendentes e indígenas, segundo dados apurados pelo órgão ministerial, não se identificando, dessa forma, como quilombola, tal fato não tem o condão de obstar que a população assim identificada fique à margem das políticas públicas.

Obtém-se a aludida conclusão não só em razão do compromisso firmado na ordem internacional pelo Estado Brasileiro, com a ratificação da Convenção nº 169 da OIT, mas, sobretudo, em função dos valores fundamentais previstos na Constituição da República – notadamente o da prevalência dos direitos humanos e o da pluriétnicidade nacional.

Há ainda que se considerar que, em vista da ratificação do aludido texto normativo internacional pelo Brasil, impõe-se à União a missão de capitanear as ações voltadas a assegurar o mínimo existencial à comunidade em questão, na medida em que o descumprimento de preceitos firmados por essa pessoa política levará à sua inevitável responsabilização perante a ordem internacional, ainda que figure também outro ente federado como inadimplente de obrigação (no caso concreto, a incumbência em promover as prealadas medidas não está adstrita apenas à União, sendo pertinente também a ação conjunta por parte do Estado da Pa-

raíba e do Município onde localizada a apontada comunidade tradicional).

Cumpra, outrossim, consignar que a existência de uma ação de reintegração de posse no território em foco, cujo trânsito em julgado ainda não sobreveio, não pode ser óbice à adoção de medidas urgentes, como sustentado pela União no presente recurso, notadamente quando se constata a existência de órgãos de sua estrutura – a exemplo da SEPPIR - Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial e Outros –, criados justamente para realizar, dentre outras funções, ações emergenciais em benefício de comunidades mais carentes.

Vale repisar, portanto, que o reconhecimento das comunidades tradicionais como povos tribais traz consigo a obrigação de o Estado oferecer direitos diferenciados a essas populações, com o objetivo de assegurar o acesso à plena cidadania de seus membros, inserindo-se indubitavelmente nas funções conferidas ao Ministério Público Federal a exigência pela efetivação da aludida tutela.

Com efeito, é de se ver que a atual feição da Carta Magna como Social Democrática de Direito muito se deve ao fortalecimento das instituições essenciais à função jurisdicional do Estado, a exemplo do Ministério Público, o qual foi alçado à condição de fiscal da lei e a um dos principais promotores da erradicação das desigualdades sociais, dotando-o dos mecanismos processuais próprios (v.g.: ação civil pública) para o alcance de tais desideratos.

Nessa assentada, tenho, pois, que não procede a alegada ilegitimidade do MPF, vez que o objetivo presente na ação originária insere-se dentre as atribuições institucionais do *Parquet*, consoante se extrai dos artigos 127 e 129, III, da Constituição da República, arts. 2º e 6º, VII, *b* e *c* da Lei Complementar nº 75/93, arts. 1º, 2º, 5º e 21 da Lei nº 7.347/85, bem como das previsões encartadas nos arts. 81, parágrafo único, I, e art. 82, inciso I, 91, da Lei nº 8.078/90.

Na esteira do pensamento acima esposado, não pode o Estado negligenciar a proteção constitucionalmente eleita como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja,

o de *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade e quaisquer formas de discriminação* (art. 3º, inciso IV, da Constituição da República).

De mais a mais, resta demonstrado o dever jurídico de proteção do Estado Brasileiro para com a comunidade tradicional de Aritingui, não podendo se escudar na singela invocação de aplicabilidade ao caso do princípio da reserva do possível.

Sobre o tema em questão, comungo do entendimento expressado pelo Ministro Celso de Mello, por ocasião do julgamento da ADPF nº 45, entendo ser o caso aplicá-lo ao caso em comento, *in verbis*:

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando essa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação, ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Inclino-me a assim me posicionar, por reputar, do cotejo dos autos, ilegítima a perpetuação de tal invocação, a qual perdura desde 2005 (ou seja, há quase sete anos), quando foram formuladas à União, no bojo do Procedimento Administrativo nº 1.24.000.000141/2005-58 instaurado pelo MPF, recomendações à SEPPIR, as quais não foram cumpridas, sob a alegação de impossibilidade de implementação de execução de políticas públicas, sem a devida previsão orçamentária para o ano vindouro (cf. 23/25).

Afigura-se, portanto, devido o acatamento do pleito formulado pelo *Parquet* Federal para que a União, com a brevidade que o caso demanda, proceda, primeiramente, ao reconhecimento da Comunidade de Aritingui, no Município de Rio Tinto-PB, como prioritária para efeito de inclusão nos programas do Governo Federal, passando, na sequência, a adotar as seguintes ações:

a) através da Superintendência do Patrimônio da União (SPU), instaurar, no prazo máximo de 30 dias, o processo administrativo de demarcação do território ocupado pela Comunidade Aritingui,

nos moldes em que descrito no Relatório da CNPCT, constante às fls. 246/248 (fls. 231/234 do feito originário);

b) proceder ao levantamento das condições atuais da comunidade, no que atine à segurança alimentar, saúde, educação, emprego e renda, bem como dos programas assistenciais já implantados, para o fim de elaborar, no prazo de 120 dias, o Plano de Desenvolvimento Sustentável.

Com essas considerações, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

### **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 127.870-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
Agravante: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
Agravada: UNIÃO  
Partes Int.: ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE E MUNICÍPIO DE MOSSORÓ (RN)

***EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADMINISTRATIVO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. LESÃO ANEURISMÁTICA. ATENDIMENTO DE URGÊNCIA. REALIZAÇÃO POR HOSPITAL, ATÉ O CREDENCIAMENTO/HABILITAÇÃO PELO SUS DE ENTIDADE PARA ESSE FIM ESPECÍFICO. RESSARCIMENTO DOS CUSTOS PELOS TRÊS ENTES DA FEDERAÇÃO. RECURSO PROVIDO.***

***- A Defensoria Pública da União interpõe agravo de instrumento contra decisão proferida na Ação Civil Pública nº 0001065-51.2012.4.05. 8401. Este feito é conexo ao Agravo de Instrumento nº 127.158-RN, julgado semana passada e cujo entendimento consagrado restou assim ementado:***

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADMINISTRATIVO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. SUS - SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. CREDENCIAMENTO DE HOSPITAL EM MUNICÍPIO. TRATAMENTO DE ALTA COMPLEXIDADE EM NEUROCIRURGIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS TRÊS ESFERAS DA FEDERAÇÃO. REINTEGRAÇÃO À LIDE DO ESTADO E DO MUNICÍPIO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. ACOLHIMENTO DA IMPUGNAÇÃO EXCLUSIVAMENTE NESTE PONTO. PRESENÇA DA VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO E DO PERIGO DA DEMORA. ASTREINTE CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. CABIMENTO. RAZOABILIDADE DA MULTA DIÁRIA COM LIMITAÇÃO DO MONTANTE SANCIONATÓRIO. AMPLICAÇÃO DE PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA. APLICAÇÃO DO BROCARDO “QUEM PODE O MAIS, PODE O MENOS”. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

**1 - A Defensoria Pública da União ajuizou a Ação Civil Pública nº 0001065-51.2012.4.05.8401 em face da União, do Estado do Rio Grande do Norte e do Município de Mossoró/RN. A demanda tem por objetivo o credenciamento/habilitação pelo SUS de hospital em Mossoró/RN para realizar procedimentos de alta complexidade em neurocirurgia para tratamento de lesões aneurismáticas, sem a necessidade de deslocamento do paciente para a capital potiguar.**

**2 - A antecipação dos efeitos da tutela foi deferida para que o credenciamento fosse realizado no prazo de seis meses, sob pena de multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), limitado o total da sanção em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). No mesmo decisório, foram excluídos o Estado de Sergipe e o Município de Mossoró/RN, por ilegitimidade passiva.**

**3 - O recurso, em apertada síntese, traz as pre-**

tensões/alegações a seguir enumeradas: 1) o pedido de reintegração à lide do Estado do Rio Grande do Norte e do Município de Mossoró/RN como litisconsortes passivos necessários; 2) os cidadãos que precisam de tratamento de alta complexidade neurológica são devidamente atendidos pelo SUS local e pela sistemática denominada TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO - TFD;

3) o credenciamento de um hospital em Mossoró/RN obrigaria que outra prestadora de serviços ao SUS seja desvinculada, pois este “trabalha com escala, a fim de que os serviços não fiquem sobrecarregados, nem ociosos, além do que à maioria dos prestadores só interessa contratar com o SUS quando há um volume de procedimentos/mês que compense a manutenção dos serviços pelo SUS e pelo preço que o SUS paga”, fl. 21; 4) a impossibilidade de fixação de astreinte contra a Fazenda Pública e a irrazoabilidade da multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

4 - Rejeita-se o pedido da Defensoria Pública da União de conversão do feito para retido, pois a antecipação dos efeitos da tutela concedida na ACP traz inquestionavelmente relevante impacto orçamentário para os cofres públicos decorrente de tratamento médico de alta complexidade para inúmeros cidadãos.

5 - Nos termos dos arts. 196 e 198 da Carta da República, os atos e serviços públicos, direcionados à concretização do direito à saúde para toda a sociedade, estruturam-se em um sistema integrado e indivisível, de maneira que a hierarquização apresenta-se apenas como *modus operandi*, sem, contudo, desconfigurar o caráter solidário a ligar os três níveis da federação. Aliás, o art. 6º, I, d, da Lei 8.080/90, que dispõe sobre os serviços de saúde pública, determina a respon-

sabilidade do Sistema Único de Saúde pela execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica. Precedentes: AgRg no REsp 1017055/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 18/09/2012; AgRg no REsp 1159382/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 01/09/2010; AgRg no Ag 1107605/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 14/09/2010; PROCESSO: 00072868720114058400, APELREEX 25854/RN, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT, Primeira Turma, JULGAMENTO: 24/01/2013, PUBLICAÇÃO: DJE 31/01/2013 - Página 204.

6 - Acolhimento da impugnação para reintegração do Estado do Rio Grande do Norte e do Município de Mossoró/RN como litisconsortes passivos necessários.

7 - No tangente à verossimilhança do direito e ao perigo da demora, salienta-se que a Defensoria Pública da União ajuizou a ACP com o intuito de ver credenciado um hospital no Município de Mossoró/RN para o atendimento urgente de casos de embolização, cirurgia aberta ou congênere em procedimentos de alta complexidade em neurocirurgia. O credenciamento/habilitação de unidades hospitalares pela União se arrasta há mais de dois anos sem qualquer perspectiva de solução. A inércia da Administração Pública deu ensejo a vários casos de complicação médica e morte de cidadãos que sofreram lesão aneurismática, por falta de atendimento de urgência imediato, considerando-se que o município dista mais de 270 km de Natal. Ressalte-se, ainda, o dado demográfico apontado no decisório de primeiro grau de o credenciamento de tal unidade médico-hospitalar confi-

**gurar um interesse local importantíssimo para cerca de 259.815 mil habitantes apenas em Mosoró e 670 mil, considerando-se todos os municípios abrangidos pela Subseção Judiciária de Pau dos Ferros. Ora, é justamente a omissão estatal em concretizar a garantia constitucional do direito à vida que tem motivado o Poder Judiciário a se pronunciar e exigir do Estado uma postura diligente e ativa para extirpar realidade tão nefasta.**

**8 - Nessa moldura, rechaça-se a pretensão da União de se esquivar de seu dever-poder ao argumento de que terá de descredenciar outra unidade do SUS, daí, inclusive, ter especificado aquelas que deveriam ser chamadas a participar da lide, pois estariam passíveis de serem prejudicadas pela sentença. A responsabilidade passiva e solidária da União a legitima totalmente para atuar no feito, não cabendo o ingresso individual de qualquer integrante do SUS. Aliás, é nessa linha que caminhou o APELREEX 25854/RN, julgado citado anteriormente.**

**9 - Cabe a imposição de astreinte contra a Fazenda Pública para cumprimento de obrigação de fazer/não fazer determinada em tutela de urgência. De outro giro, a multa diária, fixada em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), limitando-se o total da multa moratória em R\$ 200.000,00 (duzentos mil), é perfeitamente compatível com o bem da vida tutelado na ACP, onde existe o inquestionável perigo de falecimento de cidadãos diariamente.**

**10 - Deve-se ampliar o prazo de cumprimento da tutela antecipada para a realização de todas as medidas burocráticas pelas entidades estatais envolvidas. Aplicação do brocardo “Quem pode o mais, pode o menos”.**

**Agravo de instrumento parcialmente provido para determinar a reintegração do Estado do Rio**



**Grande do Norte e do Município de Mossoró/RN à lide na posição de litisconsortes passivos necessários, além de conceder o prazo de 3 (três) meses para o cumprimento da obrigação de fazer imposta pela Ação Civil Pública nº 000 1065-51.2012.4.05.8401, a contar da intimação pessoal do acórdão.**

***- Os casos urgentes de lesão aneurismática não podem simplesmente aguardar o prazo de 3 (três) meses até o credenciamento de uma unidade hospitalar, devendo ser tratados pelo Hospital Wilson Rosado, única entidade “em Mossoró capaz de receber a habilitação do Ministério da Saúde”, segundo a Defensoria Pública da União, o qual será ressarcido pelos réus da ACP.***

***- Deferimento de antecipação dos efeitos da tutela na Ação Civil Pública nº 0001065-51.2012.4.05.8401 no sentido de que, no prazo máximo de 72 (setenta e duas horas), a contar da intimação pessoal dos réus quanto ao teor deste julgamento, todos os casos urgentes de lesão aneurismática que busquem tratamento em Mossoró/RN sejam atendidos pelo Hospital Wilson Rosado, enquanto não credenciado/habilitado pelos SUS um hospital para esse fim específico, devendo os custos serem ressarcidos pelos três entes federativos, quais sejam, a União, o Estado do Rio Grande do Norte e o Município de Mossoró.***

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

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 28 de fevereiro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

A Defensoria Pública da União interpõe agravo de instrumento contra decisão do MM. Juiz Federal Substituto Bernardo Lima Vasconcelos Carneiro, em exercício na 10ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, proferida na Ação Civil Pública nº 0001065-51.2012.4.05.8401, fls. 201/209.

Ela foi ajuizada pela ora agravante em face da União, do Estado do Rio Grande do Norte e do Município de Mossoró/RN. A demanda tem por objetivo o credenciamento/habilitação pelo SUS de hospital na referida cidade interiorana para realizar procedimentos de alta complexidade em neurocirurgia para tratamento de lesões aneurismáticas, sem a necessidade de deslocamento do paciente para a capital potiguar.

O douto magistrado deferiu parcialmente a antecipação dos efeitos da tutela nos seguintes termos:

DIANTE DO EXPOSTO, **defiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela** para determinar que a União, no prazo máximo de 6 (seis) meses a contar da intimação desta decisão, conclua o procedimento e efetive o credenciamento/habilitação de Hospital localizado em Mossoró/RN para realizar, pelo SUS, procedimentos de alta complexidade em neurocirurgia destinados ao tratamento de lesões aneurismáticas. O descumprimento dessa ordem importará na incidência **da multa diária de R\$ 2.000,00** (dois mil reais), **limitada a R\$ 200.000,00** (duzentos mil reais), a ser executada imediatamente em benefício do fundo a que faz referência o art. 13 da Lei nº 7.347/85.

CONTUDO, **indefiro o pedido** para que todos os novos casos de lesão aneurismática que busquem tratamento pelo SUS em Mossoró recebam, enquanto não finalizado o referido, o tratamento pelo Hospital Wilson Rosado às custas da União.

**Excluo da lide o ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE E O MUNICÍPIO DE MOSSORÓ/RN**, extinguindo o feito sem resolução do mérito em relação a eles, na forma do art. 267, VI, do Código de Processo Civil. Preclusas as vias impugnatórias desta decisão, **remetam-se os autos à Distribuição** para que se retifique o registro do processo, com a exclusão dos referidos entes.

O recurso almeja, justamente, que o Hospital Wilson Rosado realize os atendimentos de urgência às custas dos três entes federativos.

Recebi o recurso parcialmente no duplo efeito para reintegrar o Estado do Rio Grande do Norte e do Município de Mossoró/RN como legitimados passivos, fls. 87/90.

Contrarrazões da urbe às fls. 279/296, alegando a sua ilegitimidade passiva, inclusive para custear o tratamento de pacientes de outros municípios, e da União às fls. 297/306.

O parecer do MPF foi pelo acolhimento da impugnação, fls. 308/311.

Relatei.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Este feito é conexo ao Agravo de Instrumento nº 127.158-RN, julgado semana passada e cujo entendimento consagrado restou assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADMINISTRATIVO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. SUS - SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. CREDENCIAMENTO DE HOSPITAL EM MUNICÍPIO. TRATAMENTO DE ALTA COMPLEXIDADE EM NEUROCIRURGIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS TRÊS ESFERAS DA FEDERAÇÃO. REINTEGRAÇÃO À LIDE DO ESTADO E DO MUNICÍPIO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. ACOLHIMENTO DA IMPUGNAÇÃO EXCLUSIVAMENTE NESTE PONTO. PRESENÇA DA VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO E DO PERIGO DA DEMORA. ASTREINTE CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. CABIMENTO. RAZO-

ABILIDADE DA MULTA DIÁRIA COM LIMITAÇÃO DO MONTANTE SANCIONATÓRIO. AMPLICAÇÃO DE PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA. APLICAÇÃO DO BROCARDO “QUEM PODE O MAIS, PODE O MENOS”. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1 - A Defensoria Pública da União ajuizou a Ação Civil Pública nº 0001065-51.2012.4.05.8401 em face da União, do Estado do Rio Grande do Norte e do Município de Mossoró/RN. A demanda tem por objetivo o credenciamento/habilitação pelo SUS de hospital em Mossoró/RN para realizar procedimentos de alta complexidade em neurocirurgia para tratamento de lesões aneurismáticas, sem a necessidade de deslocamento do paciente para a capital potiguar.

2 - A antecipação dos efeitos da tutela foi deferida para que o credenciamento fosse realizado no prazo de seis meses, sob pena de multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), limitado o total da sanção em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). No mesmo decisório, foram excluídos o Estado de Sergipe e o Município de Mossoró/RN, por ilegitimidade passiva.

3 - O recurso, em apertada síntese, traz as pretensões/alegações a seguir enumeradas: 1) o pedido de reintegração à lide do Estado do Rio Grande do Norte e do Município de Mossoró/RN como litisconsortes passivos necessários; 2) os cidadãos que precisam de tratamento de alta complexidade neurológica são devidamente atendidos pelo SUS local e pela sistemática denominada TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO - TFD; 3) o credenciamento de um hospital em Mossoró/RN obrigaria que outra prestadora de serviços ao SUS seja desvinculada, pois este “trabalha com escala, a fim de que os serviços não fiquem sobrecarregados, nem ociosos, além do que à maioria dos prestadores só interessa contratar com o SUS quando há um volume de procedimentos/mês que compense a manutenção dos serviços pelo SUS e pelo preço que o SUS paga”, fl. 21; 4) a impossibilidade de fixação de astreinte contra a Fazenda Pública e a irrazoabilidade da multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

4 - Rejeita-se o pedido da Defensoria Pública da União de conversão do feito para retido, pois a antecipação dos efeitos da tutela concedida na ACP traz inquestionavelmente relevante impacto orçamentário para os cofres públicos

decorrente de tratamento médico de alta complexidade para inúmeros cidadãos.

5 - Nos termos dos arts. 196 e 198 da Carta da República, os atos e serviços públicos, direcionados à concretização do direito à saúde para toda a sociedade, estruturaram-se em um sistema integrado e indivisível, de maneira que a hierarquização apresenta-se apenas como *modus operandi*, sem, contudo, desconfigurar o caráter solidário a ligar os três níveis da federação. Aliás, o art. 6º, I, *d*, da Lei 8.080/90, que dispõe sobre os serviços de saúde pública, determina a responsabilidade do Sistema Único de Saúde pela execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica. Precedentes: AgRg no REsp 1017055/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 11/09/2012, *DJe* 18/09/2012; AgRg no REsp 1159382/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 05/08/2010, *DJe* 01/09/2010; AgRg no Ag 1107605/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/08/2010, *DJe* 14/09/2010; Processo: 0007286872011 4058400, APELREEX 25854/RN, Relator: Desembargador Federal Manoel Erhardt, Primeira Turma, Julgamento: 24/01/2013, Publicação: *DJE* 31/01/2013 - Página 204.

6 - Acolhimento da impugnação para reintegração do Estado do Rio Grande do Norte e do Município de Mossoró/RN como litisconsortes passivos necessários.

7 - No tangente à verossimilhança do direito e ao perigo da demora, salienta-se que a Defensoria Pública da União ajuizou a ACP com o intuito de ver credenciado um hospital no Município de Mossoró/RN para o atendimento urgente de casos de embolização, cirurgia aberta ou congênere em procedimentos de alta complexidade em neurocirurgia. O credenciamento/habilitação de unidades hospitalares pela União se arrasta há mais de dois anos sem qualquer perspectiva de solução. A inércia da Administração Pública deu ensejo há vários casos de complicação médica e morte de cidadãos que sofrem ou sofreram lesão aneurismática, por falta de atendimento de urgência imediato, considerando-se que o município dista mais de 270 km de Natal. Ressalte-se, ainda, o dado demográfico apontado no decisório de primeiro grau de o credenciamento de tal unidade médico-hospitalar configurar um interesse lo-

cal importantíssimo para cerca de 259.815 mil habitantes apenas em Mossoró e 670 mil, considerando-se todos os municípios abrangidos pela Subseção Judiciária de Pau dos Ferros. Ora, é justamente a omissão estatal em concretizar a garantia constitucional do direito à vida que tem motivado o Poder Judiciário a se pronunciar e exigir do Estado uma postura diligente e ativa para extirpar realidade tão nefasta.

8 - Nessa moldura, rechaça-se a pretensão da União de se esquivar de seu dever-poder ao argumento de que terá de descredenciar outra unidade do SUS, daí, inclusive, ter especificado aquelas que deveriam ser chamadas a participar da lide, pois estariam passíveis de serem prejudicadas pela sentença. A responsabilidade passiva e solidária da União a legitima totalmente para atuar no feito, não cabendo o ingresso individual de qualquer integrante do SUS. Aliás, é nessa linha que caminhou o APELREEX 25854/RN, julgado citado anteriormente.

9 - Cabe a imposição de astreinte contra a Fazenda Pública para cumprimento de obrigação de fazer/não fazer determinada em tutela de urgência. De outro giro, a multa diária, fixada em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), limitando-se o total da multa moratória em R\$ 200.000,00 (duzentos mil), é perfeitamente compatível com o bem da vida tutelado na ACP, onde existe o inquestionável perigo de falecimento de cidadãos diariamente.

10 - Deve-se ampliar o prazo de cumprimento da tutela antecipada para a realização de todas as medidas burocráticas pelas entidades estatais envolvidas. Aplicação do brocardo “Quem pode o mais, pode o menos”.

Agravo de instrumento parcialmente provido para determinar a reintegração do Estado do Rio Grande do Norte e do Município de Mossoró/RN à lide na posição de litisconsortes passivos necessários, além de conceder o prazo de 03 (três) meses para o cumprimento da obrigação de fazer imposta pela Ação Civil Pública nº 0001065-51.2012.4.05.8401, a contar da intimação pessoal do acórdão.

No caso específico, não tenho dúvidas de que os casos urgentes de lesão aneurismática não podem simplesmente aguardar o prazo de 3 (três) meses até o credenciamento de uma unidade hospitalar, devendo ser tratados pelo Hospital Wilson Rosado, única entidade “em Mossoró capaz de receber a habilitação do

Ministério da Saúde”, segundo a Defensoria Pública da União, fl. 9, o qual será ressarcido pelos réus da ACP.

Nessa trilha se pronunciou o douto representante do *Parquet*.

Posto isso, dou provimento ao agravo de instrumento para deferir antecipação dos efeitos da tutela na Ação Civil Pública nº 0001065-51.2012.4.05.8401 no sentido de que, no prazo máximo de 72 (setenta e duas horas), a contar da intimação pessoal dos réus quanto ao teor deste julgamento, todos os casos urgentes de lesão aneurismática que busquem tratamento em Mossoró/RN sejam atendidos pelo Hospital Wilson Rosado, enquanto não credenciado/habilitado pelos SUS um hospital para esse fim específico, devendo os custos serem ressarcidos pelos três entes federativos, quais sejam, a União, o Estado do Rio Grande do Norte e o Município de Mossoró.

Assim voto.

## **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 24.742-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT  
Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE - UFRN  
Apelada: ANA RUTH CAVALCANTI DOS SANTOS  
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO  
Recte. Ades.: ANA RUTH CAVALCANTI DOS SANTOS  
Adv./Proc.: DR. EDVALDO ELPIDIO DA SILVA SOBRINHO (APDA.)

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. FALECIMENTO DA FILHA DA DEMANDANTE. DEMORA NA REALIZAÇÃO DO PARTO. CONDUTA DESIDIOSA DE MÉDICOS DA EQUIPE DO HOSPITAL UNIVERSITÁRIO FILIADO À AUTARQUIA RECORRENTE. DANOS MORAIS CONFIGURADOS.**

**HONORÁRIOS. APELO, REMESSA OFICIAL E RECURSO ADESIVO IMPROVIDOS.**

**- Trata-se de reexame necessário e apelação manejada pela UFRN em face de sentença prolatada pelo douto Juízo da 4ª Vara Federal da SJ/RN, que, nos autos de ação ordinária ajuizada por Ana Ruth Cavalcanti dos Santos, julgou procedente em parte o pedido, para, reconhecendo a responsabilidade da referida instituição de ensino pelos danos morais resultantes da morte do bebê Suzan Evelyn Cavalcanti Jesus, em virtude da demora na realização do parto, condená-la ao pagamento do valor de R\$ 100.000,00. Fixou, ainda, honorários advocatícios sucumbenciais em R\$ 2.000,00.**

**- A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público baseia-se no risco administrativo, sendo objetiva. Esse tipo de responsabilidade exige a ocorrência dos seguintes requisitos: ocorrência do dano; ação ou omissão administrativa; existência de nexos causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.**

**- In casu, conforme restou consignado pelo douto magistrado sentenciante e do que se depreende dos autos – especialmente do prontuário médico acostado às fls. 106/135 –, os fatos que culminaram na morte do bebê da autora ocorreram em decorrência da demora na realização do parto, mormente porque, in casu, se tratava de procedimento cirúrgico que deveria ter sido realizado com extrema urgência, em face da situação de sofrimento em que se encontrava o nascituro, conforme diagnóstico médico emitido pelos próprios profissionais da parte demandada.**



**- Ao contrário do que foi alegado, em audiência, pelas Dras. Patrícia Costa Fonseca Meirelles Bezerra e Maria da Guia de Medeiros Garcia, testemunhas da parte ré, o exame de monitoragem fetal realizado pela parte autora na Maternidade Januário Cicco, no dia 1º de novembro de 2007, às 11:00 (onze horas) da manhã, apresentou resultado com padrões fora da normalidade, indicando, pois, que o feto encontrava-se em estado de sofrimento (fls. 15 e 116), o que foi ratificado no diagnóstico emitido pela doutoranda Cristhiane Torres, com a chancela de outras duas médicas pertencentes aos quadro de profissionais daquela maternidade, as Dras. Flávia Regina F. Armstrong (fl. 107) e Maria Quitéria B. Meirelles (fl. 119).**

**- A validade de tal diagnóstico encontra respaldo nas declarações feitas pela testemunha indicada pelo juízo a quo, o Dr. Emílio Jaime de Paiva Hipólito. De acordo com o aludido profissional médico, o supracitado exame indicava leve atividade intrauterina e inexistência de aceleração transitória nos batimentos cardíacos do nascituro, quadro representativo de sofrimento letal.**

**- Diante dessa situação, deveria ter sido desprendido, pela equipe médica da Maternidade Januário Cicco, atendimento prioritário à gestante, o que, entretanto, não ocorreu, pois, apesar de ter sido diagnosticado sofrimento fetal crônico às 11:00 h (onze horas) da manhã do dia 1º de novembro de 2007, a parturiente, internada às 12:10 h (doze horas e dez minutos) daquela data (fl. 111), só foi submetida ao procedimento cirúrgico cesariano às 19:55 h (dezenove horas e cinquenta e cinco minutos), conforme boletim operatório acostado à fl. 114 dos autos.**

**- Não se questiona, aqui, a exata idade gestacional do feto no dia em que foi realizado o parto, muito menos as condições em que se encontrava o**

**colo do útero (fechado, grosso e posterior) da demandante naquele dia, mas o motivo de tanto demora na realização da cirurgia cesariana, des- toante da situação de urgência em que foi en- quadrado o caso da autora, consoante os diag- nósticos médicos que apontaram, claramente, o sofrimento do bebê dentro da barriga da sua mãe (fls. 107, 109, 116 e 119), desde as 11:00 h (onze horas) da manhã do dia 1º de novembro de 2007.**

**- Nem mesmo a ausência de jejum da gestante seria motivo para se impedir a cirurgia de emer- gência, conforme declaração feita em audiência pela Dra. Maria da Guia de Medeiros Garcia, se- gundo a qual, em caso de sofrimento do feto, o atendimento deve ser prioritário, a fim de se evi- tar a “síndrome do mecônio” (aspiração de lí- quido amniótico com mecônio pelo nascituro), o que, entretanto, não ocorreu no caso concre- to.**

**- No laudo de Exame Necroscópico elaborado pelo Instituto Técnico-científico de Polícia - ITP (fls. 23/24) tem-se a informação de que o bebê da demandante foi vítima de “lesão corporal provocada por anóxia”, que ocorreu nos seguin- tes termos: “a presença de congestão e edema ao exame histológico do encéfalo demonstra a ocorrência de anóxia. Em decorrência da queda no suprimento de oxigênio dos tecidos, as célu- las perdem a capacidade de prover o equilíbrio hídrico entre os meios intra e extracelular, levan- do a um acúmulo neste último. O material en- contrado em espaços alveolares e bronquíolos respiratórios atesta a ocorrência de aspiração de líquido amniótico. O líquido amniótico que en- volve o feto durante a gestação, acumula o ma- terial córneo descrito no exame, sendo este pro- veniente das camadas superiores da epiderme fetal. O mecônio presente no intestino fetal é li-**

**berado para o líquido amniótico quando da ocorrência de anóxia intrauterina sendo também aspirado pelo feto. A liberação do mecônio se dá pelo relaxamento do esfíncter anal consequentemente ao fenômeno hipóxico já aludido” (fls. 23v/24).**

**- Há, ainda, anotação feita no Relatório de Enfermagem do prontuário da parte autora que chama atenção. Às 9:30 h (nove horas e trinta minutos) da manhã do dia 1º de novembro de 2007 já havia sido registrado o diagnóstico de sofrimento fetal (fl. 119 verso). Contudo, a demandante só foi encaminhado ao centro cirúrgico às 16:20 (dezesseis horas e vinte minutos), cinco horas e vinte minutos após ter sido novamente diagnosticado o sofrimento do bebê no exame realizado às 11:00 h (onze horas), tendo esperado, ainda, durante mais de três horas para ser submetida à cirurgia cesariana, ocorrida somente às 19:55 h (dezenove horas e cinquenta e cinco minutos).**

**- Como se percebe, tal comportamento desidioso e injustificado dos profissionais da Maternidade Januário Cicco contribuiu, certamente, para a morte do recém-nascido, causa da profunda dor e do abalo psicológico suportados pela demandante. O dano imposto ao bebê – e, por consequência, à autora – começou a se configurar após o primeiro diagnóstico (fl. 107) de sofrimento fetal. Logo após a realização do exame de monitoragem, às 11:00 h (onze horas) da manhã, com a confirmação do referido diagnóstico e a caracterização do quadro de urgência, a mãe, em estado de angústia e ansiedade, e o nascituro, já correndo risco de morte por anóxia, tiveram de esperar, inexplicavelmente, por mais de oito horas para a realização do parto, quando, então, já era tarde demais, vindo o bebê a falecer na manhã do dia seguinte (2 de novembro de 2007).**

**- Presentes, pois, os requisitos essenciais a configurar a responsabilidade civil do Estado, quais sejam, a conduta ilícita (desidiosa), o dano e o nexo de causalidade entre eles, imperioso se evidencia o dever de indenizar, mostrando-se proporcional e razoável o quantum estipulado de R\$ 100.000,00.**

**- Precedentes deste TRF5: TRF 5ª R., Terceira Turma, AC 513609/AL, Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano DJE 16/04/2012, p. 145 e TRF 5ª R., Primeira Turma, AC 433496/PE, Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira, DJE 15/04/2010, p. 142.**

**- Os valores deverão ser monetariamente corrigidos acrescidos de juros de mora a contar do evento danoso (Súmula 54 do STJ), observado o disposto no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/2009.**

**- Quando for vencida a Fazenda Pública, para efeito da fixação da verba honorária, não se aplicam os limites de 10% e 20% sobre a condenação, previstos no § 3º do art. 20 do CPC, devendo o juiz fixá-la consoante apreciação equitativa, nos termos do § 4ª do artigo acima citado, mostrando-se razoável e proporcional a fixação da verba no montante de R\$ 2.000,00, a bem remunerar o causídico pelos serviços prestados no presente feito.**

**- Apelação, remessa oficial e recurso adesivo improvidos.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELREEX 24.742-RN, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento à apelação, à remessa oficial e ao recurso adesivo, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 8 de novembro 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 reexame necessário e apelação manejada pela UFRN em face de sentença prolatada pelo douto Juízo da 4ª Vara Federal da SJ/RN, que, nos autos de ação ordinária ajuizada por Ana Ruth Cavalcanti dos Santos, julgou procedente em parte o pedido, para, reconhecendo a responsabilidade da referida instituição de ensino pelos danos morais resultantes da morte do bebê Suzan Evelyn Cavalcanti Jesus, em virtude da demora na realização do parto, condená-la ao pagamento do valor de R\$ 100.000,00. Fixou, ainda, honorários advocatícios sucumbenciais em R\$ 2.000,00.

2. Irresignada, a UFRN alega, em síntese, a inexistência nos autos de elementos suficientes que permitam deduzir que o estado de sofrimento fetal e o posterior óbito da filha da autora teve por causa necessária uma conduta omissiva (negligente) imputável diretamente aos médicos integrantes do corpo clínico do Hospital Universitário Onofre Lopes, de modo a firmar a responsabilidade civil indenizatória, quer objetiva, quer subjetiva, da UFRN.

3. Recurso adesivo apresentado por Ana Ruth Cavalcanti dos Santos no qual postula a majoração da verba honorária sucumbencial para 10% do valor da condenação.

4. Contrarrazões do apelo às fls. 182/184 e do recurso adesivo às fls. 186/190.

5. É este o relatório.

### **VOTO**

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

1. Inicialmente, vale colher da sentença ora impugnada, a sinopse fática da hipótese que se apresenta para reexame:

A autora alega que, no dia 27 de outubro de 2007, após ter sido submetida a exame clínico para acompanhamento de sua gestação, foi orientada pelo médico que lhe atendeu, o Dr. Emílio Jaime de Paiva Hipólito, a procurar a Maternidade Januário Cicco, administrada pela demandada, para a adoção dos procedimentos necessários ao parto, em razão de terem sido constatadas, no aludido exame, possível circular de cordão umbilical e diminuição do líquido amniótico.

Aduz que, no mesmo dia (27.10.2007), dirigiu-se à referida maternidade, ocasião em que foi atendida pela médica plantonista, a qual, por sua vez, após analisar o mencionado exame, orientou que a autora retornasse no dia 1º de novembro de 2007.

Informa que, no dia marcado para o retorno (01.11.2007), compareceu à Maternidade Januário Cicco por volta das 8:00 h (oito horas) da manhã, sendo atendida, contudo, somente às 11:00 h (onze horas), oportunidade em que foi submetida a um novo exame, cujo resultado teria apresentado “secreção de parto” e “feto com padrão de sofrimento”. Relata, ainda, que o parto só foi realizado às 20:00 h (vinte horas) do dia 1º de novembro de 2007, tendo o bebê, logo após o seu nascimento, sido encaminhado para a Unidade de Terapia Intensiva - UTI daquela maternidade, onde veio a falecer no dia 2 de novembro de 2007, por volta das 7:45 h (sete horas e quarenta e cinco minutos).

2. Sobre o tema responsabilidade civil do Estado, ensina a melhor doutrina que o Poder Público, como qualquer sujeito de direito, obriga-se a reparar economicamente os danos que causar ao patrimônio jurídico de outrem, através de comportamentos lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, puramente fáticos ou jurídicos.

3. Acerca desta matéria, dispõe o § 6º do artigo 37 da Constituição da República de 1988:

Art. 37. (...)

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, cau-

sarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

4. A análise do dispositivo transcrito revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores (em sentido amplo), independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. É a tese da responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo.

5. Com efeito, *a teoria do risco administrativo esteia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais.*

6. Destarte, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público baseia-se no risco administrativo, sendo objetiva. Esse tipo de responsabilidade exige a ocorrência dos seguintes requisitos: ocorrência do dano; ação ou omissão administrativa; existência denexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

7. Analisando de maneira minudente as razões de decidir traçadas pelo magistrado sentenciante, verifico que o julgado ora objugado não é carecedor de qualquer reproche.

8. Com efeito, tenho por válida a transcrição de alguns excertos do *decisum* de fls. 144/152, cuja fundamentação também passo a adotar como razões de decidir:

A conduta omissiva do Estado, como entidade pública aqui representada pelo réu, portanto, poderá implicar responsabilidade independentemente de culpa ou dolo, o que dependerá, como já dito, de se aquilatar a situação concreta trazida a juízo, para definir os pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado.

Conforme se depreende dos autos – especialmente do prontuário médico acostado às fls. 106/135 –, os fatos que culminaram na morte do bebê da autora ocorreram em decorrência da demora na realização do parto, mormente

porque, *in casu*, se tratava de procedimento cirúrgico que deveria ter sido realizado com extrema urgência, em face da situação de sofrimento em que se encontrava o nascituro, conforme diagnóstico médico emitido pelos próprios profissionais da parte demandada.

Ao contrário do que foi alegado, em audiência, pelas Dras. Patrícia Costa Fonseca Meirelles Bezerra e Maria da Guia de Medeiros Garcia, testemunhas da parte ré, o exame de monitoragem fetal realizado pela parte autora na Maternidade Januário Cicco, no dia 1º de novembro de 2007, às 11:00 h (onze horas) da manhã, apresentou resultado com padrões fora da normalidade, indicando, pois, que o feto encontrava-se em estado de sofrimento (fls. 15 e 116), o que foi ratificado no diagnóstico emitido pela Doutoranda Cristhiane Torres, com a chancela de outras duas médicas pertencentes aos quadro de profissionais daquela maternidade, as Dras. Flávia Regina F. Armstrong (fl. 107) e Maria Quitéria B. Meirelles (fl. 119).

A validade de tal diagnóstico encontra respaldo nas declarações feitas pela testemunha indicada por este juízo, o Dr. Emílio Jaime de Paiva Hipólito. De acordo com o aludido profissional médico, o supracitado exame indicava leve atividade intrauterina e inexistência de aceleração transitória nos batimentos cardíacos do nascituro, quadro representativo de sofrimento letal.

Diante dessa situação, deveria ter sido desprendido, pela equipe médica da Maternidade Januário Cicco, atendimento prioritário à gestante, o que, entretantes, não ocorreu, pois, apesar de ter sido diagnosticado sofrimento fetal crônico às 11:00 h (onze horas) da manhã do dia 1º de novembro de 2007, a parturiente, internada às 12:10 h (doze horas e dez minutos) daquela data (fl. 111), só foi submetida ao procedimento cirúrgico cesariano às 19:55 h (dezenove horas e cinquenta e cinco minutos), conforme boletim operatório acostado à fl. 114 dos autos.

Não se questiona, aqui, a exata idade gestacional do feto no dia em que foi realizado o parto, muito menos as condições em que se encontrava o colo do útero (fechado, grosso e posterior) da demandante naquele dia, mas o motivo de tanta demora na realização da cirurgia cesariana, destoante da situação de urgência em que foi enqua-



drado o caso da autora, consoante os diagnósticos médicos que apontaram, claramente, o sofrimento do bebê dentro da barriga da sua mãe (fls. 107, 109, 116 e 119), desde as 11:00 h (onze horas) da manhã do dia 1º de novembro de 2007.

Nem mesmo a ausência de jejum da gestante seria motivo para se impedir a cirurgia de emergência, conforme declaração feita em audiência pela Dra. Maria da Guia de Medeiros Garcia, segundo a qual, em caso de sofrimento do feto, o atendimento deve ser prioritário, a fim de se evitar a “síndrome do mecônio” (aspiração de líquido amniótico com mecônio pelo nascituro), o que, entretanto, não ocorreu no caso concreto.

No laudo de Exame Necroscópico elaborado pelo Instituto Técnico-científico de Polícia - ITP (fls. 23/24) tem-se a informação de que o bebê da demandante foi vítima de “lesão corporal provocada por anóxia”, que ocorreu nos seguintes termos: “a presença de congestão e edema ao exame histológico do encéfalo demonstra a ocorrência de anóxia. Em decorrência da queda no suprimento de oxigênio dos tecidos, as células perdem a capacidade de prover o equilíbrio hídrico entre os meios intra e extracelular, levando a um acúmulo neste último. O material encontrado em espaços alveolares e bronquíolos respiratórios atesta a ocorrência de aspiração de líquido amniótico. O líquido amniótico que envolve o feto durante a gestação, acumula o material córneo descrito no exame, sendo este proveniente das camadas superiores da epiderme fetal. O mecônio presente no intestino fetal é liberado para o líquido amniótico quando da ocorrência de anóxia intrauterina sendo também aspirado pelo feto. A liberação do mecônio se dá pelo relaxamento do esfíncter anal consequentemente ao fenômeno hipóxico já aludido” (fls. 23v/24).

Há, ainda, anotação feita no Relatório de Enfermagem do prontuário da parte autora que chama atenção. Às 9:30 h (nove horas e trinta minutos) da manhã do dia 1º de novembro de 2007 já havia sido registrado o diagnóstico de sofrimento fetal (fl. 119 verso). Contudo, a demandante só foi encaminhada ao centro cirúrgico às 16:20 h (dezesseis horas e vinte minutos), cinco horas e vinte minutos após ter sido novamente diagnosticado o sofrimento do bebê no

exame realizado às 11:00 h (onze horas), tendo esperado, ainda, durante mais de três horas para ser submetida à cirurgia cesariana, ocorrida somente às 19:55 h (dezenove horas e cinquenta e cinco minutos).

Como se percebe, tal comportamento desidioso e injustificado dos profissionais da Maternidade Januário Cicco contribuiu, certamente, para a morte do recém-nascido, causa da profunda dor e do abalo psicológico suportados pela demandante. O dano imposto ao bebê – e, por consequência, à autora – começou a se configurar após o primeiro diagnóstico (fl. 107) de sofrimento fetal. Logo após a realização do exame de monitoragem, às 11:00 h (onze horas) da manhã, com a confirmação do referido diagnóstico e a caracterização do quadro de urgência, a mãe, em estado de angústia e ansiedade, e o nascituro, já correndo risco de morte por anóxia, tiveram de esperar, inexplicavelmente, por mais de oito horas para a realização do parto, quando, então, já era tarde demais, vindo o bebê a falecer na manhã do dia seguinte (2 de novembro de 2007).

9. Presentes, pois, os requisitos essenciais a configurar a responsabilidade civil do Estado, quais sejam, a conduta ilícita (desidiosa), o dano e o nexo de causalidade entre eles, imperioso se evidencia o dever de indenizar, mostrando-se proporcional e razoável o *quantum* estipulado de R\$ 100.000,00.

10. Analisando casos análogos, esta egrégia Corte Regional já teve a oportunidade de encampar essa mesma linha de pensar, consoante se observa dos arestos abaixo colocados, os quais passam a fazer parte integrante deste julgado:

ADMINISTRATIVO E CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATENDIMENTO DE GESTANTE EM HOSPITAL UNIVERSITÁRIO, QUE RESULTOU NA MORTE DO RECÉM-NASCIDO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO ACOLHIDA. LEGITIMIDADE DA UFAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, PARÁGRAFO 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/1988. NEXO CAUSAL CONFIGURADO. SERVIÇO PÚBLICO INEFICIENTE. DEVER DE INDENIZAR. MANUTENÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO.

1. Apelações desafiadas pela Universidade Federal de Alagoas - UFAL e pela União em face da sentença que julgou

procedente o pedido autoral de indenização por danos morais, em razão do falecimento de filho recém-nascido em hospital público, tendo como causa a ingestão de líquido meconial no momento da cesariana, tendo as rés sido condenadas, solidariamente, ao pagamento do montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), com correção monetária a partir do dano (9-7-2007), e juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, até o início da vigência da Lei nº 11.960/2009 (30-6-2009), a partir de quando deve incidir os índices nela previstos.

2. Preliminar de ilegitimidade passiva da União, suscitada nas razões de Apelação, que prospera, tendo em vista que o fato descrito nos autos ocorreu em um Hospital Universitário, vinculado à UFAL, que é Autarquia Federal, pessoa jurídica de direito público, com patrimônio próprio, devendo, assim, responder diretamente, se for o caso, pelos danos causados aos autores.

3. E o fato do procedimento médico realizado no âmbito do Hospital Universitário ter sido custeado pelo Sistema Único de Saúde - SUS, não tem, por si só, o condão de atrair a responsabilidade para a União ou até mesmo transformá-la em solidária, diante do que dispõe o art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, que determina que as pessoas jurídicas de direito público responderão diretamente pelos danos causados pelos seus agentes.

4. Consta dos autos que a autora deu entrada na maternidade no dia 7 de março de 2007, às 9:00 horas, sentindo, segundo afirmou, fortes dores, contudo, naquela data, não fora realizado o parto cesariana, mas manteve-se a internação da parturiente, porque, segundo constou do seu prontuário, havia dúvida sobre a idade do feto. No dia seguinte, fora realizado um exame obstétrico na paciente, que revelou colo cervical dilatado em apenas 1,5 em uma polpa digital, conforme o documento de fl. 86.

5. Ainda conforme o prontuário da paciente, o trabalho de parto teve início às 10:00 horas do dia 8 de março de 2007 e a bolsa amniótica se manteve íntegra até o momento da cesariana. Segundo afirmado pelo Hospital, não havia sinais de sofrimento fetal, nem indicação absoluta de cesariana, mas admitiu que a indicação relativa sempre deverá ser discutida entre os obstetras de plantão. O trabalho de parto se estendeu por aproximadamente 12 horas, razão pela qual foi recomendada a cirurgia cesariana. O parto

cirúrgico foi realizado às 22:00 horas do dia 8 de março de 2007, tendo a criança nascido às 22:25 horas. Durante a cirurgia foi evidenciada a presença de mecônio espesso no líquido amniótico, que foi aspirado pelo feto, o que provocou a síndrome de aspiração meconial.

6. A criança ficou internada na UTI-neonatal por aproximadamente 22 horas, vindo a falecer no dia 9 de março de 2007, às 19:00 horas, tendo como causa da morte a falência de múltiplos órgãos, hipertensão pulmonar persistente, síndrome de aspiração meconial, conforme se vê da Certidão de óbito de fl. 15.

7. Percebe-se dos documentos colacionados aos autos que o feto não havia apresentado nenhum problema clínico durante o pré-natal, todos os exames constataram a normalidade da criança, sendo que todo o problema ocorreu com a presença de mecônio no líquido amniótico e a ingestão pelo feto durante a cesariana.

8. Conforme se observa do documento de fl. 39v, houve trabalho de parto prolongado e fora constatado sofrimento fetal, o que indica que não houve o monitoramento cuidadoso e acurado que requer o parto realizado nessas condições, quais sejam, em que a parturiente passou muitas horas em trabalho de parto, tendo em vista que chegou ao hospital no dia 7 de março sentido fortes dores, e somente fora realizada a cirurgia de retirada do feto no dia 8 de março às 22:00 horas.

9. Ressalte-se que, embora o magistrado monocrático tenha dispensado a realização da perícia médica, isso não constitui óbice para o julgamento da demanda, vez que os documentos colacionados aos autos são suficientes para concluir pela omissão do hospital em prestar um atendimento adequado à paciente, quando tinha o dever legal de fazê-lo, o que culminou com a morte da criança.

10. Ficou evidenciado nos autos que se a parturiente tivesse recebido o tratamento médico adequado, o feto teria plenas condições de sobrevivência, já que todos os exames pré-natais atestaram a sua saúde, somente tendo ocorrido o evento morte por causa da falha do serviço público, que se revelou ineficiente para evitar o evento morte.

11. A conduta lesiva ensejadora da responsabilidade estatal pode surgir por decorrência da omissão do Estado perante o evento alheio que cause o gravame, caso em que se caracteriza o ‘funcionamento defeituoso do serviço’ – a

*faute de service* – que independe da culpa do agente público, e que surge quando o serviço público: i) funciona mal; ii) não funciona; ou iii) funciona a destempo (serodiamente).

12. Outrossim, não há dúvidas quanto à existência do nexo de causalidade entre a omissão culposa do corpo médico do hospital, e os danos causados aos autores, que entraram no hospital com um feto saudável e em plenas condições de nascimento e sobrevivência, e deixaram o local com um cadáver, de sorte que cabe à UFAL o ônus de indenizar a parte autora pelos danos morais.

13. Para a aferição do *quantum* da indenização não pode haver arbítrio puro do magistrado, devendo ser feita em atenção a critérios objetivos, tais como, o *status* de que desfruta o ofendido, a condição financeira do ofensor, a extensão dos efeitos do dano etc.

14. A parte autora pleiteou o montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) pelos danos morais, montante que se revela razoável e proporcional à reparação do evento danoso, considerando os critérios objetivos acima elencados, e sem perder de vista o fato de que tal cifra não ostentará o condão de fomentar o enriquecimento sem causa (ilícito) dos apelados.

15. Os juros moratórios de 0,5% (meio por cento) devem incidir a partir da citação, nos termos fixados pela sentença, tendo em vista não ser possível, no caso, a aplicação da Súmula nº 54/STJ, ou seja, desde o evento danoso, tendo em vista que tal mudança configuraria *reformatio in pejus*, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

16. Já a correção monetária deve incidir não a contar do evento danoso, mas sim da data da sentença que estipulou a indenização, conforme orientação da Súmula nº 362/STJ: “A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento”.

17. A partir da vigência da Lei 11.960/2009, os juros e a correção monetária são devidos pelos índices aplicáveis à caderneta de poupança.

18. Apelação da União provida, para excluí-la da lide por ilegitimidade passiva, apelação da UFAL improvida, e remessa necessária tida por interposta provida em parte, apenas para ajustar a correção monetária. (TRF 5ª R., Terceira Turma, AC 513609/AL, Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano, DJE 16/04/2012, p. 145)

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. UFPE. HOSPITAL UNIVERSITÁRIO. MORTE DE RECÉM-NASCIDO DURANTE O PARTO. ASSISTÊNCIA MÉDICA INADEQUADA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. MAJORAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. APELAÇÃO DA UFPE E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA.

1. Remessa oficial e apelações interpostas contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar a UFPE ao pagamento de indenização por danos morais causados à parte autora, em virtude da morte de sua filha, por ocasião do parto, decorrente de conduta médica indevida imputada ao hospital universitário. A pretensão concernente à indenização por danos materiais restou afastada, não tendo sido objeto do apelo da postulante.

2. Afastada a alegação de cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, tendo em vista a existência nos autos de prova suficiente ao exame do mérito.

3. Hipótese em que a autora deu entrada no Hospital das Clínicas de Pernambuco às 05:00 horas do dia 02/05/2005, apresentando dores decorrentes de dilatações aferidas em 4 cm, mas sem “ruptura das águas”, pelo que não foi diagnosticado trabalho de parto ativo. Diante da ausência de leito disponível, foi acomodada numa cadeira escolar e, por ser uma grande múltipara (antecedentes de 6 partos normais), a equipe médica adotou conduta expectante. Às 21:00 horas, quando da substituição do médico obstetra plantonista, deu-se início à aplicação de ocitocina (fármaco que provoca contrações uterinas), com continuidade do procedimento de espera. Somente às 5:15 horas do dia 03/05/2005, quando da constatação de dilatação completa, o médico plantonista foi novamente acionado, sendo a autora, enfim, encaminhada à sala de parto. O nascimento e a decorrente morte do recém-nascido ocorreram às 5:25 horas.

4. Independentemente da adequação da técnica médica adotada na fase expulsiva do parto, resta evidente que à autora não foi direcionado atendimento hospitalar compatível com a situação que apresentava, sendo submetida a tratamento atentatório à dignidade da pessoa humana. Segundo informações prestadas pelo próprio médico que conduziu o parto, no período em que a autora esteve inter-

nada, a maternidade do HCPE estava superlotada, com cinco pacientes acomodadas em cadeiras. Informou-se, ainda, que os médicos plantonistas da maternidade, berçário e UTI neonatal encaminharam abaixo-assinado ao CREMEPE, via Comissão de Ética, denunciando a imposição de internamento de pacientes, apesar da falta absoluta de leitos e de uma boa assistência obstétrica e neonatal.

5. É notória a negligência da apelante, que mantém um serviço médico hospitalar descompromissado com sua função primordial de fornecer um atendimento de qualidade, zelando pelas vidas daqueles que os procuram.

6. Os danos morais sofridos pela autora são inquestionáveis, caracterizados pela tristeza, dor e abalo psicológico que devem ser indenizados. Na longa jornada de quase 24 horas em processo de contrações, a postulante foi submetida a condições de atendimento precárias que levaram à morte de sua filha, esperada por longos meses e cuja gestação transcorria dentro dos padrões da normalidade.

7. Tratando-se de danos morais, o valor da indenização deve ser suficiente para desencorajar a reiteração de condutas ilícitas e lesivas por parte do réu e, ao mesmo tempo, amenizar, na medida do possível, o constrangimento causado à parte lesada. Por outro lado, não pode se mostrar excessivo diante da lesão causada, sob pena de resultar em enriquecimento ilícito.

8. Considerando as circunstâncias do caso apresentado, o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), arbitrado na sentença recorrida, mostra-se insuficiente à reparação dos danos morais efetivamente sofridos pela autora, em face do que deve ser majorado para o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a sofrer incidência de correção monetária a partir deste julgamento.

9. Mantido os honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da condenação, por atender aos parâmetros do art. 20, parágrafo 3º, do CPC.

10. Remessa oficial e apelação da UFPE improvidas.

11. Apelação da autora provida.

(TRF 5ª R., Primeira Turma, AC 433496/PE, Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira, DJE 15/04/2010, p. 142)

11. No tocante à fixação de honorários, registre-se que o tema concernente à sucumbência sempre apresentou contornos tormen-

tosos na doutrina jurídica, que, contudo, é uníssona em afirmar como pressuposto maior do princípio da sucumbência a *submissão da parte vencida à sentença*.

12. Isto porque a parte que vai a juízo, pretendendo defender ou restabelecer um direito ou tentando impedir que outrem o viole, incorre em despesas, tais quais as referentes aos gastos com custas e com honorários a seu advogado.

13. No entanto, o fim da justiça não é onerar a parte que move a ação ou a contesta; pelo contrário, é restabelecer o direito ou apenas a tranqüilidade e a segurança dos litigantes, através de uma ampla reparação dos prejuízos que a parte teve com a demanda; portanto, o princípio da sucumbência, longe de ser apenas de índole civil ou processual é, antes de tudo, da natureza publicista, impondo aos litigantes respeito às reivindicações de seus direitos malferidos e evitando, destarte, as aventuras judiciárias.

14. Feitas essas considerações, penso, *com todas as vênias aos entendimentos divergentes*, que a sentença merece ser mantida, quanto a este ponto específico.

15. Registre-se que, nos casos em que a Fazenda Pública é condenada, não se aplicam os limites de 10% e 20% sobre a condenação, previsto no § 3º do art. 20 do CPC, devendo o juiz fixá-la consoante apreciação equitativa, tal como o fez o juiz de primeiro grau.

16. Na hipótese em tela, considerando a questão jurídica posta em discussão, e atento à dignidade da profissão, ao valor econômico da causa e ao zelo no seu acompanhamento, bem assim observando o art. 20, § 4º, do CPC, considero que o valor da verba honorária em R\$ 2.000,00 encontra-se dentro dos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, a bem remunerar o advogado pelos serviços prestados no feito, devendo, pois, ser este o novo valor fixado.

17. Os valores deverão ser monetariamente corrigidos acrescidos de juros de mora a contar do evento danoso (Súmula 54 do STJ), observado o disposto no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/2009.



18. Em face ao exposto, e, forte nos precedentes susmencionados, *nego provimento à apelação, à remessa oficial e ao recurso adesivo.*

19. É como voto.

## **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 26.307-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR  
Apelantes: BENEDITO BRANDÃO PAIVA E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Apelados: OS MESMOS  
Repte.: PROCURADORIA DO INSS  
Advs./Procs.: DRS. ANTONIO WASHINGTON FROTA E OUTROS

***EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. FORMA PROPORCIONAL. PRELIMINAR DE COISA JULGADA. INSUBSISTÊNCIA. RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. ANOTAÇÃO CONTEMPORÂNEA NA CTPS, CONTENDO ANOTAÇÕES DE FÉRIAS E ALTERAÇÕES DE SALÁRIOS ATÉ 1974. EXCLUSÃO DO TEMPO POSTERIOR A 30/09/1974, DEVIDO À PROVÁVEL RASURA DO ANO DE 1974 PARA 1979. TEMPO SUFICIENTE PARA APOSENTADORIA PROPORCIONAL. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MAJORADA A VERBA HONORÁRIA ADVOCATÍCIA PARA 10% DO QUANTUM VENCIDO. CORREÇÃO MONETÁRIA SEGUNDO MANUAL DE CÁLCULOS DA JUSTIÇA FEDERAL. JUROS DE MORA DE 1% AO MÊS. APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI 11.960/2009.***

***- Insubsistente a preliminar de coisa julgada arguida pela ré, porquanto a ação promovida pelo autor perante o Juizado Especial Federal objetivou o restabelecimento da aposentadoria inte-***

**gral por tempo de contribuição. Enquanto a presente ação objetiva a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, na forma proporcional, e, subsidiariamente, aposentadoria por idade, vez que o tempo de serviço apurado naquele juízo não foi suficiente para a aposentadoria integral, levando-o a requerê-la na modalidade proporcional, não pleiteada naquele feito. Logo, inexistindo identidade de pedido, não há que se falar em coisa julgada (art. 301, § 2º, do CPC).**

**- A exigência etária restou comprovada, porquanto, à data do requerimento da aposentadoria, em 30/05/2001, o postulante contava com 62 anos de idade, visto que nasceu em 22/01/1939.**

**- Quanto ao tempo de atividade do autor, não obstante os argumentos do instituto previdenciário, há que se ter por demonstrada a existência do contrato de trabalho junto à Empresa Imobiliária Agrícola Machado S/A, no intervalo de 02/09/1960 a 30/09/1974, posto que contemporaneamente registrado na sua CTPS, contendo anotações de férias e alterações de salários durante tal período, bem como à vista da ficha registro de empregados acostada, devendo porém ser excluído o interstício posterior a 30/09/1974, devido à provável existência de rasura nos documentos quanto à data da saída, do ano de 1974 para 1979, cujo procedimento instaurado para apuração de fraude encontra-se no MP.**

**- Assim, à vista de que, à data da vigência da EC nº 20/98, o postulante detinha 30 anos, 1 mês e 16 dias de tempo de contribuição, eis que necessita demonstrar mais 1 ano, 11 meses e 12 dias para completar o alcunhado “pedágio”, devendo computar 31 anos, 11 meses e 12 dias de atividade. Logo, considerando que reúne 32 anos e 7 meses de tempo de serviço, resta demonstrado também o cumprimento desta última exigência, fazendo**

***jus à concessão de aposentadoria proporcional por tempo de contribuição, desde a data do cancelamento da aposentadoria anteriormente concedida, observada a prescrição quinquenal.***

***- Majorada a verba honorária advocatícia fixada em R\$ 1.000,00 para 10% do valor da condenação, nesta compreendidas as parcelas vencidas até a prolação da sentença (Súmula 111 do STJ), visto que o causídico deve ser condignamente remunerado.***

***- Apelação do autor provida para majorar a verba honorária advocatícia para 10% sobre o valor da condenação, nesta compreendidas as parcelas vencidas até a prolação da sentença (Súmula 111 do STJ). Apelação do INSS e remessa oficial parcialmente providas apenas para excluir da contagem do tempo de contribuição do promovente o período de 01/10/1974 a 30/09/1979.***

## **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, à unanimidade, dar provimento à apelação do autor e dar parcial provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator.

Recife, 19 de fevereiro de 2013. (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 apelações de ambas as partes contra a sentença que, antecipando os efeitos da tutela, condenou a autarquia demandada à concessão de aposentadoria proporcio-

nal ao tempo de contribuição do promovente, bem como ao pagamento das parcelas vencidas, a partir de 17/04/2007<sup>1</sup>, corrigidas monetariamente segundo o Manual de Cálculos da Justiça Federal, e acrescidas de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, até a vigência da Lei nº 11.960/2009, e, a contar de então, nos termos do disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, além de honorários advocatícios de 1.000,00 (mil reais).

Em suas razões recursais, assevera a autarquia a impossibilidade do cômputo do tempo de serviço supostamente exercido pelo apelado, no interregno de 02/09/1960 a 30/09/1979, alegando a inexistência de tal vínculo empregatício, posto que comprovado através de CTPS contendo rasuras, o que levou o órgão a realizar pesquisa na empresa empregadora, na qual não foi localizado qualquer documento do autor, motivo pelo qual lhe cessou o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, com observância do devido processo legal.

Requer a reforma integral da sentença e o indeferimento dos pleitos autorais, com a condenação da parte autora nos ônus da sucumbência, pugnando antes pelo acolhimento da preliminar de coisas julgada.

O autor, por sua vez, insurge-se contra o arbitramento dos honorários advocatícios, pugnando sejam fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, em consonância com o art. 20, § 3º, do CPC.

Contrarrazões do postulante às fls. 338/340. O instituto apelado não apresentou contrarrazões.

É o relatório.

## **VOTO**

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

Insubsistente a preliminar de coisa julgada arguida pela autarquia ré, porquanto a ação (Processo nº 0507034-16.2009.4.05.

---

<sup>1</sup> Data da cessação da aposentadoria por tempo de contribuição, em 01/02/2007, observada a prescrição quinquenal.

8103T) promovida pelo autor perante o Juizado Especial Federal objetivou o restabelecimento da aposentadoria por tempo de contribuição, na forma integral. Enquanto a presente ação objetiva a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, na modalidade proporcional, e, subsidiariamente, a aposentadoria por idade, vez que o tempo de serviço apurado naquele juízo não foi suficiente para a aposentadoria integral, levando-o a requerê-la na forma proporcional, não pleiteada naquele feito. Logo, inexistindo identidade de pedido, não há que se falar em coisa julgada (art. 301, § 2º, do Código de Processo Civil).

Assim, afasto a preliminar de coisa julgada.

No mérito, a Emenda Constitucional nº 20/98, no seu artigo 9º, § 1º, assegurou a aposentadoria, com valores proporcionais ao tempo de contribuição, ao segurado que se tenha filiado ao regime geral da previdência social até a data de sua publicação (16/12/1998), desde que tenha 53 (cinquenta e três) anos de idade, se homem, e 48 (quarenta e oito) anos, se mulher, e atenda, cumulativamente, aos seguintes requisitos:

- I. Conte tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de 30 (trinta) anos, se homem, e 25 (vinte e cinco), se mulher;
- II. Comprove um período adicional de contribuição equivalente a 40% (quarenta por cento) do tempo que, em 16/12/1998, faltaria para atingir o limite de tempo constante do item anterior.

No presente caso, a exigência etária restou comprovada, porquanto, à data do requerimento da aposentadoria, em 30/05/2001 (fl. 13), o postulante contava com 62 (sessenta e dois) anos de idade, visto que nasceu em 22/01/1939 (fl. 51).

No que tange ao tempo de atividade do postulante, sustenta o INSS a impossibilidade do cômputo do vínculo empregatício anotado à fl. 7 da sua Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, datando de 02/09/1960 a 30/09/1979, posto que, além do documento conter rasura, não foi localizado qualquer documento do demandante em pesquisa realizada na empresa empregadora em 26/10/2005.

Ocorre que, não obstante os argumentos do instituto previdenciário, há que se ter por demonstrada a existência do contrato de trabalho do autor junto à Empresa Imobiliária Agrícola Machado S/A, no intervalo de 02/09/1960 a 30/09/1974, posto que contemporaneamente registrado na sua CTPS (Carteira de Trabalho e Previdência Social), contendo anotações de férias (fls. 91/92) e alterações de salários (fls. 93/94) durante tal período, bem como à vista da ficha registro de empregados, acostada à fl. 96-verso, devendo no entanto ser excluído o interstício posterior a 30/09/1974, devido à provável existência de rasura nos documentos quanto à data da saída<sup>2</sup>, do ano de 1974 para 1979, cujo procedimento instaurado para apuração de fraude encontra-se no Ministério Público (fl. 124-verso).

No que diz respeito ao recolhimento das contribuições previdenciárias, dos segurados empregados, tem-se que é responsabilidade do empregador, bastando àquele a comprovação do vínculo trabalhista, nos termos previstos no artigo 30, inciso I, da Lei nº 8.212/91.

Destarte, recalculando o tempo de serviço do demandante, levando em conta o vínculo empregatício impugnado pelo instituto demandado somente quanto ao intervalo de 02/09/1960 a 30/09/1974, e não até 30/09/1979 como considerou o juízo de primeiro grau, computa-se:

PERÍODO	ANOS	MESES	DIAS
02/09/1960 a 30/09/1974	14	0	29
01/05/1982 a 30/03/1992	9	11	0
01/10/1992 a 01/09/1995	2	11	1
01/10/1995 a 30/11/1997	2	2	0
01/12/1997 a 30/05/2001	3	6	0
<b>TOTAL</b>	<b>32</b>	<b>7</b>	<b>0</b>

---

<sup>2</sup> Eis que pelas provas dos autos tal vínculo foi encerrado no ano de 1974 e não nem 1979 (levando-se a crer que foi rasurado). Vale ressaltar que o INSS instalou procedimento de controle interno, concluindo pela responsabilidade penal dos envolvidos e o remeteu ao Ministério Público Federal – fl. 124v.

Assim, à vista de que, à data da vigência da EC nº 20/98, o postulante detinha 30 (trinta) anos, 1 (um) mês e 16 (dezesseis) dias de tempo de contribuição, eis que necessita demonstrar mais 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 12 (doze) dias para completar o alcunhado “pedágio”, devendo computar 31 (trinta e um) anos, 11 (onze) meses e 12 (doze) dias de atividade. Logo, considerando que reúne 32 (trinta e dois) anos e 7 (sete) meses de tempo de serviço, resta demonstrado também o cumprimento desta última exigência, fazendo jus à concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, com proventos proporcionais, desde a data do cancelamento da aposentadoria anteriormente concedida, observada a prescrição quinquenal.

Neste sentido, colaciono julgamento da Segunda Turma desta Casa:

PREVIDENCIÁRIO. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO URBANO. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA PROPORCIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO. JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL. PROVA TESTEMUNHAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTOS PREVIDENCIÁRIOS. OBRIGAÇÃO IMPOSTA AO EMPREGADOR.

I - O magistrado deve julgar de acordo com o princípio da persuasão racional, formando o seu livre convencimento com base nos elementos probatórios trazidos a exame, a teor do art. 131 do Diploma Processual Civil.

II - É de se reconhecer o tempo de serviço urbano prestado de 01/08/67 a 31/12/71, justificado judicialmente, ante a existência de prova testemunhal convincente cumulada com início de prova material, qual seja, declaração do ex-empregador firmada 9 anos antes do pleito de averbação do referido o tempo de serviço, o que afasta a suspeita de que o documento poderia ter sido fabricado unicamente para instruir o pedido judicial de aposentação.

III - Não questionada a idoneidade das testemunhas, deve ser valorizado tal elemento de prova para fins de declaração de tempo de serviço.

IV - A anotação do vínculo empregatício na CTPS goza de presunção relativa, não sendo necessário a comprovação do pagamento das contribuições previdenciárias por parte do empregado, que não pode ser penalizado diante da ina-

dimplência de uma obrigação imposta tão somente ao empregador, de acordo com o art. 30, inciso I, alíneas a e b, da Lei nº 8.212/91, até porque cabe à autarquia previdenciária a fiscalização de tais exações, possuindo esta, de toda forma, meios próprios para obter eventuais parcelas devidas em sede de ação de cobrança.

V - Uma vez comprovado, nos termos do art. 55, parágrafo 3º, da Lei nº 8.213/91, que o promovente já detinha o tempo de serviço mínimo de 30 anos antes do advento da EC nº 20/98, é de lhe ser deferida a aposentadoria proporcional requerida.

VI - Recurso do INSS e remessa necessária, tida por interposta, improvidos.

[TRF5. AC 329161 SE (200305990018389). JUL: 29/05/2007. DJ: 11/07/2007. PÁG.: 526. REL: DES. ROGÉRIO FIALHO MOREIRA. 2ª TURMA. DECISÃO UNÂNIME]

No que concerne à irresignação do postulante em face do arbitramento da verba honorária advocatícia no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), tenho que carece ser majorada, visto que o causídico deve ser condignamente remunerado, pelo que a fixo no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nesta compreendidas as parcelas vencidas até a prolação da sentença, a teor da Súmula 111 do STJ.

Correção monetária e juros de mora corretamente fixados.

Ante o exposto, dou provimento à apelação do autor para majorar a verba honorária advocatícia para 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nesta compreendidas as parcelas vencidas até a prolação da sentença, a teor da Súmula nº 111 do STJ, dou parcial provimento à apelação do INSS e à remessa oficial apenas para excluir da contagem do tempo de contribuição do promovente o período de 01/10/1974 a 30/09/1979.

É como voto.



## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 495.754-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-  
LIANO

Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E INSTITUTO TO-  
CANTINENSE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS -  
ITPAC

Apelados: OS MESMOS E OUTROS, ESTADO DE PERNAM-  
BUCO

Parte A.: SINDICATO DOS MÉDICOS DE PERNAMBUCO  
Lit. Ativos: SINDICATO DAS INSTITUIÇÕES PARTICULARES  
DE ENSINO SUPERIOR DO ESTADO DE PER-  
NAMBUCO - SIESPE E ORDEM DOS ADVOGADOS  
DO BRASIL SEÇÃO DE PERNAMBUCO - OAB/PE

Lit. Passivo: ANTÔNIO VAZ DA COSTA COELHO  
Assist.: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTA-  
DO DE PERNAMBUCO - CREMEPE

Advs./Procs.: DRS. ROSELENE TAVARES CHEIN, RENATA SOU-  
SA DE SIQUEIRA CAMPOS E OUTROS, ÉLIO WAN-  
DERLEY DE SIQUEIRA E OUTROS, INÁCIO JOSÉ  
FEITOSA NETO, ROBERTA SILVA MELO FERNAN-  
DES E OUTROS, JAYME JEMIL ASFORA FILHO E  
OUTROS E IÊDA DIAS DA ROCHA COELHO E OU-  
TROS

**EMENTA: CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO CI-  
VIL PÚBLICA. DANOS MORAIS INDIVIDUAIS E  
COLETIVOS. RECLAMAÇÃO PETICIONADA  
PELOS ALUNOS DA FAMEG. NÃO CONHECI-  
MENTO. PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA  
DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL E DE CER-  
CEAMENTO DE DEFESA REJEITADAS. INSTITU-  
TO TOCANTINENSE PRESIDENTE ANTÔNIO  
CARLOS - ITPAC. FACULDADE DE MEDICINA DE  
GARANHUNS/PE - FAMEG. INSTITUIÇÃO PRIVA-  
DA DE ENSINO SUPERIOR. AUSÊNCIA DE AU-  
TORIZAÇÃO DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO.  
FUNCIONAMENTO. AUSÊNCIA DE AUTORIZA-  
ÇÃO DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. LEI Nº**

**9.394/96. ILEGALIDADE. DANOS MORAIS INDIVIDUAIS E COLETIVOS. PREJUÍZO AOS ALUNOS DA FAMEG. APELAÇÃO DO MPF PROVIDA EM PARTE. APELAÇÃO DA ITPAC IMPROVIDA.**

**- Reclamação interposta pelos alunos da FAMEG contra a decisão do Juiz Federal da 23ª Vara Federal de Pernambuco que teria, em tese, descumprido julgado do Superior Tribunal de Justiça, que o considerou competente para decidir sobre a validade do vestibular realizado indevidamente pela faculdade, remetendo o pedido a este Regional.**

**- Ao Superior Tribunal de Justiça o processamento e julgamento das reclamações que visem a garantia da autoridade de suas decisões. Reclamação que deveria ter sido interposta perante o STJ e não perante este Tribunal, posto que incompetente para processar e julgar o recurso. Não conhecimento da reclamação dos alunos da FAMEG.**

**- Incabível a alegação de incompetência da Justiça Federal para processar e julgar a presente ação civil pública em face de um suposto conflito entre a União e o Estado, porque, tendo sido a faculdade autorizada para funcionar pelo Estado de Pernambuco e tendo o MPF afirmado que a competência para funcionamento da instituição caberia ao Ministério da Educação, seria o julgamento de competência do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, f, da Constituição Federal.**

**- O Supremo Tribunal Federal já analisou o alegado “conflito de jurisdição” alegando pela apelante, decidindo em 12.05.2009, na Reclamação nº 6.560/PE, da Relatoria do Ministro Eros Grau, pela sua improcedência, salientando que “a competência para autorizar o funcionamento de instituições privadas de ensino superior é do Mi-**

**nistério da Educação, que, no exercício do dever-poder de conservar os interesses jurídicos dos alunos matriculados no curso superior ministrado pela instituição, interesses que se não pode ignorar, há de nesse sentido curar". Competência da Justiça Federal e deste Tribunal para processar e julgar a apelação da ITPAC e do MPF.**

**- Inexistente a alegada violação ao art. 398 do CPC. Intimação da ITPAC de todos os atos processuais, tendo pleno acesso aos autos, ressaltando-se a intimação da apelada de fl. 1349, na qual ela obteve vista dos documentos acostados pelas partes e litisconsortes, com a determinação da produção de provas.**

**- A decisão interlocutória que indeferiu o pedido dos alunos da FAMEG de ingressarem na presente ação como litisconsortes, na qualidade de interessados na causa, não infringe o art. 50 do CPC, porque os estudantes não têm poder de fiscalização das atividades de ensino do nível superior, pelo que não se justificaria a intervenção no feito. Preclusão da alegação de nulidade, porque da referida decisão não foi interposto agravo, em sua forma retida, no momento processual adequado à impugnação da decisão.**

**- Alegação de nulidade da sentença sob o fundamento de adoção dos argumentos do MPF e da União, desconsiderando-se os da ITPAC. O julgador é livre para formar o seu próprio convencimento (princípio do livre convencimento motivado), e no presente caso, ele, ao sentenciar, considerou todas as provas necessárias para o julgamento da lide, analisando os argumentos e a documentação trazida por todas as partes antes de proferir sua decisão. O fato de a tese defendida pela FAMEG não ter sido analisada aos seu gosto não configura nulidade, eis que a decisão encontra-se devidamente fundamentada, sendo inexistente violação ao art. 125 do CPC.**

**- Inexistente a alegada violação aos princípios constitucionais do livre exercício profissional e da legalidade, em face do art. 5º, XIII, da CF, que garante o livre exercício do trabalho, emprego ou profissão, porque o exercício de tais direitos envolve o atendimento às condições impostas pela legislação infraconstitucional, que, no presente caso, exige, para o funcionamento da FAMEG, a devida autorização do MEC, requisito este que não se configura como exagerado de forma a inviabilizar o funcionamento da instituição de ensino superior.**

**- A Lei nº 4.024/61, antiga Lei de Diretrizes e Bases da Educação, revogada quase em sua totalidade pela nova Lei (Lei nº 9.394/96), exceto quanto aos arts. 6º e 9º, fixa a competência do MEC no tocante à autorização, credenciamento e reconhecimento das instituições de ensino superior.**

**- A nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96) prescreve, especificamente, em seus arts. 9º, inc. IX e 16, a competência da União para “autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino”, inclusive “as instituições de educação superior criadas e mantidas pela iniciativa privada”. A Lei nº 9.135/95, em seu art. 2º, estabelece que as autorizações concedidas às instituições de ensino serão efetivadas pelo Poder Executivo, conforme decisão do Conselho Federal de Educação.**

**- A ITPAC-PE, mantenedora da Faculdade de Medicina de Garanhuns, não possui a autorização para funcionamento oriunda do Ministério da Educação. Não procede a alegação de que a ITPAC/FAMEG estaria autorizada a funcionar pelo Estado de Pernambuco, que, através de seu Conselho de Educação, permitiu a instalação e**

**funcionamento da Faculdade de Medicina de Garanhuns. Somente a União tem competência para autorizar o funcionamento de instituição privada de ensino superior, autorização esta que não pode ser suprida por qualquer ato do Estado de Pernambuco.**

**- A autorização estadual não supre ou substitui a autorização federal advinda do Ministério da Educação. O ato de funcionamento da FAMEG, portanto, é irregular desde o seu nascedouro, de forma que não tem efeito jurídico a ser preservado em face do vício do ato original.**

**- Existência de Parecer do Ministério da Educação, à sentença e aos recursos, favorável à migração da dita Faculdade de Medicina de Garanhuns - FAMEG, do Sistema Estadual de Ensino de Pernambuco para o Sistema Federal de Ensino nos termos do Edital nº 01, de 09.08.2011, da SERES.**

**- Embora o Parecer do MEC admita a possibilidade da migração da FAMEG para o sistema federal de ensino, mediante o cumprimento de requisitos impostos pelo Ministério da Educação, a migração ainda não foi deferida, de forma que persiste a ausência de autorização da União Federal para o funcionamento da FAMEG.**

**- Impossibilidade de o Instituto Tocantinense Presidente Antônio Carlos - ITPAC, mantenedor da Universidade de Medicina de Garanhuns, oferecer, anunciar e abrir inscrições para vestibular para o curso de Medicina, em face da irregularidade de sua situação, posto que ausente a autorização da União Federal, por intermédio do Ministério da Educação.**

**- Apelação do MPF na qual é requerida a condenação da ITPAC por danos morais coletivos e do Estado de Pernambuco por danos materiais e morais coletivos em face da autorização estadual indevida para o funcionamento da institui-**

*ção privada de ensino superior.*

*- No tocante aos danos materiais, adoto a fundamentação contida no parecer do MPF como razões de decidir, segundo a qual “o pedido recursal de condenação do Estado de Pernambuco por danos materiais está prejudicado, porquanto tal pleito não foi deduzido por ocasião da exordial, não se podendo, neste momento processual, haver inovação na matéria posta à apreciação do Judiciário, como nos informam os arts. 128 e 460 do CPC”.*

*- O dano moral coletivo consiste na injusta lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de valores coletivos, atingidos injustificadamente do ponto de vista jurídico, violando um determinado conjunto de valores coletivos e, por isso, gerando uma relação jurídica obrigacional entre a comunidade lesada e o sujeito passivo, que é o causador do dano por ofensa a direitos dessa coletividade.*

*- A ITPAC pôs em funcionamento instituição de ensino superior sem a devida autorização do órgão competente, o que me afigura, sim, negligência, no sentido de que deixou de pesquisar e utilizar a legislação e a documentação necessária à criação e autorização da instituição privada de ensino superior, e a imprudência, pois feriu o dever de cuidado necessário ao funcionamento da universidade, ao deixar de obter a autorização no órgão competente.*

*- Apelante que tinha pleno conhecimento da impossibilidade de funcionamento, porque devidamente notificada pelo MEC no ano de 2008 acerca da insuficiência da autorização do Estado de Pernambuco para o funcionamento da IES. Mesmo com o aviso, a apelante prosseguiu com a realização do vestibular, determinando o ingresso dos alunos, agindo temerariamente em manter o funcionamento indevido da FAMEG, funda-*

**mentada no requerimento de migração da esfera estadual para a federal, ainda não realizada até a presente data e mesmo após a sentença condenatória, que determinou a suspensão de funcionamento da Universidade, vindo ela a reabrir o vestibular, que não chegou a ocorrer em face da decisão por mim proferida para suspender o processo seletivo (Vestibular) do curso de medicina para 2011/2010, da Universidade de Medicina de Garanhuns, por ser a realização do dito vestibular o descumprimento do determinado na sentença.**

**- A instalação de uma instituição de ensino superior, em especial uma faculdade de medicina, em uma cidade do agreste meridional, cria expectativas na localidade, referente ao crescimento da infraestrutura, do mercado imobiliário, econômico, de entretenimento, gastronômico, entre outros, levantando sentimentos de importância e de autoestima na população local, com perspectiva de desenvolvimento e crescimento econômico e social com a chegada de pessoas de todo o estado ou de todo o país.**

**- A suspensão das atividades da Universidade, porque funcionava de forma precária e, por isso, poderia ter suas atividades interrompidas a qualquer momento, gerou um sentimento de desconfiança com relação às autoridades e de decepção quanto ao progresso local, frustrando as expectativas da sociedade e dos alunos atuais e futuros.**

**- Configurado o dano material coletivo causado pelo ITPAC, e, fundamentado em todos os argumentos acima expostos, fixo a indenização em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), destinada ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pelo Decreto nº 1306/1994, para fins de “reconstituição dos bens lesados” (art. 13 da Lei nº 7.347/85).**

**- Inexistência de dano moral coletivo por ato do Estado de Pernambuco. Ainda que o Estado de Pernambuco tenha emitido indevidamente o ato de autorização de funcionamento, ele não foi o responsável direto pela disponibilização à sociedade do serviço educacional, não podendo ser considerado, no caso, prestador de serviço, na acepção jurídica do termo.**

**- Apelação do MPF provida em parte, apenas para condenar a ITPAC ao pagamento de danos morais coletivos. Apelação da ITPAC improvida.**

### **ACÓRDÃO**

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

Recife, 31 de janeiro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Apelações interpostas pelo Ministério Público Federal e pelo Instituto Tocantinense Presidente Antônio Carlos - ITPAC interpostas em face de sentença que, em ação civil pública ajuizada em desfavor do Instituto Tocantinense Presidente Antônio Carlos - ITPAC, julgou procedente os pedidos da União Federal e do Ministério Público Federal, para determinar a suspensão das atividades da Faculdade de Medicina de Garanhuns/PE - FAMEG, em face da ausência de autorização para o seu funcionamento pelo Ministério da Educação e para condenar a instituição educacional ao ressarcimento dos danos suportados pelos candidatos que se inscreve-



ram nos processos seletivos do curso de Medicina e pelos alunos que porventura cursaram ou cursam a referida faculdade, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada aluno – fls. 1371/1401.

Recorre o Ministério Público Federal pedindo a condenação da apelada e do Estado de Pernambuco ao pagamento de danos morais coletivos, argumentando que a instalação de uma faculdade de medicina na região de Garanhuns gerou expectativas na população de Garanhuns, gerou expectativas na população local em relação a melhorias econômicas e sociais na localidade, que vieram a ser frustradas em face da conduta da ITPAC, consistente em promover o funcionamento irregular da FAMEG, e do Estado de Pernambuco, que autorizou indevidamente o funcionamento da FAMEG, pois tem ou deveria ter conhecimento de que a autorização era privativa do Ministério da Educação, requerendo, ao fim, a majoração do valor da indenização por dano moral imputada à FAMEG e a condenação do Estado de Pernambuco também pelos danos materiais e morais, individuais e coletivos, em caráter solidário – fls. 1515/1519.

O Estado de Pernambuco, em suas contrarrazões, requer a rejeição das preliminares e da alegação de sua responsabilidade, porque foi a ITPAC que anunciou e abriu inscrições para um curso sem autorização da autoridade competente, assumindo sozinha o risco de causar danos materiais e morais aos envolvidos com a instituição, requerendo a manutenção da sentença – fls. 1761/1775.

Em sua apelação, sustenta a ITPAC/FAMEG, as seguintes preliminares:

a) incompetência da Justiça Federal para processar e julgar a presente ação civil pública, porque, tendo sido a faculdade autorizada para funcionar pelo Estado de Pernambuco e tendo o MPF afirmado que a competência para funcionamento da instituição caberia ao Ministério da Educação, restaria configurado o conflito entre a União e o Estado, de forma que a competência para o julgamento da presente ação seria do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, f, da Constituição Federal.

b) violação ao art. 398 do CPC, no tocante ao cerceamento de defesa, porque o Sindicato dos Médicos e o Estado de Pernambu-

co teriam juntado documentos dos quais não lhe foi dado vista, violando o princípio do contraditório;

c) violação ao art. 50 do CPC, porque os alunos da FAMEG tiveram indeferido o seu pedido de integrar a ação como litisconsortes, na qualidade de interessados na causa;

d) violação ao art. 125 do CPC, porque o julgador teria desconsiderado as alegações da ITPAC/FAMEG, adotando apenas os argumentos do MPF e da União, não dando igual tratamento às partes;

e) violação aos princípios constitucionais do livre exercício profissional e da legalidade, em face do art. 5º, XIII, da CF, que garante o livre exercício do trabalho, emprego ou profissão;

No tocante ao mérito, sustentou que tem direito adquirido ao funcionamento do curso de medicina, porque autorizado pelo Estado de Pernambuco após 6 (seis) anos de análise do pedido, tendo sido devidamente inspecionada pela autoridade competente, no caso o CEEPE, bem como avaliada de forma favorável pelo Conselho Nacional de Saúde.

Sustentou ainda que a sentença desconsiderou o fato de que se encontra pendente o pedido de migração do sistema estadual de ensino para o sistema federal de ensino, e que a interrupção das atividades da universidade, enquanto aguarda a dita migração, causará prejuízo não apenas aos alunos e professores, mas a toda estrutura da instituição, em especial quanto aos materiais perecíveis de anatomia.

Alegou ainda a ausência de dano moral, porque não configuradas negligência, imprudência ou imperícia, porque os alunos tiveram acesso aos melhores professores, materiais, laboratórios e instalações, tendo utilizado de seus direitos, aptidões, prerrogativas e deveres do referido curso, havendo a ITPAC realizado toda a criação, funcionamento e autorização necessárias para oferecer o melhor para os alunos, não havendo qualquer prejuízo causado aos alunos exceto a suspensão do curso determinada pelo Juízo, afirmando que o verdadeiro responsável pelos danos morais seria o Estado de Pernambuco, porque ele teria autorizado indevidamente o funcionamento do curso.

Ao fim, requereu a nulidade da sentença, em face das preliminares, e, no mérito, a sua reforma, com a continuidade do funcionamento da FAMEG até a decisão do MEC acerca da migração do sistema estadual para o federal de ensino superior e a exclusão da condenação por dano moral – fls. 1533/1597.

Contrarrazões do Conselho Regional de Medicina do Estado de Pernambuco - CREMEPE, requerendo a rejeição das preliminares e a manutenção da sentença, com a manutenção da suspensão das atividades da FAMEG – fls. 1690/1701.

Em suas contrarrazões, requer o MPF, em preliminar, o não conhecimento da apelação, por intempestividade, porque a intimação quanto aos termos da sentença ocorreu em 28.05.2009, e o mandado de intimação juntado em 03.06.2009 e o recurso foi interposto em 24.07.2009 – fl. 1792.

Caso conhecida a apelação, sustenta a inexistência de nulidades processuais e que a apelação do ITPAC contém apenas argumentos metajurídicos, não podendo ser atendidos, em face da impossibilidade de continuidade de funcionamento de uma instituição de ensino superior sem a a autorização do Ministério da Educação – fls. 1790/1801.

A União Federal também ofereceu contrarrazões, requerendo o desprovimento da apelação – fls. 1844/1849.

Em seu parecer, a douta Procuradoria Regional da República confirmando, em preliminar, a tempestividade recursal, e, quanto às outras preliminares suscitadas pela ITPAC, requerendo a sua rejeição, em face da ausência do conflito federativo nos termos da Reclamação nº 6560 do STF e das alegadas violações aos princípios do contraditório e da ampla defesa. No mérito, sustenta que cabe à União Federal, nos termos do art. 211, § 1º, da Constituição Federal e dos arts. 9º, IX, e 16, II, da Lei nº 9.394/96, autorizar o funcionamento das instituições privadas de ensino superior, salientando que a autorização do Estado de Pernambuco não a supre, não havendo ato jurídico perfeito que permita a continuidade do funcionamento da FAMEG.

No tocante à condenação por danos morais, ressaltou que de acordo com o art. 186 do Código Civil, aquele que comete ato ilícito

to, no caso, pôr em funcionamento instituição de educação sem o credenciamento da autoridade competente, deve responder pelos danos causados, requerendo, ao fim, o desprovemento da apelação – fls. 1863/1869-v.

Os alunos do curso de Medicina da FAMEG peticionaram mediante uma reclamação, contra a decisão do Juízo da 23ª Vara da Seção Judiciária de Garanhuns/PE, que teria desobedecido à decisão do Superior Tribunal de Justiça que considerou competente o referido Juízo para decidir sobre a validade do vestibular realizada pela FAMEG – fls. 2205/2252.

Com vistas dos autos, o MPF pede o não conhecimento da reclamação, porque esta deveria ter sido interposta perante o Superior Tribunal de Justiça e não perante este Tribunal – fls. 2258/2258-v.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

A alegação de intempestividade da apelação da ITPAC/FAMEG não pode prosperar, em face dos bem lançados argumentos do douto presentante da Procuradoria Regional da República, que esclarece que a *“despeito da publicação da sentença datar de 17.04.2009, o prazo, por força do art. 241, III, do CPC, só passou a contar para as partes no dia 28.07.2009, dia imediatamente posterior à devolução da carta precatória destinada a intimar da sentença o Estado de Pernambuco. As apelações foram apresentadas em 13/07/2009 e 24/07/2009 – ambas tempestivas, portanto”* – fl. 1863-v.

Com relação à reclamação dos vestibulandos da FAMEG, assiste razão ao MPF, de forma que não conheço do pedido, adotando como razões de decidir a fundamentação exarada pelo douto presentante do *Parquet*, conforme trecho que ora transcrevo:

No caso dos autos, infere-se que a pretensão da parte foi dirigida a esse egrégio Tribunal Regional Federal, contra

decisão do Juízo da 23ª Vara Federal/PE, que declinou de sua competência para esse Egrégio Tribunal, e que, no entender dos reclamantes, tal decisão afrontaria a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de Conflito de Competência nº 118.141 (fl. 2207). Ocorre que compete à Corte Superior o processamento e julgamento das reclamações que visem a garantia da autoridade de suas decisões.

Assim, se a reclamação foi ajuizada contra decisão do Juiz Federal que teria descumprido julgado do Superior Tribunal de Justiça, tal medida correicional deveria ter sido interposta perante aquele Tribunal Superior e não perante essa egrégia Corte Regional. – Fl. 2258-v.

Em face do exposto, não conheço da reclamação de fls. 2205/2252.

Passo ao exame da apelação do ITPAC/FAMEG, iniciando com o exame das preliminares suscitadas.

Sustentou a ITPAC a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar a presente ação civil pública em face de um suposto conflito entre a União e o Estado, porque, tendo sido a faculdade autorizada para funcionar pelo Estado de Pernambuco e tendo o MPF afirmado que a competência para funcionamento da instituição caberia ao Ministério da Educação, seria o julgamento de competência do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, f, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal já analisou o alegado “conflito de jurisdição” alegando pela apelante, decidindo na Reclamação nº 6.560/PE, formulada pela apelante, pela sua inexistência, nos termos da decisão que ora transcrevo:

DECISÃO: Trata-se de reclamação, com pedido de medida liminar, proposta pelo Instituto Tocantinense Presidente Antônio Carlos - ITPAC contra ato do Juiz Substituto da 23ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco - Garanhuns/PE, nos autos das Ações Cíveis Públicas ns. 2008.83.05.000413-5 e 2008.83.05.000412-7.

2. O reclamante alega que o ato atacado foi proferido em duas ações cíveis públicas, a primeira ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o Instituto Tocantinense Antônio Carlos (ITPAC) e o Estado de Pernambuco, a segunda

pela União, também contra o ITPAC - mantenedor da Faculdade de Medicina do Município de Garanhuns. O ato reclamado afrontaria a autoridade da decisão proferida por esta Corte na ADI n. 2.501.

3. O Juízo reclamado, em decisão liminar, determinou que o Instituto Tocantinense Presidente Antônio Carlos - ITPAC não promovesse qualquer ato de organização ou funcionamento do curso de Medicina no Município de Garanhuns [fl. 30]. Suspendeu, inclusive, o vestibular 2008/1. O ITPAC interpôs agravo de instrumento contra essa decisão no TRF 5ª Região. Ao recurso foi inicialmente atribuído efeito suspensivo por ato do relator. Posteriormente o relator revogou a decisão que permitia a realização do vestibular.

4. Em decisão de 12 de setembro de 2008 deferi a medida liminar, para suspender os efeitos do ato reclamado [fls. 198/200].

5. A autoridade reclamada prestou informações nas quais alegou que “por se cuidar de instituição criada e mantida pela iniciativa privada não pode, no meu entender, prescindir da autorização da União para funcionar como entidade de ensino superior” [fls. 207/210].

6. A União, que figura como interessada neste feito, interpôs agravo regimental contra a decisão na qual deferi a medida liminar. Sustentou que as ações civis públicas, uma proposta pelo Ministério Público Federal, a outra pela União, visam a desconstituir o ato de instalação da Faculdade de Medicina de Garanhuns, instituição privada de ensino superior. Isso em razão da ausência de autorização do Ministério da Educação para o seu funcionamento [fls. 214/224].

7. O Ministério Público Federal opina pelo provimento do agravo regimental e, no mérito, pela procedência da reclamação [fls. 288/291].

8. É o relatório. Decido.

9. O reclamante alega que o ato impugnado afrontaria a autoridade de decisão proferida na ADI n. 2.501. A reclamação não merece acolhida. O julgado pretensamente violado foi prolatado em sentido diametralmente oposto ao que pretende sustentar o reclamante.

10. Este Tribunal reconheceu que a autorização para funcionamento de instituições privadas de ensino no âmbito dos Estados-membros é matéria de competência da União, nos termos da seguinte ementa:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 81 E 82 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR CRIADAS PELO ESTADO E MANTIDAS PELA INICIATIVA PRIVADA. SUPERVISÃO PEDAGÓGICA DO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. ALCANCE. OFENSA AO ARTIGO 22, XXIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. EMENDA CONSTITUCIONAL ESTADUAL 70/2005. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS.

1. Ação não conhecida quanto aos §§ 1º e 2º do artigo 81 e ao § 2º do art. 82, todos do ADCT da Constituição do Estado de Minas Gerais, uma vez que esses dispositivos, de natureza transitória, já exauriram seus efeitos.

2. A modificação do artigo 82 do ADCT da Constituição mineira pela Emenda Constitucional Estadual 70/2005 não gerou alteração substancial da norma. Ausência de prejudicialidade da presente ação direta.

3. O alcance da expressão ‘supervisão pedagógica’, contida no inciso II do art. 82 do ADCT da Constituição Estadual de Minas Gerais, vai além do mero controle do conteúdo acadêmico dos cursos das instituições superiores privadas mineiras. Na verdade, a aplicação do dispositivo interfere no próprio reconhecimento e credenciamento de cursos superiores de universidades que são, atualmente, em sua integralidade privadas, pois extinto o vínculo com o Estado de Minas Gerais.

4. O simples fato de a instituição de ensino superior ser mantida ou administrada por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado basta à sua caracterização como instituição de ensino privada, e, por conseguinte, sujeita ao Sistema Federal de Ensino.

5. Portanto, as instituições de ensino superior originalmente criadas pelo Estado de Minas Gerais, mas dele desvinculadas após a Constituição estadual de 1989, e sendo agora mantidas pela iniciativa privada, não pertencem ao Sistema Estadual de Educação e, conseqüentemente, não estão subordinadas ao Conselho Estadual de Educação, em especial no que tange à criação, ao credenciamento e descredenciamento, e à autorização para o funcionamento de cursos.

6. Invade a competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação a norma estadual que, ainda que de forma indireta, subtrai do Ministério da Educação a competência para autorizar, reconhecer e credenciar cursos em instituições superiores privadas.

7. Inconstitucionalidade formal do art. 82, § 1º, II, da Constituição do Estado de Minas Gerais que se reconhece por invasão de competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação (art. 22, XXIV, da CF/88). Inconstitucionalidade por arrastamento dos § 4º, § 5º e § 6º do mesmo art. 82, inseridos pela Emenda Constitucional Estadual 70/2005.

8. A autorização, o credenciamento e o reconhecimento dos cursos superiores de instituições privadas são regulados pela Lei Federal 9.394/1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Portanto, a presente decisão não abrange as instituições de ensino superior estaduais, criadas e mantidas pelo Estado de Minas Gerais – art. 10, IV, c/c art. 17, I e II, da Lei 9.394/1996.

9. [...]”. [ADI n. 2.501, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, *DJe* 19.12.2008]

11. Na ADI n. 2.501 foram impugnados preceitos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição mineira, preceitos que autorizaram a criação e o funcionamento de entidades privadas de ensino superior no Estado de Minas Gerais. Embora examinando preceitos específicos da legislação estadual, esta Corte afirmou expressamente que: “invade a competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação a norma estadual que, ainda que de forma indireta, subtrai do Ministério da Educação a competência para autorizar, reconhecer e credenciar cursos em instituições superiores privadas”.

12. Não resultou demonstrado o descumprimento de decisão deste Tribunal pela autoridade reclamada. O ato atacado não está em dissonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

13. A autoridade reclamada posteriormente juntou aos autos a sentença judicial prolatada em 22 de abril passado nas ações civis públicas. O Juízo *a quo* julgou procedentes os pedidos deduzidos pela União e pelo Ministério Público. Determinou a suspensão das atividades da Fa-



culdade de Medicina de Garanhuns até que venha a ser regularmente autorizado o seu funcionamento pelo Ministério da Educação.

14. Ademais, como observou a Juíza Substituta da 23ª Vara Federal de Pernambuco, “o conceito de conflito federativo somente é aplicado a situações excepcionais que evidentemente, ponham em risco a federação. Não parece, portanto, razoável admitir que uma questão que se restringe a estabelecer, no caso concreto, se a ré pode ou não dar seguimento às suas atividades sem autorização do MEC, OAB e CNS, possa de alguma forma provocar o desequilíbrio da federação” [fl. 323].

15. A preservação da competência desta Corte e a garantia da autoridade de suas decisões - aquelas cuja eficácia estenda-se *erga omnes* e vincule a Administração Pública e o Poder Judiciário [artigo 102, I, *i*, da CB/88], circunstâncias que autorizam a propositura de reclamação não estão presentes no caso. A competência para autorizar o funcionamento de instituições privadas de ensino superior é do Ministério da Educação, que, no exercício do dever-poder de conservar os interesses jurídicos dos alunos matriculados no curso superior ministrado pela instituição, interesses que se não pode ignorar, há de, nesse sentido, curar. Julgo improcedente a reclamação, nos termos do disposto no artigo 161, parágrafo único, do RISTF, cassando a decisão de fls. 198/200, de outra banda restando prejudicado o agravo regimental interposto pela União às fls. 215/224. Determino, outrossim, tome, o Ministério da Educação, ciência desta decisão, provendo prontamente o que couber em benefício do interesse público primário. Arquivem-se os autos. Publique-se. Brasília, 12 de maio de 2009. Ministro Eros Grau - Relator. (Rcl 6560, Relator(a): Min. EROS GRAU, julgado em 12/05/2009, publicado em DJe-091 DIVULG. 18/05/2009 PUBLIC. 19/05/2009)

Note-se que a r. decisão afirma que “a competência para autorizar o funcionamento de instituições privadas de ensino superior é do Ministério da Educação, que, no exercício do dever-poder de conservar os interesses jurídicos dos alunos matriculados no curso superior ministrado pela instituição”, restando clara a competência da Justiça Federal e deste tribunal para processar e julgar o presente recurso.

Inexiste a violação ao art. 398 do CPC, posto que a apelante foi intimada de todos os atos processuais, tendo pleno acesso aos autos, acostando toda a documentação necessária ao exame do feito, inclusive após a apelação e o parecer do MPF, não havendo qualquer violação ao princípio do contraditório, devendo ser ressaltada a intimação da apelada de fl. 1349, na qual ela obteve vista dos documentos e foi determinado que ela produzisse as provas que entendesse devidas.

A decisão interlocutória que indeferiu o pedido dos alunos da FAMEG de ingressarem na presente ação como litisconsortes, na qualidade de interessados na causa (fls. 951/953), além de não configurar violação ao art. 50 do CPC, encontra-se preclusa, uma vez que da referida decisão não foi interposto agravo, em sua forma retida, no momento processual adequado à impugnação da decisão. Além disso, os estudantes não têm poder de fiscalização das atividades de ensino do nível superior, pelo que não se justificaria a intervenção no feito.

Também não há violação ao art. 125 do CPC, porque o julgador decidiu pela necessidade de autorização do MEC para o funcionamento da FAMEG.

O julgador é livre para formar o seu próprio convencimento (princípio do livre convencimento motivado), e no presente caso, ele, ao sentenciar, considerou todas as provas necessárias para o julgamento da lide, analisando os argumentos e a documentação trazida por todas as partes antes de proferir sua decisão. O fato de a tese defendida pela apelante não ter sido analisada ao seu gosto não configura nulidade, eis que a decisão encontra-se devidamente fundamentada.

A Constituição Federal estabelece, em seu art. 5º, XIII, que é “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Portanto, o direito de liberdade profissional envolve a observância dos requisitos previstos pela lei. Porém tal exercício deve atender às condições impostas pela legislação infraconstitucional, que, no presente caso, exige, para o funcionamento da faculdade, a devida autorização do MEC, requisito este que não se configura como exagerado de forma a inviabilizar o funcionamento da FAMEG, que, inclu-

sive, já requer no referido Ministério a devida autorização, ora em processamento, não havendo violação ao art. 5º, XIII, da Constituição Federal.

Rejeitadas as preliminares, passo ao exame do mérito.

A Faculdade de Medicina de Garanhuns, que tem como mantenedor o Instituto Tocantinense Presidente Antônio Carlos - ITPAC, foi instalada mediante concessão de credenciamento deferida pelo Conselho Estadual de Educação de Pernambuco - CEE/PE, através do Parecer nº 125/2007, que passou a ter eficácia com a publicação da Portaria nº 4.271, de 2 de junho de 2008.

Todavia, a instituição de ensino, apesar de criada e mantida pela iniciativa privada, precisa da autorização da União Federal para funcionar como entidade de ensino superior.

O sistema federal de ensino é composto pelas instituições mantidas pela União, pelas instituições de ensino superior criadas e mantidas pela iniciativa privada e pelos órgãos federais de educação.

A Constituição Federal, em seu art. 207, garante a autonomia universitária:

Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Todavia, a autonomia universitária não configura soberania ou independência, devendo as instituições de ensino superior, públicas ou particulares, submeterem-se ao controle e fiscalização do Estado, pois como a educação é uma forma de prestação de serviço público, passível de delegação à iniciativa privada, o serviço por ela prestado deve passar pelo controle prévio e mesmo posterior do ente estatal responsável.

Nesse sentido transcrevo os arts. 209, I e II, e 211 da Constituição Federal:

Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

- I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;
- II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;

A Lei nº 4.024/61, antiga Lei de Diretrizes e Bases da Educação, revogada quase em sua totalidade pela nova Lei (Lei nº 9.394/96), exceto quanto aos arts. 6º e 9º, fixa a competência do MEC no tocante à autorização, credenciamento e credenciamento das instituições de ensino superior.

A nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96) prescreve, especificamente, em seu art. 9º, inc. IX, e 16:

Art. 9º A União incumbir-se-á de:

(...)

IX - autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino.

Art. 16. O sistema federal de ensino compreende:

I - as instituições de ensino mantidas pela União;

II - as instituições de educação superior criadas e mantidas pela iniciativa privada;

III - os órgãos federais de educação.

Por sua vez, a Lei nº 9.135/95, em seu art. 2º, estabelece que as autorizações concedidas às instituições de ensino serão efetivadas pelo Poder Executivo, conforme decisão do Conselho Federal de Educação.

Portanto, ao Poder Público Federal, através do Ministério da Educação, cabe atestar a viabilidade da Instituição de Ensino Superior privada, nos termos do art. 9º da Lei 9.394/96:

O MEC, no exercício de suas atribuições, determinando a política nacional de educação, editou a Portaria nº 640/97, que dispõe sobre o credenciamento de faculdades integradas e institutos de

ensino superior, de forma a nortear a autorização de funcionamento do Poder Público com critérios objetivos, especialmente em face dos interesses econômicos que envolvem as universidades particulares.

Para resguardar os interesses públicos relativamente à educação fornecida pelas instituições de ensino superior, estas devem obedecer a um procedimento específico no qual se avaliará as condições materiais e de recursos humanos do projeto educacional, sendo a autorização fornecida pelo MEC, e a certificação de que a instituição superior de ensino obedece aos requisitos constitucionais e legais para o seu funcionamento.

Portanto a competência privativa para a concessão de credenciamento às entidades de ensino superior criadas e mantidas pela iniciativa privada é da União Federal, através de seu Conselho de Educação.

O Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, assim decidiu, quanto à competência da União Federal, em relação às instituições privadas de ensino superior:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 81 E 82 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR CRIADAS PELO ESTADO E MANTIDAS PELA INICIATIVA PRIVADA. SUPERVISÃO PEDAGÓGICA DO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. ALCANCE. OFENSA AO ARTIGO 22, XXIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. EMENDA CONSTITUCIONAL ESTADUAL 70/2005. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS.**

1. Ação não conhecida quanto aos §§ 1º e 2º do artigo 81 e ao § 2º do art. 82, todos do ADCT da Constituição do Estado de Minas Gerais, uma vez que esses dispositivos, de natureza transitória, já exauriram seus efeitos.

2. A modificação do artigo 82 do ADCT da Constituição mineira pela Emenda Constitucional Estadual 70/2005 não gerou alteração substancial da norma. Ausência de prejudicialidade da presente ação direta.

3. O alcance da expressão “supervisão pedagógica”, contida no inciso II do art. 82 do ADCT da Constituição Esta-

dual de Minas Gerais, vai além do mero controle do conteúdo acadêmico dos cursos das instituições superiores privadas mineiras. Na verdade, a aplicação do dispositivo interfere no próprio reconhecimento e credenciamento de cursos superiores de universidades que são, atualmente, em sua integralidade privadas, pois extinto o vínculo com o Estado de Minas Gerais.

**4. O simples fato de a instituição de ensino superior ser mantida ou administrada por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado basta à sua caracterização como instituição de ensino privada, e, por conseguinte, sujeita ao Sistema Federal de Ensino.**

5. Portanto, as instituições de ensino superior originalmente criadas pelo Estado de Minas Gerais, mas dele desvinculadas após a Constituição estadual de 1989, e sendo agora mantidas pela iniciativa privada, não pertencem ao Sistema Estadual de Educação e, conseqüentemente, não estão subordinadas ao Conselho Estadual de Educação, em especial no que tange à criação, ao credenciamento e descredenciamento, e à autorização para o funcionamento de cursos.

**6. Invade a competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação a norma estadual que, ainda que de forma indireta, subtrai do Ministério da Educação a competência para autorizar, reconhecer e credenciar cursos em instituições superiores privadas.**

7. Inconstitucionalidade formal do art. 82, § 1º, II, da Constituição do Estado de Minas Gerais que se reconhece por invasão de competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação (art. 22, XXIV, da CF/88). Inconstitucionalidade por arrastamento dos § 4º, § 5º e § 6º do mesmo art. 82, inseridos pela Emenda Constitucional Estadual 70/2005.

**8. A autorização, o credenciamento e o reconhecimento dos cursos superiores de instituições privadas são regulados pela Lei Federal 9.394/1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Portanto, a presente decisão não abrange as instituições de ensino superior estaduais, criadas e mantidas pelo Estado de Minas Gerais – art. 10, IV c/c art. 17, I e II, da lei 9.394/1996.**

9. Tendo em vista o excepcional interesse social, consistente no fato de que milhares de estudantes frequentaram e frequentam cursos oferecidos pelas instituições superiores mantidas pela iniciativa privada no Estado de Minas Gerais, é deferida a modulação dos efeitos da decisão (art. 27 da Lei 9.868/1999), a fim de que sejam considerados válidos os atos (diplomas, certificados, certidões etc.) praticados pelas instituições superiores de ensino atingidas por essa decisão, até a presente data, sem prejuízo do ulterior exercício, pelo Ministério da Educação, de suas atribuições legais em relação a essas instituições superiores. (Grifos nossos).

(ADI. 2.501/MG, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julg. 04.09.2008, publ. *DJe* 18.12.2008, pág. 74)

A ITPAC-PE, mantenedora da Faculdade, não juntou aos autos a alegada autorização para funcionamento oriunda do Ministério da Educação, limitando-se a afirmar que existe um parecer do dito Ministério favorável à migração da dita Faculdade de Medicina de Garanhuns - FAMEG, do Sistema Estadual de Ensino de Pernambuco para o Sistema Federal de Ensino nos termos do Edital nº 1, de 09.08.2011, da SERES - fl. 1912.

Ao tempo de prolação da sentença, não havia qualquer comprovação de que a Faculdade tenha tentado obter autorização do MEC para seu funcionamento. Ao contrário, consta, na fl. 28, uma notificação do MEC, emitida em 29.02.2008 (Of. 1400/2008 MEC/SESu/DESUP), para que a faculdade não tivesse suas atividades iniciadas, sob as penas da lei.

Apenas posteriormente à sentença, a ITPAC apresentou um procedimento administrativo pelo qual requereu ao MEC a migração do sistema estadual de ensino para o sistema federal de ensino.

O CREMEPE esclarece que o Parecer do MEC, realmente, admite a possibilidade da migração da FAMEG, desde que esta obedeça aos requisitos impostos pelo Ministério da Educação, o que ainda não ocorreu, de forma que não existe, ainda, autorização da União Federal para o funcionamento da FAMEG - fl. 1916.

Nem se argumente que a FAMEG estaria autorizada a funcionar pelo Estado de Pernambuco, que, através de seu Conselho de

Educação permitiu a instalação e funcionamento da Faculdade de Medicina de Garanhuns.

Os Estados-membros têm competência para autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar os estabelecimentos do seu sistema de ensino, composto por instituições de ensino mantidas pelo Poder Público Estadual – art. 10 e 17 da Lei nº 9.394/96.

Como já declarou a sentença, *“é possível, pois, afirmar a irregularidade na instalação da faculdade de medicina mantida pelo instituto-réu, por estar amparada tão somente em autorização de funcionamento expedida indevidamente por órgão estadual, a qual não é reconhecido tal poder”* - fl. 1380.

Também a sentença assim afirmou *“se somente a União tem competência para autorizar o funcionamento de tal sorte de entidades, nem o ato autorizativo do funcionamento emitido pelo Estado de Pernambuco, nem o ato autorizativo de funcionamento emitido pelo Estado do Tocantins, nem qualquer outro ato emitido por qualquer outro ente federativo diverso da União poderão fazê-lo”* - fl. 1380.

Por esta razão, não pode a FAMEG alegar, como alega, a existência de ato jurídico perfeito para o funcionamento da Faculdade. O ato jurídico perfeito é aquele aperfeiçoado de acordo com a legislação vigente ao tempo de sua constituição, o que não ocorreu no presente caso.

A autorização estadual não supre ou substitui a autorização federal advinda do Ministério da Educação. O ato de funcionamento da FAMEG, portanto, é irregular desde o seu nascedouro, de forma que não tem efeito jurídico a ser preservado em face do vício do ato original.

Portanto, não poderia o Instituto Tocantinense Presidente Antônio Carlos - ITPAC, mantenedor da Universidade de Medicina de Garanhuns, oferecer, anunciar e abrir inscrições para vestibular para o curso de Medicina, em face da irregularidade de sua situação, posto que ausente a autorização da União Federal, por intermédio do Ministério da Educação.



Com relação à suposta ausência de dano moral, razão não assiste à ITPAC.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, dano moral é aquele que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. Desta forma, entende-se que tal dano fere uma classe de direitos contrapostos ao patrimônio material, como a personalidade, a dignidade, a honra, a imagem, dentre outros. Já de acordo com Maria Helena Diniz, o dano moral configura-se como a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo.

Dispõe o art. 186 do Código Civil:

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.

Entendo que os responsáveis pela ITPAC tinham, ou deveriam ter, como instituição de ensino superior, pleno conhecimento das normas constitucionais e legais reguladores da instalação e funcionamento da Universidade.

No caso, a apelante pôs em funcionamento instituição de ensino superior sem a devida autorização do órgão competente, o que me afigura, sim, negligência, no sentido de que deixou de pesquisar a legislação e a documentação necessária à criação, autorização da instituição privada de ensino superior, e a imprudência, pois feriu o dever de cuidado necessário ao funcionamento da universidade, ao deixar de obter a autorização no órgão competente.

A apelante tinha pleno conhecimento da impossibilidade de funcionamento, porque fora devidamente notificada pelo MEC no ano de 2008, tendo o referido Ministério cientificado a insuficiência da autorização do Estado de Pernambuco para o funcionamento da IES.

Mesmo com o aviso, a apelante prosseguiu com a realização do vestibular, determinando o ingresso dos alunos, agindo temerariamente em manter o funcionamento indevido da FAMEG, fundamentada no requerimento de migração da esfera estadual para a federal, ainda não realizada até a presente data.

Note-se que tal comportamento continuou mesmo após a sentença condenatória, que determinou a suspensão de funcionamento da Universidade, vindo ela a reabrir o vestibular, que não chegou a ocorrer em face da decisão por mim proferida para suspender o processo seletivo (Vestibular) do curso de Medicina para 2011/2010, da Universidade de Medicina de Garanhuns, por ser a realização do dito vestibular o descumprimento do determinado na sentença de fl. 1389.

Com esses argumentos, mantenho a condenação da ITPAC pelos danos morais, nos termos do determinado na sentença.

Requer o MPF a condenação do Governo do Estado de Pernambuco e da ITPAC em face dos danos materiais e morais coletivos, argumentando que a instalação de uma faculdade de medicina na região gerou expectativas na população local em relação a melhorias econômicas e sociais na localidade, que vieram a ser frustradas em face da negligência do Estado de Pernambuco, que autorizou indevidamente o funcionamento da FAMEG e da própria ITPAC, que fundamentada na dita autorização, instalou na localidade uma faculdade irregular de medicina.

No tocante aos danos materiais, adoto a fundamentação contida no parecer do MPF como razões de decidir, segundo a qual *“o pedido recursal de condenação do Estado de Pernambuco por danos materiais está prejudicado, porquanto tal pleito não foi deduzido por ocasião da exordial, não se podendo, neste momento processual, haver inovação na matéria posta à apreciação do Judiciário, como nos informam os arts. 128 e 460 do CPC”* – fl. 1868-v.

A possibilidade de indenização por dano moral está prevista na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso V. O texto não restringe a violação à esfera individual, e mudanças históricas, legislativas e jurisprudenciais têm levado a doutrina e a jurisprudência a entender que, quando são atingidos valores e interesses fundamentais de um grupo, deve ser garantido a esta coletividade a defesa do seu patrimônio imaterial.

O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de valores coletivos, atingidos injustificadamente do ponto de vista jurídico, gerando uma relação jurídica obrigacional entre a comunidade lesada e o sujeito passivo,

que é o causador do dano por ofensa a direitos dessa comunidade.

A recente tendência doutrinária e jurisprudencial vem reconhecendo a existência de dano moral coletivo, a impor a indenização da coletividade. Ressalte-se que a ocorrência do dano moral coletivo é, ainda hoje, polêmica no STJ, cujos ministros analisam casuisticamente a existência desse tipo de violação, independentemente de os atos causarem efetiva perturbação física ou mental em membros da coletividade.

Sobre o tema, destaco trechos de matéria especial publicada no sítio eletrônico do col. Superior Tribunal de Justiça em 17.06.2012 sob o título **Dano moral coletivo avança e inova na jurisprudência do STJ:**

A Ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Nancy Andrighi vê no Código de Defesa do Consumidor um divisor de águas no enfrentamento do tema. No julgamento do Recurso Especial (REsp) 636.021, em 2008, a Ministra afirmou que o artigo 81 do CDC rompeu com a tradição jurídica clássica, de que só indivíduos seriam titulares de um interesse juridicamente tutelado ou de uma vontade protegida pelo ordenamento.

Com o CDC, “criam-se direitos cujo sujeito é uma coletividade difusa, indeterminada, que não goza de personalidade jurídica e cuja pretensão só pode ser satisfeita quando deduzida em juízo por representantes adequados”, explicou Andrighi, em seu voto.

Na mesma linha, a Ministra citou o Estatuto da Criança e do Adolescente, que no artigo 208 permite que o Ministério Público ajuíze ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente. A Ministra classifica como inquestionável a existência, no sistema legal brasileiro, dos interesses difusos e coletivos.

Uma das consequências dessa evolução legislativa seria o reconhecimento de que a lesão a um bem difuso ou coletivo corresponde a um dano não patrimonial. Dano que, para a ministra, deve encontrar uma compensação.

Nosso ordenamento jurídico não exclui a possibilidade de que um grupo de pessoas venha a ter um interesse difuso ou coletivo de natureza não patrimonial lesado, nascendo

aí a pretensão de ver tal dano reparado. Nosso sistema jurídico admite, em poucas palavras, a existência de danos extrapatrimoniais coletivos, ou, na denominação mais corriqueira, de danos morais coletivos, concluiu Andrighi. (...)

Em 2009, a Primeira Turma negou um recurso em que se discutia a ocorrência de dano moral coletivo, porque entendeu “necessária sua vinculação com a noção de dor, sofrimento psíquico e de caráter individual, incompatível, assim, com a noção de transindividualidade - indeterminabilidade do sujeito passivo, indivisibilidade da ofensa e de reparação da lesão” (REsp 971.844).

Naquele caso, o Ministério Público Federal pedia a condenação da empresa Brasil Telecom por ter deixado de manter postos de atendimento pessoal aos usuários em todos os municípios do Rio Grande do Sul, o que teria violado o direito dos consumidores à prestação de serviços telefônicos com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza.

O relator, ministro Teori Zavascki, destacou que o acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região considerou que eventual dano moral, nesses casos, se limitaria a atingir pessoas individuais e determinadas. Entendimento que estava de acordo com outros precedentes da Turma.

Em 2006, Zavascki também havia relatado outro recurso que debateu a ocorrência de dano moral coletivo. O caso se referia a dano ambiental cometido pelo Município de Uberlândia (MG) e por uma empresa imobiliária, durante a implantação de um loteamento.

A Turma reafirmou seu entendimento de que a vítima do dano moral deve ser, necessariamente, uma pessoa. “Não existe ‘dano moral ao meio ambiente’. Muito menos ofensa moral aos mares, rios, à Mata Atlântica ou mesmo agressão moral a uma coletividade ou a um grupo de pessoas não identificadas. A ofensa moral sempre se dirige à pessoa enquanto portadora de individualidade própria; de um *vultus* singular e único”. (REsp 598.281)

No mesmo sentido, destaco os seguintes informativos:

Informativo 490, de 01 a 10.02.2012:

DANO MORAL COLETIVO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.  
ATENDIMENTO PRIORITÁRIO.

A Turma negou provimento ao apelo especial e manteve a condenação do banco, em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, ao pagamento de indenização por danos morais coletivos em decorrência do inadequado atendimento dos consumidores prioritários. No caso, o atendimento às pessoas idosas, com deficiência física, bem como àquelas com dificuldade de locomoção era realizado somente no segundo andar da agência bancária, após a locomoção dos consumidores por três lances de escada. Inicialmente, registrou o Min. Relator que a dicção do art. 6º, VI, do CDC é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores tanto de ordem individual quanto coletivamente. Em seguida, observou que não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde dos limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem patrimonial coletiva. Na espécie, afirmou ser indubitável a ocorrência de dano moral coletivo apto a gerar indenização. Asseverou-se não ser razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade seja por deficiência física seja por qualquer causa transitória, como as gestantes, à situação desgastante de subir escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que, inclusive, possui plena capacidade de propiciar melhor forma de atendimento aos consumidores prioritários. Destacou-se, ademais, o caráter propedêutico da indenização por dano moral, tendo como objetivo, além da reparação do dano, a pedagógica punição do infrator. Por fim, considerou-se adequado e proporcional o valor da indenização fixado (R\$ 50.000,00). REsp 1.221.756-RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 2/2/2012.

INFORMATIVO 418, de 30.11 a 04.12.2009:

#### DANO MORAL COLETIVO. TELEFONIA.

A Turma entendeu que não houve impugnação do recorrente, devendo-se aplicar analogicamente a Súm. n. 283-STF, quanto aos fundamentos do aresto recorrido de que a instalação de novos postos de atendimento ao usuário de telefonia é obrigação não prevista no contrato de concessão e de que não cabe ao Poder Judiciário definir quais

localidades deverão ser atendidas, por ensejar incursão ao campo discricionário da Administração Pública. No que diz respeito ao dano moral coletivo, a Turma, nessa parte, negou provimento ao recurso, pois reiterou o entendimento de que é necessária a vinculação do dano moral com a noção de dor, sofrimento psíquico e de caráter individual, incompatível, assim, com a noção de transindividualidade – indeterminabilidade do sujeito passivo, indivisibilidade da ofensa e de reparação da lesão. Precedentes citados: REsp 598.281-MG, DJ 1/6/2006, e REsp 821.891-RS, DJe 12/5/2008. REsp 971.844-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 3/12/2009.

#### DANO MORAL COLETIVO. PASSE LIVRE. IDOSO.

A concessionária do serviço de transporte público (recorrida) pretendia condicionar a utilização do benefício do acesso gratuito ao transporte coletivo (passe livre) ao prévio cadastramento dos idosos junto a ela, apesar de o art. 38 do Estatuto do Idoso ser expresso ao exigir apenas a apresentação de documento de identidade. Vem daí a ação civil pública que, entre outros pedidos, pleiteava a indenização do dano moral coletivo decorrente desse fato. Quanto ao tema, é certo que este Superior Tribunal tem precedentes no sentido de afastar a possibilidade de configurar-se tal dano à coletividade, ao restringi-lo às pessoas físicas individualmente consideradas, que seriam as únicas capazes de sofrer a dor e o abalo moral necessários à caracterização daquele dano. Porém, essa posição não pode mais ser aceita, pois o dano extrapatrimonial coletivo prescinde da prova da dor, sentimento ou abalo psicológico sofridos pelos indivíduos. Como transindividual, manifesta-se no prejuízo à imagem e moral coletivas e sua averiguação deve pautar-se nas características próprias aos interesses difusos e coletivos. Dessarte, o dano moral coletivo pode ser examinado e mensurado. Diante disso, a Turma deu parcial provimento ao recurso do MP estadual. REsp 1.057.274-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 1º/12/2009.

No caso concreto, o dano moral coletivo causado pela ITPAC. A instalação de uma instituição de ensino superior, em especial uma faculdade de medicina, em uma cidade do agreste meridional, cria expectativas na localidade, referente ao crescimento da

infraestrutura, do mercado imobiliário, econômico, de entretenimento, gastronômico, entre outros.

Além disso, a chegada de uma faculdade em local no interior do Estado, notadamente uma de medicina, levanta sentimentos de importância e de autoestima na população local, com perspectiva de desenvolvimento e crescimento econômico e social com a chegada de pessoas de todo o estado ou de todo o país.

Por outro lado, as constantes notícias de que a FAMEG funcionava de forma precária e, por isso, poderia ter suas atividades interrompidas a qualquer momento, como efetivamente aconteceu, geraram um sentimento de desconfiança com relação às autoridades e de decepção quanto ao progresso local, causando, como esclarece o MPF “um sentimento comum a grande parte dos brasileiros, de que o progresso jamais virá” – fl. 1868.

Como bem salientou a sentença, nos termos que ora transcrevo:

De fato, este imbróglio criado pela instituição ré tem por principais prejudicados os seus alunos e a sociedade como um todo. Em relação aos alunos, porque perdem muito tempo, muito dinheiro (a mensalidade é de quase R\$ 2.500,00) e, o pior, seus sonhos, já que, iludidos pela Instituição, que lhes garante que poderá seguir funcionando, participam de um curso sabidamente irregular e que pode, inclusive, não lhes proporcionar o tão almejado diploma em medicina.

De outro lado perde a sociedade, que corre o risco de se ver atendida por profissionais do ramo da saúde (um dos mais delicados que existem por decidirem diuturna e diretamente a vida humana), que não se sabe se estarão suficientemente preparados para o encargo que assumirão em suas profissões.

Não desconheço os mais diversos progressos que uma faculdade de medicina pode proporcionar. Sem dúvida, ganha toda a região do interior do Estado de Pernambuco, em vários setores, com o funcionamento de um empreendimento de tamanha magnitude. O funcionamento de uma faculdade de medicina poderá gerar a oferta de mais profissionais à população, numa região tão carente de profissionais da área de saúde. Sem dúvida, tal empreendimen-

to gera diversos empregos não só aos professores, como também a todos os demais empregados necessários ao funcionamento da faculdade. Mais. Com o aumento de alunos na região, haverá maior busca por imóveis, restaurantes, livrarias, entretenimento, transporte etc., gerando desenvolvimento e empregos também a setores não diretamente ligados à área da saúde.

Entretanto, tal argumento não é suficiente a afastar a obrigatoriedade da faculdade de se submeter à legislação pertinente. Com efeito, o fato de que tal faculdade traz, de certa forma, vantagens à população, não lhe permite ignorar e descumprir todos os requisitos legais de instalação e funcionamento da atividade. Não se pode funcionar a qualquer custo.

Nesse ponto, cabe-me apreciar uma das alegações trazidas em sede de contestação. Afirmou a ré que o funcionamento da faculdade é de interesse da sociedade, uma vez que aumentaria a concorrência na prestação de tal sorte de serviços, o que costuma melhorar a qualidade da prestação dos serviços envolvidos.

Quis dar a entender, outrossim, que a presente demanda seria destituída de fundamentos e que seu único, ou principal, objetivo seria somente o de proteger os interesses de outra faculdade (que quer evitar concorrentes), conhecida por Faculdade Maurício de Nassau, cujo presidente é também o Diretor da ABRAFI (entidade que provocou a atuação da AGU).

Ora, ainda que seja verdade que a concorrência tenda, de uma maneira geral, a melhorar a qualidade dos serviços dos concorrentes, e/ou que seja verdade que a atuação da AGU ou do MPF tenham sido provocadas por denúncia de um grande interessado no não funcionamento da faculdade ré, não significa dizer que a presente demanda tenha conotação política, seja destituída de fundamentos ou não mereça procedência.

E isso porque tais elementos não autorizam de forma alguma que a ré simplesmente ignore toda a legislação atinente ao tema e funcione sem respeitar os requisitos necessários a tanto, não se submetendo à fiscalização próxima das entidades competentes.

(...)

Em entrevista dada ao site UOL, cuja publicação se deu no dia 28.07.2008 (<http://educacao.uol.com.br/ultnot/2008/>



07/28/ult105u6770.jhtm), inclusive, constou que a faculdade decidiu não se submeter à autorização ao MEC, por entender que o caminho estadual seria mais rápido. Veja-mos trecho da reportagem:

“O diretor do ITPAC, mantenedora da Fameg, Fábio Afonso Borges, disse que já entrou com recurso contra a decisão da juíza de suspender as aulas. “Enquanto o Supremo não se manifestar, vamos continuar funcionando. Não temos culpa se os juízes não têm conhecimento do sistema educacional”.

Ele conta ainda que o pedido de autorização da abertura da faculdade só foi feito ao Conselho Estadual de Educação, e não ao MEC diretamente, por uma questão de oportunidade. “Conheço o vice-prefeito de Garanhuns e o presidente do Conselho, então seria mais rápido”.

Os cursos de medicina precisam, durante a abertura e a renovação do reconhecimento, de parecer do CNS (Conselho Nacional de Saúde). “Fomos pedir para abrir o curso e eles negaram. Mas só temos que ouvir o CNS, não obedecer. Eles anularam o pedido porque não tínhamos autorização do MEC. A USP (Universidade de São Paulo) também não tem, compara”.

(Grifo nosso)

Ao tomar essa atitude, e em sendo uma prestadora de serviços, assumiu o risco de contratar com terceiros (alunos, professores e demais funcionários) sem poder prestar-lhes o serviço adequadamente.

(...)

A meu ver, portanto, estão devidamente demonstrados não só a conduta da ré, como os danos causados aos seus alunos e, ainda, o nexo de causalidade entre sua conduta e o dano.

No tocante à demonstração de culpa ou dolo de sua parte, e ainda que considere que sua atitude (consistente em dar início apressadamente às aulas sem autorização) seja, no mínimo, questionável, assinalo que, no presente caso, sua responsabilização independe de qualquer demonstração de culpa ou dolo.

Assim, qualquer alegação de que não haveria culpa, dolo ou má-fé da faculdade, em razão de agir amparada por decisão judicial, não lhe socorre. Com efeito, incide no presente caso a teoria do risco do empreendimento. - fls. 1382/1385.

Desta forma, resta configurado o dano material coletivo causado pelo ITPAC, e, fundamentado em todos os argumentos acima expostos, fixo a indenização em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), destinada ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pelo Decreto nº 1306/1994, para fins de “restituição dos bens lesados” (art. 13 da Lei nº 7.347/85).

Com relação ao dano material coletivo causado pelo governo de Pernambuco, entendo acertada a sentença, que se posicionou nos seguintes termos:

Noutra senda, o réu Estado de Pernambuco sustenta que não pode ser condenado por danos morais individuais, ou por danos morais coletivos, porque o pedido se fundamenta na existência de relação de consumo consubstanciada na prestação de serviço com vício de adequação. Informa que não tem relação direta com a atividade prestada pela faculdade, uma vez que não se qualifica como fornecedor ou prestador de serviços, ou tampouco ofereceu qualquer serviço.

De fato, o Estado de Pernambuco, ainda que tenha emitido um ato de autorização, não foi o responsável direto pela disponibilização à sociedade de nenhum tipo de serviço e, tampouco pode ser considerado, no caso, prestador de serviço na acepção jurídica do termo.

Mais. A única beneficiada economicamente pelos atos ora examinados é a faculdade ré, razão porque entendo que somente a ela cabe a responsabilidade pela indenização dos danos que causou. De fato, tenho que nessas condições, em que a única beneficiada por tamanha ilegalidade foi a Faculdade ré, seria absolutamente injusto condenar o povo do Estado de Pernambuco a dividir a responsabilidade pecuniária pelos danos causados não só aos alunos da ré como também à própria sociedade (ou seja, a si mesma).

De outro lado, não encontro nos autos qualquer comprovação de dano coletivo *stricto sensu*, isto é, causado a uma massa indefinida de pessoas ou à sociedade como um todo, diversas das já reconhecidas acima (alunos e vestibulandos), aptos a ensejar a responsabilização do Estado de Pernambuco.

(...)

Diferentemente do entendimento expendido pelo *parquet*, entendo que os danos morais coletivos não restaram comprovados, ainda que haja legitimidade passiva do Estado de Pernambuco para figurar neste feito. - fls. 1387/1388.

Em face do exposto, dou provimento, em parte, à apelação do Ministério Público Federal, apenas para condenar o ITPAC em danos morais coletivos e nego provimento à apelação da ITPAC.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 507.966-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-  
LIANO  
Apelantes: FUJITA ENGENHARIA LTDA. E FAZENDA NACIONAL  
Apeladas: AS MESMAS  
Advs./Procs.: DRS. WALBENE GRAÇA FERREIRA FILHO E OU-  
TRO

***EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PRETENSÃO DE ANULAR CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES ÀS CONTRIBUIÇÕES: PATRONAL DOS SEGURADOS EMPREGADOS E DOS CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS NÃO DESCONTADAS; ADICIONAL PARA O SEGURO DE ACIDENTE DE TRABALHO - SAT; E CONTRIBUIÇÃO DE TERCEIROS. COMPENSAÇÃO. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. TAXA SELIC.***

***- Hipótese de julgamento antecipado da lide – art. 330, I, do CPC. Fato de a ré não ter se manifestado sobre todos os pontos da inicial que não tem o condão de gerar o efeito de presunção de veracidade dos fatos não impugnados rebatidos pela defesa. Autos que versam sobre direitos indisponíveis. Inadmissível a confissão.***

***- Lançamento de Débito Confessado - LDC. Não resta caracterizada a supressão do contraditório.***

**rio. Evidenciada a preexistência de procedimento de auditoria fiscal iniciado aos 21/08/2006, por meio do Mandado de Procedimento Fiscal nº 09328854F00 – fl. 54 –, e encerrado no dia 23/03/2007 - TEAF, anexado às fls. 482/483. Requerente que não foi surpreendida com o procedimento administrativo e teve garantida a oportunidade de, através da apresentação de documentação idônea, comprovar administrativamente a suposta inexistência do débito.**

**- Emissão do LDC nº 37.043.102-2, que constitui ato administrativo cuja perfectibilização pressupõe a notificação do contribuinte/devedor, do contrário a produção de seus efeitos não pode ser iniciada. Mesmo ciente disso, a requerente, por intermédio de seu sócio representante, livremente assinou o ato administrativo, anuindo com os termos postos, dos quais já tinha conhecimento, inclusive porque não se recusou a assiná-lo, nem mostrou irresignação através de recursos administrativos objetivando a desconstituição do ato administrativo do LDC. Deixou transcorrer in albis as oportunidades concedidas. Respeitados os princípios do contraditório, da ampla defesa e devido processo legal.**

**- Documentos acostados às fls. 60/483 que demonstram os tributos devidos, a cada mês avaliado, assim como o estabelecimento da pessoa jurídica objeto de análise – Discriminativo Sintético por Estabelecimento - DSE – fls. 168/178. Auditor Fiscal que forneceu relatório com a explanação dos tributos que compunham o objeto do LDC, o período em análise, e os fatos geradores, a fundamentação legal e os documentos que supedanearam a ação fiscalizatória.**

**- Créditos tributários oriundos das retenções dos 11% procedidas por seus tomadores de serviços, e direito à sua compensação com suposto débito constante do LDC nº 37.043.102-2. Declaração**

***prestada pelo fiscal da Secretaria da Receita Previdenciária atestando a existência de créditos e Informação Fiscal. Realizado o requerimento administrativo. Direito à compensação e à restituição do saldo remanescente.***

***- Constatação de vício formal insanável. Anulação da decisão administrativa – prolatada no processo administrativo nº 36048.001758/2007-41 – que reconhecia o crédito previdenciário alegado pela autora – fls. 717/718. Requerimento administrativo de compensação de débitos e créditos tributários que faz cair por terra a discussão acerca da existência de confissão do débito objeto do LDC. Compensação que constitui instrumento de confissão de dívida, sendo o encontro de débitos e créditos. Impossibilidade de valer-se dessa medida para arguir que não confessou a existência das dívidas.***

***- Incidência de contribuição patronal sobre: terço constitucional de férias previsto no art. 7º, XVII, da CF; adicional de horas extras; e pagamento de auxílio-doença nos primeiros quinze dias. Previsão do empregador como contribuinte da seguridade social que já constava da redação original do art. 195, I, da Carta Magna, mantendo-se com a EC nº 20/98. A outorga da competência constitucional é para a instituição de contribuição sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física, mesmo que sem vínculo empregatício. Base econômica passível de ser tributada pela lei ordinária: “rendimentos do trabalho”, previstos na CF/88 – art. 7º, incisos IV, V, VI, VII, VIII, IX, e X. Complexo de parcelas contraprestativas, em função da prestação de serviços ou da simples existência da relação de emprego.***

***- STJ que entende que o auxílio-doença pago até o 15º dia pelo empregador não possui natureza***

**remuneratória. Incabível a contribuição previdenciária.**

**- O STJ e o STF firmaram entendimento no sentido de que o terço constitucional de férias e as horas extras possuem natureza indenizatória, pelo que também não seria cabível a incidência de contribuição social. Precedentes.**

**- Fixação da alíquota do adicional de SAT por estabelecimento. Impossibilidade de nova fixação de alíquotas do SAT de acordo com a atividade preponderante de cada estabelecimento. Entendimento jurisprudencial de que somente é permitida essa diferenciação de alíquotas nos casos em que cada estabelecimento da pessoa jurídica possuir número de inscrição individualizado no CNPJ. Existência de um único registro cadastral em Fortaleza – nº 72.570.740/0001-74, não sendo possível interpretação extensiva para também abrigar os casos dos estabelecimentos da pessoa jurídica particularizados por CEI's próprios. Manutenção da alíquota única de 3% – três por cento – para incidência do adicional de SAT no caso em tela.**

**- Juros de mora. Reconhecimento administrativo dos créditos tributários aptos a realizar a compensação tributária que não exclui a incidência dos juros de mora nos débitos lançados através do LDC. Cabível a inclusão dos juros na compensação com os créditos da autora. Mera atualização econômica do capital. Inocorrência de solicitação administrativa de compensação antes do vencimento dos débitos.**

**- Cabível a aplicação da taxa SELIC, tendo como termo de aplicação aos créditos e débitos tributários federais 01/1996. Créditos tributários objeto do LDC nº 37.043.102-2 que se referem ao período de 06/2000 a 12/2006. Apelações 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, negar provimento às apelações, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 7 de fevereiro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Ação Anulatória de Débito Fiscal ajuizada por FUJITA ENGENHARIA LTDA., em face da União Federal, ao objetivo de anular créditos tributários referentes às seguintes contribuições: Patronal, dos segurados empregados e dos contribuintes individuais não descontadas; adicional para o seguro de acidente de trabalho - SAT; e contribuição de terceiros.

Alegou-se que os supostos débitos seriam referentes ao período de junho de 2000 a dezembro de 2006, cujo lançamento foi efetuado pela Fazenda Nacional através de Lançamento de Débito Confessado – LDC nº 37.043.102-2 no valor de R\$ 632.817,54 – seiscentos e trinta e dois mil, oitocentos e dezessete reais e cinquenta e quatro centavos.

Como corolário da nulidade do LDC, requereu a nulidade do pedido de compensação efetivado – operação concomitante – mediante a utilização de créditos tributários oriundos das retenções dos 11% – onze por cento – procedidas por seus tomadores de serviços no valor originário – Processo Administrativo nº 36048.001758/2007-41.

A autora alegou, ainda, que:

- não houve confissão de débito por parte da requerente;

- seria incabível o LDC por afronta aos princípios da ampla defesa, devido processo legal e contraditório;

- o LDC não teria discriminado o montante devido, pertinente a cada tributo;

- possuiria créditos de natureza tributária oriundos das retenções de 11% – onze por cento – efetuadas por seus tomadores de serviços no valor de R\$ 1.018.998,83 – um milhão, dezoito mil, novecentos e noventa e oito reais e oitenta e três centavos –, cujo valor seria superior ao suposto débito lançado através do LDC e que com este deve ser compensado;

- não incidiria a contribuição patronal sobre: terço constitucional de férias previsto no art. 7º, XVII, da CF; adicional de horas extras; e pagamento de auxílio-doença nos primeiros quinze dias;

- o adicional de SAT não poderia ter sido cobrado com base unicamente na alíquota de 3% – três por cento –, haja vista o cabimento de alíquota diferenciada para cada estabelecimento da empresa;

- teria ocorrido a decadência dos tributos pertinentes ao período de junho a dezembro de 2000;

- caso se compreendesse que a declaração em GFIP revelava confissão de dívida e que constituiria o crédito tributário, as parcelas anteriores a 21/08/2001 se encontrariam prescritas;

- não seria cabível a incidência de juros de mora, vez que possui crédito a compensar, de valor superior ao suposto débito lançado no LDC e com data anterior a este; e

- a taxa SELIC não seria adequada para a atualização de tributos.

Ao final, requereu a anulação do LDC e dos créditos tributários lançados por seu intermédio, bem como a anulação da compensação administrativamente solicitada, para que fosse utilizada em débitos tributários validamente constituídos. Colacionou documentos às fls. 43/646.

Na contestação – fls. 652/686 –, a União Federal/Fazenda Nacional alegou que teria havido confissão de dívida por parte da au-



tora, já que houve o pedido de parcelamento administrativo dos débitos constantes no LDC.

Por fim, impugnou a configuração de decadência e de prescrição em face da aplicação da “tese dos cinco mais cinco”, e relatou ser cabível a incidência de multa moratória sobre os débitos por não ter restado configurada a denúncia espontânea.

Na réplica – fls. 694/711 – a parte autora apontou a preclusão consumativa, em virtude de a contestante ter-se absterido de refutar a maioria dos pontos apresentados na peça vestibular.

Na sentença – fls. 747/761 –, a nobre magistrada monocrática assim decidiu:

À luz do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pleito autoral, para:

(a) reconhecer a prescrição dos tributos, constantes no LDC nº 37.043.102-2, que forem anteriores a 18/04/2002 e cuja declaração foi realizada através da GFIP, mas não houve o devido pagamento, bem como reconhecer a extinção das exações pertinentes ao período de junho de 2000 a dezembro de 2001 que não foram declarados em GFIP nem pagos, em face da decadência tributária.

(b) reconhecer a inexigibilidade das cobranças constantes no LDC nº 37.043.102-2 que forem referentes à contribuição social (art. 195, I, a, da Constituição Federal) incidente sobre o terço constitucional de férias, sobre horas extras, e sobre o pagamento realizado nos primeiros quinze dias que antecedem o auxílio-doença de seus empregados.

(c) Como consequência, declaro, apenas em relação a tais tributos, a nulidade dos lançamentos efetuados no LDC nº 35.043.102-2, bem como, também apenas em relação a tais variáveis, a nulidade da compensação efetivada, devendo o crédito respectivo, após o trânsito em julgado desta sentença, ser disponibilizado ao autor para fins de compensação, na forma do art. 74 da Lei 9.430/96 (com redação das Leis 10.637/02, 10.833/03 e 11.051/04), observados, no entanto, as limitações instituídas pelas Leis 9.032/95 e 9.129/95.

O montante do saldo credor há de ser apurado em sede de liquidação e execução de sentença, com incidência da taxa SELIC, e de acordo com os documentos comproba-

tórios constantes nos autos. Havendo necessidade da apresentação de documentos complementares, a responsabilidade por tal medida recairá sobre o autor.

Registro, apenas para fins de esclarecimento, que em relação aos demais créditos não mencionados acima permanece incólume do LDC nº 37.043.102-2.

Hipótese de sucumbência recíproca (art. 21 do CPC). Condeno, pois, a ré a pagar ao autor honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor do decréscimo incidente sobre o valor total da LDC nº 35.043.102-2 em virtude da supressão ora reconhecida, em sede de liquidação de sentença. Por outro, condeno o autor a pagar à ré honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento) sobre o montante que remanescer no LDC nº 35.043.102-2, em sede de liquidação de sentença, após a supressão ora reconhecida. Tais valores deverão ser compensados até o ponto em que se equipararem, utilizando-se a mesma data-base.

As demais despesas deverão ser assumidas por quem já as efetuou, não havendo, em relação a elas, que se falar em pagamento recíproco.

A autora desafiou embargos de declaração – fls. 766/777, aos quais se negou provimento – fls. 779/782.

A autora interpôs apelação cível, às fls. 785/821 e a União Federal/Fazenda Nacional, às fls. 843/856, cada qual a pugnar a reforma do julgado, na parte em que lhes foi desfavorável.

Contrarrazões da União Federal/Fazenda Nacional, às fls. 859/870 e da autora, às fls. 875/890. Dispensei a revisão.

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Bem andou a perillustre magistrada de 1º grau ao reconhecer a prescrição dos tributos, constantes no LDC nº 37.043.102-2, que forem anteriores a 18/04/2002 e cuja declaração tenha sido realizada através da GFIP, sem, no entanto ter havido o devido pagamento, bem como reconhecer a extinção das exações pertinentes ao período de junho de 2000 a dezembro de 2001 que não foram

declarados em GFIP nem pagos, em face da decadência tributária.

Tornam-se, portanto, despidiendas maiores considerações em derredor do assunto. Forrado nas razões de decidir expendidas na decisão recursada, mantenho os termos *a quo* referente à prescrição e à decadência aludidas.

No que se refere à questão central, verifico que não merece reparo a v. sentença, pelos mesmos argumentos expendidos pela douta magistrada *a quo*, os quais adoto, como razões de decidir, *in verbis*:

Hipótese de julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, I, do Código de Processo Civil.

Registro, já de plano, que o fato de a ré não haver se manifestado especificadamente sobre todos os pontos da petição inicial não tem o condão de gerar o efeito de presunção de veracidade dos fatos não impugnados. É que, como é cediço, versam os autos sobre direitos indisponíveis, em relação aos quais não se admite confissão, sobre eles não recaindo, pois, a presunção de veracidade. Além disso, não se pode olvidar também que os fatos não expressamente impugnados foram devidamente rebatidos pela defesa, considerada em seu conjunto.

Há de incidir, pois, neste caso, o disposto nos incisos I e III do art. 302 do CPC, a seguir transcritos, *verbis*:

Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:

I - se não for admissível, a seu respeito, a confissão;  
(...)

II - se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto. (Destacamos)

Assentada esta premissa, passemos à análise dos pontos suscitados pela parte autora.

#### **(a) Do lançamento de débito confessado**

Argumenta a autora que o Lançamento de Débito Confessado não é instrumento idôneo para a constituição de crédito tributário efetuada após procedimento de fiscalização administrativa, pois o LDC não garante ao devedor/contribuinte a oportunidade de impugnar o crédito lançado, molestando os

princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Entende que após as diligências fiscalizatórias caberia a constituição do crédito tributário tão somente através de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito-NFLD, por garantir este o oferecimento de prazo para impugnação administrativa.

Porém, os argumentos autorais não têm supedâneo legal, por não restar caracterizada a supressão do contraditório, consoante se passa a demonstrar.

Primeiramente, resta evidenciado nos autos a preexistência de procedimento de auditoria fiscal iniciado aos 21 de agosto de 2006, por meio do Mandado de Procedimento Fiscal nº 09328854F00 (fl. 54), e encerrado aos 23 de março de 2007 (TEAF anexado às fls. 482/483). Com isso, percebe-se que a requerente não foi surpreendida com o procedimento administrativo, e teve garantida a oportunidade de, através da apresentação de documentação idônea, comprovar administrativamente a suposta inexistência do débito em foco.

Findo o procedimento de auditoria fiscal, houve a emissão do LDC nº 37.043.102-2, que constitui ato administrativo cuja perfectibilização pressupõe a notificação do contribuinte/devedor, do contrário a produção de seus efeitos não pode ser iniciada. Mesmo ciente disso, a requerente, por intermédio de seu sócio representante, livremente assinou o prefalado ato administrativo.

Ora, se houve a aposição de assinatura só se pode inferir que a autora anuiu com seus termos. E nem se diga que a mesma não tinha conhecimento suficiente acerca das consequências da subscrição de tal documento, pois nos autos da Ação Cautelar Inominada nº 2008.81.00.006516-5 (fl. 06), distribuída por dependência a este juízo, a própria requerente narrou a existência de outras ações visando à desconstituição de outros seis LDC's.

Além disso, já que a autora não assentia com os termos do supradito LDC, conforme explicitado na vestibular, caberia à mesma se recusar a assiná-lo e mostrar sua irresignação através de recursos administrativos objetivando a desconstituição do ato administrativo de Lançamento de Débito Confiado nº 37.043.102-2. Porém, sua conduta seguiu direção oposta e, ao subscrever o LDC, assentiu expressamente com seu conteúdo.

Nesse azo, não se pode entender que lhe foi suprimida a oportunidade de defesa, pois, consoante fartamente esposado, à autora foram concedidas diversas oportunidades de refutar a ação administrativa, inicialmente através da apresentação de documentos que elidiram a existência dos créditos tributários durante o procedimento de auditoria fiscal, e empôs, por intermédio da recusa em assinar o LDC nº 37.043.102-2 lavrado em seu desfavor, concomitantemente à interposição de recurso administrativo que visasse expurgar o ato administrativo supostamente irregular.

Ora, se a requerente deixou transcorrer *in albis* tais oportunidades de defesa não pode depois arguir desrespeito aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal. Caso assim se entendesse, estar-se-ia estimulando os demais contribuintes a se valerem de tais condutas para posteriormente se utilizarem da máquina judiciária e obter a nulidade do ato administrativo legalmente constituído.

Tomando-se emprestado brocardo jurídico largamente utilizado no Direito Civil, poder-se-ia dizer que, caso a magistrada anuisse ao pleito autoral, haveria verdadeiro estímulo ao *venire contra factum proprium*, ou vedação do comportamento contraditório.

Dessarte, encontra-se superada a arguição de descumprimento dos princípios constitucionais elencados, passando-se, então, à análise dos demais pontos.

A autora busca ainda refutar o LDC nº 37.043.102-2 sob o argumento de que não houve a necessária especificação dos tributos devidos, existindo apenas a apresentação genérica do *quantum* a pagar.

Porém, por intermédio dos documentos acostados às fls. 60/483, facilmente se verifica a detalhada demonstração dos tributos devidos pela autora, especificados de acordo com o mês avaliado e o estabelecimento da pessoa jurídica objeto de análise (Discriminativo Sintético por Estabelecimento - DSE - fls. 168/178). Ao final (fls. 234/238), o auditor fiscal competente forneceu relatório com a explanação dos tributos que compunham o objeto do LDC nº 37.043.102-2, o período em análise, bem como os respectivos fatos geradores, fundamentação legal e documentos que supedanearam a ação fiscalizatória.

Diante de tão farta documentação, não merece prosperar o enredo da peça inaugural.

No tópico seguinte, aduz a requerente possuir créditos tributários oriundos das retenções dos 11% procedidas por seus tomadores de serviços no valor originário de R\$ 1.018.998,83 (um milhão, dezoito mil, novecentos e noventa e oito reais e oitenta e três centavos), e ter direito à sua compensação com o suposto débito de R\$ 632.817,54 (seiscientos e trinta e dois mil, oitocentos e dezessete reais e cinquenta e quatro centavos) constante do LDC nº 37.043.102-2.

De fato, há declaração prestada pelo próprio fiscal da Secretaria da Receita Previdenciária atestando a existência de créditos da empresa no valor originário de 1.018.998,83 (um milhão, dezoito mil, novecentos e noventa e oito reais e oitenta e três centavos). No mesmo documento de Informação Fiscal (fls. 497/500), o auditor fiscal orienta a contribuinte a realizar operação concomitante a fim de solicitar a compensação dos créditos aludidos com o débito objeto do LDC supramencionado.

Seguindo tais orientações, a autora requereu administrativamente a compensação de créditos e débitos, bem como a restituição do saldo remanescente em seu favor (fls. 502/503).

Tal pleito foi posteriormente deferido pela administração tributária, conforme documentação arrostada às fls. 230/231 da ação cautelar mencionada. Porém, em face da constatação de vício formal insanável, houve a anulação da decisão administrativa – prolatada no processo administrativo nº 36048.001758/2007-41 – que reconhecia o crédito previdenciário alegado pela autora (fls. 717/718 dos presentes autos).

Finalmente, às fls. 733/745, a Fazenda Nacional informou que foi efetuada a compensação do crédito reconhecido no processo administrativo nº 36048.001758/2007-41 com os débitos constantes nos DEBCADs nº 35.129.210-1, 35.129.211-0, 35.129.213-6, 35.129.214-4, 37.043.102-2, e 60.438.347-9, sendo que este último foi liquidado parcialmente.

Vale ressaltar que o requerimento administrativo de compensação de débitos e créditos tributários faz cair por terra a discussão acerca da existência de confissão do débito objeto do LDC, pois a própria compensação constitui instrumento de confissão de dívida. Ora, se a compensação é o encontro de débitos e créditos, não pode a requerente valer-se dessa medida e depois arguir que não confessou a existência de dívidas perante o fisco.

**(b) Da incidência de contribuição patronal sobre: terço constitucional de férias previsto no art. 7º, XVII, da CF; adicional de horas extras; e pagamento de auxílio-doença nos primeiros quinze dias.**

A previsão do empregador como contribuinte da seguridade social já constava da redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, mantendo-se com a EC nº 20/98. Vejamos o teor deste dispositivo:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

Da leitura desta redação, conclui-se que a outorga da competência constitucional é para a instituição de contribuição sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física, mesmo que sem vínculo empregatício. Esta é a base econômica passível de ser tributada pela lei ordinária: “rendimentos do trabalho”.

Ora, estando estes “rendimentos do trabalho” expressamente previstos na Constituição – art. 7º, incisos IV, V, VI, VII, VIII, IX, e X – por certo há o exegeta de se socorrer aos postulados de Direito do Trabalho, para fins de perquirir a sua definição, seu conteúdo e seu alcance, conforme determinam os arts. 109 e 110 do CTN.

Pois bem. Consultando a doutrina especializada, extrai-se a informação de que a esses “rendimentos do trabalho” conferem-se, regra geral, os epítetos de remuneração e salário.

Discorrendo acerca do tema, Mauricio Godinho Delgado assevera que, no cotidiano trabalhista, utiliza-se reiteradamente a expressão remuneração como se possuísse o mesmo conteúdo de salário. Esclarece ele, entretanto, certa diferenciação entre as expressões: remuneração seria o gênero de parcelas contraprestativas devidas e pagas ao empregado em função da prestação de serviços ou da simples existên-

cia da relação de emprego, ao passo que salário seria a parcela contraprestativa principal para esse empregado no contexto do contrato. Remuneração seria o gênero; salário, a espécie mais importante das parcelas contraprestativas empregatícias.

Em ambos os casos, registre-se, tem-se um complexo de parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em função da prestação de serviços ou da simples existência da relação de emprego. Enfatiza Mauricio Godinho Delgado que tais parcelas têm caráter contraprestativo, “não necessariamente em função da prestação de serviços, mas em função do contrato”. Ratifica o autor esta tese invocando o exemplo da interrupção do contrato de trabalho, período no qual, nada obstante o empregado não exerça suas atividades junto à empresa, o salário continua sendo pago.

A propósito do tema da interrupção do contrato de trabalho, cumpre tecer algumas considerações.

Alice Monteiro de Barros conceitua a interrupção do contrato de trabalho como “a paralisação temporária do trabalho pelo empregado, em que a ausência do empregado não afeta o seu tempo de serviço na empresa, sendo computado o período de afastamento para todos os efeitos legais. Em consequência, permanece a obrigação de pagar salário e outras vantagens que decorrerem do pacto laboral”. Como há uma mera paralisação transitória da prestação do serviço, e não a cessação contratual, remanesce a obrigação de pagar salário, dada a manutenção da relação de emprego, conforme o raciocínio negritoado acima.

Em nosso Direito, constituem típicos casos de interrupção do contrato o afastamento do trabalhador por doença durante os primeiros 15 dias (Dec-Lei nº 6.905/44, e Lei nº 3.807/60, art. 24); a licença remunerada à gestante (art. 165 da Emenda Constitucional nº 1, e art. 392 da CLT); e o repouso semanal remunerado as férias anuais remuneradas (art. 129 da CLT).

Ancorada nesta premissa, firmei o entendimento de que o pagamento realizado pelo empregador nos primeiros quinze dias que antecedem o **auxílio-doença** e o **terço constitucional de férias** possuíam natureza salarial.

Ocorre que esta exegese não logrou ser acolhida pelo eg. Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisprudência se firmou no sentido de que o **auxílio-doença** pago até o 15º dia pelo



empregador não possui natureza remuneratória, sendo, assim, inalcançável pela contribuição previdenciária.

Invoco, à guisa de exemplo, o precedente a seguir ementado:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SALÁRIO-MATERNIDADE. INCIDÊNCIA. CARÁTER REMUNERATÓRIO. PRIMEIROS QUINZE DIAS DO AFASTAMENTO DO EMPREGADO POR MOTIVO DE DOENÇA. NÃO INCIDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

**3. Relativamente aos valores percebidos pelo empregado nos primeiros quinze dias de afastamento do trabalho por motivo de doença (auxílio-doença), não é devido o recolhimento de contribuição previdenciária por parte da empresa, tendo em vista o posicionamento consolidado deste Tribunal acerca da sua natureza não salarial. Precedentes: REsp 1.078.777/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 19.12.2008; REsp 973.436/SC, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 25.2.2008, p. 290; REsp 746.540/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 6.11.2008; REsp 853.730/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 6.8.2008.**

4. Reconhecida a não incidência da contribuição previdenciária sobre o auxílio-doença, será necessário o devido pronunciamento da instância *a quo* sobre as matérias que efetivamente deixou de apreciar, ao negar provimento ao apelo da empresa especificamente nesses tópicos, sob pena de supressão de instância.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.

(STJ, REsp 936308/RS, Recurso Especial 2007/0063820-5, Primeira Turma, Ministra Denise Arruda (1126) 01/12/2009)

Em relação ao **terço constitucional de férias**, tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal firmaram entendimento no sentido de sua natureza indenizatória, pelo que também não seria cabível a incidência de contribuição social.

Vejamos:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. INCIDÊNCIA. ADICIONAL DE UM TERÇO (1/3) SOBRE FÉRIAS (CF, ART. 7º, XVII). IMPOSSIBILIDADE. DIRETRIZ JURISPRUDENCIAL FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, em sucessivos julgamentos, firmou entendimento no sentido da não incidência de contribuição social sobre o adicional de um terço (1/3), a que se refere o art. 7º, XVII, da Constituição Federal. Precedentes.

(STF, RE 587941 AgR/SC - Santa Catarina; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário; Relator(a): Min. Celso de Mello; Julgamento: 30/09/2008; Órgão Julgador: Segunda Turma)

TRIBUTÁRIO E PREVIDENCIÁRIO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. NÃO INCIDÊNCIA.

1. A Primeira Seção, ao apreciar a Pet 7.296/PE (Relatora Ministra Eliana Calmon, *DJe* de 10.11.2009), acolheu o Incidente de Uniformização de Jurisprudência para afastar a aplicação de Contribuição Previdenciária sobre o terço constitucional de férias.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg na Pet 7206/PE; Agravo Regimental na Petição; 2009/0071118-0, Primeira Seção, Ministro Herman Benjamin, *DJe* 22/02/2010)

No mesmo sentido se inclinou a jurisprudência do Excelso Pretório, ainda, em relação às **horas extras**.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

2. Prequestionamento. Ocorrência.

3. Servidores públicos federais. Incidência de contribuição previdenciária. Férias e horas extras. Verbas indenizatórias. Impossibilidade.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, RE 545317 AgR/DF - Distrito Federal. Ag. Reg. no

Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 19/02/2008. Órgão Julgador: Segunda Turma)

Diante de tais precedentes, mesmo **com a ressalva do entendimento pessoal desta Magistrada acerca do tema**, adoto o posicionamento firmado no âmbito dos Tribunais Superiores, considerando-se que a uniformidade de decisões é o objetivo maior em prol da segurança jurídica e da celeridade do processo.

**(c) Fixação da alíquota do adicional de SAT por estabelecimento.**

O pleito autoral de nova fixação de alíquotas do SAT de acordo com a atividade preponderante de cada estabelecimento não merece prosperar, haja vista o entendimento jurisprudencial de que somente será permitida essa diferenciação de alíquotas nos casos em que cada estabelecimento da pessoa jurídica possuir número de inscrição individualizado no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ.

Na documentação arrostada verifica-se a existência de um único registro cadastral em Fortaleza - CNPJ nº 72.570.740/0001-74 (fl. 644). As demais inscrições anexadas às fls. 645/646 referem-se a filiais estabelecidas em outros Estados da Federação, não possuindo, portanto, relação com a presente demanda.

Os documentos acostados às fls. 625/642, por sua vez, reportam-se aos respectivos CEI's – Cadastros Específicos do INSS – pertinentes a cada estabelecimento.

Porém, a jurisprudência do STJ é categórica em afirmar que somente na hipótese de CNPJ individualizado para cada estabelecimento será cabível a aplicação de alíquota diferenciada para o adicional de SAT, não sendo possível interpretação extensiva para também abrigar nesse manto os casos de estabelecimentos da pessoa jurídica particularizados por CEI's próprios.

**TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O SAT. BASE DE CÁLCULO.**

1. O acórdão impugnado adotou como tese o entendimento de que o risco a ser avaliado, para efeito do cálculo do SAT, é o da atividade preponderante da empresa e não de cada estabelecimento.

2. A Primeira Seção consagrou entendimento, após acirradas divergências, de que a alíquota do SAT deve ser aferida com base na atividade de cada estabelecimento

da empresa, desde que se trate de estabelecimento com inscrição própria no CNPJ.

3. Recurso especial conhecido e provido.

REsp 950.344/SP Recurso Especial 2007/0098779-3, Relator(a) para Acórdão Ministra Eliana Calmon, T2 - Segunda Turma, data do julgamento 18/10/2007, DJ 19/11/2007 p. 224

Sob esse viés, resta incabível o requesto inaugural, devendo ser mantida a alíquota única de 3% para incidência do adicional de SAT no caso em tela.

#### **(d) Dos juros de mora**

Afirma a requerente ser incabível a aplicação de juros de mora no débito tributário em exame ante o fato de possuir créditos a serem compensados com a União Federal/Fazenda Nacional cuja data é anterior a 26 de março de 2007, dia em que houve a cientificação por parte da autora do LDC nº 37.043.102-2, bem como ante a circunstância de o valor desses créditos ser superior ao cobrado através do LDC.

Ocorre que, mesmo diante do efetivo reconhecimento administrativo dos créditos tributários aptos a realizar a compensação tributária pela autora, esta circunstância não exclui a incidência dos juros de mora nos débitos lançados através do LDC. O procedimento cabível é tão somente a inclusão do *quantum* devido a título de juros na compensação com os créditos possuídos pela autora.

Explico.

Nas lições de Fábio Zambite Ibrahim, os juros constituem mera atualização econômica do capital, ou seja, no caso de recolhimento em atraso, o *quantum* sofre o acréscimo de um percentual incidente sobre o capital. É o preço pela disponibilidade financeira indevida obtida pela empresa em detrimento do Estado, já que este não recebeu o valor que lhe era devido na data preestabelecida e, com isso, viu-se obrigado a sofrer um desfalque arrecadatório.

Os juros de mora incidem em face do mero descumprimento do prazo anteriormente firmado para pagamento do capital devido. Sob essa ótica, não pode prosperar a súplica autoral de esquivar-se de seu pagamento ante o fato de possuir créditos tributários a compensar.

Para elidir essa cobrança deveria a requerente ter-se valido de solicitação administrativa de compensação antes mesmo de advir o vencimento dos débitos constantes no LDC nº

37.043.102-2, ou seja, deveria ter pleiteado a compensação de seus créditos com os débitos tributários vincendos ou futuros, e não já efetivamente vencidos.

**(e) Aplicação da taxa SELIC**

Não há nenhum empecilho jurídico para a aplicação dessa taxa como índice de atualização dos tributos federais, já que em dezembro de 1995 foi instituída a Lei nº 9.250, criadora da SELIC (Sistema Especial de Liquidação e Custódia). Esta correspondente à junção da correção monetária e juros de mora em uma única taxa, tendo como termo *a quo* de aplicação aos créditos e débitos tributários federais o mês janeiro de 1996.

Destarte, tendo em vista que os créditos tributários objeto do LDC nº 37.043.102-2 referem-se ao período de junho de 2000 a dezembro de 2006, é perfeitamente cabível a aplicação da taxa SELIC.

Esforçado nessas razões, nego provimento às apelações. Manutenção da sucumbência recíproca.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 539.671-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Repte.: PROCURADORIA DO INSS  
Apelada: DANIELE REBOUÇAS DE SOUSA (INCAPAZ)  
Curador: FRANCISCA ÁUREA REBOUÇAS  
Advs./Procs.: DRS. ANTÔNIO CARLOS MENDONÇA DE ALEN-CAR E OUTRO (APDO.)

***EMENTA: PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. PENSÃO POR MORTE. REGRAS DA TUTELA QUE NO CASO CONCRETO APLICAM-SE À CURATELA. ART. 16, § 2º, DA LEI Nº 8.213/1991 C/C ART. 1.781 DO CÓDIGO CIVIL E NO ART. 5º DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. BISNETA INVÁ-***

**LIDA. DOENÇA MENTAL ADQUIRIDA NA INFÂNCIA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DEMONSTRADA. LEI Nº 8.213/91.**

**- A matéria trazida a deslinde, através do processo em exame, consiste na verificação do direito da parte autora, maior, incapaz, curatelada, ao benefício de pensão por morte, em face do óbito do instituidor e curador e também seu bisavô.**

**- À primeira vista, a parte autora não se enquadra na regra que disciplina a relação de dependentes do segurado, aptos a percepção do benefício de pensão por morte, insculpida no art. 16 e seguintes da Lei nº 8.213/1991.**

**- Os elementos dos autos demonstram a condição de dependência da parte autora desde 23/06/1983, quando iniciou-se a guarda a cargo do seu bisavô, instituidor da pensão, como se verifica às fls. 59/63, ressalte-se que, naquela época, já havia a indicação de menor designada e, mais ainda, como maior inválida, nos exatos termos da sentença recorrida.**

**- Além disso, sentença da 12ª Vara de Família de Fortaleza nomeou o instituidor, seu bisavô, como curador da incapaz, posteriormente, com o falecimento deste, sua avó assumiu o múnus público da curatela.**

**- A causa de pedir não se confunde com a já ultrapassada tese da ultratividade da designação, prevista no inciso IV do art. 16 da retrocitada lei e revogada pela Lei nº 9.032/1995.**

**- A indiscutível dependência da parte autora, vítima de meningite que lhe deixou sequelas de alienação mental desde os 22 (vinte e dois) dias de nascida, possibilita uma interpretação legal que transcende a inexpugnabilidade do rol previsto no multicitado art. 16, permitindo uma interpretação com base no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a saber: “Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a**

***que ela se dirige e às exigências do bem comum”.***  
***- Quando o § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/1991 fez referência ao menor tutelado, equiparando-o a filho, considerou os termos definidores da matéria, cuja fonte é o Código Civil, e nesse diploma, precisamente no art. 1.781, é patente que as regras relativas à tutela, salvo algumas poucas exceções que ao caso concreto não se aplicam, são ínsitas à curatela: “Art. 1.781. As regras a respeito do exercício da tutela aplicam-se ao da curatela, com a restrição do art. 1.772 e as desta Seção”.***  
***- Demonstrada a condição jurídica de curatelada ostentada pela parte autora que, neste caso, equivale à tutela para fins previdenciários, bem como a dependência em relação ao seu bisavô, cuja responsabilidade em relação àquela resta incontestável, não resta dúvida quanto à qualidade de dependente a lhe garantir a concessão do benefício. Precedente do STJ: REsp 528987/SP, Min. Laurita Vaz, Quinta Turma.***  
***- Apelação improvida.***

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 6 de dezembro de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, contra sentença que, confirmando os efeitos

da tutela, julgou procedente o pedido inicial, determinando a implantação do benefício previdenciário de pensão por morte de João Sabino de Oliveira em favor da autora Daniele Rebouças de Sousa.

Às parcelas em atraso foi determinada a correção monetária e o acréscimo de juros de mora, a partir da citação, segundo a previsão do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal até o advento da Lei nº 11.960 de 29/06/2009, que alterou o artigo 1º-F da Lei 9.494/97 e, a partir daí, nos termos do artigo 5º do referido diploma legal, sendo o réu condenado, ainda, em verba honorária fixada em 10% sobre o valor da condenação - Súmula nº 111/STJ.

De acordo com a sentença recorrida: (fls. 294/295)

A autora sempre esteve sob a guarda e curatela de seu bisavô, sendo dele dependente, conforme comprovam os documentos anexos à inicial (fls. 59/63 dos autos). Em verdade, desde o dia 23 de junho de 1983, a autora passou à guarda de seu bisavô (fl. 42 dos autos). Seguindo a legislação então existente, procedeu o falecido à indicação da autora como sua dependente, inicialmente na condição de menor designada e, posteriormente, como maior inválida (fls. 44/45 dos autos).

Contudo, a partir de 19 de agosto de 2008, por decisão da 12ª Vara de Família de Fortaleza, a autora foi interditada, passando o seu bisavô a ser o seu curador, nos termos do termo de compromisso de fl. 47 e sentença de fls. 48 e 49 dos autos. Com o falecimento do seu bisavô, em 24 de outubro de 2008 (certidão de óbito à fl. 40), passou a curatela a ser exercida por sua avó, Francisca Áurea Rebouças, nos termos dos documentos de fls. 19 a 23 dos autos.

Desta forma, a vinculação da autora ao seu bisavô, para fins previdenciários, tem sido analisada de forma errônea, não se tratando de menor designada, mas de menor sob curatela sem restrições (fls. 47, 48 e 49 dos autos), com dependência econômica.

Nas razões, o réu alega o art. 16, IV, da Lei nº 8.213/1991, que previa a figura do menor sob guarda como dependente do segurado, que foi revogada pelo advento do art. 8º da Lei nº 9.032/1995,



não fazendo a autora jus ao benefício pretendido, considerando, também, que a morte do segurado ocorreu bem após a revogação do dispositivo invocado pelo autor.

Contrarrazões apresentadas.

O Ministério Público Federal ofertou parecer pelo não seguimento da apelação nos termos da seguinte ementa (fl. 318):

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MAIOR INCAPAZ CURATELADA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA. PELO NÃO SEGUIMENTO DA APELAÇÃO CÍVEL.

- Comprovado o óbito, a qualidade de segurado do falecido e a condição de dependente da requerente, deve ser concedido o benefício de pensão por morte.

- Pelo não seguimento da apelação.

Relatei.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

A matéria trazida a deslinde, através do processo em exame, consiste na verificação do direito da parte autora, maior, incapaz, curatelada, ao benefício de pensão por morte, em face do óbito do instituidor e curador João Sabino de Oliveira, seu bisavô.

À primeira vista, a parte autora não se enquadra na regra que disciplina a relação de dependentes do segurado, aptos a percepção do benefício de pensão por morte, insculpida no art. 16 e seguintes da Lei nº 8.213/1991<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne

Entretanto, dada a especial sigularidade do caso, os elementos dos autos demonstram a condição de dependência da parte autora desde 23/06/1983, quando iniciou-se a guarda a cargo do seu bisavô, instituidor da pensão, como se verifica às fls. 59/63, vale ressaltar que, naquela época, já havia a indicação de menor designada e, mais ainda, como maior inválida, nos exatos termos da sentença recorrida (fls. 44/45).

Além disso, sentença da 12ª Vara de Família de Fortaleza nomeou o instituidor, seu bisavô, como curador da incapaz, posteriormente, com o falecimento deste, sua avó, Francisca Áurea Rebouças, assumiu o múnus público da curatela.

A causa de pedir não se confunde com a já ultrapassada tese da ultratividade da designação, prevista no inciso IV do art. 16 da retrocitada lei e revogada pela Lei nº 9.032/1995.

Em consequência, a induscutível dependência da parte autora, vítima de meningite que lhe deixou sequelas de alienação mental desde os 22 (vinte e dois) dias de nascida, possibilita uma interpretação legal que transcende a inexpugnabilidade do rol previsto no multicitado art. 16, permitindo uma interpretação com base no art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, a saber: “Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Quando o § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/1991 fez referência ao menor tutelado, equiparando-o a filho, considerou os termos definidores da matéria, cuja fonte é o Código Civil, e nesse diploma,

---

absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)

§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§ 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

precisamente no art. 1.781, é patente que as regras relativas à tutela, salvo algumas poucas exceções que ao caso concreto não se aplicam, são ínsitas à curatela: “Art. 1.781. As regras a respeito do exercício da tutela aplicam-se ao da curatela, com a restrição do art. 1.772 e as desta Seção”.

Assim, ficou devidamente demonstrada a condição jurídica de curatelada ostentada pela parte autora que, neste caso, equivale à tutela para fins previdenciário, bem como, a dependência em relação ao seu bisavô cuja responsabilidade em relação àquela resta incontestável.

Tecidas essas necessárias considerações do peculiar caso concreto, não resta dúvida quanto à qualidade de dependente, ostentada pela parte autora a lhe garantir a concessão do benefício.

Com efeito, entendo, *data venia*, irretocável a sentença vergastada por suas próprias razões de decidir (fls. 294/296):

A autora sempre esteve sob a guarda e curatela de seu bisavô, sendo dele dependente, conforme comprovam os documentos anexos à inicial (fls. 59/63 dos autos). Em verdade, desde o dia 23 de junho de 1983, a autora passou à guarda de seu bisavô (fl. 42 dos autos). Seguindo a legislação então existente, procedeu o falecido à indicação da autora como sua dependente, inicialmente na condição de menor designada e, posteriormente, como maior inválida (fls. 44/45 dos autos).

Contudo, a partir de 19 de agosto de 2008, por decisão da 12ª Vara de Família de Fortaleza, a autora foi interditada, passando o seu bisavô a ser o seu curador, nos termos do termo de compromisso de fl. 47 e sentença de fls. 48 e 49 dos autos. Com o falecimento do seu bisavô, em 24 de outubro de 2008 (certidão de óbito à fl. 40), passou a curatela a ser exercida por sua avó, Francisca Áurea Rebouças, nos termos dos documentos de fls. 19 a 23 dos autos.

Desta forma, a vinculação da autora ao seu bisavô, para fins previdenciários, tem sido analisada de forma errônea, não se tratando de menor designada, mas de menor sob curatela sem restrições (fls. 47, 48 e 49 dos autos), com dependência econômica.

A curatela é um múnus público conferido ao sujeito para que este dirija e administre os bens de pessoas maiores e incapazes, tendo regime jurídico aproximado da tutela (múnus público conferido ao sujeito para que cuide e administre bens de um menor), nos termos dos artigos 1.774 e 1.781 do Código Civil.

O legislador estabeleceu a equiparação entre o dependente filho e o menor sob tutela, na forma do parágrafo segundo do artigo 16 da Lei 8.213/91. Entretanto, nada dispõe sobre o curatelado.

Importa definir se é cabível ao Poder Judiciário suprir a omissão legal. A mim parece que não é possível deixar de reconhecer ao Poder Judiciário o dever de deferir direitos aos particulares, buscando, no caso concreto, a interpretação mais ampla da lei.

Ora, qual a razão de albergar sob regimes diferenciados o menor sob tutela e o maior incapaz sob curatela? Ambos não têm o discernimento para tomar decisões e administrar seus bens e, por força de lei, passam a ter regramentos específicos de proteção, regramentos, por sinal, bastante similares e equiparados para diversos efeitos, como estabelecido no artigo 1.781, cumulado com o artigo 1.740, ambos do Código Civil:

Artigo 1.781 - As regras a respeito do exercício da tutela aplicam-se ao da curatela, com a restrição do artigo 1.772 e as desta Seção.

Artigo 1.740 - Incumbem ao tutor, quanto à pessoa do menor:

I - dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condição;

II - reclamar do juiz que providencie, como houver por bem, quando o menor haja mister correção;

III - adimplir os demais deveres que normalmente cabem aos pais, ouvida a opinião do menor, se este já contar doze anos de idade.

Percebe-se que há grande similitude nos regimes aplicados à tutela e à curatela, principalmente nos deveres impostos ao tutor e ao curador, principalmente o dever de prestar ao menor (tutela) e ao maior incapaz (curatela) alimentos.

Descabida, portanto, a restrição da equiparação a filho apenas à hipótese da tutela, com a exclusão da curatela.

Na hipótese dos autos, o instituidor da pensão detinha a guarda da bisneta e era seu curador e, nos limites da prova inicialmente trazida aos autos, era responsável pela sua manutenção.

No mesmo sentido o seguinte julgado:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. AVÔ. ÓBITO DO NETO. SITUAÇÃO ESPECIALÍSSIMA DOS AUTOS. NETO QUE FORA CRIADO COMO SE FILHO FOSSE EM DECORRÊNCIA DA MORTE DE SEUS PAIS. POSSIBILIDADE.

1. A teor do art. 16 da Lei nº 8.213/91, o avô não é elencado no rol dos dependentes do segurado, razão pela qual, a princípio não faria jus à pensão gerada pelo óbito do neto em cuja companhia vivia.

2. Presença, nos autos, de hipótese singular, em que a criação do segurado pelo avô, desde o nascimento, acrescida da morte precoce de seus pais, demonstram que o segurado tinha para com o autor, na verdade, uma relação filial, embora sanguínea e legalmente fosse neto.

3. Impossibilidade de exigência da adequação legal da relação que existia à real situação fática, uma vez que é vedada a adoção do neto pelo avô, a teor do disposto no art. 42, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4. Direito à pensão por morte reconhecido.

5. Recurso especial conhecido e provido.

(Acórdão unânime no REsp 528987/SP, Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, Julg. 06/11/2003, Publ. DJ 09/12/2003, p. 327)

Tecidas essas considerações, nego provimento à apelação.

Assim voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 544.021-SE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ LUIS MAIA  
TOBIAS GRANJA (CONVOCADO)  
Apelantes: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF E CAIXA SE-  
GURADORA S/A  
Apelada: KELLY CRISTIANE DE OLIVEIRA DIAS COSTA  
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
Advs./Procs.: DRS. LAERT NASCIMENTO ARAÚJO E OUTROS  
E GISELE VIRGINIA MARQUES REPOLHO E OU-  
TROS

***EMENTA: CIVIL. SFH. LEGITIMIDADE ATIVA. MUTUÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. CEF. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO COMETIDO DENTRO DO PRAZO DE 2 (DOIS) ANOS DE INÍCIO DA VIGÊNCIA DA APÓLICE DE SEGURO. NEGATIVA DE PAGAMENTO DO SEGURO. ART. 798 DO CC/2002. BOA-FÉ. PRESUNÇÃO. PROVA DA PREMEDITAÇÃO. AUSÊNCIA.***

***- A autora possui legitimidade para exigir o cumprimento do contrato como entender devido, tanto como herdeira do de cujus quanto na condição de mutuária.***

***- A CEF possui legitimidade passiva, tendo em vista que efetivamente, contrata o seguro, após o que repassa os custos de tal contratação aos devedores. Além disso, também é possível afirmar que a instituição mutuante reveste-se, assim como os mutuários, da condição de beneficiária de ambos os prêmios de seguro acessoriamente pactuados, uma vez que a ativação das respectivas coberturas destina-se justamente ao adimplemento do crédito obtido pelos mutuários perante a instituição credora.***

***- A ocorrência do suicídio antes do prazo bienal previsto no art. 798, caput, do CC/2002 não exime, por si só, a seguradora, do dever de indenizar. Referido dispositivo legal deve ser interpre-***

***tado em consonância com os princípios da lealdade e da boa-fé objetiva que norteiam o novo Código Civil (arts. 113 e 422 do CC/2002).***

***- A obrigação da seguradora de pagar a indenização securitária somente pode ser afastada se ela comprovar a ocorrência de má-fé ou premeditação do segurado, a teor das Súmulas n° 105/STF e 61/STJ.***

***- Não há nos autos prova suficiente de que o segurado, quando da contratação do seguro, agiu com má-fé.***

***- Apelações não providas.***

### **ACÓRDÃO**

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações, 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, 24 de janeiro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ LUIS MAIA TOBIAS  
GRANJA - Relator Convocado

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ LUIS MAIA TOBIAS GRANJA (Convocado):

Cuida-se de apelação interposta pela Caixa Econômica Federal - CEF e pela Caixa Seguradora, em face de sentença que julgou parcialmente procedente pretensão autoral, nos termos que abaixo transcrevo:

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido, com resolução de mérito (art. 269, I, CPC), para:

1) reconhecer o direito à cobertura securitária da apólice de seguros de nº, no percentual de 100% do contrato, desde 11.02.2010.

2) determinar a devolução das parcelas pagas posteriormente à ocorrência do sinistro, acrescidas da taxa SELIC, desde o vencimento de cada parcela.

A SELIC não pode ser cumulada com qualquer outro encargo, seja de atualização monetária, seja de juros, porque inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real.

Condeno as rés ao pagamento das custas e de honorários advocatícios no valor de 10% sobre a condenação, valendo-me do disposto no art. 20, §§ 4º, do CPC.

Em suas razões de apelação a CEF alega, preliminarmente, a ilegitimidade ativa mutuária e sua ilegitimidade passiva. No mérito alega a licitude da cláusula de carência para suicídio ou tentativa de suicídio e a ocorrência de suicídio premeditado.

Com contrarrazões.

Em suas razões de apelo a Caixa Seguradora alega, preliminarmente, a ilegitimidade ativa da mutuária. No mérito, alega a licitude da cláusula de carência para suicídio ou tentativa de suicídio, a previsão legal de tal cláusula nos arts. 797 e 798 do Código Civil e a premeditação do suicídio, tendo em vista relatos de ameaças anteriores.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ LUIS MAIA TOBIAS GRANJA (Relator Convocado):

Egrégia Turma.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Inicialmente, analiso as alegações de ilegitimidade da parte autora.

Como bem verificou o magistrado *a quo* “o caso dos autos não se refere à propriedade sobre o imóvel em questão, mas sim, à relação jurídica entre as rés e a autora enquanto mutuária, ou seja, refere-se à responsabilidade da CEF e da CAIXA SEGURADORA pela cobertura securitária. Eventual questão controvertida relativa à destinação do bem deverá ser decidida em feito próprio, no juízo do inventário. Sendo assim, a autora possui legitimidade



*para exigir o cumprimento do contrato como entender devido, tanto como herdeira do de cujus quanto na condição de mutuária, uma vez que também assinou o contrato de financiamento de fls. 19/38”.*

Dessa forma, não há que se falar em ilegitimidade ativa.

Passo, então, a análise da alegação de ilegitimidade passiva da CEF.

O fato de a discussão em tela exigir a presença da companhia seguradora no polo passivo da demanda não implica o afastamento da legitimidade da instituição mutuante, CEF, para compor o litígio. Isso porque a instituição mutuante é responsável pela estipulação do contrato de seguro. É o agente financeiro quem, efetivamente, contrata o seguro, após o que repassa os custos de tal contratação aos devedores.

Além disso, também é possível afirmar que a instituição mutuante reveste-se, assim como os mutuários, da condição de beneficiária de ambos os prêmios de seguro acessoriamente pactuados (por morte/invalidez permanente e por danos físicos no imóvel), uma vez que a ativação das respectivas coberturas destina-se justamente ao adimplemento do crédito obtido pelos mutuários perante a instituição credora.

O cerne da questão consiste em saber se há cabimento da indenização securitária, em razão da ocorrência de suicídio no lapso inicial da contratação, ou seja, dentro do prazo de carência previsto em lei.

Com efeito, a Segunda Seção do e. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no Ag nº 1244022/RS, pacificou seu entendimento no sentido de que *“o fato de o suicídio ter ocorrido no período inicial de dois anos de vigência do contrato de seguro, por si só, não autoriza a companhia seguradora a eximir-se do dever de indenizar, sendo necessária a comprovação inequívoca da premeditação por parte do segurado, ônus que cabe à Seguradora, conforme as Súmulas 105/STF e 61/STJ expressas em relação ao suicídio ocorrido durante o período de carência”.*

Colaciono a ementa do julgado paradigmático:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO COMETIDO DENTRO DO PRAZO DE 2 (DOIS) ANOS DE INÍCIO DE VIGÊNCIA DA APÓLICE DE SEGURO. NEGATIVA DE PAGAMENTO DO SEGURO. ART. 798 DO CC/2002. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA. BOA-FÉ. PRINCÍPIO NORTEADOR DO DIPLOMA CIVIL. PRESUNÇÃO. NECESSIDADE DE PROVA DA PREMEDITAÇÃO PARA AFASTAR-SE A COBERTURA SECURITÁRIA. PRECEDENTE. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL. ANÁLISE DE PROVAS. AFASTADA A PREMEDITAÇÃO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. (...)

2. A interpretação do art. 798 do Código Civil de 2002 deve ser feita de modo a compatibilizar o seu ditame ao disposto nos arts. 113 e 422 do mesmo diploma legal, que evidenciam a boa-fé como um dos princípios norteadores da redação da nova codificação civil.

3. Nessa linha, o fato de o suicídio ter ocorrido no período inicial de dois anos de vigência do contrato de seguro, por si só, não autoriza a companhia seguradora a eximir-se do dever de indenizar, sendo necessária a comprovação inequívoca da premeditação por parte do segurado, ônus que cabe à Seguradora, conforme as Súmulas 105/STF e 61/STJ expressam em relação ao suicídio ocorrido durante o período de carência.

4. “O artigo 798 do Código Civil de 2002, não alterou o entendimento de que a prova da premeditação do suicídio é necessária para afastar o direito à indenização securitária”. (REsp 1.077.342/MG, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 03/09/2010)

5. Não há falar-se em violação ao art. 333, I, do CPC, uma vez que, nos termos do precedente citado, compete à Companhia Seguradora a prova da ocorrência de premeditação no suicídio ocorrido nos primeiros dois anos de vigência do contrato, para se eximir do pagamento da cobertura securitária contratada.

6. Na hipótese, a Corte Estadual expressamente consignou que os elementos de convicção dos autos evidenciam que o suicídio não foi premeditado. Entender-se de forma diversa demandaria necessária incursão nos elementos

fático-probatórios dos autos, com o conseqüente reexame de provas, conduta vedada em sede de recurso especial, ante o óbice previsto na Súmula 7/STJ, consoante afirmado na decisão ora agravada.

7. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1244022/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, *DJe* 25/10/2011)

Colaciono, ainda, precedentes recentíssimos do e. STJ, nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SEGURO. COBERTURA. SUICÍDIO. ART. 798 DO CC/2002. PREMEDITAÇÃO. PROVA. ÔNUS DA SEGURADORA. PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ. RECURSO QUE DESAFIA JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA. INCIDENTE MANIFESTAMENTE INFUNDADO. MULTA.

1. Em face da presunção de boa-fé, prevalente sobre a exegese literal do art. 798 do CC/02, cabe à seguradora, que pretenda eximir-se da cobertura securitária, a prova da premeditação do suicídio. Incidência da Súmula 83/STJ.

2. Agravo manifestamente infundado enseja aplicação de multa do art. 557, § 2º, do CPC.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1245369/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 02/10/2012, *DJe* 08/10/2012)

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO. SUPERAÇÃO DA QUESTÃO ACERCA DA PREMEDITAÇÃO EM VIRTUDE DO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO PELA SEGURADORA ADMINISTRATIVAMENTE. BASE DE CÁLCULO DA INDENIZAÇÃO. MORTE POR ACIDENTE. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL.

1. O suicídio premeditado aponta para situação em que existente o dolo, afastando, destarte, o dever de indenizar, porquanto configura causa excludente da responsabilidade da seguradora. Inteligência da Súmula 61 do STJ.

2. No caso em julgamento, porém, o pagamento da indenização à beneficiária pelo suicídio do marido, na via administrativa, importa o reconhecimento inequívoco, pela seguradora, de que o fato era indenizável e, por via reflexa, que o suicídio não foi premeditado, obstando a discussão

judicial acerca da predeterminação do evento, mormente tendo em vista que esta não se presume, devendo ser efetivamente comprovada pela seguradora, porquanto fato impeditivo do direito do autor (art. 333, II, do CPC). Precedentes.

3. A conclusão é reforçada pelo fato de a seguradora ter utilizado como base de cálculo para pagamento administrativo a indenização por morte natural, conducente à apuração de montante menor. Se assim o fez, certamente que, se tivesse entendido pelo planejamento do suicídio, ter-se-ia furtado a essa obrigação.

4. A morte natural é aquela resultante de um estado mórbido herdado ou de uma perturbação congênita, sobrevivendo como consequência de processo esperado e previsível. Por sua vez, a expressão morte acidental tem significado antonímico ao de morte natural, encerrando a idéia de eventualidade.

5. Forçoso concluir, portanto, que o suicídio não pode ser encartado como espécie de morte natural, uma vez que configura a provocação ou o desencadeamento de fenômeno mortal fora de condições mórbidas eficientes, ou seja, advém de comportamento humano inesperado e contrário à ordem natural das coisas.

6. Os juros moratórios em responsabilidade contratual devem incidir a partir da citação. Precedentes.

7. Recurso especial conhecido em parte e nessa extensão provido, apenas para determinar a incidência dos juros moratórios a partir da citação. Mantidos os ônus sucumbenciais fixados pelo Tribunal de origem.

(REsp 968.307/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/04/2012, DJe 22/05/2012)

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGUROS. SUICÍDIO. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 798 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ NA CONTRATAÇÃO. PREMEDITAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. IMPROVIMENTO.**

1 - Nas hipóteses relativas aos contratos de seguro, a presunção de boa-fé deve prevalecer sobre a exegese literal do artigo 798 do Código Civil. Incidência da Súmula 83 do Superior Tribunal de Justiça.

2 - O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de

modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

3 - Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 83.109/RS, Rel. Ministro Sidnei Bneti, Terceira Turma, julgado em 07/02/2012, DJe 27/02/2012)

Conforme ficou demonstrado, a jurisprudência firmou-se no sentido de que o segurado só perde o direito à percepção do capital estipulado na apólice de seguro quando ficar demonstrado que, ao tempo da contratação, já planejava o ato de tirar a própria vida.

Dessa forma, o fato de o suicídio ter ocorrido no período de carência previsto pelo Código Civil, por si só, não conduz à exclusão do dever de indenizar, uma vez que a disposição contida no art. 798, *caput*, do Código Civil de 2002 não afasta a necessidade da comprovação inequívoca, por parte da Companhia Seguradora, da premeditação do suicídio.

Quanto à premeditação, por certo se está falando da má-fé do segurado, que contrata o seguro com a intenção de provocar o sinistro, a fim de beneficiar o cônjuge e os filhos.

No caso em tela, não há prova nos autos de que o segurado, quando da contratação do seguro, agira com má-fé.

Diante do exposto, nego provimento às apelações.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 547.607-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS

Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, UNIÃO E ESTADO DA PARAÍBA

Apelados: OS MESMOS, ANDRADE GALVÃO ENGENHARIA, CRE ENGENHARIA LTDA LTDA. E HOLANDA ENGENHARIA LTDA.

Advs./Procs.: DRS. RENOVATO FERREIRA DE SOUZA JÚNIOR E OUTROS, PAULO ROBERTO GERMANO DE FIGUEIREDO E OUTROS, DIRCEU MARQUES GALVÃO FILHO E RODOLFO BOQUINO E OUTROS

***EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL E ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. REJEIÇÃO. ROMPIMENTO DE BARRAGEM. INUNDAÇÃO. FEIÇÃO GEOLÓGICA ATÍPICA. NÃO DETECÇÃO NA ELABORAÇÃO DO PROJETO EXECUTIVO. FATO CONSIDERADO IMPREVISTO E IMPREVISÍVEL DURANTE A CONSTRUÇÃO DA OBRA. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DAS CONSTRUTORAS. PROVIDÊNCIAS DE DEPLECIONAMENTO DO RESERVATÓRIO. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DA CULPA DO ENTE PÚBLICO ESTADUAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DANOS MATERIAIS. NÃO CABIMENTO. EFEITOS ERGA OMNES DA COISA JULGADA DA SENTENÇA. DANOS AMBIENTAIS DE GRANDE PROPORÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS. CABIMENTO. FIXAÇÃO EM CONFORMIDADE COM O ART. 75 DA LEI Nº 9.605/98. REVERSÃO EM FAVOR DO FUNDO DE RECONSTITUIÇÃO DOS INTERESSES SUPRAINDIVIDUAIS LESADOS. ART. 13 DA LEI***

**Nº 7.347/85. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DAS CONSTRUTORAS. NÃO CABIMENTO. APELAÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, DA UNIÃO E DO ENTE PÚBLICO ESTADUAL PARCIALMENTE PROVIDAS.**

**- *Apeleção cível interposta contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para condenar o Estado da Paraíba a reparar danos decorrentes do rompimento da Barragem de Camará, no Estado da Paraíba, julgando improcedente o pedido de reparação de danos materiais e morais coletivos de natureza difusa.***

**- *Hipótese em que os danos em discussão referem-se à obra erigida com recursos federais voluntários, devendo ser reconhecido o interesse processual da União Federal na demanda, o que desloca a competência para a Justiça Federal, a teor do disposto no art. 109, I, da Constituição Federal.***

**- *A Lei nº 7.347/85 dispõe em seus arts. 1º e 5º sobre a legitimidade do Ministério Público Federal para a propositura de ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, devendo ser reconhecida a sua legitimidade ativa no caso dos autos, especialmente quando a discussão envolve o emprego de verba pública federal, cuja lisura de seu emprego é atribuível ao Ministério Público Federal como agente de controle externo desses recursos.***

**- *As provas técnicas coligidas aos autos revelaram que a obra de construção da Barragem de Camará, entregue em dezembro de 2002, somente pôde ser posta à prova a partir de janeiro de 2004, com o início do inverno, quando o reservatório passou a receber maior volume hídrico e ser efetivamente avaliado.***

**- *A pericial revelou que a falha geológica verificada na área em que a represa foi edificada não***

**era passível de ser facilmente identificada, ressaltando que, até a ocorrência dos problemas verificados após a entrega da barragem, “o modelo geológico e seu comportamento eram imprevisíveis”, tendo em vista que não puderam ser detectados nas sondagens realizadas durante a elaboração do projeto da obra.**

**- Impossibilidade de se atribuir responsabilidade aos contrutores pelo sinistro da barragem, tendo em vista que a perícia judicial concluiu que foram adotadas as medidas cabíveis para sanar os problemas da falha geológica detectados durante a execução da obra, asseverando que “o que foi possível ser detectado teve as correções necessárias devidamente realizadas”, com a utilização dos recursos técnicos existentes para o tratamento de problemas da espécie.**

**- A Constituição Federal estabelece em seu art. 37, § 6º, a responsabilidade civil objetiva da Administração, por força da aplicação da teoria do risco administrativo, segundo a qual é de natureza objetiva a responsabilidade civil do Estado por atos comissivos ou omissivos de seus agentes, dispensando a comprovação da ocorrência de culpa.**

**- Apesar das recomendações formalizadas pelos vários técnicos envolvidos com o projeto/construção da barragem, ou mesmo das orientações constantes do Manual de Segurança e Inspeção de Barragens, do Ministério da Integração Nacional, o proprietário da obra, no caso, o Estado da Paraíba, negligenciou ao deixar de fazer o monitoramento do primeiro enchimento do reservatório.**

**- A instrução processual demonstrou que o rebaixamento do nível d’água da represa constituía importante e indispensável medida visando a solução do problema, e disto não cuidou o Estado da Paraíba que, mesmo ciente da necessi-**



***dade de se promover tais medidas preventivas, tendo sido devidamente instado a adotar as medidas recomendadas, não o fez, o que demonstra que os problemas decorreram principalmente do estado de abandono do reservatório, o que impõe a manutenção da sua condenação pelas consequências decorrentes do sinistro.***

***- Os lucros cessantes e os danos emergentes pressupõem a certeza de obtenção de vantagem futura, a ser apurada em liquidação, e não pode ser apenas a cogitação, a possibilidade de futura vantagem. Nesse caso, não é cabível a pretensão de condenação ao pagamento de indenização por lucros cessantes e danos emergentes, uma vez que tal hipótese somente teria cabimento no caso de alguém ter sofrido prejuízos projetados para o futuro, o que não se verificou no caso dos autos.***

***- Os danos materiais são consectários dos efeitos da coisa julgada da sentença condenatória, pois cada uma das pessoas comprovadamente atingidas pela catástrofe poderá fazer valer os efeitos erga omnes da coisa julgada da sentença para buscar a sua reparação material. Para tanto, não há necessidade de fixação dos prejuízos materiais, sendo bastante que seja reconhecida a possibilidade de quem tiver sofrido prejuízos individualmente, buscar, ao final, a via judicial para pleitear a respectiva reparação, a teor do disposto no art. 103, § 1º, do Código do Consumidor, hoje aplicável em qualquer hipótese de ação coletiva na defesa de direito difuso.***

***- O Ministério Público Federal não demonstrou quais os bens públicos (estradas, ruas, pontes etc.) que tenham sido efetivamente devastados pela enxurrada, para justificar a reparação dos pretendidos danos materiais à coletividade, além do que restou atendida a pretensão no campo da restauração e refazimento das obras e bens***

**afetados, não comportando fixação de quantia exata para tais restaurações, quando estas já foram impostas na sentença recorrida.**

**- O sinistro da Barragem de Camará provocou imensuráveis prejuízos à coletividade, na medida em que culminou com grande devastação ambiental à jusante da represa, motivada pela enxurrada que devastou toda a região que foi alcançada pelo excesso de águas após o rompimento da barragem, acarretando um incontável prejuízo ambiental que seguramente demorará muito tempo para ser recuperado.**

**- As provas colacionadas aos autos mostram que o acidente foi motivado pelo descaso do Poder Público quanto à conservação do reservatório hídrico, deixando de atentar para as medidas de segurança necessárias para evitar a ocorrência de danos também ao meio ambiente.**

**- Nos termos do art. 225 da Constituição Federal, cabe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo, de forma que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas, independente da obrigação de reparar o dano”.**

**- O art. 1º da Lei nº 7.347/85, com modificação introduzida pela Lei nº 8.884/94, prevê expressamente a possibilidade de se buscar a reparação por danos extrapatrimoniais coletivos, inclusive decorrentes de danos causados ao meio ambiente.**

**- A Lei nº 6.938/81 prevê, em seu art. 14, que em caso de ocorrência de dano ambiental se dispensa a investigação do elemento subjetivo da cul-**

***pa ou dolo, aplicando-se a regra da responsabilidade civil objetiva, visto tratar-se de um dano de natureza difusa, haja vista a dificuldade de se identificar as respectivas vítimas. Independentemente da existência de culpa, por força da teoria da responsabilidade civil objetiva, o ente público que venha a concorrer para um prejuízo ambiental está obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente.***

***- Reconhecimento da existência de dano moral coletivo, que diz respeito aos danos causados diretamente ao meio ambiente em decorrência do acidente em discussão, o qual deve ser tutelado dentro da concepção dos interesses transindividuais. A indenização nesse caso tem por fim a compensação ambiental vista de uma forma ampla e que pode ser cumulada com a condenação na obrigação de fazer, consistente na reparação do dano à barragem, conforme ficou estabelecido na sentença a quo.***

***- Ante a ausência de parâmetros para a fixação do valor devido a título de compensação pelos danos morais coletivos, é cabível aplicar, por analogia, os limites estabelecidos no art. 75 da Lei nº 9.605/98, que “Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente”.***

***- Considerando-se as especificidades do caso em exame e a extensão dos danos ambientais provocados pelo ente público estadual demandado, e diante da ausência de outros parâmetros, é cabível também a condenação do Estado da Paraíba ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, arbitrados no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a ser revertido em favor do Fundo de Reconstituição dos Interesses Supra-individuais Lesados, de que trata o artigo 13 da Lei nº 7.347/85.***

**- Não é cabível o pagamento de honorários advocatícios suportados pelo Estado da Paraíba, em favor das empresas construtoras, visto que o chamamento de construtoras em processos dessa natureza é uma providência elementar, diante da possibilidade de responsabilização concorrente dos construtores, e a indicação dessas empresas para integrar a lide, pelo Estado da Paraíba, não foi desarrazoada nem desproporcional, pois a isenção de responsabilidade só é possível de ser aferida com a conclusão completa da instrução do feito.**

**- Apelação do Ministério Público Federal e da União parcialmente providas, apenas para estabelecer a condenação do Estado da Paraíba ao pagamento de danos morais coletivos. Apelação interposta pelo Estado da Paraíba parcialmente provida, apenas para afastar a condenação em honorários advocatícios.**

## **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 maioria, dar parcial provimento às apelações do Ministério Público Federal e da União e dar parcial provimento à apelação do Estado da Paraíba, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 22 de janeiro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS  
- Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de apelações cíveis interpostas pelo Ministério Público Federal e pelo Estado da Paraíba, contra sentença proferida

pela MM. Juíza Federal Titular da 3ª Vara Federal da Paraíba, Dra. Cristina Maria Costa Garcez, em sede de ação civil pública, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para condenar o Estado da Paraíba a reparar danos decorrentes do rompimento da Barragem de Camará, no Estado da Paraíba.

O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública contra o Estado da Paraíba e as empresa CRE Engenharia Ltda., Andrade e Galvão Engenharia Ltda. e Holanda Engenharia Ltda., em virtude do rompimento da Barragem de Camará, construída no Município de Alagoa Nova (PB), com recursos do Governo Federal e Estadual, cujo rompimento, ocorrido em 17.06.2004, causou a morte de várias pessoas e deixou um rastro de destruição em vários municípios localizados a jusante da construção.

Consta da exordial, em síntese:

(a) em 22.06.2004 foi instaurado, no âmbito do Ministério Público Federal e Estadual, um Inquérito Civil Público - ICP, visando apurar responsabilidades e as causas do rompimento da referida barragem. O relatório final desse ICP concluiu que o rompimento da barragem decorreu de problemas na construção da obra, que ficou a cargo das construtoras demandadas, como também em virtude de omissão do Estado da Paraíba em proceder a necessária fiscalização, monitoramento e manutenção da barragem;

(b) em 1997 a Associação Técnico-Científica Ernesto Luiz de Oliveira Júnior - ATECEL realizou um estudo geotecnológico no local onde a Barragem de Camará seria edificada, tendo concluído pela possibilidade de ser erigida barragem de enrocamento ou de concreto compactado com rolo, porém apontou a necessidade de prévia regularização da área, com a remoção dos blocos soltos de materiais para se obter a estabilidade das respectivas ombreiras;

(c) durante a execução das obras da Barragem de Camará foi constatada uma falha geológica em sua ombreira esquerda, tendo sido sugeridas cinco medidas solucionadoras no estudo geológico feito na ocasião, tendo sido acolhidas duas medidas para correção do problema, o que culminou com a construção da barragem em blocos geológicos soltos, concorrendo para o seu rompimento;

(d) a Secretaria de Meio Ambiente e Recursos Hídricos e MInerais do Estado da Paraíba - SEMARH tinha conhecimento dos defeitos preexistentes ao rompimento da barragem e, não obstante, deixou de fazer o devido monitoramento do primeiro enchimento do reservatório.

O *Parquet* requereu a condenação das construtoras responsáveis pela execução do projeto a promoverem a reconstrução da Barragem de Camará; a condenação do Estado da Paraíba a concluir o pagamento das indenizações por danos materiais em favor aos prejudicados com o rompimento da barragem. Requereu ainda a condenação solidária de todos os demandados nos seguintes termos: pagamento das indenizações no valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), ou valor maior que venha a ser apurado, por danos emergentes, em face dos danos materiais coletivos de natureza difusa decorrentes do prejuízo causado à infraestrutura da região (estradas, pontes, etc); pagamento de indenização no valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) em razão do dano material coletivo de natureza difusa, consistente em lucros cessantes, em face da região ter sido privada de receber os benefícios do reservatório hídrico (adutoras, irrigação, piscicultura, etc); pagamento de indenização por danos morais coletivos, em valor a ser arbitrado pelo Juízo, a ser revertido em favor do Fundo de Reconstituição dos Interesses supraindividuais lesados, criados pela Lei nº 7.347/85.

A Magistrada de primeiro grau entendeu que as provas existentes nos autos eram insubsistentes para amparar uma condenação das empresas CRE Engenharia Ltda., Andrade Galvão Engenharia Ltda. e Holanda Engenharia Ltda., argumentando que o rompimento foi motivado pela omissão injustificada do Estado da Paraíba, que não adotou as medidas emergenciais necessárias. Ressaltou que, não obstante a responsabilidade objetiva do construtor, no caso dos autos essa regra não se aplica às construtoras, que apenas executaram as ordens do dono da obra em conformidade com o que fora projetado, como também pela ausência de prova de que a execução do serviço foi feito em desacordo com os padrões de engenharia. Contudo, reconheceu a responsabilidade do Estado da Paraíba pelo rompimento da barragem e julgou procedente em parte a ação, para condenar esse ente público a:

realizar a reconstrução da Barragem de Camará; promover a inserção das famílias atingidas em políticas públicas já existentes, especialmente a capacitação das comunidades e recriação de atividades produtivas que venham a gerar emprego e renda; providenciar a replantação de todos os serviços públicos afetados pelo desmoronamento da barragem, tais como reconstrução de pontes, rodovias, prédios públicos, muros, calçadas e pavimentação de ruas; reconstruir as casas residenciais destruídas nas zonas urbana e rural de Alagoa Nova, Areia e Mulungu. Condenou ainda o Estado da Paraíba a pagar honorários sucumbenciais no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em favor de cada uma das construtoras demandadas.

O Ministério Público Federal manifestou inconformismo com a sentença de primeiro grau, nos seguintes termos:

(a) nos contratos da espécie, é objetiva a responsabilidade do construtor quanto às falhas detectadas na construção da Barragem de Camará, a teor do disposto no art. 618 do Código Civil;

(b) o relatório técnico elaborado pela Universidade Federal da Paraíba imputou às construtoras a responsabilidade quanto aos vícios de construção, e a Magistrada *a quo* “não usou de argumentos para se contrapor a essa conclusão”;

(c) a instrução processual demonstrou a responsabilidade de todos os demandados pelo rompimento da Barragem de Camará, seja em virtude da execução incompleta das medidas necessárias para a reparação dos problemas que surgiram ainda na construção da obra, seja pela omissão em aprofundar a investigação dos problemas que surgiram antes mesmo da entrega da obra, ou ainda em efetuar os reparos necessários à correção desses problemas, seja pela omissão quanto ao monitoramento do enchimento da barragem e a sua respectiva manutenção;

(d) a possibilidade de condenação dos demandados ao pagamento de indenização por dano moral experimentado pela coletividade, diante do caráter coletivo dos direitos das populações afetadas pelo rompimento da Barragem de Camará, sobretudo porque o sinistro nesse reservatório acarretou a morte de 5 (cinco) pessoas e inúmeros prejuízos de ordem material, além de causar pânico e destruição nas cidades atingidas;

(e) no caso dos autos deve ser reconhecido, no mínimo, a violação dos direitos coletivos ao abastecimento regular de água, à dignidade humana, à vida, à regular prestação de serviços públicos, à preservação do patrimônio público, todos estes fundamentais para a sociedade;

(f) ao excluir a condenação por dano material e extrapatrimonial coletivos, a sentença recorrida premiou a atitude irresponsável dos demandados responsáveis pela construção da barragem.

Com estes argumentos, o *Parquet* requereu a condenação solidária de todos os demandados a promoverem a reconstrução da barragem, bem como ao pagamento de indenização por danos materiais (lucros cessantes e danos emergentes) e danos morais coletivos, na forma requerida na exordial.

A União recorreu da sentença, requerendo pela condenação das empresas construtoras, solidariamente com o Estado da Paraíba, pela reconstrução da Barragem de Camará e pelas demais obrigações constantes da parte dispositiva da sentença, bem como ao pagamento de indenização por danos materiais coletivos de natureza difusa, bem como por danos morais coletivos. Aduziu, em síntese:

(a) os estudos geotecnológicos realizados na elaboração do Projeto Executivo da Barragem constataram a existência de falhas geológicas na fundação da barragem, as quais não foram adequadamente corrigidas pelas construtoras, o que, aliado à negligência na manutenção do reservatório, concorreu diretamente para o sinistro;

(b) os pareceres técnicos constantes dos autos confirmam/demonstram a conduta e a culpa das empresas construtoras, uma vez que houve interpretação inadequada na falha geológica existente no maciço onde foi edificada a barragem;

(c) o relatório técnico elaborado pela Universidade Federal da Paraíba confirmou que a conduta das construtoras foi determinante para a ocorrência do sinistro, afirmando que a construção “já apresentou defeitos antes mesmo de ser entregue”, o que denota que a Barragem de Camará não foi construída conforme os bons princípios da engenharia;



(d) nos termos do art. 618 do Código Civil, nos contratos de construções da espécie o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, o que também estava previsto no Contrato nº 014/98, firmado com a empresa CRE Engenharia Ltda.;

(e) o rompimento da barragem, além de afetar diretamente os moradores que sofreram perdas patrimoniais, provocou danos ambientais que transcendem a individualidade, repercutindo na vida de toda a coletividade na região devastada, o que impõe o dever de reparação por danos patrimoniais coletivos de natureza difusa, consistente de danos emergentes e lucros cessantes.

Em suas razões recursais, o Estado da Paraíba suscitou, preliminarmente, a incompetência absoluta da Justiça Federal para processar e julgar o feito, bem como a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal. No mérito, alegou, em síntese:

(a) a falha geológica constatada na ombreira esquerda da barragem já havia sido detectada antes da entrega da obra e apontada no Relatório BAR 12-RO, de forma que não pode ser considerada imprevista e imprevisível;

(b) o Estado da Paraíba já recebeu a obra com graves problemas estruturais que eram de conhecimento dos construtores, os quais se omitiram no dever legal de proceder aos estudos e medidas complementares para regularizar os defeitos e entregar a obra em perfeito estado;

(c) o construtor detém responsabilidade quanto à viabilidade do projeto e da sua execução e, no caso dos autos, a conduta das empresas contratadas violou a regra do art. 618 do Código Civil, assim como as cláusulas V e LXIV do Contrato SEMARH 014/98, o que afasta a culpa do Estado da Paraíba e impõe o reconhecimento da culpa exclusiva dos construtores quanto ao evento danoso em discussão;

(d) a conduta omissiva imputada ao Estado da Paraíba afasta a regra da responsabilidade objetiva do Estado, inserta no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, devendo ser apurada a sua responsabilidade subjetiva em relação aos fatos em discussão;

(e) a prova da culpa *lato sensu* da Administração cabe à parte autora e em nenhum momento o Ministério Público Federal demonstrou onde residiu a falha na prestação dos serviços de manutenção da estrutura da Barragem de Camará.

O Ministério Público apresentou contrarrazões defendendo a competência da Justiça Federal e a legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público Federal. No mérito, afirmou que subsiste a responsabilidade das construtoras pelo evento danoso, à luz do art. 618 do Código Civil e que a responsabilização das construtoras não elide a responsabilidade do ente público estadual, em face do seu dever de fiscalizar a obra e fazer o devido monitoramento na fase inicial de seu funcionamento. Por fim, refutou a aplicação da teoria da culpa administrativa (ou culpa anônima do serviço), afirmando que, caso o Estado da Paraíba tivesse adotado as providências no intuito de conter o vazamento de água no reservatório, o rompimento da barragem teria sido evitado.

Em suas contrarrazões a União defendeu a manutenção da sentença quanto ao reconhecimento da competência absoluta da Justiça Federal, da legitimidade ativa do Ministério Público Federal e ainda quanto à responsabilidade do Estado, tendo em vista que a ruptura da barragem decorreu não somente da má execução da obra, mas também pela ausência da adequada manutenção a cargo do ente público estadual.

A Construtora Andrade Galvão Engenharia Ltda. apresentou suas contrarrazões às apelações interpostas, afirmando que o laudo pericial judicial apontou que a inexistência de culpa das construtoras em relação ao evento que motivou o rompimento da barragem, diante da imprevisibilidade da extensão e do comportamento da falha geológica existente na estrutura da barragem. Afirmou ainda que restou demonstrada nos autos a conduta omissiva do Estado da Paraíba em relação ao acompanhamento do primeiro enchimento do reservatório hídrico, o que concorreu decisivamente para o seu rompimento. Requereu o não conhecimento do recurso de apelação do MPF, por não haver apresentado os argumentos que ensejariam a reforma da sentença monocrática.

A construtora CRE Engenharia Ltda. apresentou suas contrarrazões às apelações, alegando que a sentença recorrida pautou-

-se nos vários pareceres técnicos existentes nos autos, segundo os quais o rompimento somente ocorreu em virtude da negligência do Estado da Paraíba em fazer a adequada manutenção do reservatório. Ressaltou que o problema detectado na ombreira esquerda da Barragem de Camará surgiu abaixo do limite de sondagem da empresa contratada para auxiliar na correção desse problema, e que os peritos constataram que o modelo geológico-geomecânico do local é bastante complexo, o que só pôde ser revelado após a ruptura da barragem, revelando se tratar de evento imprevisível e imprevisível e afastando, por consequência, qualquer responsabilidade dos construtores em relação ao sinistro.

O Ministério Público Federal que atua junto a este Tribunal Regional apresentou o parecer de fls. 5.235/5.244, opinando pelo provimento parcial das apelações. Afirmou que o Estado da Paraíba deve ser responsabilizado pela omissão na fiscalização da barragem, bem como que as construtoras respondem objetivamente pelos danos verificados dentro do prazo de garantia da obra, nos termos do art. 618 do Código Civil, tendo em vista que a omissão no monitoramento da barragem não exclui os problemas de solidez e segurança do empreendimento, cuja responsabilidade é das empresas construtoras. Requereu a condenação do Estado da Paraíba, que deve ser responsabilizado subjetivamente, em face da sua omissão no monitoramento no enchimento inicial da barragem. Requereu ainda a condenação solidária das construtoras, as quais devem ser responsabilizadas objetivamente pelos danos causados dentro do prazo de garantia da obra, visto que as falhas de natureza geológica também concorreram para o rompimento do reservatório.

É o relatório.

## **VOTO**

**O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):**

Trata-se de apelações cíveis interpostas pelo Ministério Público Federal e pelo Estado da Paraíba, contra sentença proferida pela MM. Juíza Federal Titular da 3ª Vara Federal da Paraíba, Dra. Cristina Maria Costa Garcez, em sede de ação civil pública, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para condenar o

Estado da Paraíba a reparar danos decorrentes do rompimento da Barragem de Camará, no Estado da Paraíba.

Os apelantes manifestam seu inconformismo com a sentença que condenou exclusivamente o Estado da Paraíba, excluindo a responsabilidade dos construtores quanto ao rompimento da Barragem de Camará. Os recorrentes também se insurgem contra a não condenação do ente público estadual ao pagamento de indenização por danos materiais e extrapatrimoniais coletivos, na forma requerida na exordial.

## **I - PRELIMINARES**

### **INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL E ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

O Estado da Paraíba suscitou, preliminarmente, a incompetência absoluta da Justiça Federal para processar e julgar o feito, bem como a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, sob o argumento de que as verbas federais empregadas na construção da barragem, transferidas ao Estado-Membro, incorporaram-se definitivamente ao patrimônio do ente público estadual ora apelante, e pelo fato de que eventuais prejudicados pelo sinistro são identificáveis.

Segundo o Estado da Paraíba, o fato do *Parquet* Federal ser o autor da ação não atrai a competência da Justiça Federal, se não restar patente o interesse da União, entidade autárquica ou empresa pública federal.

No caso presente, a obra da barragem sinistrada foi edificada com o aporte de recursos públicos federais, por meio do Ministério da Integração Nacional, cujo repasse de recursos foi feito com amparo no Convênio nº 199/2000. Assim, estamos diante de repasse voluntário e não compulsório, o que poderia modificar a natureza do dinheiro disponibilizado.

Dessa forma, como os danos em discussão referem-se a obra erigida com recursos federais voluntários, fica patente o interesse processual da União Federal na demanda, em face do que transfere-se à Justiça Federal a competência para processar e julgar o feito, a teor do disposto no art. 109, I, da Constituição Federal.

Ademais, a União foi instada a integrar o feito, tendo intervindo na qualidade de assistente simples da parte autora. Logo, não merece prosperar a prefacial de incompetência absoluta de foro suscitada pelo Estado da Paraíba. Isso porque, a condição de autor da ação ser do Ministério Público Federal e do interesse jurídico da União, inclusive integrando o feito como assistente, implica em se reconhecer incontrovertidamente a competência da Justiça Federal.

Quanto à alegação de ilegitimidade passiva *ad causam* do Ministério Público Federal, os arts. 1º e 5º da Lei nº 7.347/85 dispõem sobre a legitimidade do Ministério Público Federal para a propositura de ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente.

A situação se amolda melhor quando a questão do meio ambiente vem aliada, como no caso em análise, ao emprego de verba pública federal, cuja lisura de seu emprego é atribuível ao Ministério Público Federal como agente de controle externo desses recursos.

No caso dos autos, a ação foi ajuizada visando também a reparação de danos de natureza coletiva, decorrentes do rompimento da Barragem de Camará. Assim, considerando que o *Parquet* é parte legítima para propor ação civil pública em que se busca a defesa de interesses sociais difusos ou coletivos, há de se reconhecer a sua legitimidade ativa no caso concreto.

## **II - MÉRITO**

### **ANÁLISE DAS CAUSAS DO ROMPIMENTO DA BARRAGEM**

Consta dos autos que a Barragem de Camará, objeto do litígio, foi edificada no Município de Alagoa Nova (PB), no período de maio de 2000 a dezembro de 2002, pelo sistema de concreto compactado a rolo (CCR), tendo sido entregue oficialmente em 20.12.2002.

Após a entrega da obra, os baixos índices de precipitação pluviométrica verificados na região durante o ano de 2003 não foram suficientes para encher o reservatório, que somente a partir de janeiro de 2004 passou a ser efetivamente preenchido de forma gradativa, até ocorrer o seu rompimento em 17.06.2004. Na oca-

sião, a referida barragem acondicionava cerca de 67% (sessenta e sete por cento) da sua capacidade de armazenamento hídrico e o seu rompimento atingiu parte dos territórios dos Municípios de Alagoa Nova, Areia e trechos da zona urbana das Cidades de Alagoa Grande e Mulungu, todas no Estado da Paraíba.

Os estudos realizados no local revelaram que o rompimento da barragem foi motivado pela perda de suporte do maciço rochoso, devido à existência de uma falha geológica na rocha, na área da sua ombreira esquerda (parte da encosta que se escorou a barragem).

No caso dos autos, a controvérsia consiste em se esclarecer, à luz das provas técnicas colhidas, se a obra em questão foi edificada com observância das normas técnicas, das causas do acidente, bem como analisar se a adoção das medidas de esvaziamento gradativo do reservatório após o primeiro enchimento seriam eficazes para evitar a catástrofe.

O Juízo *a quo* reconheceu a culpa exclusiva do Estado da Paraíba pelo sinistro. Entretanto, o Ministério Público Federal e a União, ora recorrentes, pretendem responsabilizar também as empresas construtoras, alegando que o rompimento da barragem ocorreu devido a problemas na própria execução da obra, visto que as construtoras tinham conhecimento da existência da falha geológica que havia sido detectada durante o projeto.

Para que se possa perquirir as possíveis causas da ruptura estrutural da Barragem de Camará, visando estabelecer a responsabilidade pelo acidente, é necessário se recorrer aos diversos estudos técnicos colhidos durante a instrução processual.

A princípio, cabe analisar se o rompimento da barragem ocorreu por deficiência na elaboração do projeto ou se na sua execução, e se tais faltas podem ser imputadas aos construtores.

A matéria em discussão é eminentemente técnica, de forma que as questões devem ser dirimidas com esteio nas conclusões firmadas nos diversos laudos periciais que instruem os autos, notadamente no detalhado laudo elaborado pelo perito judicial Akira Ussami (fls. 4.559/4.583).

Segundo o *Parquet*, o rompimento da barragem decorreu de falhas no projeto e execução da obra, bem como a ausência de manutenção do reservatório por parte do Estado da Paraíba.

As provas constantes dos autos seriam suficientes para firmar convencimento acerca da falta de monitoramento do primeiro enchimento da barragem. Sendo assim, o ponto controvertido a ser esclarecido pela perícia judicial foi clarificar se a falha geológica que ocasionou o rompimento da Barragem de Camará era imprevista e imprevisível, ou se estudos complementares poderiam levar à sua correta interpretação, para que se pudesse adotar as medidas adequadas para o tratamento da falha ou para garantir a eficácia do tratamento realizado na ombreira esquerda da barragem.

A falha geológica que concorreu para o rompimento da Barragem de Camará foi constatada em 1997, quando a Associação Técnico-Científica Ernesto Luiz de Oliveira Júnior - ATECEL, entidade responsável pela elaboração do estudo geotecnológico no local, reconheceu a possibilidade de realização da obra com a técnica de Concreto Compactado com Rolo (CCR), ressaltando que, pelas condições geoestruturais encontradas na área, haveria necessidade de prévia regularização, com a remoção dos blocos soltos de materiais para se obter a estabilidade das ombreiras da represa.

Para corrigir a falha geológica detectada pela ATECEL no maciço rochoso localizado na área da ombreira esquerda da barragem, foi contratado o engenheiro geólogo Alexandre Sagnori que, após estudos realizados no local, recomendou as medidas adequadas para solucionar o problema. Em março de 2001 a construtora Holanda Engenharia Ltda. apresentou o Relatório Técnico BAR 010/RO, no qual o referido profissional propôs as soluções para corrigir o problema geológico.

Ao argumentar que a regularização do local da obra não foi feita a contento pelas construtoras, o *Parquet* Federal afirmou que a simples remoção da camada rochosa não se mostrou suficiente para corrigir a falha geológica e oferecer a necessária consistência à obra, o que foi determinante para o rompimento da barragem.

Contudo, para se esclarecer se as medidas adotadas pelas construtoras foram realizadas de acordo com as técnicas de engenharia previstas para os casos da espécie, é necessário recorrer aos diversos estudos técnicos colacionados aos autos.

Óbvio seria afirmar que os pareceres técnicos produzidos unilateralmente pelas partes não se prestariam a embasar a convicção do juízo. Todavia, dada a complexidade da questão, é cabível alinhar todos os pareceres técnicos para, em contraponto com as conclusões do perito judicial, firmar o convencimento que deve nortear o deslinde da causa.

O parecer técnico de fls. 2.216/2.258 (vol. 8 dos autos), elaborado a pedido do Ministério Público Federal, pelo Prof. Dr. Milton Assis Kanji, Consultor em Geologia, Geotecnologia e Mecânica de Rochas, enfatizou as causas do acidente, nos seguintes termos:

O histórico da barragem apresenta uma sucessão de julgamentos inadequados, que superpostos uns aos outros causaram a ruptura da barragem. Não se pode imputar o lamentável evento da ruptura a uma só causa.

8.1 Não houve qualquer tipo de seguimento e observação sistemática do comportamento da barragem durante o enchimento da represa, exceto por algumas visitas de inspeção esporádicas, a despeito das solicitações da projetista para que fosse realizado monitoramento das vazões dos drenos de alívio, verificação por corantes da comunicação com o reservatório de infiltrações por trincas na galeria da barragem, verificação do carreamento de solo pelos drenos e ocorrência de artesianismo por vários dos drenos de alívio, dentre outras observações.

8.2 Entendemos que a monitoração e a observação do comportamento da barragem é de responsabilidade direta da proprietária ou da parte a quem seja delegada essa função, delegação essa que não houve. Trata-se de atividade corrente em engenharia e manutenção de barragens.

8.3 Não houve atitudes e decisões da proprietária ou de seus delegados sobre providências para investigação das causas e condições das observações de ocorrências, nem quanto às recomendações para o rebaixamento do nível d'água da represa.



8.4 Caso, em maio de 2004, tivesse sido tomada a decisão de rebaixamento da represa, o que ocorreria em cerca de 1 mês, a ruptura não teria ocorrido. Ainda que a decisão tivesse sido tomada em início de junho, o rebaixamento teria sido suficiente para determinar as causas das anomalias observadas, caso em que certamente as deficiências teriam sido identificadas e sanadas, salvando a barragem.

8.5 A laje da rocha remanescente na ombreira esquerda a jusante da barragem, apresenta-se sem fraturas em larga extensão, fato incomum em tal rocha metamórfica com vários eventos tectônicos. Esse fato, aparentemente favorável geologicamente, contribuiu para a ruptura da barragem.

8.6 É também aspecto incomum o solo de preenchimento da falha apresentar-se com tal teor de mica biotita, atraindo baixa resistência ao cisalhamento. Essa resistência teria sido ainda mais diminuída por pequenos deslocamentos (imperceptíveis a olho nu e na escala da obra) devidos ao alívio de tensões pelas escavações, aproximando-se ou atingindo valores de resistência residual.

(...)

8.9 A ruptura se deu pela fundação e não pelo corpo da barragem. A presença da galeria inclinada junto à base da barragem na ombreira esquerda, representando uma zona de fraqueza, propiciou que parte do concreto fosse junto ao bloco de rocha expulso. O arco de rocha que restou sobre a zona rompida permaneceu por 11 dias nessa situação, vindo então a romper.

Ao explicar as razões que impossibilitaram a identificação da extensão da falha geológica durante a elaboração do projeto geotécnico, o Prof. Dr. Milton Assis Kanji se pronunciou nos seguintes termos:

8.13 Houve julgamento inadequado da interpretação geológica da extensão da falha. Pelas investigações por furos de roto-percussão se concluiu que o “bolsão” de solo se estendia apenas cerca de 3m para o interior do maciço. O julgamento inadequado pode ser explicado no aspecto que agora se conhece, pela exposição ampla da superfície de

ruptura, de que a mesma apresenta ondulações (“amêndoas”), fazendo com que o preenchimento apresente grande variação na sua espessura, inclusive com espessura não detectável por algumas das perfurações feitas. Isso levou a crer que haviam removido todo o solo de preenchimento e que a fratura não se estendia mais para o interior do maciço. Foram realizados tratamentos consistindo de remoção do solo, substituição por concreto, injeções de contacto com caldas de cimento, e construção de muro de gravidade.

Da análise do parecer técnico supratranscrito emergem duas questões: primeiro, a ineficácia das medidas adotadas para o tratamento da falha geológica existente no maciço rochoso na área da ombreira esquerda da barragem, e o problema existente no maciço rochoso não foi detectado em virtude de se localizar em camadas mais profundas da rocha, fato que foi revelado após a “exposição ampla da superfície de ruptura”. Segundo, acaso tivessem sido adotadas a tempo as medidas recomendadas quanto ao rebaixamento da represa, o rompimento do reservatório teria sido evitado.

O Ministério Público Federal também buscou outros especialistas para esclarecer as causas do acidente em discussão. O Relatório de Diagnóstico do Sinistro da Barragem de Camará (fls. 2.261/2.339), elaborado pelo engenheiro Carlos Manoel Nieble, enunciou os problemas verificados na obra e elencou as causas do sinistro:

(...)

A barragem de Camará rompeu, na ombreira esquerda, devido a:

. não ter sido observada e monitorada após a construção, conforme recomendado pelos diversos organismos internacionais e pelo Manual de Segurança e Inspeção de Barragem do Ministério de Integração Nacional. A barragem emitiu, após a construção, vários sinais das deficiências de sua fundação que, devido à inexistência dessa monitoração e observação sistemática, não puderam ser interpretados corretamente e, assim, tomadas as medidas necessárias para sanear ou minimizar o problema.

. ter sido apoiada em maciço rochoso que, após a ruptura, se mostrou de qualidade questionável, evidenciando uma interpretação geológica deficiente das condições de sua fundação. O modelo geológico-geomecânico é bastante complexo, conforme interpretado à luz do conhecimento atual, e difere bastante daquele assumido na época do projeto e construção.

Em consequência, os tratamentos recomendados e aplicação na fundação (injeção, drenagem e outros) não foram adequados para as reais condições geológicas do maciço, nas zonas onde compareciam os solos residuais nas camadas/lentes de materiais alterados.

Como parte das investigações preliminares realizadas pelo Ministério Público, também foi constituída uma equipe por engenheiros especialistas, com o fim de fazer uma análise mais acurada da elaboração e execução do projeto. O relatório final, assinado pelos engenheiros Normando Perazzo Barbosa, Ângelo Vieira Mendonça, Augusto Guimarães Santos e Belarmino Barbosa Lira (fls. 2.120/2.214), concluiu que a barragem não foi construída conforme os bons princípios da engenharia e, aliado a isso, o “desprezo a ela dedicado após a construção vai de encontro aos princípios básicos daquela ciência”.

No intuito de demonstrar que as técnicas utilizadas na obra estavam de acordo com as especificações do projeto, as construtoras integrantes do consórcio responsável pela obra da Barragem de Camará trouxeram aos autos vasto relatório elaborado por comissão de especialistas, com o detalhamento das medidas adotadas na correção da aludida falha geológica (fls. 2.597/3.024). É oportuno transcrever as conclusões trazidas nesse estudo técnico:

A Barragem de Camará se situa em área de geologia complexa e relativamente controversa. O nível de exposição do substrato conforme hoje se apresenta demonstra esta complexidade; é importante ressaltar que tal nível de exposição não existia durante as investigações de projeto e as decisões de obra.

Os dados disponíveis, incluindo relatórios e fotografias, indicam que a barragem foi assente em maciço compatível com os requisitos e especificações de projeto, tratados

segundo rotinas estabelecidas, e complementadas durante as obras visando adequá-lo às condições geológicas e respectivas peculiaridades típicas de cada obra.

A ruptura da fundação da barragem de Camará se deu em função da desarticulação e erosão hidráulica do maciço rochoso ao longo da ombreira esquerda, decorrente dos efeitos do longo período de chuvas associados ao fluxo sob a barragem. Iniciou-se a jusante do barramento, evoluindo retrogressiva e rapidamente para a região sob a barragem.

Inspeções à barragem durante o 1º semestre de 2004 detectaram sinais do comportamento adverso e relacionado com a ocorrência de erosão hidráulica; o agravamento do acidente está relacionado à falta de ações remediadoras e mitigadoras em tempo hábil.

Não houve ruptura do maciço de concreto no dia 17 de junho de 2004. Somente 11 dias depois, em 28 de junho, ocorreu o desabamento do arco de concreto formado quando do deslizamento do maciço rochoso, decorrente da falta de apoio e da conseqüente instalação de esforços que não são previstos para este tipo de estrutura.

Os dados e relatórios existentes permitem considerar que o controle tecnológico, as especificações, os equipamentos e os processos construtivos estão em conformidade com as boas técnicas da engenharia. A resistência do maciço de concreto é compatível com o projeto, caso contrário o desabamento do arco remanescente ocorreria instantaneamente ou em questão de horas após a ruptura do maciço rochoso.

Os ensaios de laboratório realizados em testemunhos extraídos do corpo da barragem, atestam sua compatibilidade com aqueles obtidos no controle tecnológico da obra, estando de acordo com as especificações de projeto.

Não houve equipe de operação e monitoramento, devidamente treinada e experiente para o acompanhamento do primeiro enchimento e da vida útil da Barragem de Camará.

As anomalias detectadas a partir de fevereiro de 2004 indicavam à proprietária a necessidade de conduzir investigações e intervenções abrangentes.

A simulação cronológica de diversos cenários mostrou que seria possível obter rebaixamentos significativos da carga hidrostática do reservatório em tempo hábil. Com a adoção destes procedimentos, em um primeiro momento seria evitado o acidente e, naturalmente, suas consequências; caso adotados em momentos posteriores levariam à redução considerável do risco e de seus efeitos.

O acompanhamento e o monitoramento cuidadoso de barragens possibilitam a tomada de medidas que podem evitar ou minimizar os riscos de acidentes. Na Barragem de Camará, o pronto atendimento às recomendações da projetista, emitidas em julho/2002 e ratificadas em março de 2004, permitiriam à proprietária identificar a gravidade das anomalias durante o primeiro enchimento e orientar as ações necessárias.

Pelo que se observa, as medidas adotadas para correção da falha geológica levaram em conta o que foi detectado nos estudos geológicos realizados à época da elaboração do projeto da barragem. A falha que concorreu para o seu rompimento se manifestou fora do alcance do limite de sondagem rotativa feita pela ATECEL, ou seja, a falha estava abaixo do perfil de alcance da sondagem feita à época pela responsável pelo projeto geotécnico, o que impossibilitou a sua detecção durante a execução da obra.

Por ocasião do VII Simpósio de Recursos Hídricos do Nordeste, realizado no período de 30.11.2004 a 03.12.2004, os engenheiros civis Francisco J. Sarmiento e Pedro A. Molinas, mestres em recursos hídricos, apresentaram trabalho técnico-científico no qual abordaram as causas do acidente da Barragem de Camará (fls. 1.823/1.834), traçando um histórico desde a entrega da obra, com a evolução do enchimento do reservatório, até o dia da catástrofe. Por oportuno, transcrevo em parte esse estudo:

No presente artigo, com base na cronologia documental, englobando o período desde a constatação do problema na ombreira esquerda da barragem Camará em Alagoa Nova - PB, através da galeria de inspeção e drenagem em 10/02/2004 até o desastre ocorrido em 17/06/2004, fica demonstrado tecnicamente que uma simples manobra de desmonte da válvula dispersora e a utilização da tubulação de descarga da própria barragem para esgotar a mes-

ma, poderia ter reduzido o nível de armazenamento evitando, certamente, além da perda de vidas humanas e grandes prejuízos econômicos em Alagoa Grande e Mulungu, a preservação da própria ombreira e, conseqüentemente, da barragem, permitindo assim um estudo, em condições não emergenciais, para orientar correções ou reforços na zona geológica vulnerável, detectável durante o monitoramento do enchimento da barragem.

(...)

O comportamento atípico das chuvas a partir de janeiro de 2004 em todo o nordeste brasileiro fez com que o nível de armazenamento da barragem se elevasse mês a mês, chegando a alcançar volume de aproximadamente 67% do volume máximo acumulável na data da ruptura do conjunto estrutural rochoso formador da ombreira esquerda, na noite de 17 de junho de 2004, liberando grande parte dos cerca de 18,5 milhões de m<sup>3</sup> armazenados, fazendo 6 vítimas fatais e provocando imensos prejuízos nas zonas rural e urbana dos municípios de Alagoa Grande (PB) e Mulungu (PB), com sedes principais localizadas na margem do rio Riachão afluente do rio Mamanguape, na região do brejo paraibano.

(...)

Conforme mostram os dados oficiais, a partir de janeiro de 2004, em virtude das fortes precipitações registradas em toda a região, que chegaram a superar em 400% os valores médios para o mês de janeiro e em 200% da média correspondente ao mês de fevereiro, o reservatório de Camará iniciou o processo de acumulação, alcançando pouco mais de 2,5 milhões de m<sup>3</sup> no final de janeiro de 2004 e chegando ao dia do colapso com pouco mais de 18,5 milhões m<sup>3</sup> no dia 17/06/2004.

(...)

A perda da estabilidade da ombreira esquerda não se deu, entretanto, sem mostrar seus sinais ao longo dos meses de enchimento, pois comprovadamente tais acidentes não ocorrem abruptamente e esta é uma das razões da pertinência de se dispor de uma galeria de inspeção interna ao maciço da barragem, dispositivo seguro à presença de técnicos e trabalhadores no seu interior.

Em outras palavras, a constatável ocorrência de problemas na fundação e/ou interfaces de barragens como

Camará, evidenciam-se lentamente através do comportamento dos drenos, indicando a necessidade de providências corretivas que, se detectadas convencionalmente através de uma rotina sistemática de manutenção e monitoramento, da galeria de inspeção e drenagem, poderão redundar em providências adequadas (necessidades de mais injeções, reforço de fundação etc).

No caso de Camará, a partir das fortes chuvas iniciadas em janeiro de 2004, com a elevação do nível de armazenamento da barragem, a galeria de inspeção passou a evidenciar o comportamento anômalo do sistema barragem/fundação: fluxo excessivo d'água através dos drenos, inclusive artesianismo, e carreamento de material sólido, fatos registrados nas fotografias 4 e 5.

(...)

De um modo geral, pode-se assegurar que a maior frequência de problemas surgem nas barragens durante o enchimento dos reservatórios associados, em particular durante o primeiro enchimento.

Por outro lado, a postergação ou a não adoção de providências cuja percepção de necessidade é evidenciada pelo monitoramento das barragens responde, na maioria dos casos, pela evolução de situações relativamente comuns de serem solucionadas, para situações mais graves e, no seu limite, incontornáveis, porém isentas de ceifar vidas humanas, desde que, pelo menos o alerta da Defesa Civil seja dado. No caso específico da barragem de Camará, o deplecionamento do reservatório parametrizado no tempo pela tomada de decisão da abertura de comporta, válvula dispersora ou desmonte desta última é analisado a seguir, enfatizando que o mesmo seria, segundo os autores, a principal ação preventiva a ser adotada num caso de funcionamento anômalo do sistema de drenagem e alívio de subpressão.

(...)

Mesmo que houvesse sido adotada a decisão tardia da abertura da comporta em 01/06/2004, na data da ruptura (17/06/2004), a barragem estaria com pouco mais de 12 milhões de metros cúbicos, ou seja, um armazenamento próximo ao que havia em abril, quase 60 dias antes da ruptura e aparentemente com carga hidráulica inferior à crítica de ruptura.

Ao firmar seu parecer sobre as causas da ruptura da Barragem de Camará, os especialistas em recursos hídricos Francisco J. Sarmento e Pedro A. Molinas assim se manifestaram:

#### CONCLUSÕES

No presente artigo, com base na cronologia documental, englobando o período desde a constatação do problema na ombreira esquerda da barragem Camará em Alagoa Nova - PB, através da galeria de inspeção e drenagem em 10/02/2004 até o desastre ocorrido em 17/06/2004, fica demonstrado tecnicamente que **uma simples manobra de desmonte da válvula dispersora e a utilização da tubulação de descarga da própria barragem para esgotar a mesma, poderia ter reduzido o nível de armazenamento evitando, certamente, além da perda de vidas humanas e grandes prejuízos econômicos em Alagoa Grande e Mulungu, a preservação da própria ombreira e, conseqüentemente, da barragem, permitindo assim um estudo, em condições não emergenciais, para orientar correções ou reforços na zona geológica vulnerável, detectável durante o monitoramento do enchimento da barragem.** (Grifei)

Os laudos técnicos emitidos pelos especialistas Milton Assis Kanji e Carlos Manoel Nieble (a pedido do Ministério Público Federal), assim como os demais anteriormente mencionados, são uníssonos em apontar a existência de um problema estrutural detectado na barragem, sendo enfáticos também em descrever que havia solução para o problema, caso tivessem sido adotadas as medidas de deplecionamento gradativo do reservatório, cujas providências estavam a cargo da Secretaria de Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e Minerais do Estado da Paraíba - SEMARH.

Em suas defesas as empresas construtoras asseveraram que a falha geológica que concorreu para o rompimento da barragem era imprevista e imprevisível. Diante disso, para esclarecer tal questão, o Juízo de primeiro grau determinou a realização de perícia por especialista, visando dirimir essas questões eminentemente técnicas e elucidar se a realização de estudos complementares poderia ter levado à detecção das falhas e evitado o sinistro da barragem.



O engenheiro civil Akira Ussami, nomeado perito judicial, apresentou o laudo de fls. 4.559/4.583, respondendo minuciosamente à quesitação formulada pelo juízo e pelas partes.

Para uma melhor análise das conclusões desse *expert*, é necessário transcrever alguns quesitos e respectivas respostas, para depois serem analisadas suas conclusões quanto às causas do acidente e se a catástrofe poderia ter sido evitada acaso as construtoras tivessem atuado de forma diferente durante a execução da obra.

Em resposta aos quesitos apresentados pelas construtoras, o perito assim se pronunciou:

PERGUNTA 01: A feição (falha) geológica considerada no acidente da barragem é a relatada no relatório técnico mensal da obra, datado de dezembro de 2000 bem como no Diário de Obras de 18 de janeiro de 2001 (página 349 do 1º volume do processo), ou é o bolsão de rocha decomposta na região da bacia de dissipação, de que trata o Diário de Obra de 2 de outubro de 2001 (página 312 do 1º volume do processo)?

Resposta:

Sim, a feição geológica considerada no acidente da barragem é a relatada no relatório técnico mensal da obra, datado de dezembro de 2000 e em cota abaixo da cota da sondagem da ATECEL bem como no Diário de Obras de 18 de janeiro de 2001 (folhas 349 do 1º volume do processo), conforme transcrito:

As escavações da fundação da galeria deverão continuar. Após definição de projeto pela Holanda Consultoria, e aprovado pela COGERH. Com o surgimento da camada de rocha decomposta, em cota abaixo do perfil de sondagem executado pela ATECEL, solicito.

Esta feição geológica da ombreira esquerda, não tem nenhuma relação com o bolsão de rocha decomposta encontrado na bacia de dissipação, de que trata o Diário de Obras de 02 de outubro de 2001 (página 312 do 1º volume do processo), conforme transcrito:

Nesta data foi detectada na região da bacia de dissipação, próximo à ombreira esquerda, um trecho onde a rocha estava fraturada. Após a remoção deste material

fraturado verificou-se a ocorrência de um bolsão de rocha decomposta. O material decomposto será totalmente removido até encontrar rocha sã.

Posteriormente o “bolsão” será preenchido com concreto de regularização.

Este bolsão nada tem com o comportamento da ombreira esquerda, situava-se no fundo do vale e somente foi feita uma referência a sua proximidade com a ombreira esquerda para fins de localização. Ou seja, situava-se no fundo do vale, não no centro ou à direita, mas à esquerda. Este foi limpo e concretado conforme Relatório Técnico de Obra do mês de outubro de 2001.

De acordo com os estudos realizados e apresentados nos autos, a feição geológica na ombreira esquerda é a correlacionada com o acidente e não atinge a estrutura da laje da bacia de dissipação, onde estava situado este bolsão citado acima.

PERGUNTA 03: A existência desta feição geológica (designada por alguns como “falha”) na ombreira esquerda e em cota abaixo da cota da sondagem rotativa da ATECEL era prevista (antecipada) nos estudos apresentados?

Resposta:

Não havia como se antecipar à existência da feição geológica (designada por alguns como “falha”) na ombreira esquerda **a partir dos estudos geológicos geotécnicos realizados por ocasião do projeto da ATECEL.** (Grifei)

Somente durante a construção, depois da remoção do solo superficial, escavações em matérias de 2ª e 3ª categoria e da remoção dos blocos soltos, é que foi detectada a referida feição.

PERGUNTA 04: Após as escavações efetuadas, pelas empresas, na ombreira esquerda, em cota abaixo da cota da sondagem rotativa da ATECEL, foi identificada a presença de rocha decomposta, conforme descrito no Diário de Obra do Dia 18 de janeiro de 2001 (página 349 do 1º volume do processo). O comportamento da ombreira, após o tratamento efetuado, era previsível?

Resposta:

Não. Após o tratamento efetuado na ombreira não havia previsão de que pudesse ocorrer o mecanismo do acidente,

sendo que interpreta-se que este não tem origem na região específica da fundação da barragem, e que possivelmente poderia ter sido evitado caso ações tivessem sido tomadas pela operação do reservatório.

**Tendo sido tomadas todas as providências indicadas pelo geólogo Alexandre Sagnori, não havia como prever o comportamento da ombreira que levou ao acidente.** Cabe ressaltar que na ocasião o geólogo Alexandre Sagnori, além de ter acesso visual a toda superfície da rocha da fundação, acompanhou a execução de quatro furos com perfuratriz (*rock drill*) na região do tratamento para orientação de suas recomendações, sendo posteriormente executados mais três furos de rotativa (conforme Relatório BARC 010-R0 elaborado pela Holanda Engenharia sobre as ponderações técnicas da visita do geólogo Alexandre Sagnori - folhas 832 a 845 do 3º volume do processo) (mesmo relatório presente no Relatório Técnico da Obra do mês de março de 2001);

Também em sua segunda visita à obra em 19 de setembro de 2001 foi determinado um furo com 60º de inclinação com a horizontal sobre a zona de preenchimento próximo ao contato onde foi executado um ensaio de injeção de calda de cimento para simular o comportamento da injeção do material alterado. Determinou também a injeção de 8 furos de consolidação, denominados F1 a F8 procurando aumentar a resistência e a estanqueidade da zona de preenchimento próximo ao paramento (conforme Relatório Geológico Geotécnico Segunda Visita presente no Relatório Técnico da Obra de Novembro de 2001 e de Outubro de 2001 – fotos dos furos F1 a F8).

Conclui-se, portanto, a favor das boas condições de suporte do local. Consequentemente **o comportamento verificado alguns anos depois foi considerado imprevisto e, perante os dados coligidos, imprevisível.** (Grifei)

PERGUNTA 16: O projeto da ATECEL, por seus elementos técnicos apresentados, previu a existência da feição geológica encontrada na ombreira esquerda, em cota abaixo da cota de sondagem rotativa?

Resposta:

Não, em nenhum dos elementos componentes do projeto da ATECEL (folhas 4089 a 4273 do volume 17º do Processo)

que foram examinados existe indicação da feição geológica encontrada na ombreira esquerda.

**PERGUNTA 17:** O andamento da obra, com a escavação para limpeza da fundação e assentamento da barragem na ombreira esquerda da Barragem de Camará, restringiu-se ao recomendado no projeto da ATECEL, ou foi além, mais específicas e profundas do que o previsto em projeto, se cercado de cuidados especiais conforme a boa prática da engenharia?

Resposta:

Os dados disponibilizados e tratados permitem colocar que as escavações da limpeza da fundação foram realizadas além dos limites previstos no projeto da ATECEL, resultando inclusive no acréscimo da extensão da barragem de 59,990m (passou de 236,00m para 295,99m). Conforme folhas 4086 a 4327 do 17° e 18° volumes do processo, Projeto ATECEL 02/09 e Projeto As Built BC-HOL-E-001, respectivamente.

A comprovação de que esta escavação se deu em cota abaixo do limite da sondagem rotativa da ATECEL pode ser feita através do cotejamento entre o perfil da sondagem furo nº 03 na estaca 4, com o Projeto As Built acima.

O acompanhamento das escavações teria levado os profissionais que a acompanhavam a definir seu aprofundamento até o material considerado aceitável. (conforme Projeto *As Built* Projeto de escavação – planta e perfil longitudinal, Documentos do Projeto Executivo, Apenso IV do Processo).

**PERGUNTA 18:** Qual é a feição geológica apresentada na ombreira esquerda da barragem? Tal feição, diante das técnicas de investigação utilizadas e existentes à época, era passível de detecção em sua integralidade?

Resposta:

A feição geológica encontrada seria uma zona de cisalhamento dúctil-rúptil afetada pelo alívio erosivo do *canyon* e pela ação de agentes intempéricos. Funcionou como junta de alívio que virgou paralelamente à xistosidade e concentrou bandas orientadas de mica que, quando decompostas, intempericamente fragilizaram muito o maciço. Apresentou-se preenchida por solo num trecho junto ao talvegue, porém, a escavação e remoção do solo de alteração visível e as investigações por roto-percussão efetuadas levaram o geólogo a con-

siderar que a feição com solo seria, no mínimo, intermitente, a uma distância suficiente para garantir a estabilidade do maciço.

As técnicas de investigação utilizadas nesses casos, em meio à plena dinâmica de execução das obras, geralmente são expeditas, de rápida execução para não interferir com a dinâmica da obra, e dependem da perspicácia dos profissionais envolvidos em efetuar prognósticos.

**PERGUNTA 22:** Qual era a função do geólogo Alexandre Sagnori na construção da barragem? Foram por ele adotadas técnicas de protocolos convencionais para barragens em questão nas pesquisas realizadas para investigar a descontinuidade da feição geológica (maciço rochoso) que se apresentou na ombreira esquerda? A adoção de tais técnicas de investigação permitiria propor soluções para a mitigação do problema que veio a ocorrer? Esta solução foi adequadamente executada?

**Resposta:**

A função desempenhada pelo geólogo Alexandre Sagnori na construção da barragem foi de consultor, conforme relatório BAR 01-R0 Março 01 da Holanda Engenharia sobre ponderações técnicas elaboradas pelo próprio engenheiro geotécnico Alexandre Sagnori; seu objetivo seria de analisar a zona de preenchimento com solo residual na ombreira esquerda, avaliar os riscos e propor sugestões para o tratamento (folhas 832 a 845 do 3º volume do processo e mesmo relatório presente no Relatório Técnico de Obra do mês de março de 2001).

Segundo o Relatório da Segunda Visita (conforme Relatório Geológico Geotécnico Segunda Visita presente no Relatório Técnico da Obra, de novembro de 2001) o próprio Alexandre Sagnori descreve:

Este relatório inclui ainda o período posterior à visita, até o final de outubro, durante o qual foram executadas injeções complementares e ensaios de perda d'água, tanto no eixo como na zona de preenchimento da ombreira esquerda.

Estão abordados aqui os seguintes assuntos:

- . Resultados parciais e finais das injeções da fundação;
- . Material instável próximo ao paramento de montante

na ombreira esquerda;

- . Segunda avaliação e sugestões para o tratamento da zona de preenchimento da ombreira esquerda.

Segundo o Termo de Depoimento prestado junto ao Ministério Público Federal (folhas 805 a 811 do 3º volume do processo) o geólogo Alexandre Sagnori afirma que “foi convidado para fazer uma avaliação do problema da descontinuidade do maciço rochoso e, em seguida, apontar sugestões para a sua correção; que exerceu, para assim dizer, trabalhos de consultoria”.

Em resumo a função desempenhada pelo geólogo Alexandre Sagnori foi como consultor responsável por fazer uma análise, avaliar os riscos e propor sugestões para o tratamento.

Sim. Foram adotadas pelo geólogo técnicas de protocolos convencionais para barragens em questão. Os serviços por ele executados ao fazer um levantamento geológico da superfície, examinar as investigações já disponíveis e acompanhar a realização de novos furos são os procedimentos usuais, adotados correntemente pelos profissionais da sua área, em sintonia com a boa prática brasileira.

Sim. As técnicas de investigação são as usualmente utilizadas e permitiriam propor soluções para a mitigação do problema.

As técnicas de investigação empregadas incluíram quatro furos de investigação por roto-percussão, acompanhadas durante a perfuração por um geólogo, de três furos complementares de sondagem rotativa, ensaios de perda d’água e injeções experimentais juntamente com o mapeamento de toda a superfície da rocha de fundação exposta pela escavação de trincheira, que, conjuntamente com a análise das investigações realizadas por ocasião do projeto da ATECEL, orientaram as medidas de correção do problema detectado.

O geólogo, no seu depoimento ao Ministério Público Federal (folha 805 a 811 do 3º volume do processo), afirma:

que o depoente entendeu suficiente/adequadas essas cinco medidas indicadas para tratar de forma eficaz aquela descontinuidade e, portanto, dar seguimento à execução da obra; que o depoente entendeu, de acordo

com os dados disponíveis, que as três sondagens adicionais foram suficientes para basear as sugestões técnicas apresentadas em março de 2000; que além dessas três sondagens, nenhuma outra, ou estudo complementar, foi feito a respeito para basear as sugestões técnicas apresentadas.

Sim. As ações sugeridas para solução teriam sido adequadamente executadas, conforme Relatório Técnico de Obra de abril de 2001 (furos de sondagens rotativas sendo executadas); Relatório de maio de 2001 (execução do muro de contenção); Relatório de setembro/2001 (limpeza da feição geológica da ombreira esquerda); Relatório de outubro/2001 (Furos adicionais para injeções F1 a F8, concretagem da falha, tubos para injeção da feição geológica).

PERGUNTA 23: É verdade que, segundo o perito do Ministério Público Federal, Milton Assis Kanji, o julgamento inadequado pode ser explicado, após exposição ampla da superfície de ruptura ondulada, permitindo constatar tardiamente que o preenchimento de solo apresentava-se intermitente, anastomosado e localmente ausente, com espessuras locais não detectáveis por sondagem ou pela perfuração executada?

Resposta:

Em todos os relatórios examinados é consenso dos profissionais envolvidos a caracterização da geologia do local como complexa.

Considerando este aspecto, está correta a análise do Professor Kanji. A inspeção *a posteriori* deve ser diferenciada do julgamento feito em obra, sem o conhecimento do comportamento adverso ocorrido.

PERGUNTA 26: Por ocasião da elaboração do projeto e no decorrer da execução da obra, houve algum indício da necessidade de estudos complementares, além dos já efetuados e disponíveis que nortearam os trabalhos? Os estudos realizados foram além daqueles previstos no projeto básico da ATE-CEL?

Resposta:

O modelo geológico assumido no projeto básico foi baseado na premissa de uma geologia relativamente simples, não tendo induzido a necessidade de maiores investigações além das que foram programadas e executadas.

Com a identificação da feição geológica, durante a escavação da ombreira esquerda, foram executados quatro furos com perfuratriz (*rock drill*), indicados e acompanhados pelo geólogo Alexandre Sagnori, posteriormente mais três furos de sondagem rotativa, ensaio de injeção de cimento e ensaio de perda d'água, que foram considerados suficientes para orientar as medidas de correção do problema detectado. Estes estudos complementaram aqueles constantes no projeto básico da ATECEL. (Folhas 4089 a 4273 do 17º volume do processo)

**PERGUNTA 28:** Os serviços de injeção de caldas de cimento realizados na Barragem de Camará atenderam aos padrões vigentes de boa prática da construção de barragens?

**Resposta:**

De acordo com o Projeto *As Built* e as informações dos relatórios técnicos da obra, os serviços de injeção foram executados conforme o previsto no projeto, que estava de acordo com os padrões vigentes da boa prática da construção de barragens da época.

Os furos para injeções foram programados no desenho do projeto executivo BC-HOL-E-009 “Sistema de Drenagem, injeções de consolidação e juntas de impermeabilização” com profundidade mínima de 10,00m na região das ombreiras, chegando a 28,00m na região do vertedouro no leito do rio.

Na ombreira direita, ainda que os ensaios de perda d'água tenham indicado resultados mais favoráveis, a malha de furos foi dimensionada mantendo-se o critério da ombreira esquerda.

No caso da porção central do vale, apesar da conclusão do relatório da ATECEL ser tão favorável para adoção de procedimentos mais simplificados foi mantido o critério de profundidade, superior a 10,00m. Neste trecho, quando da realização das injeções, ao contrário das expectativas, ocorreram absorções mais elevadas a ponto de justificar a intensificação da malha de injeção de calda de cimento. O espaçamento do furo primário foi estabelecido no projeto BC-HOL-E-009 (Apenso IV do processo) como sendo de 3,50m, se situando dentro dos critérios usuais para este tipo de serviço.



PERGUNTA 31: Durante a fase de projeto ou no decorrer da obra, tendo em conta a prática corrente de engenharia de barragens, poderiam ter sido identificadas as condições do maciço de fundação e previsto o desenvolvimento dos possíveis processos que levaram à ruptura da barragem?

Resposta:

Conforme exposto ao longo das respostas às outras perguntas, **a boa prática da engenharia de barragens brasileiras prevaleceu durante todo o projeto e andamento da obra. A particular feição geológica da obra foi identificada e tratada durante as escavações de obra.**

Levando-se em conta a boa prática corrente, **a melhor fase para identificação e mitigação dos processos que levaram à ruptura da fundação da barragem seria durante o seu primeiro enchimento, com um criterioso acompanhamento e monitoramento**, conforme previsto no Manual de Segurança e Inspeção de Barragens, da Secretaria de Infra Estrutura Hídrica do Ministério da Integração Nacional e também das conclusões dos Relatórios dos peritos do Ministério Público Federal. (Grifei)

PERGUNTA 32: Há registro que o bolsão de rocha decomposta na região da bacia de dissipação, a que se refere a anotação do Diário de Obra do dia 2 de outubro (folha 312 do 1º volume do processo), foi retirado e preenchido com concreto de regularização?

Resposta:

Sim. No Relatório Técnico da Obra referente ao mês de outubro de 2001, constam duas fotos com as legendas:

“Escavações do bloco de rocha decomposta a jusante”  
e “Concretagem do Bolsão de rocha de jusante”.

Estes serviços estão coerentes com a recomendação contida na anotação do Diário de Obra do dia 2 de outubro, de que este fosse totalmente removido até encontrar rocha sã e depois preenchido com concreto de regularização.

Como já mencionado em perguntas acima, **este bolsão não tem relação com a feição geológica (zona de cisalhamento dúctil/rúptil) da ombreira esquerda.** (Grifei)

PERGUNTA 37: Nas causas do acidente da barragem de Camará, apresentadas nos três trabalhos anexos ao processo,

consta afirmação, ou mesmo comentário que a barragem foi assentada em blocos praticamente soltos e que este foi fato determinante para o colapso da barragem?

Resposta:

Não, nas causas do acidente da Barragem de Camará, apresentadas nos três trabalhos anexos ao processo, cujos profissionais detêm conhecimento específico da disciplina de geologia/geotecnia, **não constam afirmação, ou mesmo comentário que a barragem foi assentada em blocos praticamente soltos e que este foi fato determinante para o colapso da barragem.** (Grifei)

Trabalho 01 - Parecer Técnico sobre as Causas da Ruptura da Barragem de Camará”, nas folhas 2.216 a 2.258 do 8º volume do Processo, de autoria do Perito do Ministério Público Federal Milton Assis Kanji;

Trabalho 02 - Relatório de Diagnóstico do Sinistro da Barragem de Camará CAM 141104, de autoria do Perito do Ministério Público Federal Eng. Carlos Manuel Nieble, nas folhas 2.259 a 2.339 do 8º volume do Processo;

Trabalho 03 - Relatório de Investigação e Diagnóstico das causas que levaram à ruptura da fundação da barragem de Camará (Apenso Volume I de IV do processo) de autoria dos profissionais Professor Doutor Georg Robert Sadowski e Luiz Guilherme Francisco Soares de Mello – item II. 2 Modelo Geológico.

Ao se debruçar sobre os quesitos formulados pelo Estado da Paraíba, o perito judicial apresentou, dentre outros, vários esclarecimentos sobre a viabilidade de se construir, no local escolhido, uma obra de barragem do tipo Concreto Compactado a Rolo (CCR). Descreveu também as medidas que foram adotadas para sanar o defeito geológico verificado no maciço rochoso da área da ombreira esquerda da Barragem de Camará.

É cabível transcrever os quesitos mais relevantes e pertinentes formulados pelo ente estadual e as respectivas respostas:

QUESITO Nº 02:

Segundo os estudos da ATECEL - Associação Técnico-Científica Ernesto Luiz de Oliveira Júnior, instituição autora do Projeto Básico, o local onde foi implantada a Barragem de

Camará se presta à construção de uma barragem de concreto compactado a rolo?

Resposta:

O local onde foi implantado a Barragem de Camará se presta à construção de uma barragem de concreto compactado a rolo desde que fosse retirado completamente os materiais impróprios para aquela fundação.

QUESITO Nº 04:

No diário de obra do dia 18 de janeiro de 2001 está registrado o aparecimento de uma falha geológica em cota abaixo do nível de sondagem executada pela ATECEL. Que medidas foram tomadas pela equipe técnica de obra (as consultorias e a projetista responsável pelo conteúdo tecnológico da obra) acionada pelo fiscal do Estado, Engº Antônio Soares?

Resposta:

Foi contratado o Geólogo Alexandre Sagnori para, como consultor, fazer uma avaliação do problema da afeição do maciço rochoso e apontar sugestões para seu tratamento e correção. O mesmo compareceu à obra onde realizou um levantamento geológico de superfície, examinou as investigações já disponíveis nos documentos de projeto da ATECEL, acompanhou a execução de quatro furos com perfuratriz (*rock drill*) e solicitou a execução de mais três furos de rotativa. O exame da rocha exposta pelas escavações adicionado a esta quantidade de furos foram considerados suficientes para obtenção do conhecimento necessário às recomendações de tratamento do problema detectado, conforme informou o mesmo em seu depoimento.

Também em sua segunda visita à obra em 19 de setembro de 2001 foi determinado um furo com 60º de inclinação com a horizontal sobre a zona de preenchimento próximo ao contato onde foram executados ensaios de injeção de calda de cimento para simular o comportamento de injeção do material alterado. Determinou também a injeção de 8 furos de consolidação, denominados F1 a F8 procurando aumentar a estanqueidade da zona de preenchimento próximo ao paramento (conforme Relatório Geológico Geotécnico Segunda Visita presente no Relatório Técnico da Obra de Novembro de 2001 e de Outubro de 2001 – fotos dos furos F1 a F8).

#### QUESITO Nº 05

Que outro profissional, além daqueles que estavam diretamente na obra, foi chamado para analisar a falha geológica e oferecer solução técnica demandada pela fiscalização do Estado? Que investigação foi promovida por este profissional? As providências adotadas pelo profissional podem ser enquadradas como “boa prática” da engenharia, para a obra e a situação encontrada?

Resposta:

Foi contratado o Geólogo Alexandre Sagnori para, como consultor, fazer uma avaliação do problema da feição exposta no maciço rochoso, avaliar os riscos e apontar sugestões para sua correção.

As investigações promovidas por este profissional e as providências adotadas foram apresentadas na resposta ao Quesito nº 04 do Governo do Estado da Paraíba.

**Sim, as providências adotadas pelo profissional podem ser enquadradas como “‘boa prática’ da engenharia”.** (Grifei)

#### QUESITO Nº 06

Segundo o Relatório BARC 010 – R0 elaborado pela Holanda Engenharia sobre as ponderações técnicas da visita do geólogo Alexandre Sagnori (folhas 832 a 845, 3º volume) qual a solução apresentada para tratar a falha geológica encontrada na obreira esquerda?

Resposta:

As medidas recomendadas pelo Geólogo Alexandre Sagnori para tratamento da feição geológica detectada na ombreira esquerda durante a obra foram:

A. Limpeza e proteção da superfície da OE com ênfase para os planos de xistosidade perpendiculares ao eixo da barragem com preenchimento de +/- 30 cm. Sugere-se concreto varrido ou similar.

B. Proteção da zona de preenchimento da OE para posterior execução do plano de injeções adensado e com controle específicos. Sugere-se muro de concreto ou concreto projetado.

C. Retirada do material de preenchimento e sua substituição

por concreto. Sugere-se a retirada de seções de 3 de comprimento por desmonte hidráulico e preenchimento com concreto projetado em trechos sucessivos ou alternados.

D. Ênfase em todo plano de injeções e drenagem ao longo do eixo da barragem, com adensamento da malha na zona de preenchimento. Complementação com linha perpendicular à primária, ao longo do preenchimento no sentido de jusante, com controle rigoroso e teste de permeabilidade. Sugere-se diferentes traços de calda.

E. Proteção à montante da barragem na intersecção da zona de preenchimento com apoio do maciço em CCR. Sugere-se solo ou concreto projetado. (Relatório BAR 010 R0 às folhas 832 a 845 do 3º volume do processo)

Em seu depoimento o Geólogo Alexandre Sagnori confirma que estas medidas foram executadas. (depoimento às folhas 805 a 811 do 3º volume do processo).

#### QUESITO Nº 07

O Sr. Perito concorda com a afirmação contida no trabalho do perito do Ministério Público Federal, Milton Assis Kanji, no item 8.13 do seu resumo executivo, segundo o qual houve julgamento inadequado da equipe da obra (das construtoras e de seus consultores, contratados para dar solução ao problema), mas que, somente é possível constatar tal inadequabilidade após a exposição ampla da superfície de ruptura?

Resposta:

Sim. O Prof. Kanji posiciona o que é amplamente sabido na prática profissional: **após a ocorrência de algum comportamento adverso parece fácil tê-lo identificado anteriormente, o que não o é, com os dados disponíveis no momento em que as decisões têm que ser tomadas. O conhecimento da ocorrência de comportamento adverso leva a interpretações já focadas e dirigidas para o próprio evento.**

**Porém, cabe posicionar que este julgamento inadequado não levaria ao acidente. Todos os trabalhos técnicos apresentados no processo comprovaram que havia possibilidade real do proprietário deplecionar o reservatório, investigar as causas do processo que se apresentou desde fevereiro de 2004 (correspondência da**

**CRE Engenharia com comentários do projetista Francisco Holanda sobre fotos realizadas em fevereiro e março de 2004, às folhas 1393 a 1412 do 5º volume do processo), e promover a sua correção. (Grifei)**

Esta afirmação é também compartilhada pelo próprio perito do Ministério Público Federal Milton Assis Kanji, onde afirma em suas conclusões (páginas 2216 a 2258 do 8º volume do processo):

**PARECER TÉCNICO SOBRE AS CAUSAS DA RUPTURA DA BARRAGEM CAMARÁ: RESUMO EXECUTIVO**

**8.1** Não houve qualquer tipo de segmento e observação sistemática do comportamento da barragem durante o enchimento da represa, exceto por algumas visitas de inspeção esporádicas, a despeito das solicitações da Projetista para que fosse realizado monitoramento das vazões dos drenos de alívio, verificação por corantes da comunicação com o reservatório de infiltração por trincas na galeria da barragem, verificação do carreamento de solo pelos drenos e ocorrência de artesianismo por vários dos drenos de alívio, entre outras observações.

**8.2 Entendemos que as monitorações e a observação do comportamento da barragem é de responsabilidade direta da proprietária ou de parte a quem seja delegada essa função, delegação essa que não houve. Trata-se de atividade corrente em engenharia e manutenção de barragens.**

**8.3** Não houve atitudes e decisões da proprietária ou de seus delegados sobre providências para investigação das causas e condições das observações de ocorrências, nem quanto às recomendações para o rebaixamento do nível d'água da represa.

**8.4** Caso em maio de 2004 tivesse sido tomada a decisão de rebaixamento da represa, o que ocorreria em cerca de 1 mês, a ruptura não teria ocorrido. Ainda que a decisão tivesse sido tomada em início de junho, o rebaixamento teria sido suficiente para evitar a ruptura. Haveria então oportunidade para investigações detalhadas para determinar as causas das anomalias observadas, caso em que certamente as deficiências teriam sido identificadas e sanadas, salvando a barragem. (Grifei)

## QUESITO N° 08

O Sr. Perito concorda com a afirmação contida no trabalho do Ministério Público Federal através do seu perito, Carlos Manoel Nieble, segundo o qual o modelo geológico-geomecânico do local é bastante complexo, e que tal complexidade somente revela-se à luz do conhecimento atual (pós-ruptura)?

Resposta:

**Sim, a interpretação das informações coletadas pós-ruptura permite concluir pela complexidade da geologia local, estando correta opinião do perito do Ministério Público Federal, Carlos Nieble, que afirma em seu relatório: (Grifei)**

O modelo geológico-geomecânico é bastante complexo, conforme interpretado à luz do conhecimento atual, e difere bastante daquele assumido na época do projeto e construção.

Este perito do Ministério Público Federal, Carlos Manoel Nieble, também afirma que a causa do acidente foi provocada pelo fato do enchimento inicial não ter sido observado e monitorado pelo proprietário, conforme resumo das conclusões do Relatório deste perito, às folhas 2259 a 2339 do 8° volume do processo).

BARRAGEM DE CAMARÁ  
RELATÓRIO DE DIAGNÓSTICO DO SINISTRO DA BARRAGEM DE CAMARÁ  
CAM141104

Resumo das Conclusões

A barragem de Camará rompeu, na ombreira esquerda, devido a:

. ter sido apoiado em maciço rochoso que se mostrou de má qualidade, após a ruptura, evidenciando uma interpretação geológica deficiente das condições de sua fundação. O modelo geológico-geomecânico é bastante complexo, conforme interpretado à luz do conhecimento atual, e difere bastante daquele assumido na época do projeto e construção. Em consequência, os tratamentos aplicados na fundação (injeção, drenagem e outros) não foram adequados para as reais condições

geológicas do maciço.

. não ter sido observada e monitorada após a construção, conforme recomendado pelos diversos organismos internacionais e pelo Manual de Segurança e Inspeção de Barragem do Ministério de Integração Nacional. A barragem emitiu, após a construção, vários sinais das deficiências de sua fundação que, devido à inexistência dessa monitoração e observação sistemática, não puderam ser interpretados corretamente e, assim, tomadas as medidas necessárias para sanear ou minimizar o problema.

Em seu detalhado laudo pericial, o *expert* nomeado pelo juízo de primeiro grau também respondeu à quesitação formulada pela magistrada de primeiro grau, esclarecendo questões sobre a “fratura da rocha” e o “bolsão de rocha decomposta” detectados no local da ombreira esquerda, e até que ponto esses problemas concorreram para o sinistro da Barragem de Camará. Eis as respostas do perito:

QUESTÃO 01 - A fratura e o “bolsão” de rocha decomposta detectados na ombreira esquerda, em cota abaixo do perfil de sondagem executado pela ATECEL, já não indicavam que os estudos realizados por esta não eram suficientes para garantir a segurança da barragem, havendo necessidade de completá-los, ao menos na área que não fora abrangida naquele estudo prévio? Justificar.

Resposta:

Inicialmente é preciso esclarecer que “a fratura e o bolsão” de rocha decomposta conforme descrito nos textos constantes do processo são elementos distintos e independentes, citados no processo como tendo sido detectados em locais e em momentos diferentes no decorrer da construção.

A fratura que deve ser referida como zona de cisalhamento rúptil/dúctil e apresentou-se parcialmente decomposta na face rochosa exposta pela escavação da ombreira esquerda. O descobrimento desta feição geológica referida no Diário de Obra do dia 18 de janeiro de 2001, abaixo do nível investigado no decorrer do projeto pela ATECEL levou à contratação do geólogo Alexandre Sagnori para, como consultor, fazer uma avaliação do problema da descontinuidade do maciço rochoso e apontar sugestões para sua correção. (Diário de Obras,



18 de janeiro de 2001 – página 349 do 1º volume do processo).

Por outro lado, “bolsão” de rocha decomposta citado no processo foi localizado na região da bacia de dissipação, conforme a anotação do diário de obra do dia 2 de outubro (folha 312 do 1º volume do processo), ou seja, no fundo do vale. Este bolsão que situava-se no fundo do vale e somente foi feita uma referência a sua proximidade com a ombreira esquerda para fins de localização. Ou seja, situava-se no fundo do vale, não no centro ou à direita, mas à esquerda. (Diário de Obras de 02 de outubro de 2001 - página 312 do 1º volume do processo).

Ainda, conforme este registro, o bolsão de rocha decomposta na região da bacia de dissipação, foi retirado e preenchido com concreto de regularização, conforme recomendado nas especificações e indicado no Desenho BC-HOL-E-003 do projeto. Esta é uma prática comum na engenharia de barragens, nada tendo de extraordinário. O encontro de situações como esta e as providências tomadas são rotineiras, e pode-se notar no desenho citado acima, esquemas mostrando a solução a ser adotada. Finalmente, **cabe ressaltar que o “bolsão”, devidamente tratado, não contribuiu com o acidente e está até hoje sob a laje da bacia de dissipação, que por sua vez nada sofreu com a ruptura da barragem.** (Relatório Técnico da Obra do Mês de Outubro de 2001)

Agora, voltando à referida “fratura” que tecnicamente é referida como uma zona de cisalhamento dúctil/rúptil. O encontro desta feição geológica caracterizou uma situação excepcional e como tal foi tratada, levando, como já foi dito, à contratação do geólogo Alexandre Sagnori para, como consultor, fazer uma avaliação do problema e apontar sugestões para sua correção.

O mesmo compareceu à obra onde realizou um levantamento geológico de superfície, examinou as investigações já disponíveis, acompanhou a execução de quatro furos com perfuratriz (*rock drill*) e solicitou a execução de mais três furos de rotativa. O exame da rocha exposta pelas escavações mais esta quantidade de furos em uma área relativamente pequena, complementaram as investigações realizadas por ocasião do projeto e foram suficientes para obtenção

do conhecimento necessário às recomendações de tratamento do problema detectado, conforme informou em seu depoimento. (Depoimento página 805 a 811 do 3º volume do processo)

Como conclusão, concordamos que **a presença de uma zona de cisalhamento dúctil/rúptil, na face rochosa exposta pela escavação da ombreira esquerda, não tem correlação com o bolsão de rocha decomposta mencionado no Diário de Obras, e que tal condição encontrada na obra em outubro de 2001, aparentemente não tem também correlação com o acidente ocorrido.** (Grifei)

QUESTÃO 02 - O geólogo Alexandre Sagnori afirmou não ter sido informado sobre as ocorrências mencionadas na parte inicial do inciso anterior. Essa omissão por parte das construtoras foi relevante ou irrelevante? Em tendo sido relevante, contribui de algum modo para o sinistro? Justificar.

Resposta:

De fato, o geólogo Alexandre Sagnori afirmou não ter sido informado sobre a ocorrência do bolsão de rocha decomposta na região da bacia de dissipação, que foi retirado e preenchido com concreto de regularização. No entanto, cabe reafirmar o constante na resposta do quesito anterior. O encontro de situações como esta e as providências tomadas são rotineiras, não havendo na época nada que justificasse a comunicação do fato e não se caracteriza uma omissão. De todo modo, a não comunicação foi irrelevante, uma vez que o **“bolsão”, devidamente tratado, parece não ter contribuído com o acidente e está até hoje sob a laje da bacia de dissipação, que por sua vez não sofreu com a ruptura da barragem.** (Grifei)

Conforme se pode verificar através do Projeto *As Built* BC-HOL-E-003 – Limpeza e tratamento de fundação (constante do Apenso IV do Processo), especificamente onde trata de “TRATAMENTO DE FUNDAÇÃO MUITO IRREGULAR EM ROCHA” que já era previsto o tratamento de “Buracos e depressões com profundidade de 15 cm ou mais são preenchidos com concreto dental”.

O fato foi anotado no Diário de Obras de 2 de outubro de 2001 (página 312 do 1º volume do processo): “Nesta data foi

detectado na região da bacia de dissipação, próximo à ombreira esquerda, um trecho onde a rocha estava fraturada. Após a remoção deste material fraturado, verificou-se a ocorrência de um 'bolsão' de rocha decomposta. O material decomposto será totalmente removido até encontrar rocha sã. Posteriormente o 'bolsão' será preenchido com concreto de regularização”.

A execução deste procedimento está documentado no Relatório Técnico da Obra de Outubro de 2001. No entanto, a falta de previsão da feição geológica da ombreira esquerda, no projeto da ATECEL, por estar abaixo da cota investigada nos relatórios de sondagem, torna-se irrelevante a partir do momento que, após as escavações, tal feição foi visualizada, registrada no Diário de Obras, estudada, propostas soluções e estas executadas. A escavação se deu até as cotas abaixo da perfurada pela sondagem rotativa (conforme anotação no Diário de Obra do dia 18 de janeiro de 2001 – folha 349 do volume 01 do processo e projeto “As Built” Projeto de escavação – planta e perfil longitudinal, Documentos do Projeto Executivo, Apenso IV do Processo); adicionalmente as sondagens rotativas FURO 03, FURO 04 e FURO 05 do projeto da ATECEL demonstravam rocha sã na sua porção final.

Em face do pronunciamento da Juíza Federal da 3ª Vara do Estado da Paraíba, Dra. Cristina Maria Costa Garcez, é de suma importância no contexto do processo de Camará conceituar as diferenças contidas na definição do significado das palavras “imprevisível” e “imprevisto”.

É o que importa relatar. Decido. [...] Paira dúvida, porém, se a falha geológica era imprevista e imprevisível, como sustentam as empresas réis, ou se estudos complementares poderiam levar à sua correta interpretação e/ou à adoção de medidas adequadas para tratamento da falha e/ou à certeza da eficácia dos tratamentos realizados na ombreira esquerda. ...[...]. (Grifos nossos)

A juíza em sua última decisão coloca esta questão como crucial para emissão de seu pronunciamento e decisão final. Acreditamos que se faz necessária a análise cronológica a partir do momento zero (elaboração do Projeto Básico / Projeto Executivo ATECEL), até os estudos elaborados pelas várias comissões (pós acidente).

Na fase do Projeto Básico e do desenvolvimento inicial do Projeto Executivo, as informações disponíveis através dos estudos realizados eram suficientes e não havia naquele cenário nenhum indicativo que merecesse maior aprofundamento dos estudos, e a ocorrência de qualquer problema era imprevisível.

Durante a execução da obra foi encontrada na Ombreira Esquerda, numa cota inferior ao limite da sondagem mais próxima, uma camada de rocha decomposta, demonstrando, deste modo, que até então todos os estudos realizados indicavam um modelo geológico cuja interpretação era difícil, a respaldar sua característica como imprevisível.

A questão foi discutida. O projetista juntamente com o geólogo contratado, apresentaram soluções.

[...] a) Limpeza e proteção da OE com ênfase para os planos de xistosidade perpendiculares ao eixo da barragem com preenchimento de +- 30 cm. Sugere-se concreto varrido ou similar; b) Proteção da zona de preenchimento da OE para posterior execução do plano de injeções adensado e com controle específico; c) Retirada do material de preenchimento e substituição por concreto. Sugere-se a retirada de seções de 3 m de comprimento por desmonte hidráulico e preenchimento com concreto projetado em trechos sucessivos ou alternados; d) Ênfase em todo plano de injeções e drenagem ao longo do eixo da barragem, com adensamento da malha da zona de preenchimento. Complementação com linha perpendicular à primária, ao longo do preenchimento no sentido jusante, com controle rigoroso e testes de permeabilidade. Sugere-se diferentes traços de calda; e) Proteção à montante da barragem na interseção da zona de preenchimento com apoio no maciço em CCR. Sugere-se solo ou concreto projetado [...].

**Concluída aquela fase da obra, onde tudo o que foi proposto foi implementado, o cenário era de imprevisibilidade de que algum evento pudesse ocorrer a partir do que foi detectado e devidamente tratado.**

**Claramente, a situação até então existente era afeita ao imprevisível, pois o modelo geológico encontrado no decorrer da obra que demandava correções só**

foi devidamente verificado após o início das escavações, devidamente tratado pela técnica recomendada para esta situação, e, ainda assim, não demonstrava que outros problemas poderiam surgir.

Vale sublinhar que apesar da constatação ter ocorrido em cota inferior ao limite da sondagem, a partir daí a questão da localização perde relevância porque qualquer que seja a avaliação, o que ficou evidente é o modelo complexo do terreno que até então se mostrava rígido. Neste sentido, até então não era possível a detecção da possível ocorrência de outros problemas.

Até a ocorrência das anomalias de comportamento da fundação pós entrega da barragem, não havia situação de previsibilidade de outra feição geológica problemática e seu possível comportamento, de modo que não há que se falar que esta nova situação geológica seria imprevista, já que todos os cuidados necessários para a verificação geológica e tratamento do que fora encontrado parecem devidamente tomados e executados pelos construtores.

A obra foi concluída e entregue em 2002. Em 2004, a projetista, a partir de constatações verificadas em relatórios de fevereiro e março daquele mesmo ano, notificou o proprietário sobre o abandono da obra, sobre a falta de monitoramento do enchimento da barragem e o comportamento anormal de determinados drenos e da detecção das águas turvas oriundas dos referidos drenos e da deposição de materiais no fundo da galeria.

Desde então, fica caracterizada a **necessidade da intervenção do proprietário que deveria promover as verificações necessárias para identificar e mitigar as ações e soluções do problema, até então desconhecido, imprevisível.**

Assim, a situação do imprevisto começa a se caracterizar a partir deste alerta e aí, sim, o proprietário não insere na sua avaliação o risco de um acidente potencial e nem sequer promoveu o esvaziamento do reservatório, que seria em qualquer situação, a única alternativa que evitaria a ruptura das fundações da barragem e suas danosas consequências, conforme o MM. Juízo Federal já deixou consignado na r. decisão saneadora.

Vale dizer, até a ocorrência dos problemas verificados após a entrega da barragem, **o modelo geológico e seu comportamento eram imprevisíveis, pois não apareceram nas sondagens no local que fora localizado, e em escavações em profundidade inferior à cota de tais sondagens, de sorte que o que foi possível ser detectado teve as correções necessárias devidamente realizadas, sendo que não havia, até então, nenhum indicativo da necessidade de outras investigações, justamente pelo complicado modelo geológico ali presente, imprevisível.**

**A partir do momento em que os problemas com a barragem se mostraram existentes, a situação “de imprevisível” tornou-se “de imprevista”, pois o proprietário da obra, sabendo de anomalias existentes na fundação e possivelmente de novos problemas no modelo geológico até então imprevisível, na opinião dos peritos houve negligência dos proprietários da obra em verificar o problema que se mostrou possivelmente detectável.**

Após o acidente, agora já com as fundações expostas, é que os técnicos consultores em geologia e geotecnia que atuaram pelo Ministério Público e pelas construtoras, puderam avaliar a complexibilidade da geologia local e constataram a partir daquela exposição que houvera uma interpretação equivocada do modelo geológico adotado, não foi o mais apropriado para aquela situação especial.

**Vejamos que estas avaliações foram possíveis a partir do acidente com a exposição total da superfície, o que equivale a uma “autópsia”, situação que antes, durante a fase construtiva da obra, não era possível de ser avaliada em sua extensão. (Grifei)**

Uma vez expostas as convicções firmadas pelos diversos especialistas que se debruçaram a estudar as causas da ruptura da Barragem de Camará, cabe analisar se é devida a condenação do proprietário da obra, bem como se é cabível imputar a responsabilidade solidária aos construtores, na forma pretendida pelo Ministério Público Federal. Os trabalhos periciais foram direcionados buscando sempre esclarecer se a chamada “falha geológica”, sendo imprevista e imprevisível do ponto de vista geológico, foi determinante para o rompimento da barragem.

Merece ser ressaltado que os projetos de construção de barragens são precedidos de acurada prospecção geotécnica, visando a análise das condições do solo e das rochas localizadas na área onde o maciço da represa será edificado. Tais estudos prévios são elaborados para se aferir a viabilidade de implantação da obra no local escolhido pelo seu proprietário, e levam em conta a extensão, profundidade e espessura das camadas do subsolo e a análise da qualificação do solo onde a obra será edificada, para se conhecer a fundo a superfície da crosta terrestre onde vai ser assentada a barragem.

Além disso, o estudo geotécnico visa investigar outras condições geológicas, que abrangem a obtenção das propriedades físicas, mecânicas e hidráulicas dos maciços rochosos e dos respectivos parâmetros de resistência, deformabilidade, permeabilidade etc. Isso é o mínimo que se espera de um projeto para implantação de uma obra da envergadura de uma represa com a capacidade da Barragem de Camará.

O perito judicial destacou que, até a ocorrência dos problemas verificados após a entrega da barragem, “o modelo geológico e seu comportamento eram imprevisíveis”, tendo em vista que não puderam ser detectados nas sondagens realizadas na área da ombreira esquerda da barragem, assim como “em escavações em profundidade inferior à cota de tais sondagens”. O *expert* pontuou também que foram adotadas as medidas cabíveis para sanar os problemas detectados quando da execução da obra, asseverando que “o que foi possível ser detectado teve as correções necessárias devidamente realizadas”, com a utilização dos recursos técnicos existentes para o tratamento de problemas da espécie.

Logo, de acordo com as conclusões da perícia, deduz-se que as medidas adotadas para correção da falha geológica levaram em conta o que foi detectado nos estudos geológicos realizados à época da elaboração do projeto da barragem pela ATECEL.

A perícia mostrou que a falha que concorreu para o rompimento da barragem se manifestou fora do alcance do limite de sondagem rotativa feita pela ATECEL, ou seja, a falha estava abaixo do perfil de alcance da sondagem da responsável pelo projeto geotécnico, o que impossibilitou a sua detecção.

A obra de construção da barragem, entregue em dezembro de 2002, não pôde ser aferida de início em virtude do baixo índice de precipitação pluviométrica verificado ao longo do ano de 2003. Por essa razão, o reservatório não recebeu maior volume d'água e somente a partir de janeiro de 2004, com a chegada da estação das chuvas, é que o reservatório passou a receber maior volume hídrico e ser efetivamente avaliado.

Pelo que consta dos autos, a empresa Holanda Engenharia Ltda., ora apelada, realizou vistorias técnicas na obra da Barragem antes do seu primeiro enchimento, para correção de ajustes na área da galeria de inspeção e recomendando que fossem feitas medições do quadro de vazões dos drenos, especialmente no futuro, após o início do período chuvoso e quando houvesse o incremento do volume no reservatório, visando "permitir estudos comparativos de comportamento" (fls. 253/258).

Consta também dos autos (fls. 1.417/1.435) que a empresa CRE Engenharia Ltda. realizou visitas de inspeção em fevereiro e março de 2004, acompanhada de equipe da Coordenação de Gestão de Recursos Hídricos - COGERH, vinculada à SEMARH. Nessa época o volume da represa estava em cerca de 36% (trinta e seis por cento) da sua capacidade, quando foram detectadas algumas irregularidades na funcionalidade dos drenos, cuja manutenção estava a cargo do proprietário da obra.

Os expedientes de fls. 451, 453/467 e 1.531/1.532 mostram que também houve troca de expedientes entre os gestores da COGERH e das construtoras CRE Engenharia e Holanda Engenharia Ltda., nos quais foram noticiados defeitos técnicos na obra e quais as medidas necessárias visando a sua correção.

Como parte das medidas adotadas para corrigir os problemas detectados durante o primeiro enchimento da barragem, o geólogo Alexandre Sagnori, responsável pelos estudos geotécnicos para a construção da represa, foi convocado para fazer inspeção e emitir parecer conclusivo sobre as medidas a serem adotadas (fl. 1.627).

No dia 07.06.2004, o referido geólogo compareceu ao local da barragem e, a partir da avaliação do quadro encontrado, recomendou ao engenheiro Antônio Soares da Silva, responsável pela CO-



GERH, que fosse providenciado o rebaixamento do nível d'água da barragem, para que fosse reduzida a pressão de água do reservatório, tendo em vista “as surgências que haviam sido detectadas na Barragem de Camará”. Essas providências incluíam a abertura/desmonte da válvula dispersora, para aumentar a vazão d'água do reservatório. É o que se depreende das afirmações feitas pelo referido geólogo e constantes do Termo de Audiência de fls. 805/811, quando esse profissional foi ouvido perante o Ministério Público Federal.

Ao se pronunciar sobre as recomendações feitas pelo engenheiro geólogo Alexandre Sagnori quanto à necessidade de baixar o nível do reservatório, o engenheiro civil Antônio Soares da Silva ratificou que fora orientado a adotar medidas visando o esvaziamento do reservatório, para viabilizar o tratamento dos problemas detectados na fundação da barragem. Conforme consta do termo de Depoimento de fls. 440/448, o então Coordenador da COGERH respondeu que “a barragem estava apenas com 64% (sessenta e quatro por cento) da sua capacidade, o inverno estava no fim e que para perder a água preferia perdê-la utilizando-a”. Nesse mesmo depoimento, o Coordenador da COGERH confirmou que “a responsabilidade pela manutenção das barragens paraibanas é da SEMARH”.

Não bastassem todas essas razões alinhadas pela perícia, a decisão de seguir os procedimentos técnicos recomendados pelo geólogo Alexandre Sagnori partiu da fiscalização da SEMARH, contratante da obra, por força da cláusula VII, letra c, do instrumento contratual, a qual estabelece:

Cláusula VII - A FISCALIZAÇÃO terá poderes para supervisionar a execução dos serviços e especialmente para:

(...)

c) Decidir, por parte da CONTRATANTE, todas as questões que se levantarem no campo durante o andamento das obras;

(...)

Logo, inexistem dúvidas em relação a quem cabia a iniciativa na tomada de decisões quanto aos procedimentos a serem adotados para solucionar as eventuais falhas detectadas durante a fase de implantação da obra da Barragem de Camará.

Merece ser destacado ainda que, por força do convênio firmado com o Ministério da Integração Nacional, para o repasse da maior parte dos recursos destinados à construção da Barragem de Camará, o Estado da Paraíba se responsabilizou perante a União pela boa execução da obra e fiscalização do objeto do contrato.

A esse respeito, o art. 112 da Lei nº 8.666/93 é cristalino ao estabelecer a responsabilidade de fiscalização da escorreta aplicação dos recursos:

Art. 112. Quando o objeto do contrato interessar a mais de uma entidade pública, caberá ao órgão contratante, perante a entidade interessada, responder por sua boa execução, fiscalização e pagamento.

Cumprido ressaltar que a Lei Federal nº 9.433/97, ao instituir a Política Nacional de Recursos Hídricos, estabeleceu, em seu art. 30, que compete aos Poderes Executivos Estaduais e do Distrito Federal, na sua esfera de competência, “realizar o controle técnico das obras de oferta hídrica”. Sendo assim, no caso dos autos não cabe qualquer ingerência da Agência Nacional de Águas - ANA, cuja atuação está reservada aos cursos fluviais que são de domínio federal.

Considerando que a Barragem de Camará foi construída em um afluente de uma bacia hidrográfica estadual, no caso, a bacia do Rio Mamanguape, incumbe ao Governo do Estado da Paraíba, por meio de sua Secretaria Estadual de Recursos Hídricos, a responsabilidade pela operação e manutenção do reservatório da mencionada barragem.

A perícia reconheceu que o problema geológico detectado na área da ombreira esquerda da Barragem de Camará era complexo e, sendo assim, não era passível de ser detectado com facilidade, como pretende fazer ver o autor da ação.

É certo que o laudo do *expert* nomeado pelo juízo e adotado para embasar a sentença tem caráter meramente opinativo e não vincula o julgador. Entretanto, por se tratar de auxiliar do juízo, as manifestações do perito oficial se revestem de presunção de veracidade que são passíveis de serem afastadas somente diante de

prova robusta a indicar a sua inexatidão, do que não se cuidou nos autos.

Ademais, no caso presente, os apelantes se limitaram a requerer a prevalência das conclusões firmadas no laudo do especialista por eles contratado, sem apresentar prova capaz de infirmar o laudo oficial, razão por que devem as conclusões do perito judicial ser acolhidas na formação do convencimento do magistrado, até porque mais elucidativas para fins de resolução da lide.

A partir dos esclarecimentos postos no laudo oficial, emerge que as medidas adotadas como corretivas do problema geológico foram efetivadas pelas empresas construtoras, conforme as recomendações dos especialistas que atuaram na avaliação da extensão do problema. Da mesma forma, é indiscutível que, a par do defeito geológico que ocasionou o sinistro, este poderia ter sido seguramente evitado acaso tivessem sido adotadas as medidas emergenciais recomendadas pelos especialistas, cujas providências estariam a cargo das autoridades competentes do Estado da Paraíba.

A prova pericial revelou que o acidente da Barragem de Camará não pode ser atribuída à conduta dos construtores consistente em falha na execução da obra. A rigor, a análise do conjunto probatório leva ao convencimento de que o acidente foi causado principalmente pela omissão injustificada do proprietário da obra, a partir do momento em que não adotou as medidas cabíveis, quando ela apresentou sinais de vícios que exigiam a pronta diligência das autoridades competentes para sanar o problema e evitar a ocorrência de maiores danos à coletividade.

A esse respeito, a magistrada de primeiro grau assim se pronunciou com propriedade:

(...) Efetivamente, a prova pericial, digna de louvor, demonstra à saciedade, o fato de que a ruptura da Barragem de Camará foi ocasionada pela omissão injustificada do proprietário da obra, que não adotou as medidas emergenciais necessárias, quando ela apresentou as anomalias, não possuindo nenhuma relação com o assentamento da barragem em blocos soltos e com falta de tratamento adequados e suficientes, nem com a não implementação de

tudo o que foi proposto pelo Geólogo consultor para tratamento da ombreira esquerda ou da não observação das boas técnicas de engenharia, como queria fazer crer o MPF (...)

Pelas conclusões firmadas pelo perito oficial, é de se reconhecer que, diferentemente do que defendeu o autor da ação, não se pode cogitar da existência de relação entre o rompimento da Barragem de Camará e o suposto assentamento da obra em blocos soltos da rocha. Também não se sustenta a afirmação de que se verificou a falta de tratamento adequado e suficiente para corrigir o problema, nem com a não implementação de tudo o que foi proposto pelo consultor técnico da obra para o tratamento da ombreira esquerda, ou da não observação das boas técnicas de engenharia.

#### IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DAS CONSTRUTORAS

Ao fixar os pontos controvertidos, em relação à responsabilidade das construtoras, o juízo monocrático estabeleceu a necessidade de se esclarecer se houve negligência em relação à constatação dos problemas envolvendo as falhas detectadas na ombreira esquerda da barragem.

Segundo os apelantes, os pareceres técnicos constantes dos autos demonstram que houve julgamento inadequado da extensão do problema geológico detectado na estrutura do maciço rochoso em que se apoiou a construção da Barragem de Camará.

Pelas razões a seguir expostas, não merece acolhida a alegação de que o sinistro decorreu de deficiência na execução da obra, ou pelo fato de não se ter dado um tratamento técnico adequado para solucionar o problema.

De acordo com a avaliação feita pelo perito judicial, à luz da análise do local e de toda a documentação relativa à construção da Barragem de Camará, outra não pode ser a conclusão, a não ser a de que as construtoras atuaram em conformidade com as técnicas previstas e de acordo com o projeto do empreendimento.

O perito judicial concluiu que o problema era imprevisto e imprevisível, o que ficou evidenciado somente depois que ocorreu o

sinistro com a Barragem de Camará. Além disso, ao se pronunciar sobre a adequada execução das medidas tendentes à solução dos problemas detectados, o perito judicial pontuou que o modelo complexo do comportamento do subsolo apenas poderia ser detectado após o acidente, com a consequente exposição da zona de cisalhamento motivada pelo sinistro. Logo, não se pode imputar às construtoras ora demandadas eventual responsabilidade por vício na construção, como pretende o *Parquet*.

É oportuno transcrever parte do laudo pericial que abordou essa questão:

Foram adotadas pelo geólogo técnicas de protocolo convencionais para barragens em questão. Os serviços por ele executados ao fazer um levantamento geológico da superfície, examinar as investigações já disponíveis e acompanhar a realização de novos furos são os procedimentos usuais adotados pelos profissionais da sua área, em sintonia com a boa prática brasileira.

Além da perícia oficial, no parecer apresentado pelos especialistas contratados pelo MPF, ficou assente que houve omissão do Estado da Paraíba quanto à adequada manutenção da barragem. A análise dos autos mostra que o Estado da Paraíba tinha conhecimento da necessidade de adotar medidas urgentes visando a solução do problema existente no maciço rochoso em que se assentou a construção da barragem. Para tanto, deveria ter acatado as recomendações de deplecionamento do reservatório hídrico, para que fossem feitas as devidas correções, visando evitar o seu rompimento.

A instrução processual demonstrou que o rebaixamento do nível d'água da represa constituía importante e indispensável medida visando a solução do problema, e disto não cuidou o Estado da Paraíba. Esse ente público sabia da necessidade de se promover tais medidas preventivas, tendo sido devidamente instado a adotar as medidas recomendadas e não o fez, o que demonstra que os problemas decorreram principalmente do estado de abandono do reservatório.

Pelo que consta do laudo oficial, inexistia possibilidade de se avaliar o problema com a maior amplitude, para adotar a medida

corretiva adequada pelo proprietário da obra, a não ser acatando as recomendações de fazer o rebaixamento do nível do reservatório, para permitir que fossem sanados os problemas que estavam causando inundação das galerias de inspeção da barragem.

Não há como negar que o problema da infiltração que foi observado nas galerias do maciço da barragem somente era possível de ser constatado após a entrega da obra e depois que esta fosse efetivamente submetida à prova. Isso porque seria necessário que o reservatório atingisse certo nível de armazenamento hídrico, para que permitisse avaliar a existência de possíveis defeitos perfeitamente sanáveis.

Conforme será delineado a seguir, a desídia do proprietário da obra concorreu decisivamente para o sinistro da represa, razão pela qual corroboro com o entendimento da magistrada de primeiro grau, quando afirmou que não é possível “atribuir a responsabilidade às construtoras conjuntamente com o proprietário, eis que o abandono da obra pelo Estado da Paraíba possuiu aptidão para, por si só, causar a ruína desta”.

As construtoras demandadas fizeram várias visitas de inspeção na barragem, tendo sido recomendado o deplecionamento gradativo do reservatório para solucionar o problema de inundação da galeria de drenagem da barragem, visto que ficou constatada a obstrução dos respectivos drenos de esgotamento.

Ante a constatação dos aludidos problemas, as empresas construtoras requereram que fossem adotadas medidas para contornar a inundação da galeria de drenagem da barragem, visto que a inspeção demonstrou que os drenos de esgotamento estavam obstruídos, agravando o problema e comprometendo a operacionalização das comportas e do sistema de válvulas da barragem. Como parte das medidas necessárias para a conservação da barragem, foi ainda recomendado o monitoramento do primeiro enchimento da barragem, medida que se fazia necessária em construções da espécie.

Além das recomendações feitas pelas construtoras, o proprietário da obra também detinha um compêndio de orientações sobre a manutenção da barragem. Como parte das medidas de manutenção dos reservatórios hídricos e estruturas associadas, a

Secretaria de Infraestrutura Hídrica do Ministério da Integração Nacional (MI) editou o *Manual de Segurança e Inspeção de Barragens* (fls. 635/772), estabelecendo os cuidados a serem observados na sua conservação. Na apresentação dessa obra, destacou-se que seu escopo é estabelecer parâmetros e um roteiro básico para ajudar, além dos órgãos do Governo vinculados ao Ministério da Integração Nacional, os proprietários particulares, “visando à sua operação e manutenção em condições de segurança”.

Pela sua importância e pertinência com as questões aqui discutidas, é cabível transcrever trechos do referido manual, na parte em que dispõe sobre as práticas a serem observadas pelos proprietários das barragens, visando a sua preservação, *verbis*:

### 3.1. Geral

O proprietário (e o concessionário, quando designado) é o responsável pela segurança da barragem em todas as fases, isto é, construção, comissionamento, operação e eventual abandono, respondendo pela consequências de eventuais incidentes e acidentes.

Todas as barragens devem ser classificadas quanto às consequências de uma ruptura ou dano em potencial, em que devem ser considerados, entre outros, os seguintes fatores:

- . Aspectos Sociais
- . Aspectos Ambientais
- . Aspectos Estruturais
- . Aspectos Econômicos

Todas as barragens devem ser inspecionadas periodicamente para detectar eventuais deteriorações e recomendar ações remediáveis:

- . Inspeções de Rotina
- . Inspeções Formais
- . Inspeções de Especialistas
- . Inspeções de Emergência.

Toda barragem deve ser instrumentada de acordo com seu porte e riscos associados e ter os dados analisados periodicamente com a realização de leituras. Todos os instrumentos devem ser dotados de valores de controle ou limites.

Todas as barragens devem ser submetidas periodicamente a uma reavaliação de suas condições de segurança, segundo sua classificação quanto às consequências de ruptura.

As eventuais obras de reparo ou de manutenção a serem recomendadas nas inspeções, deverão ser implementadas com a máxima brevidade possível, bem como as providências e recomendações devem ser registradas.

As equipes de operação e manutenção das barragens devem ser treinadas e dispor de um plano de procedimentos de emergência para orientação em casos extremos – tais como a passagem de cheias excepcionais – que contemple, pelo menos:

- Como proceder em resposta aos alertas da instrumentação;
- O que fazer para manter a população mobilizada;
- Quais as providências a serem tomadas contra danos patrimoniais e ambientais.

As barragens deverão ser dotadas de um plano de emergência, objetivando a segurança das pessoas residentes a jusante, em caso de acidente.

(...)

#### 4. GENERALIDADES

##### 4.1. Introdução

(...)

A segurança das barragens existentes deve ser avaliada regularmente pelas reavaliações de segurança de todas as estruturas e instalações. A segurança de uma barragem pode ser garantida por:

- . Correção de qualquer deficiência prevista ou constatada;
- . Operação segura, continuada, manutenção e inspeção (item 6);
- . Preparação adequada para emergências (item 7).

Ao discorrer sobre a responsabilidade pela segurança da barragem, o referido Manual de Orientações do Ministério Integração Nacional enfatiza que o proprietário da obra detém “em última instância a responsabilidade por todos os aspectos relacionados a



sua segurança”. É cabível transcrever as orientações do Ministério da Integração Nacional nessa parte, *verbis*:

#### 4.3 Responsabilidade pela Segurança da barragem

CONDIÇÃO RELEVANTE: A responsabilidade por todos os aspectos relacionados à segurança de barragens deve ser claramente definida.

**O proprietário da barragem tem, em última instância, a responsabilidade por todos os aspectos relacionados a sua segurança. O proprietário deve assegurar que a operação da barragem e a sua manutenção sejam executadas por pessoas que tenham conhecimento e habilitação para tal.** Iniciativas apropriadas devem ser tomadas com relação ao treinamento do quadro de pessoal.

**O proprietário da barragem deve assegurar que as reavaliações de segurança da barragem, bem como os aperfeiçoamentos, sejam conduzidos sob a direção de engenheiros qualificados para tal.** Todas as reavaliações de segurança da barragem, investigações, análises e melhorias devem utilizar métodos que sejam compatíveis com os requisitos exigidos por este manual. (Grifei)

Além destas considerações gerais, o referido Manual de Conservação elenca várias medidas denominadas de “CONDIÇÕES RELEVANTES” e que, pelo seu caráter estritamente técnico, não convém descrever.

A instrução processual demonstrou que o rebaixamento do nível d’água da represa constituía importante e indispensável medida visando a solução do problema, e disto não cuidou o Estado da Paraíba. Esse ente público sabia da necessidade de se promover tais medidas preventivas, tendo sido devidamente instado a adotar as medidas recomendadas e não o fez, o que demonstra que os problemas decorreram principalmente do estado de abandono do reservatório.

Os pareceres apresentados pelos técnicos contratados pelo Ministério Público Federal asseveraram que o monitoramento e a observação do comportamento da barragem evitaria o seu rompi-

mento. Observe-se que, no parecer técnico do Professor Milton de Assis Kanji, este especialista destacou que o rompimento da Barragem de Camará teria sido evitado, acaso tivessem sido adotadas as medidas recomendadas pelas empresas construtoras, e constantes dos Manuais de Segurança e Inspeção de Barragens, do Ministério da Integração Nacional.

De fato, as recomendações dos especialistas e as constantes do citado manual de orientações não foram cumpridas pelo proprietário da obra. Ao contrário, além de não ter sido cumprido o mínimo de exigências contidas no manual de segurança, o reservatório da Barragem de Camará ficou em total abandono, não obstante terem sido constatados vários problemas na obra que deveriam ser considerados como claros sinais de fragilidade da estrutura de fundação da represa, prenunciando o desmoronamento que, de fato, veio a ocorrer meses depois.

Diferentemente do que se alegou na defesa apresentada pelo Estado da Paraíba, é de se reconhecer que a obra ficou em total estado de abandono por parte de quem estava responsável pela sua manutenção, no caso, a Secretaria de Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e Minerais do Estado da Paraíba - SEMARH.

De tudo que consta dos autos, depreende-se que o rebaixamento do nível d'água da represa constituía importante e indispensável medida visando a solução do problema, e disto não cuidou o Estado da Paraíba. Esse ente público sabia da necessidade de se promover tais medidas preventivas, tendo sido devidamente instado a adotar as medidas recomendadas e não o fez, o que demonstra que os problemas decorreram principalmente do estado de abandono do reservatório.

Portanto, a despeito da recomendação feita pelos vários técnicos envolvidos com o projeto/construção da barragem, ou mesmo das orientações constantes do Manual de Segurança e Inspeção de Barragens, o que se constatou foi que o proprietário da obra, no caso, o Estado da Paraíba, não cuidou de fazer o monitoramento do primeiro enchimento do reservatório. Aliás, sequer comprovou que tenha destinado equipes técnicas para fazer inspeções técnicas periódicas após o reservatório começar a receber maior volume de água, conforme foi recomendado pelos construtores.

O que se obteve de todos os estudos técnicos, pareceres, laudo pericial e da instrução do processo, resumidamente, foi o seguinte:

1. O projeto originário (ATECEL) não previu qualquer indicação da feição geológica encontrada na ombreira esquerda, a qual ocasionou o desastre da Barragem Camará; (resposta ao quesito 16 da perícia judicial)
2. Ficou constatado que “o comportamento verificado alguns anos depois foi considerado imprevisto e, perante os dados coligidos, imprevisíveis”; (resposta à pergunta 4 do laudo)
3. Não foram tomadas, a tempo, as providências quanto ao rebaixamento e conseqüente esvaziamento da barragem;
4. Não houve monitoramento quando do enchimento do reservatório, para se obter informações precisas quanto à segurança dessa etapa da obra, recomendado por organismos internacionais e pelo Manual de Segurança e Inspeção de Barragem do Ministério da Integração Nacional;
5. A construção foi apoiada em maciço rochoso que só após a ruptura se mostrou de qualidade questionável, por interpretação geológica deficiente das condições de sua fundação;
6. A ruptura se deu em razão da desarticulação e erosão hidráulica do maciço rochoso ao longo da ombreira esquerda;
7. A maior frequência de problemas surge nas barragens por ocasião do enchimento dos reservatórios;
8. No curso da obra foi constatada uma feição geológica na parte do fundo do vale, onde foi preenchido com concreto;
9. A análise pericial mostrou que “a boa prática da engenharia de barragens brasileiras prevaleceu durante todo o projeto e andamento da obra, bem como que a particular feição geológica da obra foi identificada e tratada durante as escavações de obra (resposta ao quesito 31 do laudo pericial).

Todos esses pontos, abstraídos dos estudos realizados e dos laudos técnicos existentes no processo, indicam que o rompimento da Barragem de Camará não se deu por defeito de construção,

nem foi possível captar o vício no estudo prévio de construção do reservatório.

Ao contrário, o que indicam essas conclusões é que a obra se desenvolveu com todas as cautelas, porém faltou, após o término dos serviços, um monitoramento quando do enchimento da barragem, o que caberia ao seu proprietário, o Estado da Paraíba.

Apesar do representante do *Parquet* haver defendido a responsabilidade objetiva do construtor, invocando o art. 618 do Estatuto Civil, o certo é que tal preceito não se aplica às construtoras ora demandadas, tendo em vista que, na execução do projeto, essas empresas apenas operacionalizaram as ordens do dono da obra. De acordo com o laudo pericial oficial, as construtoras não executaram o serviço em desacordo com os padrões da engenharia. Ao contrário, adotaram as medidas cabíveis para sanar os defeitos que foram aparecendo ao longo da construção, dentro dos padrões técnicos previstos para os casos da espécie.

É importante ressaltar que esse dispositivo legal é aplicável, em regra, nas relações jurídicas firmadas no âmbito privado, em contratos de empreitada, onde os serviços, materiais e demais elementos que compõem a obra fiquem sujeitas à responsabilidade das construtoras.

No caso concreto estamos diante de contrato administrativo, onde temos um estudo prévio, levantamentos, estudos e análises que fazem parte de um projeto executivo. Em seguida, há a contratação da obra que se sujeita ao que consta do projeto executivo. Depois, tem a fase de recebimento, teste, avaliação e desempenho da obra.

O que indicaram os estudos é que o defeito grave que ocorreu se deu na fase de monitoramento da barragem por ocasião do seu enchimento, o qual pecou por atrasos, falhas e defeitos dessa fase, cuja incumbência era do dono da obra, no caso o Estado da Paraíba.

É claro que as construtoras poderiam perfeitamente ser responsabilizadas solidariamente em contratos de empreitadas no âmbito administrativo. Para tanto, necessitaria da prova de que a execução da obra teria se dado de forma defeituosa, quer com a utilização de material inadequado (qualidade inferior), quer com

desvirtuamento do projeto de execução da obra, quer com a utilização de material em quantidade menor do que a recomendada, quer pela falta de providências do que for surgindo no desenvolver dos serviços, e assim por diante. Nada disso, no entanto, foi possível se constatar neste processo.

Portanto, da análise dos excertos dos pareceres técnicos *supra* transcritos, é indubitável que foi detectada uma falha geológica quando estavam sendo feitos os estudos geotécnicos para elaboração do projeto da barragem, consistente de rochas decompostas verificadas na área da ombreira esquerda da barragem, em uma cota abaixo do chamado perfil de sondagem realizado pela ATECEL quando da prospecção geotécnica. Não obstante, ficou também esclarecido que esse problema não foi o fator decisivo para a ocorrência, visto que as medidas que foram recomendadas pelos técnicos para contornar o problema, acaso tivessem sido implementadas a tempo, teriam evitado a catástrofe.

Ainda que se considerasse como “falha de projeto” o defeito geológico em discussão, cuja extensão somente foi constatada após o sinistro, o responsável pelo projeto é o proprietário da obra – O Estado da Paraíba – e eventual falha reconhecida na sua elaboração seria de inteira responsabilidade do proprietário da obra e do projetista, não podendo ser posteriormente imputada aos executores da empreitada.

Portanto, os estudos técnicos colacionados aos autos mostraram que o sinistro decorreu principalmente pelo fato da obra não ter sido observada e monitorada após a construção, conforme recomendado pelos construtores e pelo Manual de Segurança e Inspeção de Barragem do Ministério da Integração Nacional. Nessa senda, o proprietário da obra, omitindo-se completamente da fiscalização, assim como da adoção das medidas que poderiam ter sido implementadas preventivamente, concorreu decisivamente para o rompimento da barragem.

Consequentemente, não há como se imputar às construtoras a responsabilidade solidária pelo acidente em discussão, o que impõe a manutenção da sentença pela improcedência da ação, em relação às empresas CRE Engenharia Ltda., Andrade Galvão Engenharia Ltda. e Holanda Engenharia Ltda.

Nesse passo, o Estado da Paraíba, na condição de proprietário da obra, responde objetivamente pelos danos que resultaram do desabamento da construção. A respeito, o atual Código Civil assim dispõe:

Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

A sentença ora recorrida pontuou a responsabilização específica de cada demandado, analisando a conduta de cada um deles no evento danoso. Nesse caso, não se pode acatar a pretensão do MPF no sentido de imputar de forma igualitária a responsabilidade pelo rompimento da barragem, sem levar em consideração a conduta de cada um deles e o seu grau de envolvimento com os fatos que culminaram com o evento danoso.

No que pertine à responsabilidade civil da Administração, a Constituição Federal assim dispõe:

Art. 37. (...)

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

Assim, a Constituição Federal estabelece a responsabilidade civil objetiva da Administração, por força da aplicação da teoria do risco administrativo, segundo a qual é de natureza objetiva a responsabilidade civil do Estado por atos comissivos ou omissivos de seus agentes, dispensando a comprovação da ocorrência de culpa.

O eminente doutrinador civilista RUI STOCO<sup>1</sup> descreveu com propriedade a responsabilidade civil estatal, asseverando que nesses casos incumbe ao Estado fazer a comprovação de que não agiu com dolo ou culpa, ou que subsiste a existência de alguma causa capaz de afastar a sua responsabilidade, *verbis*:

---

<sup>1</sup> Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 282.

Não se pode deslembra que a responsabilidade do Estado se assenta no risco administrativo e independe de prova da culpa, bastando que se demonstre o nexo causal entre o acidente e o dano. Aliás, sequer se exige a prova de culpa do servidor causador do dano. Em casos que tais o ônus da prova é invertido: ao Estado é que compete provar a existência de uma das causas de exclusão da responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior.

No caso dos autos, a responsabilidade civil do Estado encontra-se devidamente comprovada, uma vez que tinha a obrigação de manter a represa em condição regular e fiscalizar a manutenção da obra pública em comento, tendo negligenciado com a sua conservação. Na hipótese, a sua omissão, caracterizada na falha da prestação desses serviços, ensejará a sua culpabilidade e o dever de reparar todos os danos decorrentes da sua desídia.

Nesse sentido, transcrevo o seguinte precedente do Pleno desta Corte Regional:

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PROJETO ITIÚBA. ENCHENTES. OMISSÃO DE EMPRESA PÚBLICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. ART. 37, PARÁG. 6º, DA CARTA MAGNA.

1. As pessoas jurídicas de direito público, respondem, independentemente da verificação de culpa, nos termos do art. 37, parág. 6º, da Carta Magna, pelos danos em decorrência de ação ou omissão, que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

2. A Suprema Corte já decidiu de forma reiterada que na hipótese de comportamento omissivo não é exigida a culpa subjetiva dos agentes públicos para fins de responsabilização da pessoa jurídica de direito público (RE 109.615-RJ, Rel. Min. Celso de Melo, DJU 02.08.96, p. 25.785).

**3. Configura a omissão do ente público em não promover a operacionalização e manutenção das comportas de drenagem de barragem, acarretando, via de consequência, enchente na respectiva região, com perdas para os respectivos agricultores e pecuaristas.**

4. Embargos infringentes improvidos.  
(TRF5. EIAC 200005000472453, Desembargador Federal Napoleão Maia Filho, Pleno, *DJ* - Data: 24/11/2003 - Página: 560.). Grifei.

É oportuno destacar também que a responsabilidade do Estado da Paraíba quanto ao acidente em debate já foi inclusive reconhecida por outras Cortes, conforme se infere do seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL DEMONSTRADOS NA ORIGEM. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

**1. O Tribunal de origem concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que restaram devidamente demonstrados os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do Estado pelos danos causados à agravada com o rompimento da Barragem de Camará.**

2. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF.

3. Agravo regimental não provido.

(STF. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. RE-AgR 680730, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, J. 26.06.2012). Grifei.

Sendo inconteste a responsabilidade do Estado da Paraíba pelo rompimento da Barragem de Camará, em virtude de haver se omitido injustificadamente em baixar o nível do reservatório para viabilizar a realização dos reparos necessários, incumbe a esse ente público a responsabilidade pela reconstrução da represa e pelos prejuízos causados a terceiros, ressalvado o direito de regresso contra eventuais responsáveis nos casos de culpa ou dolo, que neste processo não foi possível se apurar.

**INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS DE NATUREZA DIFUSA**

O Ministério Público Federal requereu a condenação dos demandados ao pagamento de indenização por danos materiais e morais coletivos de natureza difusa, alegando que, até hoje, a re-



gião atingida ainda sofre com os efeitos decorrentes da devastação causada pela enxurrada do rompimento da Barragem de Camará, o que impõe a condenação dos demandados ao pagamento de danos materiais e morais coletivos, nas modalidades de lucros cessantes e danos emergentes.

O pedido do Ministério Público, quanto à parte reparatória pretende a condenação em danos morais coletivos, danos materiais coletivos referentes a lucros cessantes e danos emergentes.

A pretensão de condenação ao pagamento de indenização por lucros cessantes não prospera. Essa hipótese somente teria cabimento no caso de alguém ter sofrido prejuízos projetados para o futuro, o que não se verificou no caso dos autos.

Os lucros cessantes e os danos emergentes pressupõem a certeza de obtenção de vantagem futura, a ser apurada em liquidação. Não pode ser apenas a cogitação, a possibilidade de futura vantagem. A vantagem deve ser reconhecida como certa.

A alegação de que os moradores da região ficaram privados de se beneficiar com irrigação e piscicultura, dentre outros benefícios que adviriam com a reserva hídrica da Barragem de Camará, não pode ser invocada para se buscar uma condenação por danos materiais na modalidade de lucros cessantes. Isto porque os supostos benefícios à população, e que teriam sido frustrados com o perecimento da barragem, ficam no campo da suposição, pois representavam apenas um projeto a ser implementado pelo Poder Público no futuro e que ainda não estava definido.

Consequentemente, não se concebe a possibilidade de se buscar a reparação de danos por lucros cessantes ou danos emergentes, quando não se pode aferir sequer quais os projetos que o Poder Público tencionava implantar na região para aproveitar os recursos hídricos de Camará, como também não se pode mensurar a importância e alcance desses projetos.

Quanto aos danos materiais, estes são consectários dos efeitos da coisa julgada da sentença condenatória, visto que cada uma das pessoas comprovadamente atingidas pela catástrofe poderá fazer valer os efeitos *erga omnes* da coisa julgada da sentença para buscar a sua reparação material. Nesse contexto, não ne-

cessitam ser fixados os prejuízos materiais, sendo bastante que seja reconhecida a possibilidade, de quem tiver sofrido prejuízos individualmente, buscar, ao final, a via judicial para pleitear a respectiva reparação.

Essa possibilidade pode ser extraída da leitura do art. 103, § 1º, do Código do Consumidor, hoje aplicável em qualquer hipótese de ação coletiva na defesa de direito difuso.

Assim, sem prejuízo das indenizações individuais que já vinham sendo pagas pelo Estado da Paraíba logo após o sinistro da barragem, os prejuízos materiais poderão eventualmente vir a ser perseguidos judicialmente, através de liquidação e execução da sentença, valendo-se dos efeitos da sentença após o seu trânsito em julgado, sendo descipienda a fixação de condenação neste momento. Basta se reconhecer que, com a procedência do pedido, aqueles atingidos individualmente pelos efeitos da catástrofe da Barragem de Camará, seja pessoa física ou jurídica, busque o provimento judicial na forma que entender cabível para reparar os seus prejuízos, além do que já foi pago pelo Estado ou esteja sendo beneficiado com qualquer pagamento.

Quanto à pretensão de reparação de danos materiais coletivos, o Ministério Público Federal não demonstrou quais os bens públicos (estradas, ruas, pontes, etc.) que tenham sido efetivamente devastados pela enxurrada, para justificar a reparação dos pretendidos danos materiais à coletividade.

Mas, esses danos materiais, na concepção do Ministério Público seriam devidos para restauração de estradas, ruas, pontes e demais bens materiais atingidos, o que chegou a ser reconhecido pela juíza de primeiro grau como obrigação de fazer quando assim julgou procedente em parte o pedido para: reconhecer a responsabilidade do Estado da Paraíba pelo rompimento da Barragem e julgar procedente em parte a ação, para condenar esse ente público a: realizar a reconstrução da Barragem de Camará; promover a inserção das famílias atingidas em políticas públicas já existentes, especialmente a capacitação das comunidades e recriação de atividades produtivas que venham a gerar emprego e renda; providenciar a replantação de todos os serviços públicos afetados pelo desmoronamento da barragem, tais como reconstrução

de pontes, rodovias, prédios públicos, muros, calçadas e pavimentação de ruas; reconstruir as casas residenciais destruídas nas zonas urbana e rural de Alagoa Nova, Areia e Mulungu.

Assim, restou atendida a pretensão no campo da restauração e refazimento das obras e bens afetados, não comportando fixação de quantia exata para tais restaurações, quando estas já restaram impostas ao Estado da Paraíba.

Por isso, descabida a pretensão em termos reparatórios, porque atendidos em termos de recuperação de todos os bens coletivos que tiverem sido afetados, restando ao Ministério Público o acompanhamento e monitoramento da realização de todas as obras, inclusive do refazimento da barragem.

No que tange aos danos morais a Magistrada de primeiro grau entendeu que os danos decorrentes do acidente com a Barragem de Camará foram mais individuais do que propriamente sociais, e por essa razão julgou improcedente o pedido inicial em relação ao pleito de condenação dos demandados a reparar danos morais coletivos.

Entretanto, a análise dos autos demonstrou que, além dos prejuízos materiais decorrentes do perecimento do reservatório hídrico de Camará, o rompimento da represa provocou devastação ambiental que passou a castigar ainda mais a vida dos habitantes da área degradada pelo acidente.

Para melhor ilustrar o quadro desolador impingido ao meio ambiente na região devastada pelo acidente da Barragem de Camará, é de grande valia recorrer-se ao trabalho denominado *Impactos Ambientais causados em decorrência do rompimento da Barragem Camará no município de Alagoa Grande, PB*, de autoria das pesquisadoras Marina Medeiros de Araújo Silva, Maria Jaislanny Lacerda e Medeiros, Pollyana Karla da Silva e Mônica Maria Pereira da Silva, vinculadas ao Curso de Licenciatura e Bacharelado em Ciências Biológicas da Universidade do Estado da Paraíba - UEPB, o qual se encontra disponível na página eletrônica da UEPB (<http://eduep.uepb.edu.br/rbct/sumarios/pdf/camara.pdf>).

O referido estudo foi realizado com base em pesquisa exploratória realizada no período de setembro/2004 a junho/2005, logo

após a ocorrência do sinistro. Os dados do referido trabalho científico foram coletados por meio de análise de fotografias, observação direta e entrevistas semiestruturadas, abrangendo pessoas residentes na área urbana, situada a aproximadamente 30 (trinta) quilômetros da Barragem de Câmara; área intermediária, localizada a aproximadamente 27 (vinte e sete) quilômetros e área rural situada a aproximadamente 23 (vinte e três) quilômetros da Barragem de Camará.

Segundo as referidas pesquisadoras da UEPB, o rompimento da Barragem de Camará trouxe diversos impactos negativos para a região, dentre as quais se pode elencar a perda de bens materiais, de imóveis, do patrimônio público, da reserva hídrica, a morte de animais e de seres humanos, além de haver provocado na população desequilíbrios emocionais, econômicos, sem contar os graves danos ecológicos, com prejuízo direto às atividades agrícolas da região atingida.

Pela sua importância para se analisar a extensão dos problemas causados pelo acidente em discussão, é cabível transcrever parte do mencionado trabalho científico:

(...)

Os entrevistados relatam que a população em geral, sofreu um trauma psicológico, em decorrência da perda de parentes, amigos e de bens materiais importantes para a segurança e manutenção, tais como: veículos, móveis e utensílios domésticos, roupas, alimentos, medicamentos, recordações como fotos e fitas VHS, entre outros objetos. Destacaram ainda a perda de imóveis, deixando centenas de famílias desabrigadas. Estes dados são ressaltados por meio das frases dos entrevistados.

Foram atingidas cerca de 900 casas, das quais 168 ficaram completamente destruídas, 345 parcialmente destruídas e, o restante foi apenas danificado.

Outra perda de grande proporção foi a destruição, quase total (cerca de 80%), da metalúrgica GEKAKE (97,70 metros de comprimento).

As consequências de ordem psicológica afetaram a saúde de muitos munícipes e até provocaram a morte de pessoas, as quais não suportaram a carga emocional.

No que diz respeito à agricultura houve destruição de mui-

tas plantações, inclusive de subsistência: milho, macaxeira, feijão, árvores frutíferas, hortas, maxixe, batata e capim; ocasionando prejuízos financeiros, ambientais e sociais, acelerando dessa forma, a problemática da fome no município.

Ao que se refere aos impactos econômicos, estes estão relacionados principalmente à destruição total e parcial das casas comerciais, principalmente porque o rompimento da barragem aconteceu no segundo mês mais lucrativo do ano, junho de 2004, acarretando a queda nas vendas, perda de estoque e em alguns casos, a paralisação do comércio até 72 dias após o acidente.

**Ao que tange os impactos ecológicos, os pesquisadores destacam o fenômeno do assoreamento devido à erosão, desencadeada também pela ausência de mata ciliar. Elas citam ainda o alargamento da margem do rio, aumentando, por conseguinte a área de destruição. Antes o curso do rio era uma reta, e agora se tornou em forma de Y, com a outra parte dentro da cidade. Desse modo, qualquer volume significativo de água (chuvas) será capaz de inundar a cidade. Outro aspecto citado foi que boa parte da fauna e da flora foi destruída, modificando totalmente a paisagem natural. As culturas agrícolas viraram bancos de areia e tornaram-se imprestáveis ao consumo. Muitos animais foram levados pela enxurrada, alguns conseguiram sobreviver, mas, a grande maioria não resistiu, tais como: vacas, cavalos, jumentos, galinhas, papagaios, gatos, cachorros e até mesmo algumas criações de peixes.**

Foi apontada perda relacionada ao patrimônio público, devido à acentuada destruição da infraestrutura do município, atingindo galerias pluviais, esgotos, pavimentação, praças, postos de saúde, muros de contenção, pontes, prefeitura e ainda alguns impactos culturais, como a destruição da biblioteca e de algumas escolas municipais, prejuízos econômicos incalculáveis.

A morte de cinco pessoas marcou ainda mais a tragédia, das quais quatro eram idosos, o que pode ter dificultado a locomoção e fuga.

Outro impacto negativo mencionado foi a perda da reserva hídrica, pois a Barragem de Camará tinha por finalidade

abastecer Alagoa Grande e municípios vizinhos no período de estiagem.

Na realidade, a tragédia de Camará, violentamente interrompeu o lento processo de desenvolvimento do município, que nos últimos anos obteve avanços através da implantação de energia elétrica a toda zona rural, ampliação das redes municipal e estadual de ensino, oferta de água na zona urbana; pavimentação das ruas e, recuperação do comércio varejista, o qual teve um declínio nas décadas de 60 e 70.

A população vivia uma rotina comum, típica das cidades do interior paraibano. Na economia, o comércio mantinha suas vendas equilibradas, com uma maior lucratividade nos meses de junho e dezembro.

Atualmente, Alagoa Grande ainda está atônita pelos choques humano, econômico e social sofridos pelos efeitos da tragédia das águas de Camará. Como esta catástrofe ocorreu no segundo mês mais lucrativo do ano, junho/2004, houve uma abrupta queda nas vendas, além da perda dos estoques e de bens materiais.

**A cidade foi atingida tanto direta como indiretamente, gerando uma transformação da paisagem urbana e rural, do ponto de vista geográfico e humano. Os habitantes sofreram um grande abalo psicológico e, muitos perderam a autoestima.**

É evidente que esse quadro já foi em parte amenizado, devido à solidariedade da população local e de boa parte da população paraibana e de outros estados, que ajudaram através de doações.

No entanto, há um grande caminho a percorrer na recuperação econômica, tanto rural como urbana. Os estragos foram enormes nos 333,7 km<sup>2</sup> do município, sendo que a zona rural foi afetada em sua área mais fértil.

(...)

**Uma pequena parcela do grupo pesquisado citou como impactos ecológicos, enquanto negativos: a morte de animais, a perda das plantações e a infertilidade do solo, não havendo uma percepção da importância dos impactos ecológicos, sobressaindo-se a preocupação com a perda dos bens materiais.**

Fato natural, uma vez que estamos inseridos no modelo de desenvolvimento, no qual o consumismo e a acumulação de bens materiais são incentivados. No entanto, res-

saltamos que grande parte do grupo pesquisado perdeu os bens necessários apenas ao seu sustento.

**O meio ambiente foi afetado na destruição de dezenas de hectares de terras férteis, de milhares de árvores e arbustos, de uma vegetação já muito destruída pela ação humana, e de muitos animais silvestres. Houve total modificação na paisagem mais afetada pelas águas.**

Segundo Ross (1991), no ambiente, como na questão da saúde, é preciso ter uma postura mais voltada para o preventivo do que para o curativo. Da mesma maneira que é mais fácil e mais econômico prevenir-se das doenças do que curá-las, na natureza certamente é bem menor o custo da prevenção de acidentes ecológicos e da degradação generalizada do ambiente, do que corrigir e recuperar o quadro ambiental deteriorado.

Atualmente, na zona urbana os problemas apresentam-se em menor proporção. Todavia, **na área rural os prejuízos são intensos e visíveis. O solo apresenta-se desgastado, dificultando, e até mesmo impossibilitando, as atividades de lavoura e a pecuária na região. O processo de assoreamento atingiu grandes dimensões. A enxurrada causou dois tipos de danos ao solo: a raspagem do terreno, eliminando nutrientes e o depósito de areia. Neste último caso, o terreno ficou submerso por cerca de dois metros, pelo material arenoso trazido pelas águas. Para recuperação do terreno será preciso a retirada do volume e a incorporação de matéria orgânica rica em nutrientes.** (Grifei)

**Sem a recuperação do solo, nos casos das áreas com acúmulo de areia, não é possível plantar raízes de pouca profundidade, como milho, feijão, mandioca e hortaliças em geral. Consequentemente, as comunidades, que antes cultivavam este tipo de agricultura, não conseguirão continuar sobrevivendo da lavoura.**

Com o assoreamento, houve o “entupimento” de algumas passagens de água (rio). Sendo assim, os esgotos estão se acumulando em uma lagoa que atravessa a cidade, intensificando um problema já existente, a poluição, inviabilizando o seu uso, e proporcionados problemas estéticos e rupturas ecológicas. (...). Grifei

Pelo relato acima, é de se reconhecer que, além dos prejuízos materiais aos atingidos pelo rompimento da Barragem, é inegável que o acidente com a barragem de Camará provocou imensuráveis prejuízos à coletividade, na medida em que culminou com grande devastação ambiental à jusante da represa, motivada pela enxurrada que devastou toda a região que foi alcançada pelo excesso de águas após o rompimento da Barragem.

No caso concreto, o dano ambiental já seria presumido, uma vez que, pelas dimensões do reservatório de Camará, a ruptura da sua represa devastou imensa área que abrangeu vários Municípios da Paraíba (Alagoa Nova, Alagoa Grande, Areia e Mulungu), acarretando um incontestável prejuízo ambiental que seguramente demorará muito tempo para ser recuperado.

Por outro lado, o acidente foi motivado pelo descaso do Poder Público quanto à conservação do reservatório hídrico, deixando de atentar para as medidas de segurança necessárias para evitar a ocorrência de danos também ao meio ambiente.

Nos termos do art. 225 da Constituição Federal, cabe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo. E em seu parágrafo 3º, dispõe que “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas, independente da obrigação de reparar o dano”.

A Lei nº 7.347/85, de 24.07.1985, regulamentou o dispositivo constitucional previsto no art. 129, III, da Carta Magna, criando a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, visando também a proteção do consumidor, à ordem urbanística, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a ordem econômica ou qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Em seu art. 1º, a Lei da Ação Civil Pública, com modificação introduzida pela Lei nº 8.884/94, passou a prever expressamente a possibilidade de se buscar a reparação por danos extrapatrimoniais coletivos, *verbis*:



Art. 1º Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais.

É inegável que a qualidade de vida do cidadão transformou-se num dos objetivos a ser almejado pelo Poder Público do ponto de vista social. Na busca desse benefício, se procurou a proteção ao meio ambiente, como tutela dos interesses denominados hodiernamente de interesses ou direitos difusos, assim reconhecidos “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 8º, parágrafo único, I, do CDC)”.<sup>2</sup>

O conceito jurídico de bem ambiental é mais amplo do que o econômico, envolvendo todos os recursos naturais que são necessários a uma sadia qualidade de vida. Nesse caso, o bem ambiental se enquadra antes de tudo como um bem de uso comum do povo, transcendendo o bem pertencente ao particular ou ao Poder Público.

O dano ambiental se caracteriza por alteração substancial provocada no meio ambiente, geralmente causada por atividades humanas, e que afetam a saúde, a segurança, o bem estar da população, as atividades socioeconômicas, as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente, dentre outros impactos que são inerentes aos danos dessa natureza.

No caso em debate, os prejuízos decorrentes da devastação provocada pelo rompimento da Barragem de Camará ficaram por demais evidenciados nos autos, a partir do inquérito civil instaurado para apurar as possíveis causas do acidente e os seus responsáveis.

Nos termos do art. 3º, IV, da Lei nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), toda pessoa física ou jurídica é responsável pelos danos causados ao meio ambiente. Essa responsabilidade não é diferente em relação à pessoa jurídica de direito público interno que, com maior razão, deverá ser responsabiliza-

---

<sup>2</sup> SIRVINSKAS, Luís Paulo. Manual de Direito Ambiental. 7ª ed. Rev. atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 706.

da pelos danos que porventura venha a provocar ao meio ambiente, o que poderá se verificar quando ocorrer omissão na fiscalização, na concessão irregular do licenciamento ambiental, ou ainda em certas hipóteses em que a omissão do Poder Público venha diretamente a acarretar catástrofes com danos ao meio ambiente, como ocorreu no caso dos autos.

A Lei nº 6.938/81 prevê, em seu art. 14, que em caso de ocorrência de dano ambiental se dispensa a investigação do elemento subjetivo da culpa ou dolo. Nesse contexto, a regra em nosso ordenamento jurídico ambiental é a da responsabilidade civil objetiva, visto tratar-se de um dano de natureza difusa, haja vista a dificuldade de se identificar as vítimas de danos da espécie. Nesses casos, há de se reconhecer a sua responsabilidade objetiva pelo risco integral, sendo desnecessária a apuração de culpa, bastando, para tanto, a constatação do dano e o nexo de causalidade entre este e o agente responsável pelo ato ou fato lesivo ao meio ambiente.

Portanto, independentemente da existência de culpa, por força da teoria da responsabilidade civil objetiva, o ente público que venha a concorrer para um prejuízo ambiental está obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente.

A natureza do dano ambiental, que está afeto a um interesse difuso intangível, exige, além da reparação material, quando possível a restituição à situação anterior, a reparação moral coletiva, porque não se atinge uma única esfera jurídica, mas um direito compartilhado transindividualmente por todos os cidadãos. Por tal razão é plenamente possível a condenação em indenização por dano moral coletivo, até porque existe previsão normativa expressa sobre a possibilidade de dano extrapatrimonial em relação a coletividades, consoante se depreende da parte final do artigo 1º da Lei nº 7.347/85.

Na conceituação de dano moral coletivo, é oportuno transcrever a lição de CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO<sup>3</sup>, *verbis*:

---

<sup>3</sup> “Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro”, na Revista de Direito do Consumidor, RT1994, v.12, pág. 50.

(...) o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial.

Na situação em debate, restou demonstrado que os danos provocados pela ruptura da Barragem de Camará causaram imensurável sofrimento à população da área atingida, em decorrência dos inúmeros prejuízos provocados pelo acidente, além de inquestionável degradação ao meio ambiente.

Em consequência, deve ser reconhecida a existência de dano moral coletivo, que diz respeito aos danos causados diretamente ao meio ambiente em decorrência do acidente em discussão, o qual deve ser tutelado dentro da concepção dos mencionados interesses transindividuais. A indenização nesse caso tem por fim a compensação ambiental vista de uma forma ampla e que pode ser cumulada com a condenação na obrigação de fazer, consistente na reparação do dano à barragem, conforme também ficou estabelecido na sentença *a quo*.

Quanto à condenação cumulativa em obrigação de fazer e de pagar indenização, a jurisprudência pátria tem reconhecido tal possibilidade, sobretudo porque, em matéria ambiental, tal cumulação mostra-se ainda mais premente, em virtude do dano moral provocado à coletividade atingida pela devastação ecológica, tendo esse tipo de dano natureza peculiar, sendo de difícil reparação e mensuração.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

PROCESSO CIVIL. DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA TUTELA DO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE PAGAR QUANTIA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDOS ART. 3º DA LEI 7.347/85. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. ART. 225, § 3º, DA CF/88, ARTS. 2º E 4º DA LEI 6.938/81, ART. 25, IV, DA LEI 8.625/93 E ART. 83 DO CDC.

## PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO, DO POLUIDOR-PAGADOR E DA REPARAÇÃO INTEGRAL.

1. A Lei nº 7.347/85, em seu art. 5º, autoriza a propositura de ações civis públicas por associações que incluam entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

2. O sistema jurídico de proteção ao meio ambiente, disciplinado em normas constitucionais (CF, art. 225, § 3º) e infraconstitucionais (Lei 6.938/81, arts. 2º e 4º), está fundado, entre outros, nos princípios da prevenção, do poluidor-pagador e da reparação integral.

3. Deveras, decorrem para os destinatários (Estado e comunidade), deveres e obrigações de variada natureza, comportando prestações pessoais, positivas e negativas (fazer e não fazer), bem como de pagar quantia (indenização dos danos insuscetíveis de recomposição *in natura*), prestações essas que não se excluem, mas, pelo contrário, se cumulam, se for o caso.

4. A ação civil pública é o instrumento processual destinado a propiciar a tutela ao meio ambiente (CF, art. 129, III) e submete-se ao princípio da adequação, a significar que deve ter aptidão suficiente para operacionalizar, no plano jurisdicional, a devida e integral proteção do direito material, a fim de ser instrumento adequado e útil.

**5. A exegese do art. 3º da Lei 7.347/85 (“A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”), a conjunção “ou” deve ser considerada com o sentido de adição (permitindo, com a cumulação dos pedidos, a tutela integral do meio ambiente) e não o de alternativa excludente (o que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado a seus fins).**

6. (...)

7. A exigência para cada espécie de prestação, da propositura de uma ação civil pública autônoma, além de atentar contra os princípios da instrumentalidade e da economia processual, ensejaria a possibilidade de sentenças contraditórias para demandas semelhantes, entre as mesmas partes, com a mesma causa de pedir e com finalidade comum (medidas de tutela ambiental), cuja única va-

riante seriam os pedidos mediatos, consistentes em prestações de natureza diversa.

8. Ademais, a proibição de cumular pedidos dessa natureza não encontra sustentáculo nas regras do procedimento comum, restando ilógico negar à ação civil pública, criada especialmente como alternativa para melhor viabilizar a tutela dos direitos difusos, o que se permite, pela via ordinária, para a tutela de todo e qualquer outro direito.

9. Recurso especial desprovido.

(STJ. REsp 625.249/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/08/2006, DJ 31/08/2006 p. 203). Grifei.

PROCESSO CIVIL. DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA TUTELA DO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE PAGAR QUANTIA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDOS ART. 3º DA LEI 7.347/85. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. ART. 225, § 3º, DA CF/88, ARTS. 2º E 4º DA LEI 6.938/81, ART. 25, IV, DA LEI 8.625/93 E ART. 83 DO CDC. PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO, DO POLUIDOR-PAGADOR E DA REPARAÇÃO INTEGRAL.

1. O sistema jurídico de proteção ao meio ambiente, disciplinado em normas constitucionais (CF, art. 225, § 3º) e infraconstitucionais (Lei 6.938/81, arts. 2º e 4º), está fundado, entre outros, nos princípios da prevenção, do poluidor-pagador e da reparação integral. Deles decorrem, para os destinatários (Estado e comunidade), deveres e obrigações de variada natureza, comportando prestações pessoais, positivas e negativas (fazer e não fazer), bem como de pagar quantia (indenização dos danos insuscetíveis de recomposição in natura), prestações essas que não se excluem, mas, pelo contrário, se cumulam, se for o caso.

2. A ação civil pública é o instrumento processual destinado a propiciar a tutela ao meio ambiente (CF, art. 129, III). Como todo instrumento, submete-se ao princípio da adequação, a significar que deve ter aptidão suficiente para operacionalizar, no plano jurisdicional, a devida e integral proteção do direito material. Somente assim será instrumento adequado e útil.

**3. É por isso que, na interpretação do art. 3º da Lei 7.347/85 (“A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação**

de fazer ou não fazer”), a conjunção “ou” deve ser considerada com o sentido de adição (permitindo, com a cumulação dos pedidos, a tutela integral do meio ambiente) e não o de alternativa excludente (o que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado a seus fins). É conclusão imposta, outrossim, por interpretação sistemática do art. 21 da mesma lei, combinado com o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor (“Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”) e, ainda, pelo art. 25 da Lei 8.625/1993, segundo o qual incumbe ao Ministério Público “IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente (...)”.

4. Exigir, para cada espécie de prestação, uma ação civil pública autônoma, além de atentar contra os princípios da instrumentalidade e da economia processual, ensejaria a possibilidade de sentenças contraditórias para demandas semelhantes, entre as mesmas partes, com a mesma causa de pedir e com finalidade comum (medidas de tutela ambiental), cuja única variante seriam os pedidos mediatos, consistentes em prestações de natureza diversa. A proibição de cumular pedidos dessa natureza não existe no procedimento comum, e não teria sentido negar à ação civil pública, criada especialmente como alternativa para melhor viabilizar a tutela dos direitos difusos, o que se permite, pela via ordinária, para a tutela de todo e qualquer outro direito.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(STJ. REsp 605.323/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/08/2005, DJ 17/10/2005 p. 179). Grifei.

Nessa senda, é cabível a condenação do Estado da Paraíba também no pagamento de indenização por dano moral coletivo.

Em se tratando de dano moral, a sua quantificação não é tarefa das mais fáceis. Na compensação por danos morais coletivos há de se ressaltar o caráter personalíssimo da natureza da repa-

ração, visto que envolvem questões subjetivas e o interesse jurídico, no caso em tela, não leva em consideração o indivíduo em si, mas o grupo de indivíduos lesados como um todo, se caracterizando como interesse transindividual.

Ante a ausência de parâmetros para a fixação do valor devido a título de compensação pelos danos morais coletivos, é cabível aplicar, por analogia, os limites estabelecidos no art. 75 da Lei nº 9.605/98, que “Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente”, *verbis*:

Art. 75. O valor da multa de que trata este Capítulo será fixado no regulamento desta Lei e corrigido periodicamente, com base nos índices estabelecidos na legislação pertinente, sendo o mínimo de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e o máximo de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

Dessa forma, considerando-se as especificidades do caso em exame e a extensão dos danos ambientais provocados pelo ente público estadual demandado, e diante da ausência de outros parâmetros, é cabível também a condenação do Estado da Paraíba ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, os quais devem ser arbitrados no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a ser revertido em favor do Fundo de Reconstituição dos Interesses Supraindividuais Lesados, de que trata o artigo 13 da Lei nº 7.347/85.

Quanto à condenação ao pagamento de honorários advocatícios suportados pelo Estado da Paraíba em favor das construtoras, não vejo como prosperar.

É que o chamamento de construtoras em processos dessa natureza é uma providência elementar, pois, em princípio, é possível se afirmar a possibilidade de responsabilidade das construtoras. Assim, a indicação dessas empresas para integrar a lide pelo Estado da Paraíba não foi desarrazoada, nem desproporcional, pois a isenção de responsabilidade só é possível de ser aferida com a conclusão completa da instrução do feito.

Assim, reconhecendo-se a não responsabilidade das construtoras somente com o final da instrução, não implica em se re-

conhecer a possibilidade de condenação em honorários em seu favor, até porque resulta em grande ganho a não apuração de responsabilidade de tais entes jurídicos.

Em face do exposto, dou parcial provimento às apelações do Ministério Público Federal e da União, apenas para estabelecer a condenação do Estado da Paraíba ao pagamento de danos morais coletivos, e dou parcial provimento à apelação interposta pelo Estado da Paraíba, apenas para afastar a condenação em honorários advocatícios.

É como voto.

### **APELAÇÃO CÍVEL Nº 549.110-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ DIAS FERNANDES (CONVOCADO)  
Apelante: SERVITIUM LTDA.  
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF  
Advs./Procs.: DRS. EMMANUEL BEZERRA CORREIA E OUTROS (APTE.) E ELÂNIA CRISTINA SILVA LIRA E OUTROS (APDA.)

***EMENTA: CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE PERDAS E DANOS. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS. DESVIO DE FUNÇÃO. RECLAMAÇÕES TRABALHISTAS JULGADAS PROCEDENTES. CONDENAÇÃO DA EMPRESA CONTRATADA NA JUSTIÇA LABORAL. EXISTÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL NA PROPOSITURA DESTA AÇÃO DE PERDAS E DANOS CONTRA A EMPRESA CONTRATANTE (CEF). PRECEDENTE DESTES TRIBUNAL (AC 509.481/PE, 2ª TURMA, REL. DES. FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO (CONVOCADO), DJE 26/10/2011). SENTENÇA EXTINTIVA DO FEITO, NOS TERMOS DO ART. 267, IV, DO CPC, QUE SE ANULA.***

***- Incidência da hipótese prevista no § 3º do art.***



**515 do CPC. Apreciação imediata do mérito pelo Tribunal. Reconhecimento da responsabilidade recíproca das partes pela prática do ato ilícito.**

**- Condenação da CEF no pagamento de 50% dos valores das indenizações trabalhistas pagas pela empresa contratada. Inaplicabilidade ao caso do disposto no parágrafo 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, na redação dada pela Lei nº 9.032/95 (“a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o registro de imóveis”).**

**- Responsabilização da CEF pela inexecução contratual imputável a ela mesma (contratante).**

**- Ausência de comprovação de lucros cessantes. Procedência em parte da demanda.**

**- Montante da indenização a ser apurado em liquidação de sentença.**

**- Incidência de correção monetária e de juros de mora, nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal.**

**- Correção monetária devida a partir do efetivo pagamento do crédito trabalhista pela autora.**

**- Juros de mora devidos a partir da citação, em relação às indenizações trabalhistas pagas anteriormente ao referido ato processual.**

**- No tocante aos créditos trabalhistas pagos após a citação, os juros de mora devem incidir a partir do efetivo pagamento do crédito trabalhista.**

**- Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 21 do CPC.**

**- Apelação provida em parte.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento parcial à apela-

ção, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 15 de janeiro de 2013. (Data do julgamento)

DSESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ DIAS FERNANDES  
- Relator Convocado

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ DIAS FERNANDES (Convocado):

Cuida-se de apelação contra sentença que, reconhecendo a falta de interesse processual, extinguiu o feito sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC. (Fls. 565/571)

Inconformada, pugna a autora pela reforma do *decisum*, alegando que o seu interesse processual está demonstrado através da intenção de ver-se ressarcida de todo o montante referente às indenizações trabalhistas por ela suportadas em decorrência da conduta inescrupulosa da CEF de desviar de função os seus empregados (da autora), quando, na realidade, foram eles contratados para a realização de um serviço específico, objeto de processo licitatório. Objetiva, também, a condenação da CEF no pagamento dos lucros cessantes, utilizando-se como parâmetro a taxa SELIC ou mesmo o disposto no art. 406 do CC, tudo acrescido de juros e correção monetária. (Fls. 576/584)

Contrarrazões apresentadas, às fls. 592/606.

É o relatório.

### **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ DIAS FERNANDES (Relator Convocado):

Como se depreende do relatório, insiste a autora/apelante no prosseguimento desta ação, alegando que o seu interesse processual decorre da necessidade de buscar em juízo o ressarcimento de todos os prejuízos decorrentes das reclamações trabalhistas propostas por seus ex-empregados, em razão do desvio de função.

Por oportuno, transcreve-se excerto da sentença hostilizada:

3. No entanto, entendo que a pretensão da parte autora carece de interesse processual, na modalidade necessidade, pois o ajuizamento de ação autônoma não é medida imprescindível para o alcance do objetivo pretendido, uma vez que a parte autora ostenta título executivo judicial formado nas relações trabalhistas referidas na petição inicial e descritas no relatório *supra*.

4. Digo isso porque nas referidas ações trabalhistas houve a formação de litisconsórcio passivo por iniciativa dos credores, fundado na existência de solidariedade passiva, seja com benefício de ordem (subsidiária) ou não (solidariedade simples). (Fl. 570)

Sucede que a pretensão deduzida no presente feito – consistente na reparação dos prejuízos materiais suportados pela autora na esfera trabalhista –, decorre de uma relação obrigacional estabelecida entre a empresa autora (prestadora de serviços contratados) e a CEF (tomadora dos serviços), de natureza meramente civil, tendo como fundamento, ou seja, a causa de pedir, o alegado descumprimento, por parte da ré (CEF), do respectivo contrato de prestação de serviços terceirizados.

Ademais, é importante frisar que, conquanto a CEF tenha integrado as reclamações trabalhistas, na condição de litisconsorte passiva, sendo, inclusive, em alguma delas, condenada subsidiariamente pelas diferenças salariais devidas aos reclamantes em razão do desvio de função, nas referidas demandas trabalhistas não se discutiu eventual descumprimento de obrigação contratual que teria dado ensejo às condenações suportadas pela autora/apelante.

Saliente-se que a própria sentença afastou a alegação de litispendência e coisa julgada, pela diversidade das partes, das causas de pedir e dos pedidos deduzidos:

De início, cumpre rejeitar as preliminares de coisa julgada e litispendência suscitadas pela ré, uma vez constatada a diversidade de partes, causa de pedir e pedido das ações. Nas reclamações trabalhistas, além da óbvia diversidade de partes, percebo que a causa de pedir é o descumprimento do contrato de trabalho, ao passo que na presente

ação é o contrato de prestação de serviços. Naquelas ações o pleito é isonomia salarial com os bancários, ao passo que nesta ação se postula o pagamento de indenização por suposto ato ilícito praticado pela demandada.

Logo, se as causas de pedir e os pedidos são diversos, não há falar em ausência de interesse processual em razão da existência de título executivo válido oponível à CEF.

Nessa linha, confira-se precedente deste Tribunal em caso simílimo:

CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. PERDAS E DANOS. INEXECUÇÃO CONTRATUAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ENTRE CEF E EMPRESA TERCEIRIZADA. DESVIO DE FUNÇÃO. CONDENAÇÃO NA ESFERA LABORAL POR EQUIPARAÇÃO SALARIAL ENTRE TERCEIRIZADOS E TÉCNICOS BANCÁRIOS. AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO DE AMBOS OS CONTRATANTES. CULPA CONCORRENTE. RECONHECIMENTO. DANOS EMERGENTES. CONFIGURAÇÃO. LUCROS CESSANTES. INOCORRÊNCIA. JUROS DE MORA. TERMO A QUO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

Situação em que se apreciam apelo da CEF e recurso adesivo da empresa terceirizada Liserve, autora nesta ação, em face de sentença que julgou procedente em parte o pedido, condenando a CEF ao pagamento de indenização por 50% dos danos emergentes sofridos pela demandante, ou que esta vier a sofrer, decorrentes das ações trabalhistas transitadas em julgado, ou das que ainda estiverem em curso, promovidas pelos empregados terceirizados da autora, prestadores de serviço objeto do Contrato nº 1459/2004, em que seja reconhecida a equiparação salarial em relação aos técnicos bancários da CEF, em virtude do desvio de função perpetrado pela demandada.

**2. Rejeição das preliminares de coisa julgada e de litispendência, uma vez que entre a presente demanda e as diversas reclamationárias trabalhistas ajuizadas contra a parte autora não existe identidade quanto aos elementos da ação, nos termos do art. 301, parágrafos 1º, 2º e 3º do CPC.**

3. Inaplicabilidade à hipótese do parágrafo 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, na redação dada pela Lei nº 9.032/95, que

dispõe que “a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis”, seja porque a presente demanda tem natureza meramente civil, com suporte em relação obrigacional estabelecida entre empresas tomadora e prestadora de serviços, tendo como causa de pedir a alegada inexecução contratual por parte da empresa contratante (CEF) e não da contratada (Liserve), seja porque a CEF, como empresa pública, ao exercer atividade econômica, está submetida ao regime próprio das empresas privadas, não detendo, pois, qualquer privilégio não extensível aos entes privados, sob pena de violação ao princípio constitucional da livre concorrência.

4. Se nesta Justiça Comum Federal não se discute qualquer crédito trabalhista, como não poderia ser diferente, deve ser afastada a incidência do item IV da Súmula 331 do TST, que prevê que “o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial”.

(...)

(AC 509.481/PE, 2ª Turma, rel. Des. Federal Rubens de Mendonça Canuto - convocado, julg. em 18/10/2011, publ. *DJE* de 26/10/2011, Página 169)

Do inteiro teor do acórdão constou ainda o seguinte:

Ressalte-se, ainda, que, naquela esfera laboral, não se discutiu qual dos entes contratantes deu causa ao desvio de função, mas tão somente se limitou, em alguns casos, a condenar a Liserve (prestadora de serviços) pelas verbas trabalhistas devidas aos reclamantes em face do reconhecimento da equiparação salarial destes últimos com os técnicos bancários da CEF (tomadora). Em outras reclamações, houve também a condenação subsidiária da Caixa Econômica Federal por tais verbas salariais.

Em face de tais fundamentos, assiste razão à apelante, quando insiste na alegação de que existe interesse processual em sua pretensão.

Destarte, a sentença prolatada nestes autos deve ser anulada, a fim de que outra seja proferida, apreciando-se a questão de mérito deduzida neste processo, qual seja: a responsabilidade civil por danos materiais suportados pela autora/apelante, decorrentes de eventual descumprimento de contrato de prestação de serviços por parte da Caixa Econômica Federal, empresa tomadora dos serviços terceirizados.

Anulado o *decisum*, os presentes autos deveriam, em princípio, serem devolvidos ao juízo de origem; todavia, verifica-se que, *in casu*, encontra-se configurada a hipótese contida no § 3º do art. 515 do CPC, motivo pelo qual passo ao exame da matéria de fundo discutida neste processo.

Pretende a autora/apelante que a ré/apelada seja responsabilizada pelos danos materiais por ela suportados, em decorrência do descumprimento, por parte da CEF, do contrato de prestação de serviços de digitalização, consistente no desvio de função impingido aos empregados contratados.

Da análise do contrato de prestação de serviços firmado entre a empresa autora, SERVITIUM LTDA., e a CEF, colacionado às fls. 58/72, observa-se que o objeto contratado diz respeito à prestação de serviços de tratamento de dados, dentre os quais se encontram: *o tratamento de imagem, digitalização e/ou digitação de dados e conferência dos dados digitalizados e/ou digitados, operação de microcomputadores, de impressoras, de máquinas de classificação, de endosso e de microfilmagem de cheques; microfilmagem de documentos e digitação de documentos (...)*, conforme se depreende da Cláusula Primeira do mencionado instrumento contratual. (Fl. 58)

Acontece que, em diversas ações trabalhistas com trânsito em julgado e algumas ainda pendentes de recursos, a empresa autora foi condenada a arcar com verbas trabalhistas decorrentes do reconhecimento do direito à equiparação salarial entre os seus empregados (reclamantes) e os técnicos bancários da CEF (tomadora do serviço contratado), tendo em vista o desvio de função.

Assim, não resta dúvida de que a CEF tenha desrespeitado o objeto do mencionado contrato de prestação de serviços terceirizados, o que se mostra suficiente para caracterizar a sua responsabilidade pelo dano causado à autora, decorrente de sua condenação no pagamento das diferenças salariais reconhecidas aos empregados/reclamantes perante a Justiça do Trabalho.

Verifica-se, contudo, na cláusula segunda, itens II e IV, do referido instrumento (fls. 58/59), que, dentre as obrigações da empresa contratada, ora autora, encontra-se previsto que a ela caberia diligenciar para que seus empregados não executassem serviços que não os previstos no objeto do contrato, bem como notificar a CAIXA, imediatamente e por escrito, de qualquer anormalidade que verificasse na execução dos serviços, condutas essas que não foram praticadas pela autora/apelante. Vale dizer, a empresa/autora foi conivente com a CEF quanto ao desvio dos serviços contratados.

Assim, restando também demonstrada a incúria da autora na observância das regras contratuais, é forçoso reconhecer que ambas as partes concorreram para a situação que ensejou os prejuízos suportados pela autora, oriundos da equiparação salarial reconhecida pela Justiça do Trabalho.

Neste contexto, encontrando-se caracterizada a responsabilidade recíproca da autora e da ré na inexecução do contrato por elas firmados, a pretensão deduzida nesta ação deve ser julgada procedente em parte, a fim de condenar a CEF no pagamento de uma indenização correspondente a 50% (cinquenta por cento) dos danos emergentes sofridos ou a que vier a sofrer a autora, decorrentes das ações trabalhistas transitadas em julgado, ou das que ainda tiverem em curso, promovidas pelos empregados da demandante, prestadores de serviço à demandada, em decorrência do Contrato de Prestação de Serviços nº 0231/2005 e seus aditivos, por conta do desvio de função.

Considerando que se está a condenar tão somente a CEF (contratante) a indenizar a autora pelo desvio de função, e não o contratado (autora), é inaplicável ao caso dos autos o disposto no parágrafo 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, na redação dada pela Lei nº 9.032/95, que dispõe que “a inadimplência do **contratado**, com

referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis”.

Com efeito, não se está transmitindo à CEF o dever de pagar encargos trabalhistas devidos pelo contratado e não pagos por culpa deste (inexecução contratual imputável ao contratado, conforme hipótese prevista no art. 71), mas sim indenizando (parcialmente) o contratado pelos encargos trabalhistas **gerados por culpa imputável à própria CEF (contratante), ou seja, por inexecução contratual atribuível à própria CEF (contratante), o que não é vedado pelo art. 71 da Lei nº 8.666/93.**

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO. EXISTÊNCIA. CEF. SUJEIÇÃO AO REGIME LICITATÓRIO PREVISTO NA LEI Nº 8.666/93.

[...]

3. Ainda que a Lei nº 8.666/93 seja aplicável a CEF ora embargante, observa-se que o disposto no art. 71, parágrafo 1º, do referido diploma legal não tem o condão de isentar a Caixa (contratante) de sua responsabilidade concorrente quanto aos danos emergentes causados à empresa Liserve ora embargada (contratada) pelas condenações trabalhistas sofridas por esta última e que vier a sofrer em face do desvio de função dos empregados terceirizados, vez que, como restou bem esclarecido no aresto embargado, a inexecução contratual se deu por ambas as contratantes.

(EDAC 0001451642010405830001, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 23/02/2012 - Página: 136.)

Quanto aos lucros cessantes, não há como julgar procedente o pedido da autora/apelante, haja vista a ausência de comprovação da efetiva probabilidade da obtenção de vantagem financeira que a autora deixou de auferir por efeito direto e imediato da conduta ilícita da CEF, conforme prevê o art. 403 do CC em vigor.



Por oportuno, colhe-se precedente deste Tribunal que bem se amolda à situação objeto destes autos, *in verbis*:

CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. PERDAS E DANOS. INEXECUÇÃO CONTRATUAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ENTRE CEF E EMPRESA TERCEIRIZADA. DESVIO DE FUNÇÃO. CONDENAÇÃO NA ESFERA LABORAL POR EQUIPARAÇÃO SALARIAL ENTRE TERCEIRIZADOS E TÉCNICOS BANCÁRIOS. AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO DE AMBOS OS CONTRATANTES. CULPA CONCORRENTE. RECONHECIMENTO. DANOS EMERGENTES. CONFIGURAÇÃO. LUCROS CESSANTES. INOCORRÊNCIA. JUROS DE MORA. TERMO A QUO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

Situação em que se apreciam apelo da CEF e recurso adesivo da empresa terceirizada Liserve, autora nesta ação, em face de sentença que julgou procedente em parte o pedido, condenando a CEF ao pagamento de indenização por 50% dos danos emergentes sofridos pela demandante, ou que esta vier a sofrer, decorrentes das ações trabalhistas transitadas em julgado, ou das que ainda estiverem em curso, promovidas pelos empregados terceirizados da autora, prestadores de serviço objeto do Contrato nº 1459/2004, em que seja reconhecida a equiparação salarial em relação aos técnicos bancários da CEF, em virtude do desvio de função perpetrado pela demandada.

2. Rejeição das preliminares de coisa julgada e de litispendência, uma vez que entre a presente demanda e as diversas reclamações trabalhistas ajuizadas contra a parte autora não existe identidade quanto aos elementos da ação, nos termos do art. 301, parágrafos 1º, 2º e 3º, do CPC.

3. Inaplicabilidade à hipótese do parágrafo 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, na redação dada pela Lei nº 9.032/95, que dispõe que “a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis”, seja porque a presente demanda tem natureza meramente civil, com suporte em relação obrigacional estabelecida entre empresas

tomadora e prestadora de serviços, tendo como causa de pedir a alegada inexecução contratual por parte da empresa contratante (CEF) e não da contratada (Liserve), seja porque a CEF, como empresa pública, ao exercer atividade econômica, está submetida ao regime próprio das empresas privadas, não detendo, pois, qualquer privilégio não extensível aos entes privados, sob pena de violação ao princípio constitucional da livre concorrência.

4. Se nesta Justiça Comum Federal não se discute qualquer crédito trabalhista, como não poderia ser diferente, deve ser afastada a incidência do item IV da Súmula 331 do TST, que prevê que “o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto às obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial”.

5. No caso concreto, tanto a prestadora (Liserve) como a tomadora de serviços (CEF) descumpriram o contrato firmado entre elas, na medida em que, se de um lado, cabia à prestadora diligenciar para que seus empregados não executassem serviços que não o previsto no objeto do contrato (cláusula segunda, item VII), de outro, cabia a tomadora efetuar a fiscalização do fiel cumprimento das disposições contratuais, obrigando-se, inclusive, a notificar a parte contratada em caso de irregularidade na execução dos serviços (cláusulas oitava e quarta, item II).

6. Demonstrada a prática de ato ilícito (inexecução contratual) por ambas as partes contratantes (tomadora e prestadora) que, ao deixarem de observar os dispositivos contratuais acima elencados, permitiram o desvio de função da mão de obra terceirizada, situação que ensejou prejuízos oriundos da equiparação salarial reconhecida pela Justiça Laboral, é de se manter a sentença que reconheceu a culpa concorrente de ambas as contratantes e, em consequência, condenou a CEF ao pagamento de indenização de 50% dos danos emergentes (condenações trabalhistas sofridas e que vier a sofrer a empresa Liserve em respeito ao Contrato 1459/2004, relativas à equiparação salarial) apuráveis em liquidação de sentença.

**7. É improcedente o pedido relativo aos supostos lucros cessantes, eis que, por serem fundados em mera possibilidade de obtenção de lucros em aplicações financeiras e não numa probabilidade objetiva, tal situação, na verdade, se enquadra como lucro hipotético ou dano remoto, não sendo, pois, indenizável, em razão de ser consequência indireta do ato ilícito e não de “efeito direto e mediato” como previsto no art. 403 do CC/02.**

8. Sobre o montante indenizatório deverão incidir correção monetária e juros de mora na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal, tudo a ser calculado em liquidação de sentença. A primeira incidirá desde a comprovação do efetivo pagamento dos créditos trabalhistas pela Liserve. Os segundos incidirão desde a citação (e não da notificação da decisão de liquidação, como constou na sentença), caso o pagamento da verba laboral seja a ela anterior, ou desde o efetivo pagamento, caso este último seja posterior à citação. Recurso adesivo parcialmente provido neste ponto.

9. Sem honorários advocatícios, em face do reconhecimento da sucumbência recíproca, nos termos do art. 21, *caput*, do CPC. Recurso da CEF provido quanto a este item.

10. Apelação da CEF e recurso adesivo da parte autora parcialmente providos.

(AC 509.481/PE, 2ª Turma, rel. Des. Federal Rubens de Mendonça Canuto - convocado, julg. em 18/10/2011, publ. *DJE* de 26/10/2011, Página 169)

Em face da iliquidez do montante indenizatório – uma vez que será preciso que a parte autora comprove os gastos despendidos com o pagamento de cada empregado reclamante –, dita indenização deverá ser apurada em liquidação de sentença.

Sobre o montante indenizatório devido, deverá incidir correção monetária e juros de mora na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal, sendo que, em relação à correção monetária, esta deverá incidir a partir da data do efetivo pagamento dos créditos trabalhistas pela autora/apelante. No tocante aos juros de mora, estes são devidos a partir da citação, em relação aos créditos trabalhistas já pagos antes da efetivação de tal ato processual. Já,

em relação aos créditos trabalhistas pagos posteriormente à citação, os juros de mora incidirão a partir do efetivo pagamento dos mencionados créditos.

Em razão da sucumbência recíproca das partes, deixo de arbitrar honorários advocatícios, nos termos do art. 21 do CPC.

Com estas considerações, dou provimento parcial à apelação para, afastando a preliminar de falta de interesse processual reconhecida na sentença, anular a sentença e, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC, julgar procedente em parte o pedido na presente ação de indenização, nos termos acima delineados.

É como voto.

### **APELAÇÃO CÍVEL Nº 549.451-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR  
Apelantes: ECS COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE INFORMÁTICA LTDA. E MICRO E MACROS COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA LTDA.  
Apelada: UNIÃO  
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
Advs./Procs.: DRS. ALEXANDRE CAVALCANTIA. DE ARAÚJO E OUTROS

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONTRATO. AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE INFORMÁTICA E ASSISTÊNCIA TÉCNICA. INEXECUÇÃO DO OBJETO. CONDENÇÃO À DEVOLUÇÃO DE EQUIPAMENTOS E AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO. APELOS DESPROVIDOS.**

**- Trata-se de recursos de apelação manejados por ECS Comércio e Indústria de Informática Ltda. e Micro e Macros Comércio de Equipamentos de Informática Ltda. em face da sentença de fls. 221/226, que condenou as rés a devolverem à União (rectius, TRE/PB) o computador Pentium III, tom-**

**bado sob o número 9999, e o monitor de 15 (quinze) polegadas, tombado sob o número 9946, e, bem assim, a substituir as peças indevidamente utilizadas nos computadores Pentium III (tombamentos TRE 10521 e 10527) por peças originais. As empresas ficaram também obrigadas, solidariamente, ao pagamento de indenização compensatória, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Alternativamente, em caso de inviabilidade do cumprimento da obrigação, o douto magistrado sentenciante condenou as demandadas, também solidariamente, ao pagamento de indenização no valor dos equipamentos e das peças referidas, devidamente corrigido.**

**- Não obstante o carimbo de protocolo ateste que a ECS Comércio e Indústria de Informática Ltda. interpôs seu apelo no dia seguinte ao dies ad quem do prazo ordinário dessa modalidade recursal, não se pode olvidar que o art. 191 da Lei Adjetiva Civil estabelece que, quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, serão contados em dobro os prazos para recorrer. Sendo este o caso dos autos, descabe falar em intempestividade. Preliminar da União rejeitada.**

**- É desnecessária a autenticação das cópias de procuração e de substabelecimento, haja vista a presunção de veracidade de que gozam os documentos juntados pelas partes – a quem compete, se for o caso, arguir eventual falsidade. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.**

**- Como destacou o douto magistrado singular, a empresa ECS Comércio e Indústria de Informática Ltda. – cujo nome de fantasia é “Forte Informática”, consoante extrato do cadastro de fornecedores acostado à fl. 88 –, recebeu os equipamentos de informática descritos nos autos para execução de serviços de assistência técnica, nos moldes do previsto na proposta da Micro e Macros Comércio de Equipamentos de Infor-**

***mática Ltda., vencedora do procedimento licitatório (fl. 51). Com efeito, é evidente a aceitação tácita do encargo de devolver os equipamentos devidamente consertados, bem como o seu descumprimento pela promovida, que, ademais, devolveu-os com peças de inferior qualidade, distintas daquelas que havia recebido.***

***- Por seu turno, a Micro e Macros Comércio de Equipamentos de Informática Ltda., em suas razões de apelação, buscou eximir-se da responsabilidade pelos prejuízos causados à União, imputando-a exclusivamente à corrê. Ocorre que a apelante, contratando diretamente com a Administração, indicou a segunda ré para a prestação dos serviços de assistência técnica, um dos objetos do contrato administrativo, de modo que não pode ser excluída sua responsabilidade pela inexecução.***

***- Apelos das empresas rées desprovidos.***

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 13 de novembro de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE  
JÚNIOR - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR:

Trata-se de recursos de apelação manejados por ECS Comércio e Indústria de Informática Ltda. e Micro e Macros Comércio

de Equipamentos de Informática Ltda. em face da sentença de fls. 221/226, que condenou as rés a devolverem à União (*rectius*, TRE/PB) o computador *Pentium III*, tombado sob o número 9999, e o monitor de 15 (quinze) polegadas, tombado sob o número 9946, bem como a substituir as peças indevidamente utilizadas nos computadores *Pentium III* (tombamentos TRE 10521 e 10527) por peças originais. As empresas ficaram também obrigadas, solidariamente, ao pagamento de indenização compensatória, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Alternativamente, em caso de inviabilidade do cumprimento da obrigação, o douto magistrado sentenciante condenou as demandadas, também solidariamente, ao pagamento de indenização no valor dos equipamentos e das peças referidas, tudo acrescido de juros de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, c/c correção monetária pelo IPCA-E (IBGE), a contar de janeiro/2002 (fl. 70).

Em seu arrazoado, ECS Comércio e Indústria de Informática Ltda., ora apelante, defende, em linhas gerais, a sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da demanda, argumentando que não teria celebrado qualquer contrato com a Administração.

Também apela Micro e Macros Comércio de Equipamentos de Informática Ltda., alegando, em síntese, não ser responsável pelos prejuízos sofridos pela União, responsabilidade que atribui exclusivamente à corré.

Contrarrazões da apelada às fls. 274/280.

É o relatório.

## VOTO

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

Conforme ensaiado no relatório, trata-se de recursos de apelação manejados por ECS Comércio e Indústria de Informática Ltda. e Micro e Macros Comércio de Equipamentos de Informática Ltda. em face da sentença de fls. 221/226, que condenou as rés a devolverem à União (*rectius*, TRE/PB) o computador *Pentium III*, tombado sob o número 9999, e o monitor de 15 (quinze) polegadas, tombado sob o número 9946, bem como a substituir as peças indevidamente utilizadas nos computadores *Pentium III* (tomba-

mentos TRE 10521 e 10527) por peças originais. As empresas ficaram também obrigadas, solidariamente, ao pagamento de indenização compensatória, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Alternativamente, em caso de inviabilidade do cumprimento da obrigação, o duto magistrado sentenciante condenou as demandadas, também solidariamente, ao pagamento de indenização no valor dos equipamentos e das peças referidas, tudo acrescido de juros de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, c/c correção monetária pelo IPCA-E (IBGE), a contar de janeiro/2002 (fl. 70).

De início, analiso as preliminares arguidas pela União, em contrarrazões aos recursos (fls. 274/280).

Não obstante o carimbo de protocolo ateste que a ECS Comércio e Indústria de Informática Ltda. interpôs seu apelo no dia seguinte ao *dies ad quem* do prazo ordinário dessa modalidade recursal, não se pode olvidar que o art. 191 da Lei Adjetiva Civil estabelece a contagem em dobro dos prazos quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores. Sendo este o caso dos autos, reputo tempestiva a apelação.

No tocante à alegada irregularidade na representação da mesma ré, em face da apresentação de cópia não autenticada do instrumento do mandato, melhor sorte não aguarda a apelada. É que o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que é desnecessária a autenticação das cópias de procuração e de sub-tabelecimento, haja vista a presunção de veracidade dos documentos juntados pelas partes – a quem compete, se for o caso, arguir eventual falsidade.

Nesse sentido, destaco os seguintes julgados do Tribunal da Cidadania:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL CONTRATUAL E REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PROCURAÇÃO, NÃO AUTENTICADA. PREQUESTIONAMENTO. REEXAME DE FATOS.

**- Consoante orientação sedimentada pela Corte Especial do STJ, a documentação juntada por cópia, mesmo não autenticada, goza de presunção *juris tantum* de autenticidade, cabendo à parte contrária impugná-la se for o caso.**



- Em face do disposto na Lei 4.595/64, inaplicável a limitação dos juros remuneratórios nos contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, (Súmula 596/STF), salvo nas hipóteses previstas em legislação específica.

- A comissão de permanência, limitada à taxa média dos juros de mercado, apurada pelo BACEN, e adstrita à taxa contratada para a normalidade, é devida para a inadimplência, desde que não cumulada com correção monetária, juros remuneratórios, moratórios e multa (Súmulas 30, 294 e 296/STJ).

- Agravo não provido.

(AgRg no REsp 1.092.164/MS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03/05/2012, DJe 10/05/2012, grifos acrescidos.)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE EFEITOS INFRINGENTES. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. POSSIBILIDADE. FUNGIBILIDADE DOS RECURSOS. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. QUESTÃO TRATADA EXPRESSAMENTE NO ACÓRDÃO RECORRIDO. PROCURAÇÃO. AUTENTICAÇÃO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES.

1. Improperável a alegação do recorrente de ausência de prequestionamento e dialeticidade, eis que a matéria relativa à multa do art. 475-J foi devidamente tratada pelo tribunal de origem no acórdão recorrido e suficientemente impugnada pelas razões do recurso especial.

**2. Nos termos da jurisprudência do STJ, “é desnecessária a autenticação de cópia de procuração e de substabelecimento, porquanto se presumem verdadeiros os documentos juntados aos autos pelas partes, cabendo a elas arguir a falsidade. Precedentes da Corte Especial”.** (Corte Especial, EREsp nº 725.740/PA, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 08.02.2010). Precedentes.

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento.

(EDcl no AREsp 7.365/MS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 27/03/2012, grifos acrescidos.)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SUBSTABELECIMENTO. CÓPIA. AUTENTICAÇÃO. VALIDADE.

**1. O documento juntado aos autos por cópia não autenticada é válido. Incumbe à parte contrária arguir-lhe a falsidade. Essa orientação, firmada pela Corte Especial, se aplica irrestritamente a procurações e substabelecimentos, o que afasta a aplicação da Súmula 115 ao caso concreto.**

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. REJEIÇÃO.

1. Os fundamentos do acórdão, ainda que importantes para definir o alcance do julgamento, não fazem coisa julgada (art. 469, I, CPC), nem vinculam as partes.

2. Não há obscuridade em relação a tema não tratado no julgamento embargado.

(EDcl no REsp 633.105/MG, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 14/11/2007, DJ 30/11/2007, p. 431, grifos acrescidos.)

Dessarte, rejeito as prefaciais suscitadas pela recorrida e conhecimento dos apelos.

ECS Comércio e Indústria de Informática Ltda., ora apelante, argui preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, argumentando que não contratou com a Administração, tampouco participou da licitação promovida pelo TRE/PB, de que saiu vencedora a corré Micro e Macros Comércio de Equipamentos de Informática Ltda.

Nada obstante, como salientado pelo ilustre magistrado singular, a ECS Comércio e Indústria de Informática Ltda. – cujo nome de fantasia é “Forte Informática”, consoante extrato do cadastro de fornecedores acostado à fl. 88 –, recebeu os equipamentos de informática descritos nos autos para execução de serviços de assistência técnica, nos moldes do previsto na proposta da Micro e Macros Comércio de Equipamentos de Informática Ltda., vencedora do procedimento licitatório (fl. 51). Com efeito, é evidente a aceitação tácita do encargo de devolver os equipamentos devidamente consertados, bem como o seu descumprimento pela promovida, que, ademais, devolveu-os com peças de inferior qualidade, diferentes das recebidas.

Desta feita, também deixo de acolher a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela ECS Comércio e Indústria de Informática Ltda.

Por seu turno, observo que a Micro e Macros Comércio de Equipamentos de Informática Ltda., em suas razões de apelação, buscou eximir-se da responsabilidade pelos danos causados à União, imputando-a exclusivamente à corré. Ora, foi a própria apelante que, contratando diretamente com a Administração, indicou a segunda ré para a prestação dos serviços de assistência técnica, também objeto do contrato administrativo, de modo que não pode ser excluída sua responsabilidade pela inexecução.

À luz do exposto, é de ser negado provimento aos apelos.

Com essas considerações, nego provimento às apelações, mantendo a sentença em todos os seus termos.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 550.806-SE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ EDUARDO DE MELO VILAR FILHO (CONVOCADO)  
Apelante: UNIÃO (FAZENDA NACIONAL)  
Apelado: COMERCIAL CATETE LTDA.  
Advs./Procs.: DRS. BRÁULIO AZEVEDO MODESTO ALVES (APDO.)

**EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SIMPLES. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. TERMO A QUO DA PRESCRIÇÃO. DATA DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO, QUANDO POSTERIOR AOS VENCIMENTOS DAS OBRIGAÇÕES. ENTENDIMENTO SEDIMENTADO NO STJ NO ÂMBITO DO JULGAMENTO DE RECURSOS REPETITIVOS. PROPOSITURA DO EXECUTIVO FISCAL NO LUSTRO PRESCRICIONAL APLICÁVEL. TERMO AD QUEM E A QUO DA**

**PRESCRIÇÃO. NOVO POSICIONAMENTO DO STJ, FIRMADO EM JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. APELAÇÃO DA UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) PROVIDA. CAUSA EM CONDIÇÕES DE IMEDIATO JULGAMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 515, §§ 1º E 3º, DO CPC. ALEGAÇÕES DE CERCEAMENTO DE DEFESA, DE NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO E DE IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA DO SIMPLES AFASTADAS. IMPROCEDÊNCIA DOS PLEITOS LANÇADOS NA INICIAL DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA O REGULAR PROSSEGUIMENTO DO FEITO.**

*- Trata-se de apelação da União (Fazenda Nacional) em decorrência de sentença, às fls. 49/55, que, julgando procedente pedido aduzido nos presentes embargos à execução fiscal, extinguiu o Executivo Fiscal nº 200574200009/SE, sob o fundamento da ocorrência da prescrição quinquenal, nos termos do art. 174, parágrafo único, I, do Código Tributário Nacional (CTN), c/c os arts. 219, § 5º, 269, IV, e 598, todos do Código de Processo Civil (CPC), e 1º da Lei nº 6.830/80.*

*- A apelante, às fls. 58/64v., sustentou a in ocorrência da prescrição, invocando entendimento de que o marco interruptivo da prescrição seria o ajuizamento da ação, nos termos do posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp nº 1.120.295/SP, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC). Discorreu ainda que seria aplicável ao caso o teor da Súmula nº 106 do STJ. Aduzindo ser incabível sua condenação no pagamento de custas processuais, requereu, ao final, provimento do recurso, reformando-se a sentença.*

**- Ora, é cedição que, nos casos de tributo sujeito a lançamento por homologação, caso dos presentes autos, a declaração elide a necessidade de constituição formal do crédito pelo Fisco, o qual já pode ser imediatamente inscrito em dívida ativa, tornando-se exigível independentemente de qualquer procedimento administrativo ou de notificação ao contribuinte. Tal entendimento foi consolidado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede de julgamento dos recursos repetitivos. Nessa linha, o termo a quo do prazo prescricional, na hipótese de tributo declarado e não pago, conta-se da data fixada como vencimento para o adimplemento da obrigação tributária, ou da data da entrega da respectiva declaração, quando esta for posterior ao vencimento da obrigação.**

**- In casu, a presente execução fiscal envolve a cobrança de créditos relativos a imposto (Simples), do ano-base/exercício de 2000/2001, conforme se pode verificar do Anexo 1 da CDA às fls. 04/13 do executivo fiscal, a que os presentes autos estão vinculados, tributo este sujeito a lançamento por homologação. Ora, observa-se à fl. 45 que a respectiva declaração foi entregue em 28/05/2001, ou seja, em data posterior aos respectivos vencimentos das obrigações. Logo, depreende-se que, tendo sido proposta a execução fiscal em 13/01/2005, foi observado o lustro prescricional aplicável.**

**- Por sua vez, convém salientar que o STJ, no julgamento do REsp nº 1.120.295, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, firmou novo entendimento segundo o qual “o exercício do direito de ação pelo Fisco, por intermédio de ajuizamento da execução fiscal, conjura a alegação de inação do credor, revelando-se incoerente a interpretação segundo a qual o fluxo do prazo prescricional continua a escoar-se, desde a constituição**

*definitiva do crédito tributário, até a data em que se der o despacho ordenador da citação do devedor (ou até a data em que se der a citação válida do devedor, consoante a anterior redação do inciso I do parágrafo único do artigo 174 do CTN)”. - Nesse passo, destacou o STJ, no citado julgado, que “o Codex Processual, no § 1º do artigo 219 estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, o que, na seara tributária, após as alterações promovidas pela Lei Complementar 118/2005, conduz ao entendimento de que o marco interruptivo atinente à prolação do despacho que ordena a citação do executado retroage à data do ajuizamento do feito executivo, a qual deve ser empreendida no prazo prescricional”.*

*- Na realidade, o STJ, ao assentar seu novo entendimento, aduziu que “se a interrupção retroage à data da propositura da ação, isso significa que é a propositura, e não a citação, que interrompe a prescrição. Nada mais coerente, posto que a propositura da ação representa a efetivação do direito de ação, cujo prazo prescricional perde sentido em razão do seu exercício, que será expressamente reconhecido pelo juiz no ato da citação. Nesse caso, o que ocorre é que o fator conduta, que é a omissão do direito de ação, é desqualificado pelo exercício da ação, fixando-se, assim, seu termo consumativo. Quando isso ocorre, o fator tempo torna-se irrelevante, deixando de haver um termo temporal da prescrição”.*

*- Diante disso, prestigiando-se o novel posicionamento do STJ, tem-se que “a propositura da ação constitui o dies ad quem do prazo prescricional e, simultaneamente, o termo inicial para sua recontagem sujeita às causas interruptivas previstas no artigo 174, parágrafo único, do CTN”. Consequentemente, no caso em tela, tendo sido*

**proposta a execução em 13/01/2005, nos termos do novo entendimento do STJ, acima referido, constata-se que não se operou a prescrição, especialmente quando se observa, nos autos, que a citação da parte executada ocorreu, via edital, em 2008 (fls. 22/23 do executivo fiscal), cuidando-se de nova hipótese interruptiva do lustro prescricional, nos termos do art. 174, parágrafo único, III, do CTN, conforme, inclusive, já se pronunciou o próprio STJ, em julgamento submetido ao rito dos recursos repetitivos.**

**- Por outro lado, tem-se que, nos casos de extinção do processo com julgamento do mérito, quando o(a) magistrado(a) pronunciar a decadência ou a prescrição (art. 269, IV, do CPC), o Tribunal poderá, com esteio no art. 515, parágrafos 1º e 3º, do CPC, com seus efeitos ampliados, a partir de entendimento doutrinário e jurisprudencial, julgar desde logo a lide, se a causa versar sobre questão exclusivamente de direito e estiver em condição de imediato julgamento, sem que isso acarrete a supressão do primeiro grau de jurisdição. É este o caso dos presentes autos, o que autoriza a apreciação das demais alegações suscitadas na inicial dos presentes embargos à execução fiscal, tudo em homenagem aos princípios da celeridade e economia processuais, bem como ao da duração razoável do processo.**

**- Nessa linha, verifica-se que não prosperam as alegações de cerceamento de defesa, de necessidade de instauração de processo administrativo e de impossibilidade de cobrança do simples, visto que a execução fiscal foi proposta a partir de informações prestadas pela própria parte executada, por meio de declaração, o que, como já asseverado, dispensa a necessidade de constituição formal do crédito pelo Fisco, o qual já pode ser imediatamente inscrito em dívida ativa, tornando-se exigível independentemente de qual-**

***quer procedimento administrativo ou de notificação ao contribuinte. Assim, caindo por terra os demais pontos suscitados na inicial dos presentes embargos à execução fiscal, deve o executivo fiscal regularmente prosseguir.***

***- Precedentes do STJ e desta Corte.***

***- Apelação da União (Fazenda Nacional) provida para afastar a prescrição quinquenal. Aplicação do art. 515, §§ 1º e 3º, do CPC, para julgar improcedentes os pedidos formulados nos presentes embargos à execução fiscal. Retorno dos autos à origem para o regular prosseguimento do feito.***

## **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 e, nos termos do art. 515, §§ 1º e 3º, do CPC, julgar improcedentes os pedidos aduzidos nos embargos à execução fiscal, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 22 de janeiro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ EDUARDO DE MELO  
VILAR FILHO - Relator Convocado

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ EDUARDO DE MELO VILAR FILHO (Convocado):

Trata-se de apelação da União (Fazenda Nacional) em decorrência de sentença, às fls. 49/55, que, julgando procedente pedido aduzido nos presentes embargos à execução fiscal, extinguiu o Executivo Fiscal nº 200574200009/SE, sob o fundamento da ocorrência da prescrição quinquenal, nos termos do art. 174, parágrafo único, I, do Código Tributário Nacional (CTN), c/c os arts. 219, § 5º, 269, IV, e 598, todos do Código de Processo Civil (CPC), e 1º da Lei nº 6.830/80.

A apelante, às fls. 58/64v., sustentou a inoccorrência da pres-



crição, invocando entendimento de que o marco interruptivo da prescrição seria o ajuizamento da ação, nos termos do posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp nº 1.120.295/SP, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC). Discorreu ainda que seria aplicável ao caso o teor da Súmula nº 106 do STJ. Aduzindo ser incabível sua condenação no pagamento de custas processuais, requereu, ao final, provimento do recurso, reformando-se a sentença.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ EDUARDO DE MELO VILAR FILHO (Relator Convocado):

Ora, é cediço que, nos casos de tributo sujeito a lançamento por homologação, caso dos presentes autos, a declaração elide a necessidade de constituição formal do crédito pelo Fisco, o qual já pode ser imediatamente inscrito em dívida ativa, tornando-se exigível independentemente de qualquer procedimento administrativo ou de notificação ao contribuinte. Tal entendimento foi consolidado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede de julgamento dos recursos repetitivos. Nessa linha, o termo *a quo* do prazo prescricional, na hipótese de tributo declarado e não pago, conta-se da data fixada como vencimento para o adimplemento da obrigação tributária, ou da data da entrega da respectiva declaração, quando esta for posterior ao vencimento da obrigação.

*In casu*, a presente execução fiscal envolve a cobrança de créditos relativos a imposto (Simples), do ano-base/exercício de 2000/2001, conforme se pode verificar do Anexo 1 da CDA às fls. 04/13 do executivo fiscal, a que os presentes autos estão vinculados, tributo este sujeito a lançamento por homologação. Ora, observa-se à fl. 45 que a respectiva declaração foi entregue em 28/05/2001, ou seja, em data posterior aos respectivos vencimentos das obrigações. Logo, depreende-se que, tendo sido proposta a execução fiscal em 13/01/2005, foi observado o lustro prescricional aplicável.

Por sua vez, convém salientar que o STJ, no julgamento do REsp nº 1.120.295, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, firmou novo entendimento segundo o qual “o exercício do direito de ação pelo Fisco, por intermédio de ajuizamento da execução fiscal, conjura a alegação de inação do credor, revelando-se incoerente a interpretação segundo a qual o fluxo do prazo prescricional continua a escoar-se, desde a constituição definitiva do crédito tributário, até a data em que se der o despacho ordenador da citação do devedor (ou até a data em que se der a citação válida do devedor, consoante a anterior redação do inciso I do parágrafo único do artigo 174 do CTN)”.

Nesse passo, destacou o STJ, no citado julgado, que “o *Codex Processual*, no § 1º do artigo 219, estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, o que, na seara tributária, após as alterações promovidas pela Lei Complementar 118/2005, conduz ao entendimento de que o marco interruptivo atinente à prolação do despacho que ordena a citação do executado retroage à data do ajuizamento do feito executivo, a qual deve ser empreendida no prazo prescricional”.

Na realidade, o STJ, ao assentar seu novo entendimento, aduziu que “se a interrupção retroage à data da propositura da ação, isso significa que é a propositura, e não a citação, que interrompe a prescrição. Nada mais coerente, posto que a propositura da ação representa a efetivação do direito de ação, cujo prazo prescricional perde sentido em razão do seu exercício, que será expressamente reconhecido pelo juiz no ato da citação. Nesse caso, o que ocorre é que o fator conduta, que é a omissão do direito de ação, é desqualificado pelo exercício da ação, fixando-se, assim, seu termo consumativo. Quando isso ocorre, o fator tempo torna-se irrelevante, deixando de haver um termo temporal da prescrição”.

Diante disso, prestigiando-se o novel posicionamento do STJ, tem-se que “a propositura da ação constitui o *dies ad quem* do prazo prescricional e, simultaneamente, o termo inicial para sua recontagem sujeita às causas interruptivas previstas no artigo 174, parágrafo único, do CTN”. Conseqüentemente, no caso em tela, tendo sido proposta a execução em 13/01/2005, nos termos do novo entendimento do STJ, acima referido, constata-se que não

se operou a prescrição, especialmente quando se observa, nos autos, que a citação da parte executada ocorreu, via edital, em 2008 (fls. 22/23, do executivo fiscal), cuidando-se de nova hipótese interruptiva do lustro prescricional, nos termos do art. 174, parágrafo único, III, do CTN, conforme, inclusive, já se pronunciou o próprio STJ, em julgamento submetido ao rito dos recursos repetitivos.

Por outro lado, tem-se que, nos casos de extinção do processo com julgamento do mérito, quando o(a) magistrado(a) pronunciar a decadência ou a prescrição (art. 269, IV, do CPC), o Tribunal poderá, com esteio no art. 515, parágrafos 1º e 3º, do CPC, com seus efeitos ampliados, a partir de entendimento doutrinário e jurisprudencial, julgar desde logo a lide, se a causa versar sobre questão exclusivamente de direito e estiver em condição de imediato julgamento, sem que isso acarrete a supressão do primeiro grau de jurisdição. É este o caso dos presentes autos, o que autoriza a apreciação das demais alegações suscitadas na inicial dos presentes embargos à execução fiscal, tudo em homenagem aos princípios da celeridade e economia processuais, bem como ao da duração razoável do processo.

Nessa linha, verifica-se que não prosperam as alegações de cerceamento de defesa, de necessidade de instauração de processo administrativo e de impossibilidade de cobrança do simples, visto que a execução fiscal foi proposta a partir de informações prestadas pela própria parte executada, por meio de declaração, o que, como já asseverado, dispensa a necessidade de constituição formal do crédito pelo Fisco, o qual já pode ser imediatamente inscrito em dívida ativa, tornando-se exigível independentemente de qualquer procedimento administrativo ou de notificação ao contribuinte. Assim, caindo por terra os demais pontos suscitados na inicial dos presentes embargos à execução fiscal, deve o executivo fiscal regularmente prosseguir.

Sobre a matéria, ganham relevo os seguintes arestos, aplicáveis, por semelhança, ao vertente feito:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO

DA PRETENSÃO DE O FISCO COBRAR JUDICIALMENTE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TRIBUTU SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO POR ATO DE FORMALIZAÇÃO PRATICADO PELO CONTRIBUINTE (*IN CASU*, DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS). PAGAMENTO DO TRIBUTU DECLARADO. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECLARADA. PECULIARIDADE: DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS QUE NÃO PREVÊ DATA POSTERIOR DE VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL, UMA VEZ JÁ DECORRIDO O PRAZO PARA PAGAMENTO. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL A PARTIR DA DATA DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO.

1. O prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (mediante DCTF, GIA, entre outros), nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que, não obstante cumprido o dever instrumental de declaração da exação devida, não restou adimplida a obrigação principal (pagamento antecipado), nem sobreveio quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 658.138/PR, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, julgado em 14.10.2009, *DJe* 09.11.2009; REsp 850.423/SP, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 28.11.2007, *DJ* 07.02.2008; e AgRg nos EREsp 638.069/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 25.05.2005, *DJ* 13.06.2005).

2. A prescrição, causa extintiva do crédito tributário, resta assim regulada pelo artigo 174 do Código Tributário Nacional, *verbis*: “Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva. Parágrafo único. A prescrição se interrompe: I - pela citação pessoal feita ao devedor; I - pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005) II - pelo protesto judicial; III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor”.

3. A constituição definitiva do crédito tributário, sujeita à decadência, inaugura o decurso do prazo prescricional quinzenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário.
4. A entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação), é modo de constituição do crédito tributário, dispensando a Fazenda Pública de qualquer outra providência conducente à formalização do valor declarado (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C do CPC: REsp 962.379/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.10.2008, *DJe* 28.10.2008).
5. O aludido entendimento jurisprudencial culminou na edição da Súmula 436/STJ, *verbis*: "A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco".
6. Consequentemente, o *dies a quo* do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data do vencimento da obrigação tributária expressamente reconhecida.
7. *In casu*: (i) cuida-se de créditos tributários atinentes a IRPJ (tributo sujeito a lançamento por homologação) do ano-base de 1996, calculado com base no lucro presumido da pessoa jurídica; (ii) o contribuinte apresentou declaração de rendimentos em 30.04.1997, sem proceder aos pagamentos mensais do tributo no ano anterior; e (iii) a ação executiva fiscal foi proposta em 05.03.2002.
8. Deveras, o imposto sobre a renda das pessoas jurídicas, independentemente da forma de tributação (lucro real, presumido ou arbitrado), é devido mensalmente, à medida que os lucros forem auferidos (Lei 8.541/92 e Regulamento do Imposto de Renda vigente à época - Decreto 1.041/94).
9. De acordo com a Lei 8.981/95, as pessoas jurídicas, para fins de imposto de renda, são obrigadas a apresentar, até o último dia útil do mês de março, declaração de rendimentos demonstrando os resultados auferidos no ano-calandário anterior (artigo 56).

10. Assim sendo, não procede a argumentação da empresa, no sentido de que: (i) “a declaração de rendimentos ano-base de 1996 é entregue no ano de 1996, em cada mês que se realiza o pagamento, e não em 1997”; e (ii) “o que é entregue no ano seguinte, no caso, 1997, é a Declaração de Ajuste Anual, que não tem efeitos jurídicos para fins de início da contagem do prazo seja decadencial, seja prescricional”, sendo certo que “o Ajuste Anual somente tem a função de apurar crédito ou débito em relação ao Fisco.” (fls. e-STJ 75/76).

11. Vislumbra-se, portanto, peculiaridade no caso *sub examine*, uma vez que a declaração de rendimentos entregue no final de abril de 1997 versa sobre tributo que já deveria ter sido pago no ano-calendário anterior, inexistindo obrigação legal de declaração prévia a cada mês de recolhimento, consoante se depreende do seguinte excerto do acórdão regional: “Assim, conforme se extrai dos autos, a formalização dos créditos tributários em questão se deu com a entrega da Declaração de Rendimentos pelo contribuinte que, apesar de declarar os débitos, não procedeu ao devido recolhimento dos mesmos, com vencimentos ocorridos entre fevereiro/1996 a janeiro/1997 (fls. 37/44)”.

12. Consequentemente, o prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial da exação declarada, *in casu*, iniciou-se na data da apresentação do aludido documento, vale dizer, em 30.04.1997, escoando-se em 30.04.2002, não se revelando prescritos os créditos tributários na época em que ajuizada a ação (05.03.2002).

**13. Outrossim, o exercício do direito de ação pelo Fisco, por intermédio de ajuizamento da execução fiscal, conjura a alegação de inação do credor, revelando-se incoerente a interpretação segundo a qual o fluxo do prazo prescricional continua a escoar-se, desde a constituição definitiva do crédito tributário, até a data em que se der o despacho ordenador da citação do devedor (ou até a data em que se der a citação válida do devedor, consoante a anterior redação do inciso I do parágrafo único do artigo 174 do CTN).**

**14. O Codex Processual, no § 1º do artigo 219, estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, o que, na seara tributária, após as alterações promovidas**

pela Lei Complementar 118/2005, conduz ao entendimento de que o marco interruptivo atinente à prolação do despacho que ordena a citação do executado retroage à data do ajuizamento do feito executivo, a qual deve ser empreendida no prazo prescricional.

15. A doutrina abalizada é no sentido de que: “Para Câmara Leal, como a prescrição decorre do não exercício do direito de ação, o exercício da ação impõe a interrupção do prazo de prescrição e faz que a ação perca a ‘possibilidade de reviver’, pois não há sentido *a priori* em fazer reviver algo que já foi vivido (exercício da ação) e encontra-se em seu pleno exercício (processo). Ou seja, o exercício do direito de ação faz cessar a prescrição. Aliás, esse é também o diretivo do Código de Processo Civil: ‘Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição. § 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação’. **Se a interrupção retroage à data da propositura da ação, isso significa que é a propositura, e não a citação, que interrompe a prescrição. Nada mais coerente, posto que a propositura da ação representa a efetivação do direito de ação, cujo prazo prescricional perde sentido em razão do seu exercício, que será expressamente reconhecido pelo juiz no ato da citação. Nesse caso, o que ocorre é que o fator conduta, que é a omissão do direito de ação, é desqualificado pelo exercício da ação, fixando-se, assim, seu termo consumativo. Quando isso ocorre, o fator tempo torna-se irrelevante, deixando de haver um termo temporal da prescrição”.** (Eurico Marcos Diniz de Santi, *in* “Decadência e Prescrição no Direito Tributário”, 3ª ed., Ed. Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 232/233)

**16. Destarte, a propositura da ação constitui o *dies ad quem* do prazo prescricional e, simultaneamente, o termo inicial para sua recontagem sujeita às causas interruptivas previstas no artigo 174, parágrafo único, do CTN.**

17. Outrossim, é certo que “incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora

imputável exclusivamente ao serviço judiciário” (artigo 219, § 2º, do CPC).

18. Consequentemente, tendo em vista que o exercício do direito de ação deu-se em 05.03.2002, antes de escoado o lapso quinquenal (30.04.2002), iniciado com a entrega da declaração de rendimentos (30.04.1997), não se revela prescrita a pretensão executiva fiscal, ainda que o despacho inicial e a citação do devedor tenham sobrevivido em junho de 2002.

19. Recurso especial provido, determinando-se o prosseguimento da execução fiscal. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (Negrito não original)

(STJ - REsp - Recurso Especial - 1.120.295 - Relator(a): Min. Luiz Fux - Órgão julgador: Primeira Seção - DJE: 21/05/2010 - Decisão: Unânime)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DCTF. PRESCRIÇÃO. DECLARAÇÃO RETIFICADORA. ARTIGO 174, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DO CTN. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO QUE NÃO SE APLICA À ESPÉCIE.

1. A exequente sustenta que o contribuinte entregou a DCTF em 13/6/2000, sendo objeto de retificação em 1º/7/2003, momento em que defende que houve a interrupção do prazo prescricional, nos termos do artigo 174, IV, do CTN.

**2. A Primeira Seção do STJ, em sede de recurso especial repetitivo (art. 543-C do CPC), consolidou o entendimento de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a apresentação de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei, é suficiente para a cobrança dos valores nela declarados, dispensando-se qualquer outra providência por parte do Fisco. REsp 962.379/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 22/10/2008, DJe 28/10/2008.**

3. Na hipótese de entrega de declaração retificadora com constituição de créditos não declarados na original, não estaria a se falar de prescrição, mas do instituto da decadência, pois estaria a se discutir o prazo para o contribuinte constituir aquele saldo remanescente que não constou



quando da entrega da declaração originária. Importa registrar que ainda na hipótese de lançamento suplementar pelo Fisco estaria a se discutir o momento da constituição do crédito e, portanto, de prazo decadencial.

4. Ocorre que não há reconhecimento de débito tributário pela simples entrega de declaração retificadora, pois o contribuinte já reconheceu os valores constantes na declaração original, quando constituiu o crédito tributário. A declaração retificadora, tão somente, corrigiu equívocos formais da declaração anterior, não havendo que se falar em aplicação do artigo 174, parágrafo único, IV, do CTN.

5. Recurso não provido. (Negrito não original)

(STJ - REsp - Recurso Especial - 1.167.677 - Relator(a): Min. Benedito Gonçalves - Órgão julgador: Primeira Turma - DJE: 29/06/2010 - Decisão: Unânime)

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO BACEN. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E ULTERIOR DECLARAÇÃO DE FALÊNCIA. PREJUÍZOS CAUSADOS A INVESTIDOR. ALEGADA OMISSÃO DA AUTARQUIA FEDERAL NA FISCALIZAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Não viola os arts. 131, 458 e 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. É desnecessária a intimação da parte embargada para responder a embargos declaratórios quando seu acolhimento destinar-se apenas a suprir omissão, contradição ou obscuridade, e não à atribuição de efeitos infringentes. Destarte, considerando que não houve a atribuição de efeitos modificativos aos declaratórios, mas apenas foi sanada a omissão relativamente à condenação nos ônus sucumbenciais, a ausência de intimação do embargado não enseja nenhuma nulidade no processo.

**3. A Corte Especial, no julgamento do REsp 274.736/DF, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros (DJ de 1º.9.2003), consagrou entendimento no sentido de que não configura supressão de instância o fato de o Tribunal *ad quem*, no julgamento da apelação, após afastar o implemento do prazo prescricional – que é fundamento para a extinção do processo com resolução de mérito –, passar a apreciar direta-**

mente o mérito da lide, quando a causa for exclusivamente de direito e estiver devidamente instruída. Isso, porque “o § 1º do Art. 515 é suficientemente claro, ao dizer que devem ser apreciadas pelo tribunal de segundo grau todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro”. Assim, “se o Tribunal *ad quem* afasta a prescrição, deve prosseguir no julgamento da causa”. Desse modo, a autorização para o afastamento da prescrição e posterior julgamento do mérito da demanda pelo Tribunal *ad quem*, em sede de apelação, decorre do disposto no § 1º do art. 515 do CPC e não de seu § 3º, tendo em vista que a apelação devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada, inclusive a apreciação e o julgamento de “todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro”.

4. Não é necessário pedido expresso da parte interessada no sentido do julgamento do mérito da demanda, após o afastamento de causa extintiva do processo, mormente porque o Tribunal de origem estava autorizado, em sede de apelação, a julgar o mérito da causa, ainda que a sentença não a tenha julgado por inteiro (art. 515, § 1º, do CPC).

5. No mérito, esta Corte de Justiça possui orientação no sentido de que, “antes de concluído o processo de liquidação, falta interesse processual aos investidores para acionar judicialmente o Banco Central do Brasil para fins de indenização por danos decorrentes de deficiência de sua fiscalização, daquela instituição financeira” (AgRg nos EDv nos EREsp 116.826/MG, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 18.9.2006). Entretanto, na hipótese dos autos, houve a decretação da falência do Grupo Coroa S/A, e, portanto, já foi ultrapassada a fase de liquidação extrajudicial, de maneira que está caracterizado o interesse de agir do ora recorrente.

6. O BACEN não deve indenizar os prejuízos de investimentos de risco decorrentes da má administração de instituição financeira, na medida em que o Estado disciplina o mercado, exerce a fiscalização, mas não pode ser responsabilizado pelo prejuízo de investidores. Nesse tópico, “o STJ, em casos análogos, assentou posicionamento no

sentido da inexistência de nexos de causalidade entre a eventual falta ou deficiência de fiscalização por parte do Banco Central do Brasil e o dano causado a investidores em decorrência da quebra de instituição financeira” (REsp 647.552/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJE de 2.6.2008).

7. Recurso especial desprovido. (Negrito não original) (STJ - REsp - Recurso Especial - 1102897 - Relator(a): Min<sup>a</sup>. Denise Arruda - Órgão julgador: Primeira Turma - DJE: 05/08/2009 - Decisão: Unânime)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ENTREGA DE DCTF. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

**1. Ação em que o eg. Superior Tribunal de Justiça determinou o retorno dos autos a esta Corte, a fim de que o feito seja julgado à luz do entendimento firmado no REsp nº 1.120.295/SP, submetido ao regime dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC).**

**2. A orientação ali consolidada é no sentido de que, tratando-se de tributos sujeitos a lançamento por homologação, declarados e não pagos, a entrega da DCTF pelo contribuinte, ou de outra declaração dessa natureza prevista em lei, elide a necessidade de constituição formal do débito, o qual pode ser imediatamente inscrito em dívida ativa independentemente de procedimento administrativo ou de notificação.**

3. Hipótese em que, ao ser computado o prazo de cinco anos a contar da DCTF (28/05/98), infere-se que não ocorreu a prescrição, uma vez que o executivo fiscal foi ajuizado em 19/12/02, devendo ele prosseguir.

4. Apelação e remessa oficial providas. Sentença anulada. Retorno dos autos ao Juízo de origem para o regular processamento do feito. (Negrito não original)

(TRF 5ª REGIÃO - AC 439.665 - Relator(a): Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho (Convocado) - Órgão julgador: Terceira Turma - DJE: 18/10/2012, página: 630 - Decisão: Unânime)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. REJEIÇÃO À EXECUÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. MANUTENÇÃO.

**1. A jurisprudência do STJ firmou o entendimento 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.**

**2. Assim, o termo inicial para fins de contagem do lustro prescricional, nos casos de tributo declarado e não pago, é a data do vencimento da obrigação, uma vez que entre a data da entrega da declaração e a do seu vencimento o Fisco não poderá cobrar o tributo declarado e, portanto, não deve fluir o prazo da prescrição, salvo nos casos em que a data de entrega da declaração for posterior ao do vencimento, hipótese em que, só a partir daí, será iniciada a contagem da prescrição.**

3. No caso dos autos, deve ser considerada, para fins de contagem da prescrição, a data da entrega da declaração (30/04/1997), uma vez que posterior às datas de vencimento (de 03/1996 a 01/1997).

4. Assim, considerando que a data da entrega da declaração ocorreu em 30/04/97, e tendo a execução fiscal sido ajuizada em 26/04/2001, tendo em vista que, a teor do art. 219, parágrafo 1º, do CPC, a citação válida interrompe a prescrição e retroage à data da propositura da ação, infere-se que o lapso prescricional quinquenal a que se refere o art. 174 do CTN não restou configurado.

5. Ademais, o cumprimento tardio do mandado citatório não é fato imputável ao credor-exequente, quando este tenha ajuizado a execução fiscal no prazo legal, razão por que cabível a aplicação ao caso a Súmula 106 do STJ.

6. Hipótese na qual a análise do andamento da demanda não revela inércia nem desídia do exequente, que compareceu aos autos atendendo a todas as intimações judiciais, inclusive para pedir a citação do sócio corresponsável da empresa executada, em virtude de não ter sido esta localizada em sua sede.

7. Destarte, não pode ser atribuída à exequente a alegada demora na citação, que só ocorreu no dia 17/08/2007, em nome do sócio corresponsável, ora agravante, após a execução ter sido para ele redirecionada em virtude da não localização da empresa, com a devolução do respectivo mandado, em 17/10/2006.

8. Agravo ao qual se nega provimento. (Negrito não original)

(TRF 5ª REGIÃO - AG - Agravo de Instrumento - 100.641 - Relator(a): Des. Federal Francisco Cavalcanti - Órgão julgador: Primeira Turma - DJE: 25/02/2011, página: 231 - Decisão: Unânime)

Ante o exposto, dá-se provimento à apelação da União (Fazenda Nacional) para afastar a prescrição quinquenal, e, com base no art. 515, §§ 1º e 3º, do CPC, julgam-se improcedentes os pedidos formulados nos presentes embargos à execução fiscal, determinando-se o retorno dos autos à origem para o regular prosseguimento do executivo fiscal.

É o voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 551.319-RN**

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI  
Apelante: RAIMUNDO PAULINO DE LIMA  
Apelados: UNIÃO, ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE E MUNICÍPIO DE NATAL (RN)  
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
Advs./Procs.: DRS. ERICK ALVES PESSOA E OUTROS

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

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

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

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

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

**- No presente caso, o autor/apelante, octagenário, assistido pela Defensoria Pública da União, busca o provimento de urgência para o fornecimento do medicamento Forteo (Teriparatida), para paciente portador de osteoporose severa, objetivando a melhoria de sua qualidade de vida, com a redução dos efeitos danosos da doença. Nestes casos, cabe ao Poder Público, através do SUS, realizar o tratamento necessário, com o fornecimento da medicação indicada pelo médico responsável pelo paciente, a fim de que seja observado seu direito à vida.**

**- Inexistência de violação à separação de poderes, uma vez que a atuação do Poder Judiciário no controle do processo administrativo se circunscreve ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato atacado, sendo-lhe vedada qualquer incursão no mérito administrativo.**

**- Segundo laudo médico do reumatologista que acompanha o paciente, o Forteo é o único medicamento que age estimulando a formação óssea, enquanto que o SUS - Sistema Único de Saúde dispõe apenas de agentes que diminuem a reabsorção óssea, estes não indicados para o caso do autor/apelante, tendo em vista que o mesmo já apresenta uma massa óssea bastante comprometida. Também consta densitometria óssea, onde se constata, pelo exame realizado mediante análise de feixes energéticos, que o recorrente sofre de osteoporose.**

**- Demonstrada nos autos a gravidade e a urgência de um provimento que lhe assegure tratamento para a enfermidade de que é portador, pelos exames e laudos médicos que comprovam a necessidade e a adequação dos fármacos requeridos, inclusive, em face da indicação de marca específica, vez que, conforme a própria Secretária de Saúde do Rio Grande do Norte, o medicamento Forteo não é contemplado em nenhum programa do SUS.**

**- Os medicamentos disponíveis no referido Sistema, ao seu turno, são apenas agentes que diminuem a reabsorção óssea, não sendo estes indicados para o caso do autor/apelante, tendo em vista que o paciente já apresenta uma massa óssea bastante comprometida. Demonstrada a ausência de equivalente funcional adequado a substituir o prescrito pelo médico.**

**- Cabível a antecipação de tutela, nos termos do art. 273 do CPC.**

**- *Apelação provida, concedendo a tutela antecipada, para determinar que a parte ré conceda o medicamento Forteo (Teriparatida) ao apelante, de forma solidária, na quantidade e pelo tempo necessário para o tratamento, através da Secretaria de Saúde do Estado. Inversão da sucumbência.***

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 12 de março de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI  
- Relatora

## **RELATÓRIO**

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Cuida-se de apelação de sentença que julgou improcedente o pedido, condenando a parte autora no pagamento de honorários advocatícios, fixados em quinhentos reais, com execução suspensa em razão da condição de beneficiário da Justiça Gratuita. O pleito da inicial refere-se ao fornecimento de 24 caixas do medicamento Forteo (Teriparatida) para tratar doença da qual é portadora (osteoporose severa), tendo o MM. Juiz *a quo* destacado que o SUS disponibiliza tratamentos alternativos à referida enfermidade.

Em suas razões de fls. 231/236, a parte autora suscita, preliminarmente, a existência de nulidade da sentença, tendo em vista que foi proferida por magistrado que atuou no processo anteriormente, então nesta egrégia Corte, em decisão liminar e quando do julgamento do mérito de agravo de instrumento (AGTR 123.289 RN) proposto contra o indeferimento da antecipação da tutela. No mé-



rito, ressalta para a necessidade do fármaco lastreada em induvidosa prescrição médica nesse sentido. Pugna pela antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Após contrarrazões, subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

É o relatório.

Peço inclusão do feito em pauta para julgamento.

### **VOTO**

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

De início, destaco que não existe o alegado impedimento, frente ao disposto no artigo 134, inciso III, do CPC (É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão).

Como visto, exige-se para a configuração do impedimento que tenha o magistrado proferido sentença ou decisão em Primeiro Grau de Jurisdição, e não a situação inversa, como a dos autos.

Conforme relatado, o MM. Juiz *a quo* indeferiu o pedido pelo qual o autor/apelante pretende sejam a União, o Estado do Rio Grande do Norte e o Município de Natal compelidos a lhe fornecer o fármaco Forteo (Teriparatida), destinado a tratamento da osteoporose severa de que é acometido.

Em suas razões recursais, o autor defende a reforma da decisão, argumentando existirem nos autos atestados e laudos médicos precisos e conclusivos quanto à necessidade específica do medicamento, e que também apontariam a impossibilidade de se submeter a tratamento fornecidos pelo SUS.

No caso, a presença do requisito da urgência decorre exatamente do fato de se cuidar de pedido de tratamento farmacológico destinado ao controle e tratamento de doença alegadamente grave.

No que concerne à relevância da fundamentação, apreciando mais detidamente as provas colacionadas, penso que se mostra

razoável o argumento da parte autora/apelante quanto à necessidade de fornecimento de medicamento determinado, posto que, conforme informam os autos, os medicamentos cobertos pelo SUS para tratar do seu problema de saúde não se mostram suficientemente eficazes.

De acordo com relatório/laudo médico firmado à fl. 28, pelo Dr. Bruno César C. dos Anjos, CRM/RN 4458, o autor/apelante, aos oitenta anos, padece de osteoporose avançada severa, CID- M 81, e “com fratura traumática do fêmur esquerdo há cerca de dois anos”, e, ainda, que a densitometria óssea evidencia grande perda de massa óssea, sendo necessária droga pró-formadora para recuperar massa óssea e evitar novas fraturas. Também às fls. 31/33 dos autos, consta densitometria óssea, rubricada pelo Dr. Leonardo Bernardo Bezerra, CRM 4456, onde se constata pelo exame realizado mediante análise de feixes energéticos que o autor/recorrente sofre de osteoporose.

Além disso, consta dos autos, informação do Reumatologista, Dr. Bruno César C. dos Anjos, CRM/RN 4458, que destaca que o Forteo é o único medicamento que age estimulando a formação óssea, enquanto que o SUS - Sistema Único de Saúde dispõe apenas de agentes que diminuem a reabsorção óssea (alendronato de sódio, raloxifeno), estes não indicados para o caso do autor/apelante, tendo em vista que o paciente já apresenta uma massa óssea bastante comprometida.

Portanto, considero demonstrada a gravidade e a urgência de um provimento que lhe assegure tratamento para a enfermidade de que é portador o autor/apelante, pelos, exames e laudos médicos que comprovam a necessidade e a adequação do fármaco requerido, inclusive, em face da indicação de marca específica, porquanto conforme Ofício nº 0896/2011/GS-SESAP, da Secretaria de Saúde do Rio Grande do Norte, fl. 72, o medicamento Forteo *não é contemplado em nenhum programa do SUS.*

Com efeito, o Termo de Declaração da Secretaria de Saúde do Estado (fl. 73) não indica nenhum medicamento que poderia substituir o prescrito pelo médico, que, como visto, afirma que a parte autora/apelante não responde a antirreabsortivos orais (risendronato, calcitriol, calcitonina e pemidronato) oferecido pelo re-

ferido SUS. Nesse sentido, entendendo demonstrada a ausência de equivalente funcional adequado.

Note-se que as contrarrazões apresentadas pelo Estado e pela União não refutaram o estado de saúde do paciente, nem juntaram laudo médico que comprovasse ser aplicável tratamento diverso a paciente nas condições da parte autora/apelante.

Destaco que, comprovada a existência da necessidade de fornecimento do medicamento solicitado pela parte autora, cabe ao Poder Judiciário garantir o seu fornecimento, em respeito ao princípio da legalidade. Em especial quando se trata de idoso, que tem assegurada proteção por disposição constitucional, e pela legislação específica infraconstitucional, qual seja, o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003).

Outro não tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. ESTATUTO DO IDOSO. DIREITO À SAÚDE.

1. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com pedido de tutela antecipada, objetivando que o Estado do Rio Grande do Sul fornecesse medicamento a pessoa idosa, sob pena de multa diária.

2. Recurso especial interposto contra acórdão que decidiu pela ilegitimidade ativa do Ministério Público para pleitear, via ação civil pública, em favor de menor, o fornecimento de medicamento.

3. Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

4. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37 da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a ação popular, a ação civil pública e o man-

dado de segurança coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

5. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a *fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.

6. *Legitimatío ad causam* do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis.

7. **Sob esse enfoque, se destaca a Constituição Federal no art. 230: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.** Consequentemente, a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatíveis com sua finalidade institucional (CF, arts. 127 e 129).

8. **O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto do Idoso, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.**

9. Outrossim, o art. 74, inc. III, da Lei 10.741/2003 revela a autorização legal a que se refere o art. 6º do CPC, configurando a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como “substituição processual”.

10. Impõe-se ressaltar que a jurisprudência hodierna do e. STJ admite ação individual capitaneada pelo MP (Precedentes: REsp 688.052 / RS, Ministro Humberto Martins, DJ 17.08.2006; REsp 822.712 / RS, Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 17.04.2006; REsp 819.010 / SP, Ministro José Delgado, DJ 02.05.2006).

11. O direito à saúde assegurado ao idoso é consagrado em norma constitucional reproduzida nos arts. 2º, 3º e 15, § 2º, do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), senão vejamos: Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por

lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. (...) **Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde - SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos. § 1º (...) § 2º Incumbe ao Poder Público fornecer aos idosos, gratuitamente, medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.**

12. Recurso especial provido para reconhecer a legitimidade de ativa do Ministério Público Estadual.

(REsp 851.174/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ 20/11/2006) - Grifos nossos.

Quanto à legitimidade da União para também figurar no polo passivo da demanda, bem como o custo para o sistema em proporcionar tais medidas por força de decisões judiciais, trago à colação precedente deste egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que tomo por razões de decidir, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. TRATAMENTO DE MOLÉSTIA GRAVE. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, ESTADO E MUNICÍPIO. PRECEDENTE DA SUPREMA CORTE. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DEVER CONSTITUCIONAL E LEGAL. OBRIGATORIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS DE PROVER AS CONDIÇÕES NECESSÁRIAS PARA O TRATAMENTO. HONORÁRIOS SUBSIDIÁRIOS. MAJORAÇÃO.

1. Remessa oficial e de apelações interpostas contra a sentença *a quo*, que ratificou a liminar antes concedida e determinou à União, ao Estado da Paraíba e ao Município de Campina Grande-PB que disponibilizassem a manutenção definitiva do fornecimento do medicamento Temodal (princípio ativo temozolomida, em cápsulas) para os pacientes com câncer associados ao GAPO, na FAP em hospital da cidade de Campina Grande (PB) que ofereça tais serviços pelo SUS, sob pena de incidência de multa diária no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), para cada um dos réus.

**2. A União, o Estado, o Distrito Federal e os Municípios são responsáveis solidários pela saúde e, como tais, legitimados passivos nas demandas movidas contra o SUS, especificamente quanto à assistência na área de saúde. Precedente da Suprema Corte, no julgamento da SL 47 AGR/PE.**

**3. Mencione-se que, se os valores da medicação, orçados em torno de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) uma caixa com 5 (cinco) comprimidos, são de custo elevado para tais entes da federação, o que dizer para o cidadão que precisa deles, que, não possuindo condições financeiras para arcar com o tratamento, deposita em tais medicamentos a única esperança de vida/sobrevida.**

4. Dessa forma, são evidentes, ante o risco de morte/piora das condições de vida de referidos pacientes oncológicos, a gravidade da patologia discutida e a necessidade de urgente fornecimento do fármaco prescrito pelo especialista responsável pelo tratamento.

5. No caso concreto, deve-se levar em consideração da aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana, o reconhecimento constitucional do direito à vida e o posicionamento jurisprudencial das cortes superiores, favoráveis aos argumentos da parte autora.

6. O direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana é garantido constitucionalmente, sendo dever do Estado em qualquer esfera, seja federal, estadual e municipal, adotar medidas para a sua garantia.

7. A jurisprudência nacional é pacífica no sentido de que o direito à saúde é líquido e certo, sendo exigível em juízo por não ser um mero enunciado programático. Assim, verifica-se que a decisão recorrida pautou-se pelo reconheci-

mento do direito da paciente ao respectivo tratamento e à obrigatoriedade dos entes federativos de prover as condições necessárias para tanto, haja vista o dever público constitucional, a integralidade da cobertura e o acesso universal e igualitário.

8. A Constituição Federal erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado, tratando-a como direito público subjetivo e como um dever político-constitucional. Isto representa fator que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe ao poder público o dever de socorrer os seus cidadãos, qualquer que seja a dimensão institucional em que este atue no plano de nossa organização federativa. Nesse contexto, incide sobre todos os entes da federação a obrigação de tornar efetiva, em favor das pessoas e das comunidades, medidas preventivas e de recuperação que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve o artigo 196 da Carta Magna.

9. Não merece respaldo, também, alegação do ente federal de quebra de isonomia e ponderação de interesses entre a saúde individual e coletiva, no fato de se fornecer a referida medicação a caso específico, bem como o custo para o sistema em proporcionar tais medidas por força de decisões judiciais. Trata-se de situação limite, onde está em jogo o direito à vida e à dignidade de se obter um tratamento que lhe assegure condições mínimas de sobrevivência, em razão do quadro clínico dos autores, já tão precário. o judiciário não pode amparar a pretensão dos réus em negar tal direito, na situação específica dos autos, que, inclusive, observa critérios de isonomia condição de fornecer a tutela àquele que mais necessita.

10. Verifica-se que o mandamento da lei consiste na utilização da equidade do magistrado para decidir a fixação da verba honorária em consonância com as alíneas a, b e c do parágrafo 3º, considerados como fatores objetivos o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para seu serviço. nestes moldes, constata-se existência de flexibilidade e discricionariedade atribuída pela norma ao julgador, porém com os liames estabelecidos pela razoabilidade e proporcionalidade. Deste modo, deve o juiz pautar-se pela ponderação, fixando os honorários advocatícios em patamar

razoável, pois se irrisório, atenta contra o exercício do mister advocatício. No caso concreto, verifica-se que tais critérios não foram observados pelo magistrado singular, que fixou a verba honorária no patamar de R\$ 500,00 (quinhentos reais), quantia esta que deve ser majorada para R\$ 3.000,00 (três mil reais), *pro rata*.

11. Remessa oficial e apelos da União, Estado da Paraíba e Município de Campina Grande-PB conhecidos, mas desprovidos. Apelo do GAPO conhecido e provido.

(APELREEX 10.522/PB. Desembargador Federal Francisco Barros Dias. DJE 01/07/2010) - grifos nossos.

Com efeito, quando se analisa sob a ótica dos recursos financeiros necessários para aquisição do fármaco solicitado, é plausível a argumentação de que o fornecimento do medicamento deva ser realizado de modo a não comprometer o orçamento público.

No entanto, esta justificativa não pode ser aplicada de forma genérica, sem que sejam efetivamente apresentados pela Fazenda Pública elementos que demonstrem o comprometimento do seu orçamento no atendimento da situação em discussão na presente lide.

Por outro lado, ressalte-se que os exames e o laudo emitidos por profissionais devidamente registrados no CRM, comprovam a gravidade do estado de saúde do autor/apelante, fornecendo fortes indícios de que a parte sofrerá dano irreparável ou de difícil reparação na ausência do tratamento postulado.

Também não procede o argumento de indeferimento do pedido, tendo em vista a obrigação do Estado de promover a saúde. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encontra-se pacificada no sentido de que, sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos (REsp 507.205/PR, rel. Min. José Delgado) e, assim considerando, não havendo a Lei Maior especificado sobre quem recairia o dever do Estado em garantir a todos os cidadãos o direito à saúde, será este dever de todos: da União, dos Estados e dos Municípios.

E adotando a idéia expendida pelo em. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, no Curso Virtual de Direito Processual Civil, promovido pela Teia Jurídica, em seu texto “Tutelas Provisórias - Liminares”, ousou transcrever:



1.4 - A vida não para a espera pela solução da lide - O ajuizamento da ação pelo interessado não paralisa a evolução dos acontecimentos. A vida prossegue fluindo incessantemente. E este fluir, se não tiver seu curso imediatamente disciplinado pelo juiz, pode determinar a extinção definitiva do bem de vida perseguido pelo autor de modo a tornar inútil o prosseguimento do processo. Se o candidato a participar de concurso para preenchimento de vaga em cargo público tem sua inscrição negada e vai a juízo em busca de assegurar sua participação no certame, ou obtém esta autorização imediatamente, ou o concurso se realiza e nesta última hipótese já não mais terá utilidade e sentido o prosseguimento do processo, posto que a vida (e o concurso) não espera pela sentença. Do mesmo modo, o cônjuge que intenta ação de divórcio mercê de agressão física que sofreu do companheiro, deve ser de logo autorizado a sair do lar (ou lograr ver o outro cônjuge dali expulso), providência que somente seria adotada como efeito da sentença, posto que de outro modo as agressões tendem a se repetir, maltratando o direito à vida, ao sossego, à integridade e à incolumidade física da vítima autora. E os arranhões eventualmente consumados contra aqueles direitos são irretiráveis. Cumpre, portanto, ao magistrado adotar ações concretas imediatas, ainda que provisórias, para preservar a utilidade do provimento final, assegurando a sobrevida do bem disputado.

Tem-se, portanto, que o direito à saúde, especialmente no que tange às pessoas hipossuficientes, que não têm condição de adquirir remédios ou tratamentos médicos, está abarcada pela rede de proteção representada pela ação civil pública.

A jurisprudência já vem se posicionando no sentido da necessidade de o Estado assumir a obrigação de cuidar de seus cidadãos, conforme abaixo transcrito:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SUS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO. PRECEDENTES.

1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento.

2. O acórdão *a quo* determinou à União fornecer ao recorrido o medicamento postulado, tendo em vista a sua legitimidade para figurar no polo passivo da ação.

3. A CF/1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no polo passivo da demanda.

4. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no Ag 858.899 / RS, rel. Ministro José Delgado, DJ30/08/2007)

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

Ressalte-se que não procede o argumento de que a política de gerenciamento de medicamentos do SUS está afeta à discricionariedade da Administração, cabendo ao agente político decidir os medicamentos a serem adquiridos diretamente pelo Estado para serem oferecidos gratuitamente à população.

Destarte, todos os elementos dos atos administrativos, inclusive os discricionários são passíveis de revisão pelo Judiciário, para fins de avaliação de observância aos princípios constitucionais da Administração Pública explícitos e implícitos e de respeito aos direitos fundamentais.

Assim, mesmo sendo atribuído ao Poder Executivo estruturar e manter o Sistema Único de Saúde - SUS, em conformidade com as políticas e diretrizes de governo, cabe ao Poder Judiciário, quando provocado, tutelar os direitos fundamentais à vida e à saúde, previstos constitucionalmente.

Também não há que se invocar a “cláusula da reserva do possível”, pois mesmo sendo indiscutível que o fornecimento de medicamentos de auto custo requer a existência de recursos orçamentários, sabe-se que para tal alegação não há amparo, tendo em vista que o Estado tem o dever de planejar e priorizar a aplicação dos recursos arrecadados, devendo ter em vista as necessidades também direcionadas à saúde pública, como a aquisição de medicamentos essenciais, para propiciar aos que precisam deles, o direito à vida.

Sobre o tema o Ministro Luiz Fux, ao julgar o REsp 811.608 / RS, publicado no *DJ* em 04/06/2007, muito bem fundamentou sua decisão, fundamentando que:

A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever ser normativo, fomentando a edificação do conceito da “reserva do possível”. Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. O Ministro Celso de Mello discorreu de modo lúcido e adequado acerca do conflito entre deficiência orçamentária e concretização dos direitos fundamentais: “Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à ‘reserva do possível’ (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, ‘The Cost of Rights’, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado,

de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...)

Sobre o assunto, cito, ainda, a seguinte Jurisprudência desta Quarta Turma, de cuja fundamentação compartilho:

Administrativo e Processual Civil. Direito fundamental à saúde. Art. 196, CF. Legitimidade passiva da União, Estados-membros e Municípios. Solidariedade dos entes federativos. Fornecimento do medicamento Fóртеo (Teriparatida). Paciente portador de osteoporose. Apelo e remessa oficial improvidos.

(APELREEX 22.632/PE, DJE - 29/11/2012, Relator Desembargador Federal Lazaro Guimarães)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. POLÍTICAS PÚBLICAS. CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO À PACIENTE HIPOSUFICIENTE, PORTADORA DE OSTEOPOROSE SEVERA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPROVIMENTO.

I - A União, o Estado e o Município ostentam legitimidade passiva *ad causam* para figurar no feito em que se discute a matéria envolvendo realização de cirurgias e tratamento de alto custo, haja vista a solidariedade que emerge da

exata dicção do art. 196 da Carta Cidadã.

II - O Ministério Público Federal tem legitimidade ativa para propor ação em defesa de direito individual indisponível, como é o direito à saúde. Precedentes do STF e do STJ.

III - Verifica-se, na hipótese, quadro de pessoa idosa, desvalida economicamente, portadora de osteoporose severa, com risco de fraturas e perda contínua de massa óssea. Dessume-se dos autos que a enferma não tem condições financeiras de adquirir o medicamento prescrito pelo médico que a acompanha, indispensável para o seu tratamento, qual seja, o Teriparatida (Fórteo).

IV - A questão pontual cinge à concretização dos direitos sociais, em especial, o direito à saúde, albergado pelo art. 196 da Carta Federal, que, em última análise, está umbilicalmente ligado à realização da dignidade da pessoa humana.

V - Na espécie, mostra-se razoável a determinação de medidas assecuratórias para o cumprimento da garantia constitucional à saúde, visto que se cuida, no particular, de conflito entre o direito fundamental a esta última e o princípio constitucional da legalidade orçamentária.

VI - Sendo assim, deve ser assegurado à Sra. Marina Araújo de Melo o direito fundamental à saúde, nos termos do art. 196 da Constituição Federal.

VII - Preliminares de ilegitimidade passiva da União e de ilegitimidade ativa do Ministério Público rejeitadas. Remessa oficial e apelações da União e do Estado de Pernambuco improvidas.

(AC 509.911/PE, DJE 12/04/2012, Desembargador Federal Edilson Nobre)

O deferimento da tutela antecipada deve ocorrer quando há verossimilhança dos fatos alegados e a demora da decisão venha a provocar dano irreparável ou de difícil reparação. Como já ressaltado, observa-se que se vislumbram, na hipótese dos autos, nos termos do art. 273 do CPC, a verossimilhança das alegações e, ainda, o fundado receio do dano irreparável, estando presentes os requisitos necessários para a concessão de medida de antecipação dos efeitos da tutela requerida.

Diante do exposto, dou provimento à apelação, concedendo a tutela antecipada, para determinar que a parte ré conceda o medi-

cimento Forteo (Teriparatida) ao apelante, de forma solidária, na quantidade e pelo tempo necessário para o tratamento, através da Secretaria de Saúde do Estado. Inversão da sucumbência.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 551.890-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO  
Apelante: HUDSON CAVALCANTE MEDEIROS  
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF  
Partes Int.: COOPERATIVA HABITACIONAL DE ALAGOAS -  
COOHAL E HABITACIONAL CONSTRUÇÕES S/A  
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ RICARDO MORAES DE OMENA E  
OUTRO, GUSTAVO DE CASTRO VILLAS BOAS E  
OUTROS

***EMENTA: PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE USUCAPIÃO ESPECIAL URBANO. IMÓVEL VINCULADO AO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. NATUREZA ILÍCITA E PRECÁRIA DA POSSE. PRESCRIÇÃO AQUISITIVA NÃO CONFIGURADA. IMPROVIMENTO DO APELO.***

***- O cerne da questão cinge-se em analisar a configuração de usucapião urbano, em imóvel financiado através da Caixa Econômica Federal, conforme suscita o particular apelante.***

***- Sendo o juiz o destinatário da prova, compete a ele apreciar com exclusividade sobre a conveniência e necessidade de sua realização para o deslinde da controvérsia, a teor do que preconiza o art. 130 do Código de Processo Civil.***

***- Em se tratando de matéria de direito, já devidamente pacificada pela jurisprudência pátria, como na hipótese, pode o julgador antecipar a lide, sem a oitiva de testemunha, sem que isto configure cerceamento de defesa.***

***- “Aquele que possuir como sua área urbana de***

***até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural” (art. 183 da CF, art. 1.240 do Código Civil e art. 9º da Lei nº 10.257/01 - Estatuto da Cidade).***

***- In casu, o autor não preencheu os requisitos legais para a declaração de usucapião do imóvel em questão, visto que, além de possuir precariamente o imóvel, pois tinha pleno conhecimento de ser a COOHAL a responsável pela construção do imóvel e a CEF a credora hipotecária, conforme dito na inicial; quando da citação por Oficial de Justiça foi constatado que o demandante não residia no imóvel objeto da demanda, estando o imóvel alugado, naquela ocasião.***

***- É de se destacar que esta egrégia Corte Regional possui maciça jurisprudência repelindo a aquisição, via usucapião, de imóveis vinculados ao financiamento habitacional, realizado pela Caixa, em face da natureza ilícita e precária da posse, bem como pelo viés público que tais bens assumem, porquanto financiados através de fundos públicos. Precedentes deste Tribunal.***

***- 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 relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 12 de março de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de apelação interposta por Hudson Cavalcante Meireiros (fls. 206/228), em face da sentença (fls. 184/191), proferida pelo Juiz Federal Paulo Machado Cordeiro, em exercício na 3ª Vara Federal de Alagoas, que julgou improcedente a presente ação de usucapião extraordinário do imóvel situado na Rua Ariovaldo Pereira Cintra, nº 1580, bloco 05, apto. 101 - Bairro da Serraria/AL.

O autor, primeiramente, opôs embargos de declaração, alegando que o *decisum* recorrido incorreu em omissão quanto ao seu pedido de oitiva de testemunhas, e erro material, tendo em vista que, em nenhum momento, a Caixa sustentou a tese de que o imóvel objeto da demanda tinha sido construído com recurso do FGTS ou FCVS, muito menos comprovou tal fato em juízo. Pelo contrário, apenas afirmou que o referido imóvel estava hipotecado como garantia de um empréstimo concedido à empresa Habitacional de construções, aplicando-se ao caso o regime de direito privado (fls. 195/200). Contudo, o Juiz *a quo* conheceu do recurso, mas negou-lhe provimento, sob a fundamentação de que o magistrado não é obrigado a abrir a instrução probatória, caso entenda que há nos autos elementos suficientes para a formação de seu convencimento (art. 333 do CPC), e, que em se tratando de apartamento popular construído através de empréstimo COOHAL e à Habitacional Construção, a ação de usucapião é incabível, por não ser possível usucapir bem público.

Nas razões da apelação alega que foi cerceado do direito de ampla defesa, haja vista o indeferimento do seu pedido de oitiva de testemunha, com a finalidade de provar que se encontra na posse do imóvel em tela, há mais de dez anos, onde estabeleceu sua moradia habitual, de forma a comprovar o preenchimento dos requisitos impostos pela legislação que rege a matéria (art. 1.240 e 1.238 do Código Civil).

Aduz que não foi intimado da decisão que entendeu desnecessária a produção da prova testemunhal, impossibilitando, assim, a interposição do competente agravo, o que também configuraria cerceamento de defesa, devendo a sentença ser anulada.



Acrescenta que o Juiz sentenciante julgou contrário às provas e argumentos trazidos aos autos, considerando que, em nenhum momento a Caixa Econômica Federal afirmou que o imóvel objeto da demanda foi construído com recurso do FGTS e FCVS.

No mérito, o recorrente afirma que atende a todas as exigências contidas no art. 1.238 do Código Civil, pois, reside no imóvel em questão desde 1997, exercendo a posse com *animus* de dono, de forma mansa, pacífica e ininterrupta, conforme faz prova através do documento de fl. 17, portanto, faz jus à procedência da presente ação de usucapião do imóvel em comento. Transcreve jurisprudência para reformar sua tese.

Requer a anulação da sentença, com a determinação do retorno dos autos à Vara de origem, tendo em vista o cerceamento de defesa alegado, em face do indeferimento da prova testemunhal, e em face da sentença exprimir julgamento contrário às provas acostadas aos autos. E, no caso da preliminar acima citada não ser acolhida, que a sentença seja reformada e a presente ação seja julgada procedente, condenando a apelada nas custas processuais e em honorários advocatícios na ordem de 20% do valor da causa.

Contrarrazões apresentadas às fls. 233/249.

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

O cerne da questão cinge-se em analisar a configuração de usucapião extraordinário, em imóvel financiado através da Caixa Econômica Federal, conforme suscita o particular apelante.

Sobre a preliminar de cerceamento de defesa, entendo não merecer acolhimento.

É que a matéria relativa à produção de provas deve ser analisada à vista do caso concreto, levando-se em conta que prevalece tanto na doutrina como na jurisprudência o entendimento de que incumbe ao julgador examinar a necessidade e a conveniência em sua realização, eis que é o juiz o destinatário da prova.

Este discricionarismo, expressamente conferido ao magistrado pelo art. 130 do CPC, decorre dos poderes instrutórios e de direção outorgados ao julgador na condução do processo.

Com efeito, o eg. Superior Tribunal de Justiça, em reiteradas ocasiões, já decidiu competir exclusivamente ao magistrado a análise sobre a prescindibilidade das provas requeridas em juízo para a solução do litígio. Confira-se, apenas a título ilustrativo, o seguinte precedente:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INOBSERVÂNCIA DAS EXIGÊNCIAS LEGAIS E REGIMENTAIS. INADMISSIBILIDADE. PRODUÇÃO DE PROVAS. AVALIAÇÃO DA NECESSIDADE. ATRIBUIÇÃO DO JUIZ. BENFEITORIAS CONSTRUÍDAS EM ÁREA PÚBLICA. INDENIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ. IMPOSSIBILIDADE.

1. É inadmissível o recurso especial pela alínea *c* do permissivo constitucional, se a parte recorrente não observa as exigências dos arts. 255 do RISTJ e 541, parágrafo único, do CPC, no que se refere à alegada divergência jurisprudencial.

2. No nosso sistema processual, o juiz é o destinatário da prova, cabendo-lhe, por força do art. 130 do CPC, deferir as necessárias e indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias, o que, por si só, não configura cerceamento de defesa.

3. A construção em logradouro público, em terreno sabidamente pertencente ao município, porque invadido, afasta a boa-fé, pressuposto indispensável para o reconhecimento do direito à indenização a que se referem os arts. 514 e 547 do Código Civil de 1.916.

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

(REsp 914.915/SP, Rel. Ministra Eliana Camon, Segunda Turma, julgado em 18/12/2008, DJe 18/02/2009)

Uma vez constatada que a ouvida de testemunha, na hipótese, não teria utilidade, tendo em vista a pacífica jurisprudência sobre a matéria em questão, não se deve falar em cerceamento de defesa, devendo se aplicar, *in casu*, o artigo 130 do CPC, no qual confere ao juiz o poder de indeferir as diligências inúteis.

Além disso, não se mostra razoável a declaração de nulidade, quando a matéria discutida na sentença foi integralmente devolvida ao Tribunal, de acordo com o disposto no art. 515, § 1º, do CPC. Nesse sentido, já decidiu o eg. STJ que:

Pode o Tribunal de 2º grau, a quem é devolvida a matéria debatida nos autos, apreciar ponto sobre o qual se omitiu o magistrado singular, nos termos do art. 515 do CPC. (REsp 86.002/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU 11/12/2000, p. 206)

Uma vez afastada a preliminar arguida pelo recorrente, passo ao mérito da questão.

O usucapião extraordinário está previsto tanto no art. 183 da CF, como no Código Civil no seu art. 1.240 e, ainda, no art. 9º da Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade), inclusive, com a mesma redação, *in verbis*:

Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Portanto, são requisitos específicos para a modalidade urbana de usucapião: a) *animus domini*; b) utilização do imóvel para moradia do possuidor ou de membro de sua família; c) limitação de área; d) lapso temporal de 5 anos; e) que o possuidor não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

*In casu*, verifica-se que o autor não preencheu os requisitos legais, para a declaração de usucapião do imóvel em questão, visto que, além de possuir precariamente o imóvel, pois tinha pleno conhecimento de ser a COOHAL a responsável pelo financiamento e construção do imóvel e a CEF a credora hipotecária, conforme dito na inicial, (fls. 03/10); quando da citação por Oficial de Justiça (fl. 36) foi constatado que o demandante não residia no imóvel objeto da demanda, estando o imóvel alugado, naquela ocasião.

Desse modo, não há que se falar em caracterização da usucapião do imóvel em questão, haja vista a posse precária da parte demandante.

Corroborando tal posicionamento, mas sob outros argumentos, manifestou-se o Ministério Público Federal, na forma do ementário abaixo transcrito:

EMENTA: CIVIL. CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO ESPECIAL URBANO. *ANIMUS DOMINI* INEXISTENTE. IMÓVEL VINCULADO AO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO.

- O imóvel usucapiendo localiza-se em prédio construído com recursos do Sistema Financeiro Habitacional, razão pela qual não é possível sua aquisição por usucapião especial urbano, nos termos do art. 183 da Constituição Federal.

- A ocupação de imóvel na posse precária, mediante expectativa de financiamento, afasta a existência do *animus domini*, elemento subjetivo necessário para a usucapião.

- Improvimento do apelo.

Além disso, esta egrégia Corte Regional possui maciça jurisprudência repelindo a aquisição, via usucapião, de imóveis vinculados ao SFH, em face da natureza ilícita e precária da posse, bem como pelo viés público que tais bens assumem, porquanto financiados através de fundos públicos.

Sobre a matéria transcrevo os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. POSSE DE IMÓVEL VINCULADO AO SFH. PRECARIÉDADE DO DIREITO. AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE POR USUCAPIÃO. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER PÚBLICO DE QUE SE REVESTE O BEM. PELO PROVIMENTO DO AGRAVO.

1. Esta egrégia Corte Regional possui maciça jurisprudência repelindo a aquisição, usucapião, de imóveis vinculados ao SFH, em face da natureza precária da posse, bem como pelo viés público que tais bens assumem, porquanto financiados através de fundos públicos. Precedentes deste egrégio Tribunal.

3. Agravo de instrumento provido.

(Agravo de Instrumento - AG 126.765/AL, Desembargador Federal Francisco Cavalcanti)

PROCESSUAL CIVIL. USUCAPIÃO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Apelação cível interposta contra sentença que extinguiu ação de usucapião especial sem julgamento do mérito, por inépcia da inicial decorrente da impossibilidade jurídica do pedido (art. 295, I, e parágrafo único, III, do CPC), sob o fundamento de não caber usucapião de bem cuja posse seja precária, ante a existência de contrato de compra e venda com a Caixa Econômica Federal e hipoteca em favor da Empresa Pública Federal.

2. Ao ser provocado pelo jurisdicionado, o juízo competente deverá, à luz do sistema processual civil vigente, analisar a demanda posta sob a ótica da Teoria da Asserção, que obriga o julgador a apreciar as condições da ação, atrelado ao que fora alegado pelo autor, sem uma análise profunda do mérito, admitindo-se, em caráter provisório, a veracidade do que fora alegado. Em seguida, por ocasião da instrução probatória, se entender necessária, passará a apurar concretamente o que fora alegado pelas partes envolvidas.

3. A análise da possibilidade jurídica do pedido, por se tratar de uma das condições da ação, é, portanto, uma das tarefas iniciais do magistrado e, neste ponto, o juízo sentenciante entendeu ser impossível a ação de usucapião de imóvel hipotecado à Caixa Econômica Federal, decorrente de contrato de financiamento habitacional.

4. Esta egrégia Corte Regional possui maciça jurisprudência repelindo a aquisição, via usucapião, de imóveis vinculados ao SFH, em face da natureza ilícita e precária da posse, bem como pelo viés público que tais bens assumem, porquanto financiados através de fundos públicos. (AC 200885000029390, Desembargador Federal Francisco Wildo, Segunda Turma, 07/04/2011).

5. Apelação improvida.

(AC 493.597/PE, DJE - 01/09/2011. Desembargador Federal Manoel Erhardt)

CIVIL E ADMINISTRATIVO. REIVINDICATÓRIA. PRELIMINARES. ADJUDICAÇÃO DE IMÓVEL PELA CEF. DL Nº 70/66. IMÓVEL OCUPADO POR TERCEIRO. POSSE SEM JUSTO TÍTULO. RESTITUIÇÃO DO BEM. RECONVENÇÃO. USUCAPIÃO URBANO. IMPOSSIBILIDADE.

- O comparecimento espontâneo do demandado ao processo, supre a ausência de citação, conforme preceitua o parágrafo primeiro do artigo 214 do Código de Processo Civil.

- Se, de um lado, a autora comprova ser a legítima proprietária do bem e, d'outra parte, não tendo os réus demonstrado a sua posse a justo título, é de ser mantida a sentença que, julgando procedente ação reivindicatória, determinou a restituição do imóvel em questão.

- A ocupação de imóvel sem justo título, ainda que pacífica, não gera, em face de sua ilicitude, posse *ad interdicta* ou *ad usucapionem*, não havendo que se falar, nem de longe, em direito do acionado sobre o imóvel em vista da chamada prescrição aquisitiva.

- Apelação desprovida.

(AC - Apelação Cível - 435.566, Quarta Turma, Relator Desembargador Federal Lázaro Guimarães, DJ - Data: 2/10/2008 - Página: 278 - Nº: 205)

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. APELAÇÃO CÍVEL. INADIMPLÊNCIA DOS ANTIGOS MUTUÁRIOS. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI 70/66. IMÓVEL ADJUDICADO À CEF. OCUPAÇÃO DO IMÓVEL POR PESSOA ESTRANHA AO ANTIGO CONTRATO DE FINANCIAMENTO. ALEGAÇÃO DE CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS À CONFIGURAÇÃO DA USUCAPÇÃO DE IMÓVEL URBANO. INEXISTÊNCIA DE POSSE MANSA E PACÍFICA. A PROPRIEDADE DO IMÓVEL PERTENCE À CEF. EXISTÊNCIA DE POSSE PRECÁRIA PELO ATUAL OCUPANTE. INEXISTÊNCIA DE ÔBICE À REIVINDICAÇÃO DA POSSE DIRETA DO IMÓVEL PELA CEF. SENTENÇA MANTIDA.

1. A sentença objurgada julgou procedente o pedido reivindicatório para condenar a apelante a desocupar o imóvel, no prazo de 60 dias, sob pena de expedição do respectivo mandado de imissão de posse em favor da CEF.

2. A alegativa da apelante de cumprimento aos requisitos legais para configuração da usucapião de imóveis urbanos é insubsistente, tendo em vista a inexistência de posse mansa e pacífica e a configuração indubitável da posse precária da recorrente.

3. Apelação improvida.

(AC 404.396, Segunda Turma, Relator Desembargador Federal Manoel Erhardt, DJ - Data: 15/10/2008 - Página: 260 - Nº: 200)

Em reforço a tais precedentes, cumpre salientar que o TRF da 2ª Região também possui o entendimento de que “permitir a aquisição de imóvel vinculado ao financiamento habitacional, realizado pela Caixa Econômica Federal, por usucapião consiste em privilegiar o interesse puramente particular em prejuízo da sociedade e do interesse público e permitir a burla do ordenamento jurídico, favorecendo-se o mutuário inadimplente que transfere o imóvel irregularmente, em detrimento do mutuário que mantém em dia as suas obrigações contratuais”. (TRF da 2ª Região, AC - Apelação Cível - 386.440, Relator Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *DJU* - Data: 30/06/2009 - p. 92/93)

Dessa forma, revela-se inviável o reconhecimento da prescrição aquisitiva sobre imóvel objeto de financiamento de habitação, realizado pela Caixa, em face da proibição contida no art. 9º da Lei 5.741/71.

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação, mantendo-se a sentença por seus próprios fundamentos.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 553.172-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)  
Apelante: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA  
Apelado: ALDEMIR FERREIRA DA SILVA (APDO.)  
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO  
Adv./Proc.: DR. ALFREDO NARCISO DA COSTA NETO

**EMENTA: AMBIENTAL. PESCA COM PETRECHO PROIBIDO (CAÇOEIRA). CAPTURA DE LAGOSTA. PRODUTO DA PESCA, EQUIPAMENTOS E EMBARCAÇÃO APREENDIDOS. IMPOSIÇÃO DE MULTA. VALOR REDUZIDO. LIBERAÇÃO DO BARCO. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO PELO**

**IBAMA, A TÍTULO DE PERDAS E DANOS, PELOS PEIXES APREENDIDOS E DOADOS. DESCABIMENTO.**

**- Trata-se de apelação de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para: a) confirmar a antecipação de tutela, determinando a restituição da embarcação “VINGADOR”, inscrição nº 162.001977, ao demandante, na condição de depositário fiel junto à autoridade administrativa; b) reduzir o valor da multa imposta ao montante de R\$ 1.560,00 (hum mil, quinhentos e sessenta reais); e c) condenar o IBAMA a indenizar o autor, a título de perdas e danos, o pescado irregularmente apreendido e doado (130 kg) pelo valor de avaliação consignado no termo de apreensão devidamente atualizado e, sendo inexistente esse registro, pelo valor de mercado da espécie comumente pescada na região do demandante.**

**- No caso, o cerne da controvérsia reside no fato de que o autor alega não ter se utilizado da caçoeira (petrecho proibido) para a pesca. Alega que, durante a pesca, as redes de pesca da lagosta, abandonadas em alto mar, emaranharam-se nas suas redes utilizadas para pescar peixe, e, no momento da fiscalização, as caçoeiras ainda estavam em sua embarcação, pois não havia tido tempo para se desfazer delas.**

**- Nos depoimentos das testemunhas, prestados em Juízo, observa-se que não houve uma uniformidade nas informações. Os fiscais do IBAMA informaram que as caçoeiras estavam organizadas no convés do barco, com boas condições de uso e estavam molhadas, indicando o uso recente, bem como que as redes de pesca e de caçoeira ficam em profundidades distintas, não sendo possível enlaçar-se uma na outra. Por outro lado, as testemunhas do autor afirmaram que a rede de pesca estaria aprofundada, sendo**



**possível que as duas ficassem enroscadas. Quanto às sanções aplicadas, milita, em favor do IBAMA, a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos, de modo que, para desconstituir os fundamentos da autuação, é necessário que o interessado apresente um mínimo de verossimilhança e coerência em suas alegações, o que não ocorreu no presente caso.**

- **Legalidade na apreensão dos produtos da pesca (3 kg de lagosta e 130 kg de peixes), dos equipamentos (caçoeiras) e na imposição da multa, nos termos dos arts. 72, II e IV, da Lei nº 9.605/98 c/c o art. 3º, II e IV, do Decreto nº 6.514/08.**
- **Manutenção da multa no valor de R\$ 1.560,00 (hum mil quinhentos e sessenta reais) aplicada na sentença, tendo-se em conta a situação socioeconômica do infrator, nos termos do art. 6º da Lei nº 9.605/98.**
- **Quanto à liberação do material apreendido, 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”. No caso, o autor estava exercendo pesca ilegal com petrecho proibido em lei (lagosta/caçoeira), de modo que toda a atividade de pesca é ilegal, não havendo que se considerar pesca parcialmente ilegal de lagosta e pesca parcialmente legal de peixes. A atividade como um todo é ilegal, sendo incabível a sanção imposta ao IBAMA de indenizar o autor, a título de perdas e danos, pelos 130 kg de peixes apreendidos na embarcação “VINGADOR” e doados, conforme Termo de Doação acostado aos autos.**
- **No que se refere à devolução da embarcação apreendida, restou incontroverso nos autos que a mesma é voltada para a pesca, bem como 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, sendo cabível a sua restituição ao autor/proprietário, na condição de depositário fiel, nos termos do art. 105 do Decreto nº 6.514/2008.***

***- Apelação parcialmente provida, para afastar a condenação do IBAMA ao pagamento de indenização ao autor/apelado, a título de perdas e danos, pelos 130 kg de peixes apreendidos na embarcação "VINGADOR" e doados, conforme Termo de Doação acostado aos autos.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 19 de fevereiro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO -  
Relator Convocado

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Convocado):

Trata-se de ação ordinária, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, ajuizada por Aldemir Ferreira da Silva contra o IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, requerendo a declaração de nulidade do Auto de Infração nº 478.853-D, que lhe aplicou multa no valor de R\$ 15.060,00 (quinze mil e sessenta reais), bem como apreendeu a sua embarcação "VINGADOR" e 200 kg (duzentos quilos) de peixe.

O MM. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido para: a) confirmar a antecipação de tutela, determinando a restituição da embarcação “VINGADOR”, inscrição nº 162.001977, ao demandante, na condição de depositário fiel junto à autoridade administrativa; b) reduzir o valor da multa imposta ao montante de R\$ 1.560,00 (hum mil, quinhentos e sessenta reais); e c) condenar o IBAMA a indenizar o autor, a título de perdas e danos, o pescado irregularmente apreendido e doado (130 kg) pelo valor de avaliação consignado no termo de apreensão devidamente atualizado e, sendo inexistente esse registro, pelo valor de mercado da espécie comumente pescada na região do demandante.

Apela o IBAMA, defendendo a legalidade do auto de infração, uma vez que o autor estava pescando lagosta com petrecho proibido (caçoeira), conduta descrita no art. 34, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 9.605/98 e no art. 35, parágrafo único, inciso II, do Decreto nº 6.514/2008. Afirma que a alegação do autor de que as redes de pesca da lagosta se emaranharam nas suas redes para pescar peixe não pode prosperar, pois, conforme afirmado no depoimento das testemunhas do processo, as redes de pesca de lagosta ficam em uma profundidade bem distinta das redes de pesca para peixes, não sendo possível que as mesmas se “enrosquem”, ocasionando o emaranhamento das mesmas. Afirma, ainda, que é seu dever apreender todos os instrumentos utilizados na infração, nos termos do art. 72, IV, da Lei nº 9.605/98, de modo que não deve ser condenado ao pagamento de indenização, a título de perdas e danos, pelo pescado irregularmente apreendido e doado (130 kg de peixes). Por fim, defende que a multa imposta no valor de R\$ 15.060,00 (quinze mil e sessenta reais) foi proporcional ao grau de dano causado, sendo seu valor estabelecido em um patamar mais próximo ao limite mínimo do que ao máximo, bem como que os critérios para dosagem da multa, previstos na Lei nº 9.605/98, no seu art. 6º, foram levados em consideração pela autoridade julgadora na aplicação da multa.

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 Constituição 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 Público 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. 99, observo que o auto de infração lavrado apresentou como fundamentação legal o seguinte conjunto normativo: artigo 70, §1º c/c o artigo 72, II e IV, ambos da Lei nº 9.605/98; artigo 35, II c/c artigo 3º, II e IV, do Decreto nº 6.514/2008 e artigo 6º da IN 138/2006.

Os referidos artigos 70 e 72, ambos da Lei nº 9.605/1998, dispõem que:

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 Capitânicas dos Portos, do Ministério da Marinha.

Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º:

(...)

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;

Já os artigos 3º e 35 do Decreto nº 6.514/2008 preceituam que:

Art. 3º As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções:

(...)

II - multa simples;

(...)

IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora e demais produtos e subprodutos objeto da infração, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;

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:

(...)

II - pesca em quantidades superiores às permitidas ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos;

Por sua vez, a referida IN nº 138/2006 do IBAMA, em seu artigo 6º, refere-se à vedação da captura de lagostas com emprego de redes de espera do tipo caçoeira.

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 (3 kg de lagostas e caçoeiras) a bordo da embarcação pesqueira denominada “VINGADOR” 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 de se permitir que a degradação ao bem tutelado tome proporções devastadoras e incontroláveis e, conseqüentemente, o dano se revista de irreversibilidade.

No caso, o cerne da controvérsia reside no fato de que o autor alega não ter se utilizado da caçoeira (petrecho proibido) para a pesca. Alega que, durante a pesca, as redes de pesca da lagosta, abandonadas em alto mar, emaranharam-se nas suas redes utilizadas para pescar peixe, e, no momento da fiscalização, as caçoeiras ainda estavam em sua embarcação, pois não havia tido tempo para se desfazer delas.

Nos depoimento das testemunhas prestados em juízo, observa-se que não houve uma uniformidade nas informações. Os fiscais do IBAMA informaram que as caçoeiras estavam organizadas no convés do barco, com boas condições de uso e estavam molhadas, indicando o uso recente, bem como que as redes de pesca e de caçoeira ficam em profundidades distintas, não sendo possível enlaçar-se uma na outra. Por outro lado, as testemunhas do autor afirmaram que a rede de pesca estaria aprofundada, sendo possível que as duas ficassem enroscadas.

Ora, quanto às sanções aplicadas, milita, 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. Entretanto, para desconstituir os fundamentos da autuação, é necessário que o interessado apresente um mínimo de verossimilhança e coerência em suas alegações, o que não ocorreu no presente caso.

Com base no auto de infração constante dos autos e do exame da matéria legal indicada, não identifico qualquer ilegalidade na apreensão dos produtos da pesca (3 kg de lagosta e 130 kg de peixes), dos equipamentos (caçoeiras) 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 R\$ 15.060,00 (quinze mil e sessenta reais) não se apresentou proporcional à infração detectada.

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 a situação socioeconômica do infrator (beneficiário da justiça gratuita – fl. 80).

Assim, a multa aplicada deve corresponder a R\$ 1.560,00 (um mil, quinhentos e sessenta reais), valor esse inserido 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 à liberação do material apreendido, 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”*.

No caso, o autor estava exercendo pesca ilegal com petrecho proibido em lei (lagosta/caçoeira), de modo que toda a atividade de pesca é ilegal, não havendo que se considerar pesca parcialmente ilegal de lagosta e pesca parcialmente legal de peixes. A atividade como um todo é ilegal, tendo por objetivo burlar a fiscalização do IBAMA.

Desse modo, deve ser afastada a sanção imposta ao IBAMA de indenizar o autor, a título de perdas e danos, pelos 130 kg de peixes apreendidos na embarcação “VINGADOR” e doados, conforme Termo de Doação acostado à fl. 672, uma vez que a apreensão dos peixes se deu dentro dos parâmetros legais.

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. O referido Decreto estabelece que:

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.

Na hipótese, restou incontroverso nos autos que a embarcação apreendida é voltada para a pesca, bem como 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, sendo cabível a sua restituição ao autor/proprietário, na condição de depositário fiel, nos termos do art. 105 do Decreto nº 6.514/2008.

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  
VIRTUDE DE INFRAÇÃO AMBIENTAL COMETIDA PELO  
IMPETRANTE, PERMANECENDO O SUPPLICANTE NA  
CONDIÇÃO DE FIEL DEPOSITÁRIO DO BEM. REMES-  
SA OFICIAL IMPROVIDA. PRECEDENTE DESTE REGIO-  
NAL.

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 102.179/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 REMESSA 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 determinou a devolução do veículo ao impetrante – como requerido – 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 DETRAN da constrição do bem. A exceção está no fato de que o processo administrativo já está em curso desde setembro de 2008, período desde o qual o impetrante encontra-se privado do veículo que é utilizado como meio de trabalho, prejudicando sua subsistência;
- Apelação do IBAMA e remessa oficial não providas. (APELREEX 4.139, Rel. Des. Paulo Gadelha, DJ22.07.2009)

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 492.774/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 474.296/AL, DJE 01/12/2011, Relator Desembargador Federal Edilson Nobre)

Mantida a sucumbência recíproca, nos termos do art. 21 do CPC.

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação, para afastar a condenação do IBAMA ao pagamento de indenização ao autor/apelado, a título de perdas e danos, pelos 130 kg de peixes apreendidos na embarcação “VINGADOR” e doados, conforme Termo de Doação acostado à fl. 672, uma vez que a apreensão dos peixes se deu dentro dos parâmetros legais.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 553.660-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO  
Apelante: UNIÃO  
Apelada: MARIA DO ROSÁRIO TENÓRIO DE FREITAS  
Parte Int.: ALONSO DA MOTA LAMAS  
Adv./Proc.: DR. WANDERSON LIMA BARROS (APDA.)

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MINISTÉRIO DA AGRICULTURA. EDITAL Nº 1/2001. PERCENTUAL DE RESERVA DE VAGAS PARA DEFICIENTES. DECRETO Nº 3.298/99. CONVOCAÇÃO DE CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA PARA OCUPAR A ÚNICA VAGA DISPONIBILIZADA PARA O CARGO/ESPECIALIDADE NA CIDADE MACEIÓ/AL. NÃO CABIMENTO. PRETERIÇÃO DA AUTORA CONFIGURADA. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO E POSSE. EXISTÊNCIA. DIREITOS REMUNERATÓRIOS RETROATIVOS. DESCABIMENTO. PRECEDENTES DO STJ E STF.**

**- Ao realizar a convocação dos candidatos ao cargo de Engenheiro Agrônomo/Área de Defesa Vegetal do Ministério da Agricultura, aprovados na primeira etapa do concurso público regido pelo Edital nº 01/2001-MA para a única vaga disponível para a localidade de Maceió/AL, a Administração optou por convocar o candidato aprovado na condição de deficiente físico, que obteve a nota 26,30, em detrimento da autora, ora apelada, que logrou aprovação em 1º lugar para o mesmo cargo na listagem dos não deficientes da cidade de Maceió/AL, com a nota de 28,85 pontos.**

**- Tal interpretação conferida ao Decreto 3.298/99, em relação ao percentual mínimo de vagas a ser destinado aos portadores de deficiência em concursos públicos, acabou por destinar ao candidato deficiente a única vaga disponível para a**

**localidade de Maceió/AL, implicando numa reserva de 100% das vagas para os portadores de deficiência, o que se mostra totalmente desarrazoado e não condizente com escopo da norma em questão.**

**- A norma prevista no Decreto nº 3.298/99, que determina a reserva de percentual mínimo de 5% (cinco por cento) de vagas para deficientes, só é aplicável se resulta em pelo menos uma vaga inteira, mormente quando se tratar de concurso cujas vagas são regionalizadas por Unidade da Federação, como no caso em tela, em que fora destinada apenas 1 (uma) vaga para Engenheiro Agrônomo/Defesa Vegetal na cidade de Maceió/AL.**

**- Irregularidade do critério adotado no referido concurso para a convocação de candidatos portadores de deficiência já reconhecida pela 3ª Seção do STJ nos autos do MS nº 8.417-DF, impetrado pela autora, ora apelada, que concedeu a segurança para assegurar a sua participação na segunda etapa do certame (curso de formação).**

**- Embora o referido mandamus não tenha tratado do direito à nomeação da candidata – que se discute na presente ação –, restou assentado naquele julgamento que a regra genérica de reserva de 5% das vagas para deficientes só é aplicável se resulta em pelo menos uma vaga inteira. Referido entendimento foi ratificado pelo eg. STF ao julgar o Ag.Reg. no RE nº 440.998/DF, interposto pela União contra a decisão proferida pelo STJ no MS 8.417/DF.**

**- Destarte, faz jus a autora à nomeação e posse no respectivo cargo, na localidade de Maceió/AL, tendo em vista restar configurada a sua preterição em relação ao candidato portador de deficiência.**

**- Quanto aos efeitos remuneratórios decorrentes da condenação, o col. STJ, em decisão pro-**

***ferida pela Corte Especial no EREsp nº 1117974/PR, alinhando-se à jurisprudência do eg. STF, firmou entendimento de que o candidato aprovado em concurso público e nomeado tardiamente em razão de erro da Administração Pública, reconhecido judicialmente, não faz jus à indenização por dano patrimonial pelo tempo que aguardou a solução definitiva pelo Poder Judiciário.***

***- “Se a nomeação foi decorrente de sentença judicial, o retardamento não configura preterição ou ato ilegítimo da Administração Pública a justificar uma contrapartida indenizatória” (STJ, EREsp 1.117.974/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 19.12.2011).***

***- Reforma parcial da sentença para afastar da condenação o pagamento de diferenças remuneratórias retroativas em favor da autora.***

***- Apelação parcialmente provida.***

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 26 de fevereiro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de apelação em face de sentença prolatada pelo MM. Juízo da 2ª Vara Federal de Alagoas (fls. 281/290), que julgou parcialmente procedente ação ordinária ajuizada por Maria do Rosá-

rio Tenório Cansanção para assegurar à autora o direito à nomeação para o cargo de Engenheiro Agrônomo – Especialidade de Defesa Vegetal – com lotação na cidade de Maceió/AL, em virtude de aprovação no concurso público regido pelo Edital nº 01/2001 - Ministério da Agricultura, condenando, ainda, a União ao pagamento dos direitos remuneratórios retroativos, desde a data de nomeação do candidato Alonso da Mota Lamas, a ser apurado em liquidação de sentença.

Irresignada, recorre a União alegando, preliminarmente, a inépcia da inicial, sob o fundamento de que a conclusão lógica do pedido parte de premissa falsa, qual seja, a de que o único cargo de fiscal agropecuário federal no Estado de Alagoas esteja sendo ocupado pelo Sr. Alonso Lamas, como também ausência de interesse processual, em razão da ausência de utilidade, necessidade e adequação, considerando-se os termos da demanda.

No mérito, sustenta que as regras previstas no edital do certame foram aceitas pela apelada, havendo previsão no seu item 4.1 de que 5% (cinco por cento) das vagas destinadas para cada especialidade/área, seriam destinadas aos portadores de deficiência, conforme dispõe o Decreto nº 3.298/1999. Assim, para a especialidade de Engenheiro Agrônomo, área de Defesa Vegetal, à qual a candidata concorreu, havia 42 vagas, das quais 3 vagas foram reservadas para os candidatos portadores de deficiência melhor classificados, na forma do art. 37, § 2º, do Decreto 3.298/99.

Esclarece, em seguida, que pelo fato de um desses 3 candidatos deficientes ter optado, no ato da inscrição, pela cidade de Maceió/Alagoas, a única vaga existente nessa cidade foi reservada ao candidato portador de deficiência, no caso, o Sr. Alonso da Mota Lamas, de acordo com a legislação de regência. Por esse motivo, a despeito de ter logrado aprovação em 1º lugar na lista de não deficientes para a referida localidade de Maceió, a autora não foi nomeada, nos termos do subitem 4.1 do edital.

Argumenta ainda que a reserva de vagas não foi feita de forma aleatória, e que nessas hipóteses, em que só há uma vaga, o direito do primeiro colocado fica condicionado a que não haja aprovação de deficiente, visto que a Constituição da República faz uma

opção pela pessoa com maior dificuldade de inserção no mercado de trabalho.

Alega, por derradeiro, que não há que se falar em efeitos patrimoniais retroativos à nomeação do candidato Alonso Lamas, seja pelo fato de a apelada não ter trabalhado (natureza contraprestativa da remuneração), seja pelo fato de a vaga destinada a Alagoas não estar por ele sendo ocupada.

Contrarrazões às fls. 299/315 protestando pela manutenção da sentença impugnada.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

A questão controversa trazida no presente recurso consiste em saber se a autora tem direito subjetivo à nomeação a uma das vagas oferecidas no concurso público para Fiscal Federal Agropecuário - Engenheiro Agrônomo (especialidade de Defesa Vegetal), regido pelo Edital nº 1/2001/MA, de 14.09.2001, no qual foi aprovada em 1º lugar para a localidade de Maceió/AL.

De início, rechaço as preliminares de inépcia da inicial e impossibilidade jurídica, arguidas pela União no seu recurso, tendo em vista que a remoção do Sr. Alonso da Mota Lamas para outra Unidade da Federação em nada prejudica o direito da demandante, visto que restou comprovado nos autos que o referido candidato, de fato, foi convocado, na condição de deficiente, para o curso de formação relativo à única vaga disponibilizada para a cidade de Maceió/AL, em detrimento da autora, que houvera sido aprovada em primeiro lugar na lista da ampla concorrência para a referida localidade.

Adentrando no *meritum causae*, verifica-se que o concurso público para provimento de cargos de Fiscal Federal Agropecuário do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, regido pelo Edital nº 1/2001-MA de 14.09.2001 (fls. 26/32) ofereceu um total de 42 vagas para a Área de Defesa Vegetal (item 2.1.2.1). Quanto à distribuição das referidas vagas, assim prescreve o item 3 do edital:



3.1 As vagas destinadas a cada especialidade/área estão distribuídas por cidade de lotação e em duas turmas de participação no Curso de Formação, conforme quadro a seguir.

3.2 O candidato deverá fazer uma única opção de especialidade/área/cidade de lotação, que deverá, obrigatoriamente, ser por uma cidade de lotação pertencente à Unidade Federativa em que se inscrever, conforme quadro a seguir.

Assim, conforme o quadro de distribuição de vagas constante do edital do concurso, fora disponibilizada apenas 1 (uma) vaga para o cargo de Engenheiro Agrônomo/Defesa Vegetal para a cidade de lotação de Maceió/AL, para a qual concorreu a demandante. Em relação às vagas destinadas aos portadores de deficiência, previa o item 4.1 do mesmo edital que seriam reservadas 5% (cinco por cento) das vagas de cada especialidade/área, nos termos do Decreto nº 3.298, de 20.12.1999.

Portanto, no entender da demandada, para os candidatos portadores de deficiência que concorreram ao cargo de Engenheiro Agrônomo/Área Defesa Vegetal deveriam ser reservadas 3 (três) vagas, em face do arredondamento da fração de 2,1, encontrada após a aplicação do percentual de 5% sobre o total de 42 vagas oferecidas para o referido cargo/especialidade, conforme dispõe o art. 37, § 2º, do Decreto nº 3.298/99.

Ao realizar a convocação para o curso de formação dos candidatos ao cargo de Engenheiro Agrônomo/Área de Defesa Vegetal, aprovados na primeira etapa do concurso para a única vaga disponível para a localidade de Maceió/AL, a Administração optou por convocar o Sr. Afonso da Mota Lamas, na condição de deficiente físico, em detrimento da candidata Maria do Rosário Tenório Cansanção, ora recorrida, que logrou aprovação em 1º lugar para o mesmo cargo na listagem dos não deficientes, com a nota de 28,85 pontos.

Assim, o candidato Afonso da Mota Lamas, que havia obtido a 2ª melhor nota em nível nacional (26,30) dentre os candidatos portadores de deficiência, pelo fato de ter escolhido a localidade de Maceió/AL no ato de inscrição, foi o único convocado para o curso de formação na referida cidade, conforme se vê no Edital nº 7/2001, de 27.12.2001, vindo a ser posteriormente nomeado para o cargo.

Todavia, a interpretação conferida pela Administração ao Decreto 3.298/99, em relação ao percentual de vagas a ser destinado aos portadores de deficiência em concursos públicos acabou por destinar a candidato deficiente a única vaga disponível para a unidade de lotação de Maceió/AL, implicando numa reserva de 100% das vagas para os portadores de deficiência. Tal entendimento mostra-se totalmente desarrazoado e não condizente com escopo da norma em questão.

Isso porque o concurso em tela foi organizado de forma regionalizada, conforme previsto no item 3.2 do edital, de forma que os candidatos apenas disputavam as vagas disponíveis na unidade para a qual tinham optado no ato da inscrição, não concorrendo às vagas distribuídas pelas demais unidades da Federação.

O § 1º do art. 37 do Decreto nº 3.298/99, que deu efetividade ao preceito constitucional insculpido no art. 37, VIII, da Constituição Federal, reservando o percentual mínimo de 5% das vagas em concurso público aos candidatos portadores de deficiência, não pode ser interpretado isoladamente, de forma a criar a deturpação do instituto, como no caso em discussão, onde se criou um privilégio não previsto na lei, ao se destinar a única vaga existente no concurso para candidato deficiente, preterindo-se todos os demais candidatos da ampla concorrência.

A melhor exegese que deve ser dada à norma em comento é a de que a regra genérica de reserva de 5% de vagas para deficientes físicos só é aplicável se resulta em pelo menos uma vaga inteira, mormente quando se tratar de concurso público cujas vagas são regionalizadas por unidade da federação, como no caso em tela, em que fora destinada apenas uma vaga para o cargo de Engenheiro Agrônomo/Defesa Vegetal para a cidade de Maceió/AL.

Não foi outra a interpretação conferida à referida norma pela 3ª Seção do eg. Superior Tribunal de Justiça, que, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 8.417-DF impetrado por Maria do Rosário Tenório Cansanção, ora apelada, reconheceu a preterição da candidata e concedeu a segurança para assegurar a sua participação na segunda etapa do certame, relativa ao curso de formação, como se vê adiante:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO. RESERVA DE VAGAS. CONSTITUCIONALIDADE. LEGALIDADE. INAPLICABILIDADE AO CASO DE EXISTÊNCIA DE APENAS UMA VAGA. PARTICIPAÇÃO NA SEGUNDA ETAPA DO CERTAME. SEGURANÇA CONCEDIDA EM PARTE.

A regra do edital que prevê a reserva de vagas para deficientes físicos é válida e, no caso, sua discussão em favor da impetrante fica prejudicada pela decadência.

Entretanto, o pedido de concessão de ordem para participação na segunda etapa do concurso não sofre os efeitos da decadência, pois não se dirige contra o edital, e pode ser apreciado a despeito da legalidade de suas regras.

A regra genérica de reserva de 5% das vagas do concurso para deficientes físicos só é aplicável se resulta em pelo menos uma vaga inteira.

No caso em que se disputa apenas uma vaga, a aplicação da regra implica na reserva de absurdas 0,05 vagas, portanto não pode ser aplicada. De outro turno, a reserva da única vaga para deficientes físicos implica em percentual de 100%, o que, além de absurdo, não está previsto pelo edital.

Havendo apenas uma vaga, a disputa rege-se pela igualdade de condições, e a convocação de deficiente físico que logrou classificação inferior à da impetrante, fere o direito líquido e certo desta.

Segurança concedida em parte.

(STJ, Rel. Ministro Paulo Medina, Terceira Seção, decisão unânime, j. 12.05.2004, *DJ* 14/06/2004.)

Consoante destacou o ilustre Ministro Paulo Medina no seu voto:

Verifica-se a hipótese no caso dos autos. O edital oferece apenas 1 (uma) vaga para a especialidade/área que concorrem a impetrante e o deficiente físico litisconsorte.

Assim, a aplicação da regra editalícia de reserva de 5% das vagas implicaria no resultado de 0,05 (zero, zero cinco) vagas, o que não é razoável. De outra sorte, não se mostra possível reservar a vaga da localidade de Maceió - AL, dos candidatos deficientes, ao argumento de que existem outras vagas espalhadas no Brasil.

Todos os candidatos do concurso foram constrangidos a optar pela especialidade/área e também pela localidade,

não concorrendo às vagas em localidades distintas da escolhida.

Nestas condições, a reserva da vaga única implica na reserva de 100% das vagas resultado que, além de absurdo, não está previsto pelo edital.

(...)

A impetrante e o deficiente/litisconsorte concorriam a apenas uma vaga e, embora aquela tenha obtido classificação melhor, não foi convocada para o curso de formação. Em seu lugar, fora o deficiente físico, ao argumento da reserva de 5% de vagas.

Como regra, no caso, resulta na 'reserva' de 100% (cem por cento) das vagas, não pode ser aplicada, de forma que a convocação do deficiente físico, que obteve classificação inferior à da impetrante, fere seu direito líquido e certo.

Muito embora o referido *mandamus* não tenha tratado do direito à nomeação da candidata Maria do Rosário Tenório Cansanção – que se discute na presente ação –, assegurando-lhe apenas a convocação para o curso de formação, restou assentado naquele julgamento que a regra genérica de reserva de 5% das vagas para deficientes só é aplicável se resulta em pelo menos uma vaga inteira.

Além disso, tal entendimento foi ratificado pelo eg. Supremo Tribunal Federal ao julgar o Ag.Reg. no RE nº 440.998/DF, interposto pela União contra a decisão proferida pelo STJ no MS 8.417/DF suso referido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. RESERVA DE VAGAS PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. ARREDONDAMENTO DO COEFICIENTE FRACIONÁRIO PARA O PRIMEIRO NÚMERO INTEIRO SUBSEQUENTE. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência desta Corte fixou entendimento no sentido de que a reserva de vagas para portadores de deficiência deve ater-se aos limites da lei, na medida da viabilidade das vagas oferecidas, não sendo possível seu arredondamento no caso de majoração das porcentagens mínima e máxima previstas.

2. Agravo regimental não provido.

(STF Rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. 28.02.2012)

Destarte, faz jus a autora à nomeação e posse no respectivo cargo, na localidade de Maceió/AL, tendo em vista restar configurada a sua preterição em relação ao candidato Alonso da Mota Lamas.

Por outro lado, em relação aos efeitos remuneratórios decorrentes da condenação, o col. STJ, em decisão proferida pela Corte Especial no EREsp nº 111.7974/PR, alinhando-se à jurisprudência do eg. STF, firmou entendimento de que o candidato aprovado em concurso público e nomeado tardiamente em razão de erro da Administração Pública, reconhecido judicialmente, não faz jus à indenização por dano patrimonial pelo tempo que aguardou a solução definitiva pelo Poder Judiciário. Transcrevo, adiante, o referido precedente, *ipsis litteris*:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. SERVIDOR APROVADO NOMEADO POR DECISÃO JUDICIAL. INDENIZAÇÃO DOS VENCIMENTOS E VANTAGENS NO PERÍODO EM QUE TEVE CURSO O PROCESSO JUDICIAL. PEDIDO IMPROCEDENTE. JURISPRUDÊNCIA DO STF.

1. À luz do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que, “nos termos da orientação firmada nesta Corte, é indevida indenização pelo tempo em que se aguardou solução judicial definitiva sobre aprovação em concurso público” (AgRg no RE 593.373, 2ª Turma, Min. Joaquim Barbosa, DJ de 18/04/2011). Considera-se que, se a nomeação foi decorrente de sentença judicial, o retardamento não configura preterição ou ato ilegítimo da Administração Pública a justificar uma contrapartida indenizatória. Nesse sentido, há precedentes formados em colegiado e por decisões monocráticas de ambas as Turmas do STF (v.g., além do já referido: RE-AgRg 392.888, 1ª Turma, Min. Marco Aurélio, DJ de 24.03.06; RMS 23.153, 2ª T., Min. Marco Aurélio, DJ de 30/04/99; RMS 23.227, 2ª Turma, Min. Maurício Correia, DJ de 29.08.97; RE-AgRg 437.403, 2ª Turma, Min. Gilmar Mendes, DJe de 05.05.06; AI-AgRg 620.992, 1ª Turma, Min. Carmen Lúcia, DJ de 29.06.07; RE-AgRg 594.917, 1ª Turma, Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 25.11.10; RE 514.416, Min. Dias Toffoli, DJe de 04/03/11; RE 630.440, Min. Ellen Gracie, DJe de 10/08/11).

2. No STJ, a Corte Especial, ao julgar os EResp 825.037, Min. Eliana Calmon (*DJe* de 22.02.2011), também assentou entendimento de que, em casos tais, não assiste ao concursado o direito de receber, pura e simplesmente, o valor dos vencimentos que poderia ter auferido até o advento da nomeação determinada judicialmente; reconheceu-se, todavia, o direito à indenização por perda de chance, que, naquele caso concreto, seria a diferença entre os vencimentos do cargo e o valor que, no período da demora, o concursado havia recebido no desempenho de atividade contratual.

3. Inobstante esse precedente, é de se considerar que a responsabilidade civil do Estado é matéria que tem sede constitucional (CF, art. 37, § 6º), razão pela qual ganha relevância e supremacia a jurisprudência do STF a respeito, cuja adoção se impõe no caso concreto.

4. Embargos de Divergência providos. (STJ, EREsp nº 111.7974, Min. Eliana Calmon, Rel. p/Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, j. 21.09.2011, *DJe* 19.12.2011.)

Nesse mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO TARDIA POR DECISÃO JUDICIAL. VENCIMENTOS PRÉTERITOS DESCABIDOS. ORIENTAÇÃO FIXADA PELA CORTE ESPECIAL.

1. Trata-se, originariamente, de ação declaratória de nulidade de ato administrativo, com pedido cumulado de indenização por danos material e moral, na qual se discute a possibilidade de conferir ao recorrido o ingresso nos quadros da carreira de técnico em eletrônica na empresa recorrente, haja vista a sua aprovação em concurso público, aberto pela empresa, que recusa a formação de técnico em informática para o cargo em apreço.

2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

3. A Petrobras alega ofensa ao art. 41 da Lei 8.666/1993, mas este diploma normativo estabelece normas gerais sobre Licitações e Contratos Administrativos. Desse modo, a ausência de pertinência temática entre o acórdão recorrido e o dispositivo legal tido como violado faz incidir o óbice contido na Súmula 284/STF.

4. O Tribunal *a quo* concluiu que o candidato comprovou formação acadêmica de acordo com as normas editalíci-

as. Rever tal entendimento implica reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado em Recurso Especial ante o disposto na Súmula 7/STJ.

5. “Se a nomeação foi decorrente de sentença judicial, o retardamento não configura preterição ou ato ilegítimo da Administração Pública a justificar uma contrapartida indenizatória” (REsp 1.117.974/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, *DJe* 19.12.2011).

6. Recurso Especial parcialmente provido para afastar a condenação em indenização.

(REsp 1.345.963/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/10/2012, *DJe* 05/11/2012)

Também é esse o entendimento sufragado pela Segunda Turma desta eg. Corte Regional:

ADMINISTRAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO TARDIA. DANOS MATERIAIS. EFEITOS DESDE A NOMEAÇÃO. DESCABIMENTO. ENTENDIMENTO DO STF E STJ. APELAÇÃO PROVIDA.

- Trata-se de apelação interposta pela União contra sentença que concedeu o pagamento de valores retroativos decorrentes de nomeação tardia no cargo de Agente Penitenciário Federal.

- A parte autora prestou concurso para o cargo de Agente Penitenciário Federal, tendo sido nomeado em razão de determinação judicial. Postulou indenização por danos morais e materiais em razão de sua tardia nomeação, sendo este último julgado procedente.

- A controvérsia cinge-se ao pagamento de valores retroativos decorrentes da sua tardia nomeação.

- A esse respeito, na linha da recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o candidato aprovado em concurso público e nomeado tardiamente em razão de óbice oposto pela Administração Pública, afastado judicialmente, não faz jus à indenização por dano patrimonial.

- Assim, não faz jus o autor ao pagamento da remuneração que deixou de perceber por sua nomeação tardia, a despeito da legitimidade da posse então obstada, tendo em conta que não houve o efetivo desempenho das funções inerentes ao cargo. Decerto, retribuir o autor com o

pagamento de indenização por período em que não exercera os ofícios do cargo que ocupa daria azo ao enriquecimento sem causa.

- Precedente citado: (AC 00131070220114058100, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 09/08/2012 - Página: 271.).

- Apelação provida, para afastar a indenização por dano material a que restou condenada a União pela sentença. Sucumbência recíproca.

(TRF 5ª Reg. AC 541.926/SE, Rel. Desembargador Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga - convocado, Segunda Turma, j. 06/11/2012, DJE 14/11/2012 - Página 403)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONCURSO PÚBLICO. SARGENTO DA AERONÁUTICA. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELO PARTICULAR NA AÇÃO PRINCIPAL. RECONHECIMENTO DA INTEMPESTIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO DA MATÉRIA. OBRIGAÇÃO DE PAGAR. INEXIGIBILIDADE. DECISÃO EXEQUENDA RECONHECEU APENAS A INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA A EXIGÊNCIA DE EXAME PSICOTÉCNICO NO CERTAME.

(...)

- Mudança de orientação diante de recente manifestação do Col. STJ (EREsp nº 1.117.974, Rel. Min. Eliana Calmon), em julgamento pela Corte Especial, segundo a qual candidato aprovado em concurso público e nomeado tardiamente em razão de erro da Administração Pública, reconhecido judicialmente, não faz jus à indenização por dano patrimonial pelo tempo que aguardou a solução definitiva pelo Poder Judiciário.

- Apelação parcialmente provida.

(Segunda Turma, AC nº 521.908/CE, Relator Des. Fed. Conv. Rubens de Mendonça Canuto, Julg. em 04.10.2011, DJe em 13.10.2011, p. 342)

*In casu*, em vista de a matéria debatida nos autos enquadrar-se na situação pacificada pelo col. STJ, é de se concluir pela inexistência de prestações atrasadas ou de indenização por dano patrimonial em favor da autora, merecendo, nesse ponto, provimento o recurso da União.



Com essas considerações, dou parcial provimento à apelação da União tão somente para afastar da condenação o pagamento de direitos remuneratórios retroativos em favor da autora.

É como voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL N° 6.962-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT  
Apelantes: PAULO FERREIRA LEITE, MARCOS LUIDSON DE ARAÚJO, RINALDO FEITOZA VIEIRA, ARMANDO BEZERRA DOS SANTOS, RONALDO JORGE DE MELO E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Apelados: OS MESMOS  
Assist. MP: JOSÉ LUIZ ALMEIDA DE CARVALHO  
Advs./Procs.: DRS. GILBERTO MARQUES DE MELO LIMA E OUTRO

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRIBO INDÍGENA XUCURU. CRIME DE INCÊNDIO. ART. 250, PARÁG. 1º. CRIME DE PERIGO CONCRETO E EXTENSIVO À COLETIVIDADE. DELITO DE DANO QUALIFICADO ABSORVIDO PELO DELITO DE INCÊNDIO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA SUFICIENTEMENTE PROVADAS. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. CASA HABITADA OU DESTINADA À HABITAÇÃO. VEÍCULO DE TRANSPORTE COLETIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURADO. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. OBSERVÂNCIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO INDEVIDA DA PENA-BASE. CONSIDERAÇÃO DE FATOS E CIRCUNSTÂNCIAS QUE MOTIVAM A DOSAGEM DA PENA MÍNIMA FIXADA ABSTRATAMENTE AO CRIME. INEXISTÊNCIA DE**

**CONTINUIDADE DELITIVA. ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENÁ. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITO. APELAÇÃO DA DEFESA A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.**

*- Resta sobejamente comprovada a prática do delito de incêndio, previsto no art. 250, parág. 1º, inciso II, alínea a, do CPB, por todos os acusados constantes deste feito. São documentos, laudos, material fotográfico, depoimentos e oitivas de diversas testemunhas que indicam a presença dos denunciados tanto no primeiro momento delituoso, ocorrido na Fazenda Curral do Boi, logo após o atentado sofrido pelo Cacique Marcos Luidson, como em um segundo momento, quando a multidão de índios se direcionou à Vila de Cimbres, mais precisamente à residência do índio Biá, participando das destruições por meio de incêndios promovidas em móveis e imóveis.*

*- No crime de incêndio, necessário que exista perigo concreto para um número indeterminado de pessoas ou bens, ou seja, efetiva situação de perigo para a vida, a incolumidade física ou patrimônio de outrem, o que ocorreu na hipótese.*

*- Magistrado de Primeira Instância que entendeu pela absorção do delito de dano qualificado (art. 163, parágrafo único, inciso II, do CPB), pelo delito de incêndio (art. 250, parág. 1º, inciso II, alínea a, do CPB), por ser o primeiro subsidiário.*

*- Inexistência de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa na simples alegação de que os réus foram compelidos a desistir da ouvida das testemunhas arroladas. O Magistrado de Primeira Instância oportunizou, igualmente, tanto à acusação como à defesa, as oitivas das testemunhas, visando sempre uma logística que atendesse eficazmente às exigências de um processo de tamanha proporção. O que se de-*

***preende é que houve sim a oitiva de todas as testemunhas indicadas, ao final, pela defesa, e que a não oitiva das testemunhas inicialmente arroladas foi resultado de desistência efetuada pelo próprio causídico.***

***- Dos despachos prolatados nos autos, constata-se claramente uma tentativa do Juízo de estabelecer uma organização para a oitiva das testemunhas arroladas pela defesa, em número de 152 pessoas, assim como fez com as do MPF. Em nenhum momento o Magistrado compeliu a defesa a desistir da oitiva de testemunhas que seriam de seu interesse, ao contrário, se posicionou pela oitiva de todas, exigindo unicamente que a defesa indicasse a ordem cronológica a ser seguida. No decorrer das oitivas, foi a própria defesa desistindo das testemunhas inicialmente arroladas.***

***- Em se tratando de crime perpetrado por multidão, ou crimes de autoria coletiva, não se faz necessária a individualização da conduta de cada réu, bastando que a denúncia contenha a qualificação do acusado e a descrição do fato delituoso a este imputado, conferindo condições ao acusado de exercer o contraditório e a ampla defesa.***

***- Não há que se falar em denúncia inepta, uma vez que a acusatória inaugural apresenta todos os elementos necessários (art. 41 do CPP). A inicial expõe o fato ocorrido, e inclusive no seu item 3 indica a conduta de cada acusado, fazendo menção ao elemento de prova indiciária no qual haveria se amparado para concluir por tal acusação.***

***- É fato que a Lei 11.719/08, que alterou alguns pontos do CPP, deu nova redação ao artigo 399, parág. 2º, estabelecendo que o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. Tal artigo não pode ser interpretado de maneira absoluta, devendo ser mitigado quando o julgador que pre-***

*sidiu a instrução estiver impossibilitado de proferir a sentença. Precedentes: HC 201000325213, Ministro Felix Fischer, STJ - Quinta Turma, 06/09/2010 e HC 201000355972, Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), STJ - Sexta Turma, 11/10/2010.*

*- O art. 563 do CPP consagra o princípio do prejuízo, e sendo a nulidade relativa, o judiciário só deverá declará-la se a parte interessada comprovar o efetivo prejuízo advindo da mesma (pás de nullité sans grief). O prejuízo só será presumido quando houver ofensa aos postulados constitucionais, o que não houve no trâmite do feito.*

*- Os ofendidos expuseram os fatos com uma riqueza de detalhes tal, que o que se tem é a total coincidência dos relatos, uns com os outros, em coerência com os demais elementos produzidos nos autos. Os depoimentos prestados por ofendidos diretamente podem ser considerados para efeito de fundamentar o decreto condenatório, desde que tais elementos se encaixem na conjuntura do feito, apresentando adequação e amoldando-se de forma a apontar para a verossimilhança da acusação, como ocorreu no caso. Precedente: TRF2, ACR 200351130006888, Desembargador Federal Abel Gomes, Primeira Turma Especializada, 15/10/2008.*

*- Em crimes perpetrados por multidão, à palavra da vítima deve se imprimir relevância, mormente no que diz respeito à identificação dos infratores. Essa relevância aumenta quando a identificação mostra-se corroborada por outras vítimas, e não se avista um motivo especial para se apontar esse ou aquele indivíduo como um dos partícipes da ocorrência criminosa.*

*- Não há como prosperar a argumentação da defesa no sentido de que o ônibus de placa KGI-2945, de propriedade do ofendido Biá, que foi destruído pelo incêndio, não seria veículo de*

**transporte coletivo. A alínea c do inciso I parág. 1º do art. 250 não fala em transporte coletivo público, mas apenas em transporte coletivo, sendo qualquer meio utilizado para conduzir várias pessoas de um lugar para outro, a exemplo de um ônibus.**

**- Quanto às supostas lesões corporais, indicadas na apelação como tendo sido perpetradas em face dos manifestantes, o que se verifica é que não foram indicadas na denúncia, não sendo objeto deste procedimento criminal, não cabendo, assim, qualquer exame a respeito das mesmas.**

**- Réus primários, que não apresentam antecedentes criminais e em relação aos quais, no que pertine às suas condutas sociais e personalidades, não há registro desfavorável às suas pessoas.**

**- A gravidade do delito de incêndio com exposição a perigo de vida, a integridade física ou ao patrimônio de outrem já se faz considerada no próprio tipo e justificada pela pena mínima elevada de três anos e maior gravidade ainda advinda de o incêndio ser praticado em casa habitada ou destinada à habitação ou em veículo de transporte coletivo, também já se mostra ponderada no aumento de pena previsto no parág. 1º inciso II do art. 250 do CPB. Diminuição da pena-base.**

**- Reforma quanto ao acréscimo referente à continuidade delitiva (art. 71 do CPB), causa de aumento de pena (terceira fase da dosimetria), visto que não houve pluralidade de condutas.**

**- Aplica-se o aumento de 1/3 da pena quando configurada qualquer das hipóteses dos incisos do parág. 1º do artigo em exame, independente de ocorrerem sozinhas, ou em conjunto. O que o legislador quis foi agravar a pena em circunstâncias em que há a possibilidade de haver grande quantidade de pessoas no local incendiado, o**

**que certamente aumenta o risco do dano. Além disso, previu o aumento para as hipóteses em que o risco de propagação do incêndio é maior. Incidência do acréscimo de 1/3 só por uma vez.**

**- Para os acusados Paulo Ferreira Leite, Marcos Luidson, Rinaldo Feitoza Vieira, Armando Bezerra dos Santos e Ronaldo Jorge de Melo, pela prática do delito de incêndio, com causa especial de aumento, tem-se a pena definitiva de 4 anos de reclusão, e 20 dias-multa, a ser cumprida inicialmente em regime aberto (art. 33, parág. 2º, alínea c, e parág. 3º, do CPB).**

**- Presentes os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por 2 restritivas de direito, a serem definidas pelo juízo de execuções, nos termos do art. 44 do CP. Não ficou comprovada violência ou grave ameaça a pessoa, mas sim a bens materiais, além do que o réu não possui antecedentes negativos e exercem atividade laboral na comunidade indígena que integram.**

**- Apelação do MPF a que se nega provimento. Apelação dos acusados a que se dá parcial provimento.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de ACR 6.962-PE, 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 do MPF, e, por maioria, vencido em parte o Des. Fed. Francisco Cavalcanti, dar parcial provimento à apelação dos acusados, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA  
ERHARDT - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR EDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Cuidam os autos de apelações criminais, interpostas pelo Ministério Público Federal, e pela defesa dos acusados Paulo Ferreira Leite, Marcos Luidson de Araújo, Rinaldo Feitoza Vieira, Armando Bezerra dos Santos e Ronaldo Jorge de Melo, em face de sentença prolatada pelo Exmo. Juiz da 16ª Vara Federal da SJ/PE, Francisco Glauber Pessoa Alves, que julgou parcialmente procedente a denúncia, e condenou os acusados da seguinte maneira:

Paulo Ferreira Leite: à pena de 10 anos de reclusão, no regime inicial fechado, mais 32 dias-multa, pelos delitos previstos nos art. 250, *caput*, do CPB; art. 250, §1º, inciso II, alínea a, do CPB e art. 250, parág. 1º, inciso II, alínea c do CPB (incêndio), na forma do art. 71 do CPB;

Marcos Luidson de Araújo: 10 anos, 4 meses e 13 dias de reclusão, além de 33 dias-multa, pelos delitos previstos nos art. 250, *caput*, do CPB e art. 250, parág. 1º, inciso II, alínea a, do CPB, na forma do art. 71 do CPB;

Rinaldo Feitoza Vieira, Armando Bezerra dos Santos e Ronaldo Jorge de Melo: à pena de 10 anos e 8 meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais 34 dias-multa, pelos delitos previstos nos art. 250, *caput*, do CPB; art. 250, parág. 1º, inciso II, alínea a, do CPB e art. 250, parág. 1º, inciso II, alínea c, do CPB (incêndio), na forma do art. 71 do CPB.

2. A decisão de Primeira Instância entendeu por absolver os acusados Marcos Luidson de Araújo e Ronaldo Jorge de Melo do delito capitulado no art. 146, parág. primeiro, do CPB (*constrangimento ilegal*), isso nos termos do art. 386, inciso V, do CPB. O Magistrado *a quo* facultou aos acusados o direito de recorrer em liberdade, considerando ausentes os motivos para a decretação de prisão preventiva. Fixou, por fim, o valor de R\$ 50.000,00, para indenização aos ofendidos (art. 387, inciso IV, do CPP, com redação dada pela Lei 11.719/2008), sem prejuízo da comprovação, em liquidação do julgado na via competente, de ser maior o dano e ali apurada a diferença.

3. Na peça acusatória (fls. 3/23, do volume 1), o MPF relata diversos crimes ocorridos em 7 de fevereiro de 2003, envolvendo 35 índios da Tribo Indígena Xucuru, fatos que teriam acontecido nas localidades conhecidas por Fazenda Curral do Boi e Vila de Cimbres, pertencentes a esta tribo. A inicial do *Parquet* conta que determinado segmento dos índios Xucurus (Xucurus de Orurubá), revoltados com atentado sofrido por seu líder, Cacique Marcos, nas proximidades da Fazenda Curral do Boi, do que resultou a morte de outros dois índios, foi de encontro aos índios da facção adversária, também Xucurus (Xucurus de Cimbres), aos quais atribuíram tal atentado, causando disparos com arma de fogo e incêndios, com danos ao patrimônio e perigos à vida de terceiros, isso na Fazenda Curral do Boi e na Vila de Cimbres.

4. Inicialmente o MPF denunciou os acusados pelas condutas delituosas tipificadas nos arts. 132 (*perigo para a vida ou saúde de outrem*); art. 146, pará. 1º (*constrangimento ilegal*); art. 150, pará. 1º (*violação de domicílio*); art. 163, parágrafo único, incisos II e IV (*dano qualificado*); e art. 250, pará. 1º, inciso II, alínea *a* (*incêndio com causa especial de aumento*) do CPB. Quando das alegações finais, o *Parquet* se posicionou pela absorção do delito de dano qualificado pelo crime de incêndio (art. 163, parágrafo único, do CPB), por ser o primeiro subsidiário.

5. No momento em que recebida a denúncia, houve o desmembramento da ação penal em sete processos distintos, permanecendo cinco acusados em cada um dos feitos. O presente feito, autuado sob o número originário 2006.83.02.000366-5, abrangeu os acusados que ora interpõem recurso de apelação, quais sejam: Paulo Ferreira Leite, Marcos Luidson de Araújo, Rinaldo Feitoza Vieira, Armando Bezerra dos Santos e Ronaldo Jorge de Melo.

6. O MPF, em seu recurso (fls. 813/838), pleiteia a reforma da decisão do Juízo *a quo*, para que não seja aplicado o princípio da consunção, havendo, por conseguinte, a condenação dos réus Armando Bezerra dos Santos, Rinaldo Feitoza Vieira, Marcos Luidson de Araújo e Ronaldo Jorge de Melo nas penas dos delitos capitulados no art. 132 (periclitación da vida e da saúde) e no art. 150, pará. 1º (invasão de domicílio), do CPB, *c/c* art. 29 e art. 71 do CPB. Requer também a condenação dos réus Marcos Luidson



de Araújo e Ronaldo Jorge de Melo nas penas do art. 146, parág. 1º, do CPB (constrangimento ilegal). Por último, pleiteia o aumento da pena-base do réu Armando Bezerra dos Santos, no máximo legal, em razão dos maus antecedentes.

7. Os acusados apresentaram contrarrazões ao recurso do MPF às fls. 848/851.

8. No recurso de apelação interposto (fls. 861/889), a defesa traz como preliminar a arguição de afronta ao devido processo legal, já que não teria sido conferido o direito à oitiva do número de testemunhas legalmente permitido, que inicialmente foi arrolado, tendo sido levada pelo juízo a desistir da oitiva de diversas testemunhas relevantes ao esclarecimento dos fatos. Relata também outras nulidades: (a) falta de individualização da conduta de cada acusado na peça acusatória, que teria atribuído os fatos de maneira generalizada aos acusados; (b) inclusão na denúncia do delito do art. 163, parágrafo único, IV, crime de ação privada; (c) inclusão, também na denúncia, de inimputável por menoridade, o que viciaria o despacho que recebeu a peça; e (d) afronta ao princípio da identidade física do juiz, já que os réus foram julgados por juiz que não funcionou em qualquer ato de instrução.

9. No tocante ao mérito, sustenta que Expedito Alves Cabral, conhecido por Biá, e tido por vítima nos presentes autos, foi quem deu início à dissidência entre os índios, pelo que sua versão apresentada nos autos, e a dos que o seguem, não poderia ter servido como prova à condenação daqueles a quem afronta. Que o tal Biá, ouvido nos autos como vítima, estaria envolvido em questões outras, políticas e econômicas, que não as ligadas às causas dos índios. Que os índios revoltados com o atentado feito ao Cacique Marcos seguiram em direção a casa de Biá, e, chegando lá, foram recebidos à bala, o que estimulou os acontecimentos. Relata que não houve investigação relativa às supostas lesões corporais produzidas nos manifestantes, pelos seguidores de Biá.

10. Diz que não poderia o magistrado enquadrar o ônibus de placa KGI-2945, de propriedade do ofendido Biá, como veículo de transporte coletivo. Por fim, sustenta o excesso na condenação, já que as penas foram aplicadas sem levar em consideração a primariedade e os bons antecedentes dos acusados.

11. Em contrarrazões (fls. 893/901), o MPF rejeita as nulidades apresentadas pela defesa. Registra que a instrução processual correu em absoluta consonância com os princípios constitucionais, em especial, com aqueles que foram alegados pela defesa como violados. Sustenta que nos crimes de multidão se afigura desnecessária a descrição minuciosa das condutas individuais praticadas por cada um dos acusados. Afirma que o contexto probatório dos autos é suficiente à condenação, e que o Magistrado sentenciante fixou as penas dos réus em compasso com as regras do CPB.

12. No Parecer 673/2010 (carreado às fls. 809/929), subscrito pelo Procurador Regional da República Uairandyr Tenório de Oliveira, o MPF opina pelo parcial provimento das apelações, para reduzir e acrescer as penas fixadas aos acusados, nos moldes que registrou, estabelecendo-se regime de cumprimento das penas compatível com a pena totalizada e com as condições de primariedade e bons antecedentes dos apelados. Manifestou-se, ademais, pela condenação dos acusados Marcos Luidson de Araújo e Ronaldo Jorge de Melo também nas penas do crime de constrangimento ilegal (art. 146, parág. 1º, do CPB).

13. O assistente da acusação José Luiz Almeida de Carvalho, devidamente intimado nos autos, aderiu à tese esposada pelo *Parquet* no recurso de apelação e nas contrarrazões de fls. 893/901 (fls. 906/908).

14. Eis o que havia a relatar.

15. Remetam-se os autos ao revisor, por se tratar de apelação em face de condenação pela prática de delito punido com pena de reclusão (art. 29, inciso IV, do Regimento Interno desta Corte Regional).

## VOTO

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

1. A decisão prolatada no Juízo da 16ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco condena os réus, Paulo Ferreira Leite, Marcos Luidson de Araújo, Rinaldo Feitoza Vieira, Armando Bezer-

ra dos Santos e Ronaldo Jorge de Melo, índios Xucurus, pela prática do delito de incêndio, com causa especial de aumento (art. 250, parág. 1º, do CPB), ocorrido em localidades pertencentes à Tribo Indígena Xucuru (Fazenda Curral do Boi e Vila de Cimbres). Os acusados Marcos Luidson de Araújo e Ronaldo Jorge de Melo, foram absolvidos da prática do crime do art. 146, parág. primeiro, do CPB (*constrangimento ilegal*).

2. Na sentença, o magistrado de Primeira Instância entendeu pela absorção dos delitos de dano qualificado e perigo para a vida ou saúde de outrem (art. 163, parág. único, e art. 132 do CPB), pelo delito de incêndio (art. 250 do CPB). Aplicou também o princípio da consunção quanto ao delito de invasão de domicílio (art. 150 do CPB), que estaria absorvido pelos delitos mais graves.

3. A materialidade do delito de incêndio reconhecido na decisão condenatória vem evidenciada pela vasta documentação produzida quando do inquérito policial, destacando-se os seguintes elementos de convicção:

(a) LAUDO DE EXAME EM LOCAL DA POLÍCIA FEDERAL (CONSTATAÇÃO DOS DANOS) e seu anexo fotográfico, colacionado às fls. 224/250 do procedimento inquisitivo (apenso à ACR 6.504-PE, processo de número 2006.83.02.000365-3): a conclusão do laudo indica *a ação destrutiva e vandala humana, caracterizada pela forma como os imóveis foram depredados, provocando danos, registrando ainda que armas de fogo foram utilizadas para a ação delituosa desencadeada, além de dispositivos incendiários* (fl. 234);

(b) LAUDO PERICIAL DA POLÍCIA CIVIL de fls. 252/371 do inquérito (apenso à ACR 6.504-PE, processo de número 2006.83.02.000365-3), com várias imagens fotográficas, registrando os danos ocorridos nas residências e nos veículos, e concluindo pela utilização de instrumentos perfurante, cortante, pérfuro-cortante com o auxílio de uso de força muscular e ainda pérfuro-contudentes, projéteis de armas de fogo;

(c) CÓPIAS FOTOGRÁFICAS, encaminhadas à Polícia Federal pela Secretaria de Defesa Social, fls. 188/201 do procedimento inquisitivo (volume 1, dos 4 apensos);

(d) AUTO DE APREENSÃO de projétil de arma de fogo deflagrado, retirado do braço direito do índio Xucuru Joselito Salvador Cabral (fl. 381 do procedimento inquisitivo); e

(e) LAUDO DE EXAME DE CONFRONTO MICROBALLÍSTICO (Projéteis e Cartuchos), fls. 383/398 do Inquérito Policial.

4. Além disto, tem-se os depoimentos e declarações prestados na fase inquisitiva (fls. 158/159, 408/413, 419/420, 428/429, 450/452, 457/458, 480/481, 497/499, do Apenso 1 e 2 da ACR 6.504-PE, processo de número 2006.83.02.000365-3), os interrogatórios dos réus nestes autos (fls. 48/63 e 92/94, do volume 1 de 5) e as oitivas das testemunhas, tanto de acusação como de defesa, realizadas no decorrer da instrução processual.

5. A autoria de cada um dos acusados abrangidos por este feito na prática do delito de incêndio (art. 250, parág. 1º, inciso II, alíneas *a* e *c*, do CPB), já havendo registro relativo ao desmembramento que resultou em sete feitos (contando com este), cada um constando 5 réus, também restou devidamente comprovada, isso pelas declarações prestadas ainda no procedimento inquisitivo e pela oitiva das várias testemunhas arroladas no processo.

6. No que pertine aos delitos de violação de domicílio e perigo para a vida e a saúde (arts. 132 e 150, parág. 1º, do CPB), registro, desde logo, que acertada foi a conclusão a que chegou magistrado *a quo*, no sentido de que tais ilícitos estariam absorvidos pelo delito mais grave de incêndio, de qualquer forma exaurirei tal questão com mais profundidade adiante, por ter sido objeto de recuso por parte do MPF.

7. Com relação ao crime do art. 146, parág. 1º, do CPB (*constrangimento ilegal*), penso que também foi irrepreensível a sentença, ao absolver os acusados Marcos Luidson de Araújo e Ronaldo Jorge de Melo. Sobre este aspecto, igualmente, me deterei minuciosamente abaixo, haja vista o recurso de apelação do órgão ministerial.

8. A seguir serão apresentados alguns dos elementos de prova existentes nos autos confirmando as condutas de cada um dos acusados constantes deste feito, o que leva a manutenção do decreto condenatório pelo delito de incêndio. Importante asseverar

que é observada uma total coincidência entre os depoimentos prestados pelos ofendidos no detalhamento dos acontecimentos, indicando aqueles que seriam coautores dos delitos.

#### PAULO FERREIRA LEITE

9. O acusado Paulo Ferreira Leite, conhecido por Paulinho de Zé Pedro, tem sua participação evidenciada nos depoimentos prestados por testemunhas/declarantes no Inquérito Policial e em Juízo, destacando-se os seguintes:

##### DEPOIMENTO PRESTADO POR EXPEDITO ALVES CABRAL, conhecido por Biá:

Em Juízo (fls. 140/146): (...); *o depoente viu ainda participando da multidão PAULINHO DE ZÉ PEDRO (...); todas essas pessoas citadas pelo depoente foram pessoas que se aproximaram de sua casa, a quem o depoente viu perfeitamente, incluindo-se dentre aquelas que faziam ameaças de que invadir a casa do depoente, tocar fogo na casa e matar os ocupantes; (...).* (Fl. 144)

##### DEPOIMENTO PRESTADO POR FRANCISCO DE ASSIS CABRAL, conhecido por Ciba:

No Inquérito Policial (fls. 408/413, do apenso 2, dos autos referentes ao inquérito): (...); *que perguntado sobre quem seriam os autores dos crimes narrados, afirmou que são (...), PAULINHO DE JOSÉ PEDRO; (...); que presenciou as pessoas acima referidas tombarem e queimarem o ônibus e a Parati de Biá; (...).* (Fl. 412)

Em Juízo (fls. 217/220, do volume 2): (...); *o depoente informa que as pessoas de (...), Paulinho de José Pedro, (...), faziam parte da multidão que o depoente observava quando estava dentro de sua residência; (...); Zé Novo e Paulinho de Zé Pedro foram os primeiros que atiraram pedras no para-brisas do ônibus de Biá; (...).* (Fl. 218)

##### DEPOIMENTO PRESTADO POR JOSELITO SALVADOR CABRAL

No Inquérito Policial (fls. 419/420, dos autos referentes ao inquérito): *que presenciou várias pessoas tombando o ônibus de propriedade de Biá, entre elas (...), PAULINHO DE ZÉ PEDRO, (...); que PAULINHO DE ZÉ PEDRO foi o primeiro a jogar pedra no ônibus; (...).* (Fl. 420)

Em Juízo (fls. 226/228): *confirma os termos do depoimento prestado na Polícia Federal (...); (...); o depoente conseguiu identificar algumas das pessoas que estavam depredando o ônibus de Biá, eis que o ônibus estava em frente a casa; dentre as pessoas identificadas pelo depoente, estavam (...) PAULINHO DE ZÉ PEDRO; todos a depredar o ônibus de Biá; tais pessoas jogavam paus e pedras no ônibus, conseguindo virá-lo e, em seguida, incendiá-lo (...).* (Fl. 226)

10. Em seu interrogatório (fls. 48/50), dentre outras afirmativas, o acusado Paulo Ferreira Leite disse que:

*(...); o interrogado foi para sua casa, deixou sua bicicleta e foi para a rua da Vila de Cimbres; chegando na rua passou a dançar o toré, que estava sendo dançado por outros índios; o interrogado começou o seu ritual por volta das 9:30 e nele permaneceu até as 17:00h, sabendo dizer que ao seu redor havia uma multidão de pessoas, distribuídas pela rua, mas nada sabe dizer em relação aos incêndios e depredações dos imóveis e automóveis, apenas afirmando que nada disso participou (...); não conhece nenhuma das pessoas presentes na multidão; conhece grande parte dos acusados mas não avistou nenhum deles no dia dos fatos; (...); dançava o toré próximo a igreja, que por sua vez fica perto da casa de Biá, na mesma rua.* (Fls. 49/50)

11. Tal versão diverge do contexto dos autos, mostrando-se inconsistente. Veja-se que o acusado afirma ter permanecido na Vila de Cimbres, dançando o toré das 9:30h às 17:00h, inclusive próximo à residência do índio Biá, que foi incendiada juntamente ao ônibus, também de sua propriedade, ao mesmo tempo em que afirma nada saber dizer em relação aos incêndios e depredações dos imóveis e automóveis. Tal situação não se afigura como possível, diante da proporção dos acontecimentos.

12. As testemunhas arroladas pela defesa do acusado (fls. 270/279), não trouxeram nenhuma informação consistente sobre os fatos ocorridos ou a respeito do paradeiro do réu no dia do evento delituoso, só mencionaram não o ter avistado na ocasião. Veja-se que a testemunha Marieta Nogueira da Silva, em sua oitiva, registra até *que não saiu de casa para ver o que estava acontecendo* (fl. 274), pelo que não há como dá relevância a tal inquirição.

13. Da mesma forma, a testemunha Maria Juciara de Lima Leite, não fez qualquer afirmação capaz de refutar o apurado neste feito (fl. 278). Disse o seguinte: *passou o restante do dia dentro de casa (...); chegou a ir até a calçada de sua casa, para ver de longe o que estava acontecendo; (...) a casa da testemunha fica distante de onde se estava dançando o ritual; (...); a testemunha também avistava fogo no meio da rua, mas não dava para identificar o que estava tocando fogo por conta da distância; a testemunha não se recorda de ter avistado naquele dia Paulo Ferreira Leite.* (Fl. 278)

14. Como registrado, as testemunhas não trouxeram qualquer fato considerável em relação ao acusado, anotando quanto a este somente questões referentes a sua pessoa, a exemplo da testemunha Vanuza Rodrigues Leite Cabral, que, em sua oitiva, disse o seguinte: *sabendo dizer que é um homem trabalhador na agricultura, sabendo dizer que é uma pessoa que vive do seu trabalho para casa* (fl. 275). E o que os autos evidenciam é que, pela amplitude dos fatos ocorridos, não haveria como alguém na Vila de Cimbres não tomar conhecimento dos incêndios.

15. Portanto, penso que os elementos probatórios colhidos no feito convencem quanto à participação do acusado Paulo Ferreira Leite no delito de incêndio (art. 250, parág. 1º, II, a), pelo que mantenho a condenação proferida no decreto condenatório. Todas as testemunhas de acusação confirmam a ação do acusado direcionada a incendiar a residência e o ônibus pertencente ao ofendido Expedito Alves Cabral, conhecido por Biá, elementos que, corroborados pelos demais, comprovam a sua participação.

16. Então, mantenho a condenação do acusado Paulo Ferreira Leite pela prática do delito capitulado no art. 250, parág. 1º, inciso II, alínea a e c, do CPB (*incêndio em casa habitada ou destinada à habitação e em veículo de transporte coletivo*), nos mesmo moldes postos no decreto condenatório.

MARCOS LUIDSON DE ARAÚJO

17. O acusado Marcos Luidson de Araújo, referido nos autos como Cacique Marquinhos, é indicado como um dos principais integrantes da multidão que perpetrou os delitos nas localidades

de Curral do Boi e Vila de Cimbres, apontado inclusive como instigador das condutas desenvolvidas pelos demais acusados.

18. Segundo a peça acusatória, foi a partir do evento ocorrido nas proximidades da Fazenda Curral do Boi, envolvendo o acusado Marcos Luidson de Araújo, e do qual resultou a morte de dois índios do grupo liderado por este, que iniciaram-se os fatos delituosos apurados neste feito; observe-se:

DEPOIMENTO PRESTADO POR FRANCISCO DE ASSIS CABRAL, conhecido por Ciba:

No Inquérito Policial (fls. 408/413, do apenso 2, dos autos referentes ao inquérito): (...); *que, durante todo o conflito, MARQUINHOS circulava pelo local num carro branco e, posteriormente, em um carro verde de propriedade de EDUARDO, que acredita que as ações dos manifestantes foi determinada por MARQUINHOS; (...).* (fl. 412).

Em Juízo (fls. 217/220, do volume 2): (...); *em dado momento, chegou à Vila de Cimbres o Cacique Marcos em um carro branco, fato este que foi observado pelo depoente de sua casa; o Cacique Marcos passou no carro branco em frente a casa do depoente, e seguiu até o final da rua, onde parou, em frente a praça Padre Cícero, onde houve uma concentração de pessoas de sua facção; até então, a multidão que se formava não havia atacado nada nem ninguém; cerca de vinte minutos depois da chegada do Cacique Marcos, a multidão começou a atacar os veículos; (...); (...).* (Fl. 218)

DEPOIMENTO PRESTADO POR JOSELITO SALVADOR CABRAL

No Inquérito Policial (fls. 419/420): *que, durante todo o conflito, MARQUINHOS circulava pelo local num carro branco com vidro baixo; que pode afirmar com certeza que as ações dos manifestantes foram determinadas por MARQUINHOS; que os integrantes dos conflitos acima citados obedecem cegamente às determinações de MARQUINHOS; (...).*

Em Juízo (fls. 226/228): (...) *o depoente se recorda que o Cacique Marcos passou em frente a casa de Biá em um gol branco, tendo parado em frente à venda de Dede; com*



*a chegada do Cacique Marcos a multidão aumentou a sua revolta; (...). (Fl. 227)*

DEPOIMENTO PRESTADO POR EVERALDO LEITE DA SILVA:

*Em Juízo (fls. 165/166): (...) o Cacique MARQUINHOS ordenou que Ivanildo descesse do carro, ocasião em que os passageiros também deixaram os veículos; o próprio cacique também atirou contra o pneu do veículo e ordenou que os demais índios que vinham correndo do local onde estava atravessado o caminhão que destruíssem o veículo de Ivanildo; logo após ter início a destruição do veículo de Ivanildo o depoente e sua família, filha e esposa, deixaram o local; (...). (fl. 165).*

DEPOIMENTO PRESTADO POR JOSÉ IVANILDO ALMEIDA DE CARVALHO:

*Em Juízo (fls. 169/172): (...) o Cacique MARCOS LUIDSON se dirigiu ao depoente dizendo que tentaram matá-lo naquela manhã, tendo o depoente respondido que não tinha nada com aquilo; mesmo assim o cacique Marcos Luidson fazendo uso de uma arma de cano curto, que o depoente não precisou se era um revólver ou uma pistola, disparou contra o pneu traseiro direito da veraneio, automóvel do depoente; o Cacique Marcos Luidson portava duas armas de fogo, uma de cano curto e outra de cano longo, o clima era de tensão, muita tensão; (...). (fl. 169).*

DEPOIMENTO PRESTADO POR VALQUÍRIA LEITE DE CARVALHO:

*Em Juízo (fls. 186/189): (...); a depoente se encontrava do lado de fora de sua casa, quando ouvindo tiros, pensou que o Cacique MARQUINHOS estivesse atirando contra o seu pai ou o seu tio, tendo inclusive gritado anunciando o fato para sua mãe; de onde estava a depoente em seguida observou que o seu pai e o seu tio estavam vivos e que o Cacique MARCOS os liberou para seguirem andando; (...). (Fl. 186)*

DEPOIMENTO PRESTADO POR GILDO RODRIGUES DE FREITAS, funcionário da Prefeitura de Pesqueira:

*Em Juízo (fls. 234/235): (...) na manhã dos fatos narrados na denúncia, a testemunha seguiu transportando na pam-*

*pa da Prefeitura de Pesqueira o médico, Dr. Edson Mauro, para fazer visitas no sítio São João; como só tinha duas senhoras para visitar, a testemunha e o médico voltaram mais cedo para Pesqueira, isso por volta de 10:00 da manhã; ao passar pela Fazenda Curral de Boi, trafegando no sentido de Vila de Cimbres/Pesqueira, o depoente observou o caminhão do Cacique Marcos atravessado na pista, e dois homens mortos estirados no chão; o depoente parou o carro e chamou, de dentro do carro, o Cacique Marcos, que se encontrava no local, juntamente com outras pessoas, dentre elas o seu irmão conhecido pela testemunha como Gordinho; o Cacique Marcos veio até o carro, especificamente na janela da porta do motorista, dizendo a testemunha que aquilo era culpa do Prefeito de Pesqueira; a testemunha perguntou ao cacique qual era, portanto, a culpa dela, testemunha, e do médico que o acompanhava, ocasião em que o Cacique Marcos, de posse de um capacete, bateu contra o para-brisas do veículo, quebrando o por completo (...); (...). (Fl. 234)*

19. No que diz respeito a este acusado a prova oral dos autos é farta, no sentido de que o réu liderou os atos perpetrados pela multidão que fazia parte do grupo denominado Xucurus de Orurubá, do qual é cacique, o que culminou nos diversos atos tidos por ilícitos. Além das inquirições que foram colacionadas acima, têm-se também a oitiva carreada às fls. 45/57 do Inquérito Policial, cujo declarante José Luiz Almeida de Carvalho esmiúça o contexto dos acontecimentos, igualmente esclarecedoras são as declarações prestadas à fls. 140/146 (Exedito Alves Cabral); fls. 186/188 (Valquíria Leite de Carvalho); fls. 231/233 (José Luis de Almeida Carvalho); e fls. 236/237 (Maria José Freitas Frazão).

20. Durante a instrução (fls. 57/63), Marcos Luidson de Araújo refutou todos os acontecimentos descritos na peça acusatória, afirmando que haveria um perseguição a sua pessoa, haja vista divergências existentes em relação ao índio Exedito Alves Cabral, conhecido por Biá, liderança dos Xucurus de Cimbres; com relação aos incêndios, disse o seguinte:

(...); o declarante informa que é cacique de uma facção do povo Xucuru, tendo de outro lado o índio Biá, liderança de outra facção do povo Xucuru; o declarante informa que há

uma certa animosidade entre as facções em decorrência de desentendimento sobre a destinação das terras para o turismo religioso; o declarante informa que retornou ao local dos fatos quando viu seus dois companheiros mortos; na ocasião também observou fumaça de incêndio nas casas próximas, ocasião em que foi socorrido para a cidade de Pesqueira, juntamente com o seu sobrinho, pelo advogado Dr. Sandro Lobo; o declarante tem conhecimento que posteriormente aos fatos narrados na denúncia, casas e veículos de moradores das aldeias indígenas foram incendiados, mas até hoje o declarante não sabe por quem. (...). como não se sabia o desfecho do que ocorrera com Nilson e Nilsinho, o interrogado, acompanhado de vinte a trinta índios, aproximadamente, desceu até o local do que então ficaram sabendo do homicídio de Nilson e Nilsinho, logo ao chegar no local dos homicídios, o interrogado já percebeu a existência de fumaça nos imóveis da Fazenda Curral do Boi, bem ainda a presença de uma multidão de índios; (...).

21. Também aqui não há de ser considerada a versão apresentada quando do interrogatório, como se não tivesse o acusado qualquer envolvimento nos fatos. Em contradição com todas as provas colhidas, Marcos Luidson de Araújo diz não saber da autoria dos incêndios responsáveis pela destruição na Vila de Cimbres e Fazenda Curral do Boi, quando, na verdade, o que restou comprovado foi que o acusado exerceu a liderança sobre os demais índios no cometimento do crime.

22. Veja-se que a testemunha arrolada pela defesa, Ana Lúcia Leite de Siqueira Souza (fls. 272/273), técnica de enfermagem, traz afirmações direcionadas a tirar o acusado do local do crime, sustentando que permaneceu na companhia do mesmo no dia dos acontecimentos, mais precisamente na casa da genitora do Cacique Marcos Luidson. Ocorre que, tal relato indica que a testemunha esteve com o acusado a partir das 12:30 horas, quando grande parte dos fatos ocorreram pela manhã, sobretudo os incêndios na localidade próxima à Fazenda Curral do Boi. Inclusive, o que as provas revelam, é que neste período se incumbiu o acusado de insuflar os demais indígenas, o que levou a multidão a destruir diversas casas. Confira-se a oitiva da referida testemunha:

(...); *naquele dia a testemunha estava de serviço no PSF de Alagoinha, vizinho a Pesqueira, onde permaneceu até as 12:30 horas, aproximadamente, quando recebeu um telefonema noticiando que o Cacique Marcos Luidson havia sofrido um atentado, tendo a testemunha se deslocado para o hospital de Pesqueira, onde encontrou o cacique sendo atendido, onde já havia muita gente; aproximadamente uma hora depois, a testemunha se deslocou juntamente com o Doutor Ézio Paes (médico) para a casa de dona Zenilda, mãe do Cacique Marcos, para onde foi conduzido o cacique; a testemunha ficou até 16:00 horas na casa de Dona Zenilda, aproximadamente, na companhia do Cacique Marcos; após tal hora a testemunha foi para Pesqueira e depois para Cimbres, onde moravam seus pais, retornando para casa de Dona Zenilda ao cair da tarde, começo da noite, por volta das 18:00 horas, quando então observou o Cacique Marcos deitado no sofá (...); a testemunha permaneceu na casa de Dona Zenilda, na presença do Cacique Marcos, até aproximadamente 20:00 horas a 21:00 horas (...).* (fl. 272).

23. A meu ver, tal declaração não é apta a provar que o réu estava em local diferente daquele em que o crime ocorreu, sobretudo diante dos elementos de convicção produzidos, que evidenciam sua atuação na manhã dos fatos. Vários relatos dão conta da presença do Cacique Marcos Luidson, e expressivo é o depoimento prestado por Gildo Rodrigues de Freitas, funcionário da Prefeitura de Pesqueira, registrado acima, e que aqui cabe repetir, que disse o seguinte: *que na manhã dos fatos narrados na denúncia, (...) o Cacique Marcos, de posse de um capacete, bateu contra o para-brisas do veículo, quebrando-o por completo (...); (...).* (Fl. 234)

24. As demais testemunhas de defesa também não trazem elementos convincentes (fls. 359, 362/364 e 387), enveredam pelo mesmo caminho da testemunha acima mencionada, no sentido de terem presenciado o acusado na casa de sua genitora, no período da tarde. Não fazem qualquer afirmação relativa ao paradeiro do acusado no período da manhã, ocasião em que grande parte dos acontecimentos ocorreu, nem apresentam nada de conclusivo quanto aos fatos, pois dizem não os terem presenciado.

25. Portanto, tem-se por provada a atuação do acusado no evento criminoso, e mesmo que o réu não tenha permanecido du-

rante todo o dia nos locais dos incêndios, Fazenda Curral do Boi e Vila de Cimbres, o que é possível, claro está que atuou de forma intensa, sobretudo instigando a multidão na perpetração dos ilícitos, isso conforme as provas materiais produzidas e todos os relatos efetuados pelas testemunhas arroladas pela acusação.

26. Desse modo, mantenho a condenação do acusado pela prática do delito capitulado no art. 250, parág. 1º, inciso II, alínea a, do CPB (*incêndio em casa habitada*), nos mesmo moldes postos no decreto condenatório.

RINALDO FEITOZA VIEIRA

27. A participação de Rinaldo Feitoza Vieira na destruição provocada pelos incêndios, sobretudo na invasão à casa de Biá, vem evidenciada pelos seguintes depoimentos:

DEPOIMENTO PRESTADO POR FRANCISCO DE ASSIS CABRAL, conhecido por Ciba:

Em Juízo (fls. 217/220): (...); *confirma os termos de seu depoimento prestado à Polícia Federal, (...); o depoente informa que as pessoas de (...) RINALDO (representante da Lagoa), (...), faziam parte da multidão que o depoente observava quando estava dentro de sua residência; tais pessoas participaram dos seguintes atos: depredação do caminhão de Biá, que estava cerca de 100 a 150 metros de sua casa, ter virado o ônibus de Biá e depois ter tocado-lhe fogo, ter virado ainda a Pparati de Biá que estava em cima da calçada, em frente à casa, também tocando-lhe fogo (...); (...).* (Fl. 213)

DEPOIMENTO PRESTADO POR ANDREZA PLÁCIDO CARVALHO:

Em Juízo (fls. 184/185): (...); *quando a multidão chegou na casa, a depoente ouviu vários gritos e tiros contra a casa; em dado momento a depoente percebeu que a parte de cima da porta da entrada foi arrombada e que pessoas da multidão se encontravam na porta com arma em punho, mandando que as mulheres saíssem da casa, sendo que as mulheres estavam todas com medo de sair; a depoente e Valquíria foram as primeiras a criar coragem e sair da casa; (...); a depoente recorda-se que na multidão também estavam (...) RINALDO; (...).* (fls. 184/185).

DEPOIMENTO PRESTADO POR VALQUÍRIA LEITE DE CARVALHO:

Em Juízo (fls. 186/189): (...); *observou pelo vitrô que a multidão estava chegando próximo de sua casa; quando um homem de chapéu preto atirou contra a casa, a depoente deixou de observar pelo local; as pessoas da multidão passaram a atirar com arma de fogo contra a casa da depoente (...); logo ao sair, a depoente avistou bem em frente a casa Ronaldo, Romero, Rogério e Pitinho, todos filhos de Tota Jorge; viu ainda Agnaldo, RINALDO (...) nessa ocasião os índios que lideravam a multidão que se fez presente na casa da depoente e que conduziram todas as mulheres para casa de Zequinha Vicente foram RINALDO, (...); (...).* (fl. 187).

28. Quando interrogado (fls. 54/56), Rinaldo Feitoza Vieira afirmou o seguinte:

*(...); no dia dos fatos narrados na denúncia, o interrogado se encontrava na Fazenda Conceição, nas terras da Aldeia Lagoa, quando tomou conhecimento dos atentados ao Cacique Marquinhos, tendo se deslocado imediatamente para a Fazenda Curral do Boi; lá chegando, se deparou com uma multidão enfurecida de índios, constatando ainda que as casas e o automóvel na Fazenda Curral dos Bois estavam incendiados; o interrogado, juntamente com demais lideranças indígenas tentou acalmar a multidão, que objetivava seguir para Cimbres, para de lá expulsar o povo de Biá; dentre as lideranças em Curral do Boi, estavam Chico Jorge e João Jorge, que também tentavam acalmar os ânimos da multidão; haviam índios dançando o toré; a multidão seguiu para Cimbres, onde posteriormente o interrogado constatou que já havia outra multidão de índios; o interrogado não conseguiu acalmar a multidão enfurecida; também ao chegar em Cimbres as casas e automóveis já estavam incendiados; (...); o interrogado não se recorda de qualquer pessoa conhecida sua na multidão (...); o interrogado não tomou conhecimento, nem mesmo posteriormente aos fatos, quais as pessoas que se envolveram com os incêndios e destruição das casas e automóveis em Curral do Boi e em Cimbres; (...).* (fls. 55/56).

29. Observe-se que os fatos, tal como descritos pelo acusado Rinaldo Feitoza Vieira, destoam do contexto probatório. O que as

testemunhas de acusação afirmam é que este réu teve participação ativa nos ilícitos, ao contrário do sustentado pelo acusado, que, ao que diz, teria chegado aos locais após as destruições já terem se efetivado. Não há como se chegar a tal conclusão.

30. Outro ponto que chama atenção e evidencia a inconsistência do seu relato é quando afirma que viu todo acontecido, os incêndios e a destruição promovida na Fazenda Curral do Boi e na Vila de Cimbres, mas não saberia informar quais índios participaram dos eventos, mais ainda por ter se intitulado como um dos líderes dos indígenas. Resta estranho, então, que justamente um dos líderes do grupo não venha a identificar ninguém de seu conhecimento em meio ao povo.

31. Mostra-se incoerente tal afirmativa do acusado inclusive porque diz que tentou acalmar a multidão, isso sem conhecer ninguém. Tudo em contradição ao seu próprio relato, direcionado a justificar as condutas, pois, ao que sustenta, vários índios de sua facção, formando uma grande multidão, atacavam os que eram tidos como provocadores do atentado ao Cacique Marcos.

32. Mais ainda, observe-se que a testemunha arrolada pela defesa, João Carlos da Silva Bezerra (fls.), não trouxe nenhum elemento capaz de comprovar os fatos como apresentados no interrogatório. Disse que: *não foi no meio da multidão, nem avistou qualquer pessoa conhecida sua no local; (...) não tem conhecimento de quem participou dos atos de destruição em Cimbres, nem por ouvir dizer; conhece Rinaldo Feitoza Vieira, mas com ele não esteve naquele dia; (...).*

33. Não há qualquer afirmação da testemunha indicando a conduta do réu no dia dos eventos, direcionada a acalmar a multidão enfurecida, ao contrário, se posicionou no sentido de que até desconheceria as circunstâncias relativas aos fatos criminosos narrados na peça acusatória. Desse modo, nada acrescentou à defesa do acusado.

34. Então, reconheço as provas produzidas na instrução criminal como suficientes à condenação do acusado Rinaldo Feitoza Vieira, mais ainda quando evidenciada a insustentabilidade de suas afirmações em Juízo.

35. Destarte, os elementos probatórios colhidos convencem quanto à participação do acusado Rinaldo Feitoza Vieira no delito de incêndio em casa habitada ou destinada à habitação e em veículo de transporte coletivo (art. 250, parág. 1º, II, a e c), com a destruição de bens móveis e imóveis, pelo que mantenho o decreto condenatório prolatado pelo magistrado de Primeira Instância quanto a este acusado.

#### ARMANDO BEZERRA DOS SANTOS

36. Armando Bezerra dos Santos, conhecido como Armando Jorge, também é apontado pelas testemunhas/declarantes como um dos autores dos delitos descritos na peça acusatória. Segundo relatos, este acusado participou das destruições a bens móveis e imóveis na Fazenda Curral do Boi e na Vila de Cimbres; veja-se:

DEPOIMENTO PRESTADO POR EXPEDITO ALVES CABRAL, conhecido por Biá:

*Em Juízo (fls. 140/146): (...); como pessoas que estavam no vai e vem no meio da rua, bem como à porta de sua casa, integrando a multidão que gritava e ameaçava o depoente cita os familiares de Chico Jorge, dentre eles: ARMANDO, (...); todas essas pessoas citadas pelo depoente foram pessoas que se aproximaram de sua casa, a quem o depoente viu perfeitamente, incluindo-se dentre aquelas que faziam ameaças de que iriam invadir a casa do depoente, tocar fogo nas casas e matar os ocupantes; (...). (fl. 144).*

DEPOIMENTO PRESTADO POR FRANCISCO DE ASSIS CABRAL, conhecido por Ciba:

*No Inquérito Policial (fls. 408/413 do apenso 2 do autos referentes ao inquérito): (...); que acredita que foram jogados cerca de cento e cinquenta a duzentos litros de gasolina; que perguntado sobre quem seriam os autores dos crimes narrados, afirmou que são, (...), os filhos de ANTONINA JORGE, que são ARMANDO, (...); (...). (fl. 412).*

*Em Juízo (fls. 217/220): (...); as pessoas de (...) ARMANDO (...) faziam parte da multidão que o depoente observava quando estava dentro de sua residência; tais pessoas participaram dos seguintes atos: depredação do caminhão*



*de Biá, que estava cerca de 100 ou 150 metros de sua casa, ter virado o ônibus de Biá e depois ter tocado fogo, ter virado a Parati de Biá que estava em cima da calçada, em frente da casa, também tocando-lhe fogo; (...). (fl. 218).*

#### DEPOIMENTO PRESTADO POR JOSELITO SALVADOR CABRAL

No Inquérito Policial (fls. 419/420, dos autos referentes ao inquérito): *que presenciou várias pessoas tombando o ônibus de propriedade de Biá, entre elas (...), ARMANDO, (...). (fl. 420).*

Em Juízo (fls. 226/228): *confirma os termos do depoimento prestado na Polícia Federal (...); (...); o depoente conseguiu identificar algumas das pessoas que estavam depredando o ônibus de Biá, eis que o ônibus estava em frente a casa; dentre as pessoas identificadas pelo depoente, estavam (...) ARMANDO; todos a depredar o ônibus de Biá; tais pessoas jogavam paus e pedras no ônibus, conseguindo virá-lo e, em seguida, incendiá-lo (...). (Fl. 226)*

#### DEPOIMENTO PRESTADO POR VALQUÍRIA LEITE DE CARVALHO:

Em Juízo (fls. 186/189): *(...); observou pelo vitrô que a multidão estava chegando próximo de sua casa; quando um homem de chapéu preto atirou contra a casa, a depoente deixou de observar pelo local; as pessoas da multidão passaram a atirar com arma de fogo contra a casa da depoente (...); logo ao sair, a depoente avistou bem em frente a casa Ronaldo, Romero, Rogério e Pitonho, todos filhos de Tota Jorge; viu ainda Agnaldo, Rinaldo (...); também estavam os filhos de ANTONINA JORGE, que são ARMANDO, (...); (...) nessa ocasião os índios que lideravam a multidão que se fez presente na casa da depoente e que conduziram todas as mulheres para casa de Zequiinha Vicente foram RINALDO, (...); (...). (fl. 187).*

37. Em seu interrogatório Armando Bezerra dos Santos afirma que se dirigiu à Fazenda Curral do Boi; *juntamente com muitos outros índios, mas o interrogado não conhecia nenhum deles; chegando à Curral do Boi, já encontrou no local outra multidão de índio, mas o interrogado também não conhecia nenhum deles; tanto na ida, como na volta da Fazenda Curral do Boi, o interrogado não*

*conversou com ninguém, nem olhou para cara de ninguém, pois num momento como esse não dava para olhar para cara de ninguém; (...); quando chegou em Curral do Boi, as casas da Fazenda e o veículo de Ivanildo já estavam incendiados; (...); após dançar um pouco do toré, o interrogado voltou para sua casa, na Vila de Cimbres, por volta das 15:00 h; ao chegar em Cimbres já havia carros virados e incendiados no meio da rua, bem como imóveis incendiados, dentre eles o de Biá, que fica localizado um pouco distante da casa do interrogado; o interrogado ficou em casa até o começo da noite, até porque havia muita fumaça pela cidade e seu filho sofre de asma (...); quando saiu de Cimbres e foi para Curral do Boi, os automóveis e as casas ainda não haviam sido incendiados; quando retornou para Cimbres, vindo de Curral do Boi, também já encontrou uma outra multidão em Cimbres; também desta multidão o interrogado não conhecia ninguém; não chegou a reconhecer nenhum conhecido seu nas multidões; (...).* (Fl. 53)

38. Igualmente, suas afirmativas não são suficientes a elidir as provas testemunhais, que descrevem em detalhes sua participação nos ilícitos. Não traz nada de concreto que o tire da cena do crime, ao contrário, ele mesmo diz ter estado nas duas localidades destruídas, pertencentes à Tribo Indígena Xucuru. Também afirma ter dançado o toré, mas diz não ter visto nenhum dos acusados nos locais.

39. Interessante é o acusado ter estado nas duas localidades, Curral do Boi e Vila de Cimbres, sem que conhecesse nenhuma das pessoas que por ali transitavam e perpetravam as destruições. Diz que não conversou com ninguém, e que não olhou para ninguém, fatos que se afiguram no mínimo estranhos, diante das proporções dos ocorridos. Também não há como levar adiante a informação de que retornou para Cimbres por volta das 15:00 horas, quando tudo já estava destruído, e sem que avistasse qualquer dos autores dos incêndios, mostrando-se insustentável tal versão.

40. A testemunha José Carlos Pinheiro Leite, arrolada pela defesa, não conseguiu confirmar a argumentação do acusado, apenas disse o ter avistado às 6:00 horas da manhã, quando passava para o seu roçado, fato este que não é capaz de retirá-lo da cena do crime, haja vista que os delitos foram perpetrados após esse

horário. Ou seja, em nada acrescentou, tendo registrado inclusive que não sabia dizer se o acusado participou das destruições. Cabe conferir o mencionado relato:

*A testemunha não presenciou nenhum dos acontecimentos narrados na denúncia; a testemunha conhece Armando Bezerra dos Santos e, naquele dia, o avistou passando para o roçado dele, por volta das 6 horas da manhã; a testemunha não esteve mais naquele dia com Armando Bezerra dos Santos; (...); a testemunha não sabe dizer se Armando Bezerra dos Santos participou das destruições ocorridas na Vila de Cimbres e em Curral do Boi. (Fl. 319)*

41. Os elementos probatórios colhidos, destarte, convencem quanto à participação do acusado Armando Bezerra dos Santos no delito de incêndio em casa habitada ou destinada à habitação e em veículo de transporte coletivo (art. 250, parág. 1º, II, a e c), e, nesse ponto, mantenho a condenação prolatada na Primeira Instância.

#### RONALDO JORGE DE MELO

42. No que pertine a Ronaldo Jorge de Melo, conhecido por Ronaldo de Tota Jorge, as testemunhas registraram que:

DEPOIMENTO PRESTADO POR EXPEDITO ALVES CABRAL, conhecido por Biá:

*Em Juízo (fls. 140/146): (...); integrando a multidão que gritava e ameaçava o depoente cita os familiares de Chico Jorge, dentre eles: (...), RONALDO (...);*

*(...); todas essas pessoas citadas pelo depoente foram pessoas que se aproximaram de sua casa, a quem o depoente viu perfeitamente, incluindo-se dentre aquelas que faziam ameaças de invadir a casa do depoente, tocar fogo na casa e matar os ocupantes; (...). (Fl. 144)*

DEPOIMENTO PRESTADO POR FRANCISCO DE ASSIS CABRAL, conhecido por Ciba:

*Em Juízo (fls. 217/220): (...); informa que as pessoas de (...) RONALDO (...) faziam parte da multidão que o depoente observava quando estava dentro de sua residência; tais pessoas participaram dos seguintes atos: depredação do caminhão de Biá, que estava cerca de 100 ou*

*150 metros de sua casa, ter virado o ônibus de Biá e depois ter tocado fogo, ter virado a Parati de Biá que estava em cima da calçada, em frente da casa, também tocando-lhe fogo; (...). (Fl. 218)*

DEPOIMENTO PRESTADO POR ANDREZA PLÁCIDO CARVALHO:

*Em Juízo (fls. 184/185): (...); quando a depoente ainda estava dentro de casa, ao sair do banheiro e chegar na sala, ao observar também parte de cima da porta da casa arrombada, viu perfeitamente que quem estava em frente a porta era RONALDO, com arma de fogo em punho; (...). (Fl. 184)*

DEPOIMENTO PRESTADO POR VALQUÍRIA LEITE DE CARVALHO:

*Em Juízo (fls. 186/189): (...); (...); observou pelo vitrô que a multidão estava chegando próximo de sua casa; quando um homem de chapéu preto atirou contra a casa, a depoente deixou de observar pelo local; as pessoas da multidão passaram a atirar com arma de fogo contra a casa da depoente (...); logo ao sair, a depoente avistou bem em frente a casa RONALDO, Romero, Rogério e Pitonho, todos filhos de Tota Jorge; viu ainda Agnaldo, Rinaldo (...); também estavam os filhos de Antonina Jorge, que são Armando, (...); (...) nessa ocasião os índios que lideravam a multidão que se fez presente na casa da depoente e que conduziram todas as mulheres para casa de Zequinha Vicente foram Rinaldo, (...); RONALDO, que estava do lado de fora espalhando no chão o farelo do Bezerro do pai da depoente, falou para Chico Jorge que a espingarda era dele; Chico Jorge então perguntou a RONALDO se já havia colocado gasolina na casa da depoente, tendo RONALDO dito que já havia colocado um botijão de gasolina dentro da casa e que iria explodir a qualquer momento, razão pela qual a depoente não teve mais coragem de entrar em casa para apanhar seus documentos, tendo saído correndo do local, onde permaneceu Chico Jorge e RONALDO; (...). (Fl. 187)*

43. Quando interrogado (fls. 92/94), Ronaldo Jorge de Melo disse que *na época dos fatos estava cuidando de sua criação; que o local constitui terra indígena chamada Vila de Cimbres; que no*

*dia em que houve a confusão narrada na denúncia o interrogado estava em outro local, cuidando de seus bichos; que não soube de invasão de terras ou de fazenda; que conhece os corrêus, sendo todos índios Xucurus; (...); no dia dos fatos, o interrogado participou da dança do Toré, que é uma dança sagrada praticada por ocasião da morte de um índio Xucuru. (fls. 93/94).*

44. As afirmativas do acusado não se amoldam ao contexto dos autos, e são totalmente contraditórias. Primeiro afirma que no dia dos fatos estaria em outro local, que não a Fazenda Curral do Boi e a Vila de Cimbres, para adiante sustentar que participou da dança do Toré, dança praticada por ocasião da morte de um índio, o que se afigura completamente ilógico. Diz conhecer os demais corrêus, porém afirma que não soube das invasões ocorridas, fato que se mostra impossível, tendo em consideração as proporções dos episódios.

45. A defesa não arrolou testemunha em favor deste acusado. As testemunhas de acusação confirmam que Ronaldo Jorge de Melo esteve sim em Curral do Boi e Vila de Cimbres, participando ativamente dos atos delituosos, e a versão apresentada por estas mais se adequa à realidade dos autos.

46. Aqui, da mesma forma, os elementos probatórios colhidos convencem quanto à participação do acusado Ronaldo Jorge de Melo no delito de incêndio em casa habitada ou destinada à habitação e em veículo de transporte coletivo (art. 250, parág. 1º, II, a e c), mantendo-se, assim, a decisão condenatória.

47. Portanto, o que se verifica é que provas existem bastantes relativas à prática do delito de incêndio por todos os acusados constantes deste feito: Paulo Ferreira Leite, Marcos Luidson de Araújo, Rinaldo Feitoza Vieira, Armando Bezerra dos Santos e Ronaldo Jorge de Melo.

48. São documentos, laudos, material fotográfico, depoimentos e oitivas de diversas testemunhas que indicam a presença dos denunciados tanto no primeiro momento delituoso, ocorrido na Fazenda Curral do Boi, logo após o atentado sofrido pelo Cacique Marcos Luidson, aqui também acusado, como em um segundo momento, quando a multidão de índios se direcionou à Vila de Cimbres, mais precisamente à residência do índio Biá, participando

das destruições por meio de incêndios promovidas em móveis e imóveis.

49. Desse modo, foi o suporte probatório acostado aos autos suficiente a justificar a condenação dos acusados pelo cometimento do delito acima referido; por outro lado, diversas foram as argumentações dos réus no sentido de rescindir o decreto condenatório, postas no recurso de apelação. Também o Ministério Público Federal apresentou recurso de apelação, pleiteando a condenação dos réus nos outros delitos indicados na denúncia, tidos na sentença por absorvidos pelo delito mais grave de incêndio.

50. Passo adiante a analisar tais irresignações.

#### PRELIMINARES LEVANTADAS NO RECURSO DA DEFESA

51. AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A primeira preliminar levantada pela defesa é de afronta ao devido processo legal, já que não lhe teria sido conferido o direito à oitiva do número de testemunhas legalmente permitido, que inicialmente arrolou, tendo sido levada pelo Juízo a desistir da oitiva de diversas testemunhas relevantes ao esclarecimento dos fatos.

52. Com efeito, ao analisar os autos verifica-se que o magistrado federal oportunizou, igualmente, tanto à acusação como à defesa, as oitivas das testemunhas, visando sempre uma logística que atendesse eficazmente às exigências de um processo de tamanha proporção. O que se depreende é que houve, sim, a oitiva de todas as testemunhas indicadas, ao final, pela defesa, e que a não oitiva das testemunhas inicialmente arroladas foi resultado de desistência efetuada pelo próprio causídico, como se vê de despacho prolatado em audiência à fl. 290 destes autos:

**Considerando que a defesa do acusado arrolou 152 testemunhas, dentre as quais considerou como imprescindíveis 49 delas; considerando que, dentre as 49 testemunhas imprescindíveis, a defesa, até agora já prescindiu de 11 delas; diga, a defesa, até o dia 16/06/2008, quais testemunhas do rol apresentado ainda pretende que sejam ouvidas nesse Juízo. (Fl. 290)**

53. Nos despachos de fls. 240, 246/247, 259/260 constata-se claramente uma tentativa do Juízo de estabelecer uma organização para a oitiva das testemunhas arroladas pela defesa, em nú-

mero de 152 pessoas, assim como fez com as do MPF. Em nenhum momento o magistrado compeliu a defesa a desistir da ouvida de testemunhas que seriam de seu interesse, ao contrário, se posicionou pela oitiva de todas, exigindo unicamente que a defesa indicasse a ordem cronológica a ser seguida. No decorrer das oitivas, foi a defesa desistindo das testemunhas inicialmente arroladas.

54. Veja-se que o termo de audiência de fls. 307/310 registra o advogado dos réus requerendo a suspensão da audiência ao Juízo, para que procedesse à triagem das testemunhas, e escolhesse as que efetivamente contribuiriam com as teses da defesa. Vê-se que o Magistrado deferiu o proposto pela parte, e suspendeu a audiência, esperando, assim, que houvesse a indicação daqueles que realmente seriam ouvidos, haja vista as constantes desistências efetuadas na ocasião das inquirições.

55. Como bem anotou o *Parquet Federal não há como considerar que houve espécie alguma de constrangimento aos acusados para desistir das testemunhas que arrolaram. Ademais, os argumentos da apelação são genéricos, nesse ponto. Não especificam qual conduta do magistrado singular teria causado embaraço à defesa técnica* (fl. 743).

56. Ao contrário do que foi dito pelos apelantes, e pelo que se depreende dos autos, o juiz *a quo* concedeu as mesmas oportunidades ao Ministério Público Federal e aos defensores constituídos, sendo tudo realizado para que a defesa não restasse prejudicada, o que revela a inexistência de nulidade.

57. INÉPCIA DA DENÚNCIA. Da mesma forma, não há como prosperar a arguição de inépcia da denúncia (fls. 3/23 do volume 1), ante a alegação de ausência de individualização das condutas dos acusados. Em se tratando de crime perpetrado por multidão, ou crimes de autoria coletiva, não se faz necessário individualizar a conduta de cada réu, bastando que a denúncia contenha a qualificação do acusado e a descrição do fato delituoso a este imputado, conferindo condições ao acusado de exercer o contraditório e a ampla defesa.

58. Sendo assim, não há que se falar em denúncia inepta, no caso em comento, uma vez que a acusatória inaugural apresenta

todos os elementos necessários (art. 41 do CPP). Veja-se que a inicial expõe o fato ocorrido, e inclusive no seu item 3 indica a conduta de cada acusado, fazendo menção ao elemento de prova indiciária que haveria se amparado para concluir por tal acusação.

59. A respeito do tema, confira-se o fragmento de julgado abaixo transcrito:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO CULPOSO. CRIME DE AUTORIA COLETIVA: INÉPCIA DA DENÚNCIA: ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE. QUANTIDADE DE TESTEMUNHAS ARROLADAS PELA ACUSAÇÃO. CÓPIA DE LAUDO PERICIAL NÃO AUTENTICADA: NÃO CARACTERIZA PROVA ILÍCITA. LAUDO PERICIAL DE ENGENHARIA SUBSCRITO POR PROFISSIONAL NÃO INSCRITO NO CREA.

1. Não é inepta a denúncia que expõe, com precisão e clareza, o fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e a classificação do crime, preenchendo assim os requisitos do artigo 41 do CPP.

**2. Nos crimes multitudinários, ou de autoria coletiva, a denúncia pode narrar genericamente a participação de cada agente, cuja conduta específica é apurada no curso do processo.**

**3. A exigência de indicação na denúncia de “todas as circunstâncias do fato criminoso” (CPP, artigo 41) vem sendo mitigada pelos pretórios quando se trata de crime de autoria coletiva, desde de que se permita o exercício do direito de defesa.** Precedente.

4. (...). (HC 78937, Ministro Maurício Corrêa, STF)

60. AFRONTAAO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. Ainda analisando as preliminares sustentadas, não há que se falar em qualquer nulidade ocorrida por afronta ao princípio da identidade física do juiz. De fato, foram os réus julgados por juiz que não funcionou no ato de instrução, mas isso por si só não indica a nulidade do feito.

61. É fato que a Lei 11.719/08, que alterou alguns pontos do CPP, deu uma nova redação ao artigo 399, parágrafo 2º, estabelecendo que *o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença*. Tal artigo não pode ser interpretado de maneira absoluta, devendo ser mitigado quando o julgador que presidiu a instrução estiver



impossibilitado de proferir a sentença. A respeito, confirmam-se os precedentes a seguir registrados:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 33, *CAPUT*, C/C ART. 40, INCISO V, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. TESE NÃO APRESENTADA PERANTE A AUTORIDADE COATORA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 132 DO CPC. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

I - Tendo em vista que o pedido de reconhecimento do direito de aguardar em liberdade o julgamento do recurso de apelação não foi sequer apresentado perante a autoridade apontada como coatora, fica esta Corte impedida de examinar tal alegação, sob pena de supressão de instância (Precedentes).

**II - Segundo o Princípio da Identidade Física do Juiz, previsto no art. 399, § 2º, do CPP (modificação trazida pela Lei nº 11.719/08), o Magistrado que concluir a instrução em audiência deverá sentenciar o feito.**

**III - No entanto, em razão da ausência de regras específicas, deve-se aplicar por analogia o disposto no art. 132 do CPC, segundo o qual no caso de ausência por convocação, licença, afastamento, promoção ou aposentadoria, deverão os autos passar ao sucessor do magistrado.**

**IV - “A adoção do princípio da identidade física do juiz no processo penal não pode conduzir ao raciocínio simplista de dispensar totalmente e em todas as situações a colaboração de outro juízo na realização de atos judiciais, inclusive do interrogatório do acusado, sob pena de subverter a finalidade da reforma do processo penal, criando entraves à realização da Jurisdição Penal que somente interessam aos que pretendem se furtar à aplicação da Lei”. (CC 99023/PR, 3ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJU de 28/08/2009).**

**V - Ademais, no sistema das nulidades pátrio, somente se proclama a nulidade de um ato processual quando houver efetiva demonstração de prejuízo à defesa, o que não ocorreu na hipótese dos autos (Precedentes). Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada.**

(HC 201000325213, Ministro Felix Fischer, STJ - QUINTA TURMA, 06/09/2010)

PENAL. LATROCÍNIO. EXTORSÃO. DANO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO. DESPROVIMENTO. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. INOBSERVÂNCIA. INTERROGATÓRIO. ORDEM DAS PERGUNTAS. INVERSÃO. NULIDADE. PREJUÍZO. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

**1. Não se declara nenhuma nulidade sem demonstração do prejuízo para a acusação ou para a defesa (art. 563 do Cód. de Pr. Penal).**

**2. Se o juiz da instrução criminal é designado para exercício em outra Vara ou Circunscrição Judiciária antes da conclusão dos autos para sentença, perfeitamente legal a prolação da decisão por juiz que lhe suceder no ofício. Precedentes da Corte Especial.**

3. (...).

5. Ordem denegada.

(HC 201000355972, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), STJ - Sexta Turma, 11/10/2010)

62. O que se observa é que não houve qualquer prejuízo aos acusados no decorrer do processo. Sabe-se que o art. 563 do CPP consagra o princípio do prejuízo, e sendo a nulidade relativa, como as suscitadas pela defesa, o judiciário só deverá declará-la se a parte interessada comprovar o efetivo prejuízo advindo da mesma (*pás de nullité sans grief*). O prejuízo só será presumido quando houver ofensa aos postulados constitucionais, o que, diga-se, não houve no trâmite do presente feito, vez que o mesmo atendeu devidamente ao princípio do devido processo legal, e também aos princípios abarcados neste, do contraditório e da ampla defesa.

63. Com relação à nulidade do feito por inclusão na denúncia do delito do art. 163, parág. único, IV, crime de ação privada, e também de inimputável por menoridade, questões que viciariam o despacho que recebeu a peça, penso que também não podem aqui prosperar.

64. A alegação de inclusão de inimputável não se relaciona com o presente processo, já quanto à segunda argumentação, de inclusão de delito de ação privada, o que se verifica é que tal crime

não foi reconhecido no decreto condenatório, pelo que não há que se falar em qualquer vício.

#### ARGUMENTAÇÕES DE MÉRITO TRAZIDAS PELA DEFESA

65. A defesa, no recurso de apelação ora interposto (fls. 861/889), diz que as testemunhas ouvidas, a exemplo de Expedito Alves Cabral, conhecido por Biá, são índios da facção adversária, pelo que seriam parciais, e maculariam o decreto condenatório. Relata que não houve investigação relativa às supostas lesões corporais produzidas nos manifestantes, pelos seguidores de Biá.

66. Sustenta que não poderia o magistrado enquadrar o ônibus de placa KGI-2945, de propriedade do ofendido Biá, como veículo de transporte coletivo. Por fim, defende o excesso na condenação, já que as penas foram aplicadas sem levar em consideração a primariedade e os bons antecedentes dos acusados.

67. Na hipótese, o que se verifica é que as diversas provas que justificaram a peça acusatória foram confirmadas durante todo o processo criminal, não só pelos depoimentos dos ofendidos, como diz a defesa, mas também pela prova documental existente nos autos, pelos próprios interrogatórios dos acusados e pela prova testemunhal, adquirindo um grau de certeza suficiente a legitimar a condenação dos acusados na Primeira Instância.

68. Os ofendidos expuseram os fatos com uma riqueza de detalhes tal, que o que se tem é a total coincidência dos relatos, uns com os outros, em coerência com os demais elementos produzidos nos autos. E os depoimentos prestados pelos ofendidos diretamente podem, sim, ser considerados para efeito de fundamentar o decreto condenatório, desde que tais elementos se encaixem na conjuntura do feito, apresentando adequação e amoldando-se de forma a apontar para a verossimilhança da acusação, como ocorreu no caso.

69. Consabido que qualquer pessoa pode servir de testemunha no processo (fazendo-se aplicação do art. 202 do CPP), sob o compromisso de dizer a verdade e sujeito às penas do crime de falso testemunho, o que não dispensa a valoração do depoimento ao critério prudente do julgador.

70. A jurisprudência, inclusive, se posiciona no sentido de não estarem maculados os depoimentos prestados por vítimas, como adiante se pode verificar:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. DESACATO, RESISTÊNCIA E RESISTÊNCIA QUALIFICADA. CONCURSO MATERIAL. PRESCRIÇÃO. CONSCIÊNCIA SOBRE A CONDIÇÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA. CREDIBILIDADE DO TESTEMUNHO DA VÍTIMA. LEGALIDADE DO CUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL ANTES DAS 20:00H.

I - Acusado que desacatou oficial de justiça e impediu-o de dar cumprimento a mandado judicial que se efetivava dentro do conceito de “hora normal” e que, num segundo evento, proferiu, conscientemente, ameaças aos servidores durante o cumprimento da ordem que então já se fazia com apoio de força policial.

II - (...).

V - **A só condição de vítima não retira a credibilidade do testemunho do Oficial, sobretudo nos crimes dessa natureza, invariavelmente praticados na exclusiva presença do agente e do ofendido.** A própria defesa requereu a oitiva das mesmas testemunhas arroladas pelo MPF, dentre elas o Oficial de Justiça envolvido no episódio, o que inviabiliza a pretensão de impugnar o ato. (...) (TRF2, ACR 200351130006888, Desembargador Federal Abel Gomes, Primeira Turma Especializada, 15/10/2008)

71. Igualmente não há como prosperar a argumentação da defesa no sentido de que o ônibus de placa KGI-2945, de propriedade do ofendido Biá, que foi destruído pelo incêndio, não seria veículo de transporte coletivo. A alínea c, do inciso I, parág. 1º, do art. 250, não fala em transporte coletivo público, mas apenas em transporte coletivo, sendo qualquer meio utilizado para conduzir várias pessoas de um lugar para outro, a exemplo de um ônibus.

72. No que tange às supostas lesões corporais, indicadas na apelação como tendo sido perpetradas em face dos manifestantes, o que se verifica é que não foram indicadas na denúncia, pelo que não foram objeto deste procedimento criminal, não cabendo aqui qualquer exame a respeito das mesmas.

73. As alegações referentes ao excesso de condenação serão examinadas em tópico abaixo, referente à dosimetria da pena.

## ARGUMENTAÇÕES TRAZIDAS PELO MPF EM SEU RECURSO DE APELAÇÃO

74. No recurso de apelação que ora interpõe (fls. 813/838), o MPF pleiteia a reforma da decisão prolatada no juízo *a quo*, para que não seja aplicado o princípio da consunção, havendo condenação dos acusados nas penas dos delitos capitulados no art. 132 (*periclitacão da vida e da saúde*) e no art. 150, parág. 1º (*invasão de domicílio*), do CPB, c/c art. 29 e art. 71 do CPB. Requer também a condenação dos réus Marcos Luidson de Araújo e Ronaldo Jorge de Melo nas penas do art. 146, parág. 1º, do CPB (*constrangimento ilegal*). Por último, pleiteia o aumento da pena-base do réu Armando Bezerra dos Santos, no máximo legal, em razão dos maus antecedentes.

75. Quanto ao primeiro ponto, penso que procedeu corretamente o magistrado de Primeira Instância, ao considerar os delitos do art. 132 e art. 150 como absorvidos pelo delito mais grave de incêndio.

76. De acordo com a lição do ilustre Professor Cezar Roberto Bitencourt, em seu Código Penal Comentado, 4ª Edição, Editora Saraiva, 2007, p. 960, somente haverá o crime de expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente (art. 132 do CPB), se o sujeito ativo praticar incêndio visando expor a perigo pessoa certa e determinada. Sendo assim, o delito será o do art. 250 do CPB se o incêndio acarretar perigo para um número indeterminado de pessoas ou bens, como ocorrido na situação em apreciação.

77. De toda sorte, é o delito do art. 132 do CPB essencialmente subsidiário, só se tipificando se o fato não constituir crime mais grave.

78. Do mesmo modo que o juízo sentenciante, entendo que o delito de invasão de domicílio (art. 150 do CPB) foi perpetrado para viabilizar a prática dos demais, pelo que, repise-se, entendo acertada a decisão ao considerar tal delito como absorvido.

79. No que diz respeito ao crime de constrangimento ilegal, capitulado no art. 146, parág. 1º, do CPB (*constrangimento ilegal*), atribuído pelo MPF aos acusados Marcos Luidson de Araújo e Ronaldo Jorge de Melo, penso que não restou devidamente provado

nos autos, a ponto de justificar o decreto condenatório. Como bem registrou o magistrado de Primeira Instância: *não foi possível comprovar, durante a instrução, que os denunciados tenham forçado algumas das vítimas a efetuar algo que a lei não manda ou ao não cumprimento do que ela permite.* (Fl. 679)

80. Com relação ao acusado Marcos Luidson, o depoimento que referendaria a prática do presente delito, prestado pela testemunha José Ivanildo Almeida de Carvalho é, neste ponto, contraditório (fls. 169/172). Apesar de José Ivanildo Almeida de Carvalho fazer referência ao Cacique Marcos Luidson, que teria atirado no pneu do automóvel Veraneio, diz, logo após, que ninguém o ameaçou.

81. A testemunha José Ivanildo Almeida de Carvalho registra o seguinte: *que naquela ocasião, ninguém ameaçou o depoente nem os passageiros* (fl. 171). Ou seja, em juízo o depoente também diz não ter havido qualquer ameaça.

82. Com relação ao acusado Ronaldo Jorge de Melo, também foi indicado pelo depoente José Ivanildo Almeida de Carvalho, quando este foi ouvido no procedimento inquisitivo (fls. 440/441). Já em Juízo, a testemunha não mencionou tal acusado, ao contrário, afirmou não ter havido qualquer ameaça, como referido acima. Como a notícia de constrangimento partiu dessa fonte, não havendo qualquer outra prova que respalde a acusação, me posiciono pela absolvição do acusado, por não me sentir seguro quanto à condenação.

83. Desse modo, mantenho a absolvição dos acusados Marcos Luidson de Araújo e Ronaldo Jorge de Melo do crime capitulado no art. 146, parág. 1º, do CPB.

84. Mais ainda, não poderia aqui ser considerado processo criminal em trâmite em desfavor do acusado Armando Bezerra dos Santos, mais precisamente feito que corre na vara de Pesqueira para apurar eventual prática do delito de homicídio (fl. 698), como elemento a revelar maus antecedentes, culminando na majoração da reprimenda básica que lhe foi imposta.

85. Isso porque a existência de outros processos, ainda em curso, não pode servir para o fim de agravar a pena-base do acu-

sado, sob pena de violação ao princípio da presunção de não culpabilidade. Nesse sentido é a Súmula 444 do STJ: *é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.*

86. Com efeito, imprescindível que haja a condenação do réu e o trânsito em julgado da decisão, para que seja configurada a circunstância judicial desfavorável ao réu, o que não ocorreu no caso em análise, não sendo possível haver aumento da pena-base com fundamento em tal argumento.

87. Impõe-se colacionar alguns julgados prolatados nos colendos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça:

*HABEAS CORPUS. EMPATE. VERIFICADO O EMPATE NO JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS, PREVALECE O ENTENDIMENTO DA CORRENTE MAIS FAVORÁVEL AO PACIENTE. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSOS EM CURSO E PROCESSOS EXTINTOS PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. CONSIDERAÇÃO. IMPROPRIIDADE.*

**Conflita com o princípio da não culpabilidade – “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal) – evocar processos em curso e outros extintos pela prescrição da pretensão punitiva a título de circunstâncias judiciais (artigo 59 do Código Penal), exacerbando a pena-base com fundamento na configuração de maus antecedentes.** PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. INEXISTÊNCIA. Constatada a erronia na fixação da pena-base, no que ocorrida **a partir de processos extintos pela prescrição da pretensão punitiva, ou ainda em curso**, bem como ausentes circunstâncias judiciais contempladas no arcabouço normativo, impõe-se a observância da pena mínima prevista para o tipo. PRESCRIÇÃO PELA PENA CONCRETIZADA. EXTENSÃO A CORRÉU. Incidindo a prescrição ante a pena concretizada, cabe declará-la, estendendo-se a ordem a corréu em idêntica situação. (STF, RHC 80.071, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 02/04/2004, Segunda Turma)

EMENTA OFICIAL: *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE EXACERBADA. INQUÉRITOS EM CURSO. MAUS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO.

1. **É pacífica a compreensão desta Corte de que inquéritos ou processos em curso não podem levar ao aumento da pena-base, sob pena de violação do princípio da presunção de não culpabilidade, não servindo para valorar negativamente os antecedentes, a personalidade ou a conduta social do réu.**

2. (...).

3. *Habeas corpus* parcialmente concedido, inclusive de ofício, para reduzir a reprimenda imposta ao paciente a 06 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, e 49 (quarenta e nove) dias-multa. (STJ, HC 79.489/DF, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 20/04/2010, DJe 10/05/2010, Sexta Turma, STJ)

88. Examinados os argumentos postos no apelo ministerial, passo à análise da dosimetria efetuada pelo juízo *a quo*.

#### DOSIMETRIA DA PENA

89. Importante assinalar que a conduta criminosa na qual foram condenados os acusados vem capitulada no art. 250, parág. 1º, II, *a* e *c* do CPB (*incêndio em casa habitada ou destinada à habitação; em veículo de transporte coletivo*), e seu preceito secundário estipula a pena abstrata de 3 anos a 6 anos, e multa, aumentando-se em 1/3 em razão do seu parág. 1º prever causas especiais de aumento.

90. O Juízo de Primeiro Grau condenou os acusados da seguinte maneira:

PAULO FERREIRA LEITE: à pena de 10 anos de reclusão, no regime inicial fechado, mais 32 dias-multa, pelos delitos previstos nos art. 250, *caput*, do CPB; art. 250, parág. 1º, inciso II, alínea *a* e *c* do CPB (*incêndio*), na forma do art. 71 do CPB;

MARCOS LUIDSON DE ARAÚJO: 10 anos, 4 meses e 13 dias de reclusão, além de 33 dias-multa, pelos delitos pre-



vistos nos art. 250, *caput*, do CPB e art. 250, parág. 1º, inciso II, alínea *a*, do CPB (*incêndio*), na forma do art. 71 do CPB;

RINALDO FEITOZA VIEIRA, ARMANDO BEZERRA DOS SANTOS e RONALDO JORGE DE MELO: à pena de 10 anos e 8 meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais 34 dias-multa, pelo delito previsto nos art. 250, *caput*, parág. 1º, inciso II, alínea *a* e *c*, do CPB (*incêndio*), na forma do art. 71 do CPB.

91. A pena definitiva infligida ao acusado Paulo Ferreira Leite pelo delito de incêndio foi de 10 anos de reclusão, no regime inicial fechado, mais 32 dias-multa. Como dito, o preceito secundário do artigo estipula a pena de 3 anos a 6 anos de reclusão, e o magistrado iniciou a pena-base em 5 anos, e 17 dias-multa, ou seja, bem próximo ao máximo estipulado. A meu ver, a reprimenda básica foi exacerbada, sem que o magistrado apontasse os fundamentos suficientes a tal medida.

92. Trata-se de réu primário, que não apresenta antecedentes criminais e em relação ao qual, no que pertine à sua conduta social e personalidade, não há registro desfavorável a sua pessoa. No que diz respeito à gravidade do delito, noto que já se faz considerada no próprio tipo e justificada pela pena que é prevista abstratamente como mínimo legal, de 3 anos de reclusão, advindo, ademais, esta maior gravidade, do fato de ter sido o incêndio praticado em casa habitada ou destinada à habitação ou em veículo de transporte coletivo, com aumento de pena previsto no parág. 1º, inciso II, do art. 250 do CPB. Desse modo, tal fator não poderia ter sido considerado quando das circunstâncias judiciais (art. 59 do CPB), por implicar *bis in idem*.

93. Ponderando as circunstâncias apresentadas, entendo por adequada a pena-base do acusado no mínimo legal de 3 anos de reclusão, mais 15 dias-multa, e o faço por observar circunstâncias favoráveis ao réu. Embora reconhecida a atenuante do art. 65, III, e do CPB (*cometido o crime sobre a influência de multidão ou tumulto*), deixo aqui de reduzir a sanção que ora é imposta, porquanto implicaria em fixação da pena abaixo do mínimo legal, o que não é possível (Súmula 231 do STJ).

94. Quanto ao entendimento do juízo sentenciante no sentido de que o delito foi perpetrado em continuidade delitiva (art. 71 do CPB), decorrendo daí causa de aumento de pena de 1/4 (terceira fase da dosimetria), ousou discordar desta conclusão por entender que não houve pluralidade de condutas. É certo que foram praticados diversos atos, no entanto, todos no mesmo contexto, exercidos pela mesma motivação, sem interrupção e sob o manto da mesma fúria decorrente de antigas questões locais, integrando, a meu ver, a mesma conduta, ainda que duradoura.

95. Tem-se, ainda na terceira fase, a causa de aumento do parág. 1º do art. 250 do CPB, sendo reconhecidas quanto a este acusado as causas constantes das alíneas *a* e *c* (*incêndio em casa habitada ou destinada à habitação e em veículo de transporte coletivo*). Nesse tópico da decisão, o magistrado elevou a pena pelas duas alíneas, considerando 1/3 por duas vezes.

96. Não concordo com tal elevação por duas vezes. Ao meu sentir, aplica-se o aumento de 1/3 da pena quando configurada qualquer das hipóteses dos incisos do parág. 1º do artigo em exame, independente de ocorrerem sozinhas, ou em conjunto. Aqui o que o legislador quis foi agravar a pena em circunstâncias em que há a possibilidade de haver grande quantidade de pessoas no local incendiado, o que certamente aumenta o risco do dano. Além disso, previu o aumento para as hipóteses em que o risco de propagação do incêndio é maior.

97. De acordo com as lições do Professor Guilherme de Souza Nucci, no livro *Código Penal Comentado*, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 894: *configuradas as hipóteses dos incisos do parág. 1º, e sendo o incêndio doloso, aplica-se um aumento de 1/3 na pena*. Mais ainda, não seria coerente aqui a manutenção de tal elevação por duas vezes, frente aos demais feitos desmembrados.

98. Sendo assim, aumentando-se a pena de 3 anos em 1/3, tem-se a pena definitiva de 4 anos de reclusão, mais 20 dias-multa, para o acusado Paulo Ferreira Leite, pela prática do delito de incêndio, com causa especial de aumento. Pena a ser cumprida em regime aberto (art. 33, parág. 2º, alínea *c* e parág. 3º, do CPB).

99. Fixo a pena de multa no total de 15 dias-multa, com o valor do dia-multa estabelecido na sentença.

100. Entendo presentes os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por 2 restritivas de direito, a serem definidas pelo juízo de execuções, nos termos do art. 44 do CP. Não ficou comprovada violência ou grave ameaça a pessoa, mas sim a bens materiais, além do que o réu não possui antecedentes negativos e exercem atividade laboral na comunidade indígena que integram.

101. A pena definitiva do acusado Marcos Luidson de Araújo foi fixada em 10 anos, 4 meses e 13 dias de reclusão, além de 33 dias-multa, pelos delitos previstos nos art. 250, *caput*, do CPB e art. 250, parág. 1º, inciso II, alínea *a*, do CPB (*incêndio em casa habitada*), na forma do art. 71 do CPB.

102. Também aqui a reprimenda básica foi exacerbada. Igualmente, trata-se de réu primário, que não apresenta antecedentes criminais e em relação ao qual, no que pertine à sua conduta social e personalidade, não há registro desfavorável a sua pessoa. Também, no que diz respeito à gravidade do delito, noto que já se faz considerada no próprio tipo e justificada pela pena que é prevista abstratamente como mínimo legal, de 3 anos de reclusão, advindo, ademais, esta maior gravidade, do fato de ter sido o incêndio praticado em casa habitada ou destinada à habitação ou em veículo de transporte coletivo, com aumento de pena previsto no parág. 1º, inciso II, do art. 250 do CPB. Desse modo, tal fator não poderia ter sido considerado quando das circunstâncias judiciais (art. 59 do CPB), por implicar *bis in idem*.

103. Ponderando as circunstâncias apresentadas, reduzo a pena-base deste acusado de 5 anos para 3 anos de reclusão, e 15 dias-multa, o fazendo por observar circunstâncias favoráveis ao réu. Penso ser indevida aplicação da agravante do art. 62, II, *d*, do CPB (*induzir outrem à execução material de crime*), já que não restou comprovada suficientemente no feito tal instigação. Ausentes outras atenuantes e agravantes.

104. Quanto ao entendimento do juízo sentenciante no sentido de que o delito foi perpetrado em continuidade delitiva (art. 71 do CPB), decorrendo daí causa de aumento de pena de 1/6 (terceira

fase da dosimetria), ousou discordar desta conclusão por entender que não houve pluralidade de condutas. É certo que foram praticados diversos atos, no entanto, todos no mesmo contexto, exercidos pela mesma motivação, sem interrupção e sob o manto da mesma fúria decorrente de antigas questões locais, integrando, a meu ver, a mesma conduta, ainda que duradoura.

105. Tem-se, ainda na terceira fase, a causa de aumento do parág. 1º do art. 250 do CPB, sendo reconhecida quanto a este acusado a causa constante da alínea *a* (*incêndio em casa habitada*).

106. Dessa forma, aumentando-se a pena de 3 anos em 1/3, tem-se a pena definitiva de 4 anos de reclusão, mais 20 dias-multa, para o acusado Marcos Luidson, pela prática do delito de incêndio, com causa especial de aumento. Pena a ser cumprida em regime aberto (art. 33, parág. 2º, alínea *c* e parág. 3º, do CPB).

107. Fixo a pena de multa no total de 20 dias-multa, com o valor do dia-multa estabelecido na sentença.

108. Entendo presentes os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por 2 restritivas de direito, a serem definidas pelo juízo de execuções, nos termos do art. 44 do CP. Não ficou comprovada violência ou grave ameaça a pessoa, mas sim a bens materiais, além do que o réu não possui antecedentes negativos e exercem atividade laboral na comunidade indígena que integram.

109. Rinaldo Feitoza Vieira, Armando Bezerra dos Santos e Ronaldo Jorge de Melo foram condenados à pena de 10 anos e 8 meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais 34 dias-multa. Da mesma forma, a reprimenda básica foi um pouco exacerbada.

110. Igualmente, trata-se de réus primários, que não apresentam antecedentes criminais e em relação aos quais, no que pertine à conduta social e personalidade, não há registro desfavoráveis as suas pessoas. A gravidade do delito, da mesma forma, não poderia ter sido considerada para efeito de majorar a pena-base.

111. Reduzo, então, a pena-base destes acusados de 5 anos para o mínimo-legal de 3 anos de reclusão, e 15 dias-multa, fazendo-o por observar circunstâncias favoráveis aos réus. Embora re-

conhecida a atenuante do art. 65, III, e, do CPB (*cometido o crime sobre a influência de multidão ou tumulto*), deixo aqui de reduzir a sanção que ora é imposta aos acusados, porquanto implicaria em fixação da pena abaixo do mínimo legal, o que não é possível (Súmula 231 do STJ).

112. Quanto ao entendimento do juízo sentenciante no sentido de que o delito foi perpetrado em continuidade delitiva (art. 71 do CPB), decorrendo daí causa de aumento de pena de 1/3 (terceira fase da dosimetria), ousou discordar desta conclusão por entender que não houve pluralidade de condutas. É certo que foram praticados diversos atos, no entanto, todos no mesmo contexto, exercidos pela mesma motivação, sem interrupção e sob o manto da mesma fúria decorrente de antigas questões locais, integrando, a meu ver, a mesma conduta, ainda que duradoura.

113. Tem-se, ainda na terceira fase, a causa de aumento do parág. 1º do art. 250 do CPB, sendo reconhecidas quanto a estes acusados as causas constantes das alíneas *a* e *c* (*incêndio em casa habitada ou destinada à habitação e em veículo de transporte coletivo*). Nesse tópico da decisão, o magistrado elevou a pena pelas duas alíneas, considerando 1/3 por duas vezes.

114. Não concordo com tal elevação por duas vezes. Ao meu sentir, aplica-se o aumento de 1/3 da pena quando configurada qualquer das hipóteses dos incisos do parág. 1º do artigo em exame, independente de ocorrerem sozinhas, ou em conjunto, como registrado acima.

115. Sendo assim, aumentando-se a pena de 3 anos em 1/3, tem-se a pena definitiva de 4 anos de reclusão, mais 20 dias-multa, para os acusados Rinaldo Feitoza Vieira, Armando Bezerra dos Santos e Ronaldo Jorge de Melo, pela prática do delito de incêndio, com causa especial de aumento. Pena a ser cumprida em regime aberto (art. 33, parág. 2º, alínea *b* e parág. 3º, do CPB).

116. Fixo a pena de multa no total de 20 dias-multa, com o valor do dia-multa estabelecido na sentença.

117. Entendo presentes os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por 2 restritivas de direito, a serem definidas pelo juízo de execuções, nos termos do art. 44 do CP. Não

ficou comprovada violência ou grave ameaça à pessoa, mas sim a bens materiais, além do que o réu não possui antecedentes negativos e exercem atividade laboral na comunidade indígena que integram.

118. Por todo o exposto, mantenho a condenação de Paulo Ferreira Leite, Marcos Luidson, Rinaldo Feitoza Vieira, Armando Bezerra dos Santos e Ronaldo Jorge de Melo pela prática do delito de incêndio com causa especial de aumento, reduzindo a pena para 4 anos de reclusão e 20 dias-multa. Altero o regime de cumprimento inicial da pena para o aberto.

119. Por tais razões, nego provimento ao apelo do órgão ministerial, conforme fundamentos postos acima, e dou parcial provimento à apelação dos acusados, apenas para reduzir o *quantum* da pena que lhes foi imposta pelo juízo *a quo*, bem assim alterar o regime de cumprimento das penas.

120. Eis o meu voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 8.754-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA  
Apelante: GLÊNIO MAURÍCIO PEREIRA DE CARVALHO  
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

**EMENTA: PROCESSUAL E PENAL. EMENDATIO LIBELLI. APLICAÇÃO ADEQUADA E FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ART. 313-A DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. CONDENAÇÃO BASEADA EM TAL CIRCUNSTÂNCIA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE NO CÁLCULO DA PENA. POSSIBILIDADE. DOSIMERIA. AJUSTE.**

**- A magistrada agiu com acerto ao aplicar a emendatio libelli ao caso em testilha, tendo apresentado fundamentação suficiente ao promover**

**a readequação da figura típica, após apreciar de maneira minuciosa os fatos narrados na denúncia, que não sofreram qualquer modificação em razão da aplicação do aludido instituto processual.**

**- Defluindo dos fatos narrados na denúncia a qualidade de “funcionário autorizado” de que dispunha o acusado à época da ocorrência do delito, não há que se falar em impropriedade da aplicação da emendatio libelli.**

**- A inserção de dados falsos no sistema de informação do INSS, por servidor público da referida autarquia, com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano, caracteriza o delito descrito no art. 313-A do Código Penal.**

**- Hipótese em que o acusado inseriu dados falsos no sistema de informação do INSS, concedendo fraudulentamente aposentadoria a beneficiário que, à época do requerimento administrativo, não possuía tempo de serviço suficiente para aposentar-se, originando-se daquele benefício, ainda, a pensão por morte deferida à viúva, o que causou aos cofres públicos um prejuízo de R\$ 36.436,39 (trinta e seis mil, quatrocentos e trinta e seis reais e trinta e nove centavos).**

**- Comprovada a autoria do réu e a materialidade do delito, impõe-se o reconhecimento da correção do decreto condenatório.**

**- É possível a inclusão da confissão extrajudicial no cálculo da pena, ainda que o acusado tenha se retratado em juízo, se a sentença houver utilizado tal atenuante como elemento de prova para embasar a condenação.**

**- Ajuste na dosimetria da pena no tocante às circunstâncias judiciais ínsitas no art. 59 do Código Penal.**

**- A condição de servidor público constitui elemento do tipo penal, de maneira que não pode**

***ser utilizada para justificar a culpabilidade do acusado, sob pena de ocorrência de bis in idem.***

***- A personalidade do réu voltada para o crime não restou comprovada de modo suficiente, sendo inadequada, portanto, a sua valoração negativa.***

***- Redução da pena-base para 3 (três) anos e 2 (dois) meses, que, com a incidência da atenuante da confissão, chega-se à pena definitiva de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão.***

***- Apelação parcialmente provida.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório, do voto do relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 13 de dezembro de 2012. (Data de julgamento)

DESEMBARGADOR DEFERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Cuida-se de apelação criminal interposta por Glênio Maurício Pereira de Carvalho contra sentença que o condenou a 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de multa, pela prática do crime previsto no art. 313-A do Código Penal, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos.

Em seu recurso, o acusado sustenta, em síntese: a) a aplicação indevida e sem fundamentação da *emendatio libelli*; b) a atipicidade da conduta por ausência de dolo; c) o excesso na dosimetria da pena.

Contrarrazões.



Parecer do Ministério Público Federal, oficiando como fiscal da lei, pelo parcial provimento do recurso.

É o relatório.

Ao revisor.

## VOTO

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

A pretensão de Glênio Maurício Pereira de Carvalho é formulada no sentido de reformar a sentença que o condenou pela prática do crime previsto no art. 313-A do CP.

Consta da denúncia que o acusado, servidor do INSS, lotado na APS - Paulista, em 07/01/04, teria concedido indevidamente aposentadoria a João Ocendis da Silva, falecido em 02/10/04, originando-se desse benefício a pensão por morte concedida à viúva, Sra. Maria José Dias dos Santos.

Segundo a acusação, a ilicitude na concessão do benefício decorreria da inserção de dados falsos no sistema do INSS, consistente na contagem fictícia do tempo de serviço militar prestado pelo *de cujus*, tendo-se adicionado o período de 15/01/65 a 30/11/74, o qual não foi reconhecido pelo Ministério da Defesa, de maneira que, desconsiderado o período em referência, não teria o beneficiário tempo de serviço suficiente para aposentar-se.

Narra a peça acusatória que o pagamento do benefício em questão durou até 01/11/06, gerando um prejuízo aos cofres públicos nos valores de R\$ 9.041,38 (nove mil e quarenta e um reais e trinta e oito centavos), para a aposentadoria, e de R\$ 27.925,01 (vinte e sete mil, novecentos e vinte e cinco reais e um centavo), para a pensão por morte.

Há na denúncia, ainda, a informação de que a constatação da irregularidade na concessão do benefício em comento teve origem em investigações deflagradas para apurar a existência de deferimento fraudulento de benefícios previdenciários em Paulista, das quais resultou a instauração da Ação Penal nº 0007466-59.2004.4.05.8300, com trâmite na 4ª Vara Federal/PE, na qual já foi proferida sentença condenatória, mas que não constou da referida ação a concessão do benefício ora tratado.

Relatados os fatos, observo que o delito em razão do qual foi denunciado o apelante consta do art. 313-A do Código Penal, que dispõe o seguinte:

Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

A materialidade da infração restou eficazmente comprovada mediante o Relatório Conclusivo Individual elaborado pelo INSS (fls. 41/42 do IPL em apenso) e os documentos que o acompanham, em que, à vista de ofício enviado pelo Ministério da Defesa àquela autarquia, constatou-se que o tempo de serviço militar prestado pelo Sr. João Ocendis da Silva, no período de 15/01/65 a 30/11/74, era fictício, pois, na verdade, o tempo total de serviço prestado pelo beneficiário foi de dez meses e dezesseis dias (fl. 38 do inquérito policial), o que, computado ao lapso por ele trabalhado entre 11/02/75 a 29/12/97, à época do requerimento do benefício, não alcançaria tempo suficiente para aposentar-se.

Destaque-se, ainda, que a aposentadoria concedida indevidamente ao *de cujus* gerou a pensão por morte a sua esposa, durante o interregno de 02/10/04 a 01/11/06, causando o prejuízo total de R\$ 36.436,39 (trinta e seis mil, quatrocentos e trinta e seis reais e trinta e nove centavos).

Quanto à autoria, entendo que, igualmente, ficou evidenciada. De fato, não há como acatar os argumentos traçados pela defesa, uma vez que a prova colacionada ao processo é suficiente para apontar o seu intuito de fraudar os cofres públicos, através da concessão irregular do benefício em comento.

Com efeito, o próprio relatório emitido pelo INSS, citado anteriormente, aponta o acusado como sendo o servidor responsável pela concessão da aposentadoria, sendo certo que os depoimentos colhidos na seara policial e em juízo levam à mesma conclusão.

Nesse contexto, é importante ressaltar que o réu, ao ser inquirido no inquérito policial em apenso (fls. 94/96), afirmou que recebia cerca de mil a mil e quinhentos reais dos servidores Alcidésio Alves de Lira, Joaquim Rodrigues Vieira Neto e Ivis José da Silva, por cada aposentadoria concedida, relatando na ocasião o *modus operandi* do referido grupo.

Além disso, quando o acusado foi preso em razão do processo nº 0007466-59.2004.4.05.8300, foram encontrados vários documentos relativos a benefícios previdenciários em sua residência, consoante consta da denúncia cuja cópia está acostada às fls. 80/90 do IPL em apenso, sendo certo que, interrogado em juízo (depoimento constante do CD de fl. 60) acerca da razão pela qual tal documentação estava em seu poder, na sua casa, o acusado não apresentou qualquer justificativa plausível, alegando que assim agiu porque o prédio da Previdência onde trabalhava estava em reforma, o que não ficou comprovado pelas testemunhas de defesa, também servidores do INSS.

Ainda quanto à autoria delitiva, saliente-se que, embora o réu tenha confessado o cometimento do crime na esfera policial, retratou-se em juízo, na tentativa de desconstruir o depoimento extrajudicial, alegando que, naquele momento, não estava em condições psicológicas de manifestar-se acerca dos fatos, não sendo demais destacar que as declarações por ele prestadas judicialmente chocam-se com o depoimento da testemunha Carlos Alberto Lopes da Silva, no que toca à existência de uma equipe de retaguarda na APS-Paulista, que teria a missão de concluir a fase de habilitação de benefício.

A intenção do acusado, ao defender que a equipe de retaguarda se reunia naquela agência às sextas-feiras, era eximir-se da responsabilidade pela concessão da aposentadoria do Sr. João Ocendis da Silva. No entanto, a referida testemunha afirmou que tal equipe jamais existiu no aludido Posto do INSS.

Consoante ponderou a magistrada (fls. 78/78-v), “não se pode conceber que o acusado, já contando com um razoável tempo de exercício em função cujas atribuições reclamavam reiterada análise documental, ainda que superficial, não realizasse consulta ao sistema do CNIS (Cadastro Nacional de Informações Sociais), a

fim de constatar o real tempo de serviço militar prestado por João Ocendis Silva ao Ministério da Defesa, porquanto, acaso realizada a consulta, teria registrado o período real de 15.01.65 a 30.11.65, e não o fictício período de serviço de 15.01.65 a 30.11.74”.

Inquestionável, portanto, a partir da análise das provas carreadas ao feito, que o comportamento do recorrente se amoldou ao delito previsto no art. 313-A do CP.

A esse respeito, observo que a magistrada agiu com acerto ao aplicar a *emendatio libelli* ao caso em testilha, tendo apresentado fundamentação suficiente ao promover a readequação da figura típica, após apreciar de maneira minuciosa os fatos narrados na denúncia, os quais não sofreram qualquer modificação em razão da aplicação do aludido instituto processual.

A peça acusatória, a propósito, deixou clara a condição de servidor público do réu, que realizava atividades de concessão de benefícios previdenciários, o que era essencial para a caracterização do delito descrito no dispositivo legal acima mencionado.

Consoante bem definiu o MPF, em suas contrarrazões recursais (fls. 104/123), “a elementar ‘funcionário autorizado’ refere-se a funcionário que possui, no exercício de suas funções, acesso legítimo ao banco de dados da Administração. Não se trata, como se percebe, da exigência de uma autorização expressa e específica para a realização de determinado ato administrativo, mas tão somente de autorização para o exercício de função que permita operar sistemas informatizados ou banco de dados da Administração Pública”.

Deflui, pois, dos fatos narrados na denúncia, a qualidade de “funcionário autorizado” de que dispunha o acusado à época da ocorrência do delito, não havendo que se falar em impropriedade da aplicação da *emendatio libelli*.

No tocante à dosimetria da pena, entendo que a valoração negativa da culpabilidade teve esteio na própria condição de servidor público do acusado, a qual já constitui elementar do tipo, na medida em que o grau de reprovabilidade da conduta por ele perpetrada foi aferido a partir do fato de trabalhar há muitos anos no INSS e ter conhecimento acerca dos procedimentos para a con-

cessão regular de benefícios e, ainda assim, infringir seus deveres funcionais.

Apesar de ser reprovável a atuação do réu, a sua culpabilidade teve suporte em situação que decorreu da sua qualidade de servidor público, circunstância esta valorada duplamente.

Da mesma forma, não foi devidamente justificada a personalidade voltada para o crime infligida ao réu. A um, porque não amparada em prova técnica (laudo psicológico, por exemplo) ou outro documento apto a tanto. A dois, porque, embora na sentença haja o registro de que inquéritos policiais e ações penais em curso não possam ser considerados como maus antecedentes e má conduta social (Súmula 444/STJ), de maneira sutil o juízo *a quo* levou em conta os fatos ilícitos semelhantes confessados pelo acusado para considerar a sua personalidade voltada para o crime, em afronta, portanto, ao princípio da presunção de inocência.

As demais circunstâncias judiciais (motivos, consequências e comportamento da vítima) foram sopesadas de maneira proporcional e em consonância com a realidade fática, de modo que não há qualquer reparo a ser feito nesse aspecto.

Observo, ainda, que assiste razão ao apelante quando afirma que a atenuante genérica da confissão deveria ter sido aplicada no cálculo da pena.

É que, apesar de o acusado ter confessado o cometimento do delito na esfera policial e ter se retratado em juízo, mesmo assim a referida confissão foi utilizada para embasar o decreto condenatório, o que se mostra ilegal, na esteira do seguinte precedente jurisprudencial:

*HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL UTILIZADA PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE.*

1. Há evidente ilegalidade se o Tribunal de origem utilizou a confissão extrajudicial do paciente para embasar a condenação, concluindo que a retratação feita em juízo era dissonante das demais provas, mas deixou de reconhecer a atenuante genérica da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal.

2. *Habeas corpus* concedido para aplicar a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a reprimenda imposta ao paciente.

(STJ, 6ª T., HC 112623 / MG, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 15/06/2011)

Sendo assim, desconsiderando as circunstâncias judiciais negativas referentes à culpabilidade e à personalidade valoradas na sentença, tenho por bem reduzir a pena-base para 3 (três) anos e 2 (dois) meses de reclusão, sobre a qual deve incidir a atenuante da confissão, diminuindo-se a sanção em 6 (seis) meses e chegando-se à pena definitiva de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, diante da ausência de causas de aumento ou de diminuição.

À vista do exposto, dou parcial provimento à apelação, para reduzir a pena do acusado para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantendo-se os demais termos da sentença.

É como voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 8.888-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS  
Apelantes: ALEXANDER DIÓGENES FERREIRA GOMES E JOÃO EDMILSON MEDEIROS MIRANDA  
Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Advs./Procs.: DRS. ABDIAS JUNIOR CAVALCANTE OLIVEIRA E OUTROS E JADER DE FIGUEIREDO CORREIA JUNIOR

***EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE CONTABILIDADE PARALELA (“CAIXA DOIS”). ART. 11 DA LEI Nº 7.492/86. MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA DE VALORES PERTENCENTES À PESSOA JURÍDICA. UTILIZAÇÃO DE CONTAS BANCÁRIAS DE PESSOAS FÍSICAS (“LARANJAS”). PRELIMINARES DE NULIDADE DO PROCESSO. REJEIÇÃO. AUTORIA E MATE-***

**RIALIDADE DELITIVA. COMPROVAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA SANÇÃO PRIVATIVA DE LIBERDADE. OBSERVÂNCIA DO SISTEMA TRIFÁSICO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. CABIMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. APELAÇÕES IMPROVIDAS.**

**- *Apelação criminal interposta contra sentença que condenou os recorrentes às penas do crime tipificado no art. 11 da Lei nº 7.492/86 (manutenção ou movimentação de recursos ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação).***

**- *Hipótese em que a denúncia satisfaz os requisitos necessários a sua proposição, na forma do art. 41 do Código de Processo Penal, descrevendo as condutas delituosas e a suposta autoria, de modo a fornecer elementos hábeis ao exercício do direito de defesa, o que afasta a preliminar de inépcia da inicial.***

**- *Inexistência de nulidade dos atos praticados pelo magistrado titular da Vara de origem, uma vez que esta Corte Regional não estendeu os efeitos do julgamento da Exceção de Suspeição nº 783/CE ao presente processo, sobretudo porque os fatos ensejadores do referido incidente não guardam qualquer pertinência com o caso concreto.***

**- *É irrelevante o fato da movimentação financeira ilegal ter sido realizada com a utilização de conta corrente de pessoa física, pois restou comprovado nos autos que a movimentação espúria de valores visava beneficiar empresa de propriedade de um dos recorrentes, a qual, pela definição contida no parágrafo único, I, do art. 1º da Lei nº 7.492/86, se enquadra como instituição financeira para os efeitos dessa Lei, ficando bem caracterizada a tipicidade da conduta dos recorrentes.***

**- *Inexistência de cerceamento de defesa pelo fato de ter havido desmembramento de inquéritos***

***policiais, porquanto tal medida se mostrou necessária e útil, diante das peculiaridades dos fatos em apuração, além do que a parte recorrente não logrou provar a existência da alegada conexão para embasar o pedido de reunião de processos.***

***- A Resolução nº 10-A, deste Tribunal Regional Federal, regulamentou a especialização, em matéria criminal, da 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, para processar e julgar privativamente os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, tendo sido reconhecida a sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 88.660/CE, inexistindo irregularidade na transferência dos processos penais referentes a tal matéria para a referida Vara Federal especializada.***

***- Cabe ao Juiz decidir pela conveniência e necessidade das diligências requeridas, devendo desconsiderá-las quando entender que são meramente procrastinatórias, sem que isso possa caracterizar cerceamento ao direito de defesa.***

***- Delito de contabilidade paralela comprovado nos autos, ante a constatação de movimentação financeira de elevados valores pertencentes a pessoa jurídica ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda., mediante a utilização de contas bancárias abertas em nome de empregados dessa empresa (“laranjas”), as quais serviram de suporte para a prática de crime contra o Sistema Financeiro Nacional e a Ordem Tributária.***

***- Autoria dos delitos evidenciada pelo conjunto probatório existente nos autos, tendo ficado demonstrada a participação de cada um dos denunciados na operacionalização da empreitada criminosa.***

***- A dosimetria da pena foi levada a efeito de acordo com o critério trifásico, levando em consideração as circunstâncias judiciais previstas no***



**artigo 59, caput, do Código Penal, as quais foram valoradas negativamente de modo conjunto para ambos os apelantes. Diante do que foi apurado, é correta a fixação da pena-base acima do mínimo legal para ambos os recorrentes, bem como a aplicação da agravante do art. 62, incisos I e III, do Código Penal. A sanção pecuniária aplicada aos recorrentes também não merece censura, uma vez que foi fixada de forma escorreita e em conformidade com a legislação pertinente, devendo ser mantida a sanção privativa de liberdade e pecuniária no patamar fixado na sentença recorrida.**

**- Apelações criminais improvidas.**

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 11 de dezembro de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS  
- Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de apelações criminais interpostas por Alexander Diógenes Ferreira Gomes e João Edmilson Medeiros Miranda contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 11ª Vara Federal do Ceará, Dr. Ricardo Ribeiro Campos, que julgou parcialmente procedente a ação penal para condenar os acusados ora apelantes às penas do crime tipificado no art. 11 da Lei nº 7.492/86 (manutenção ou movimentação de recursos ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação).

O Ministério Público Federal ajuizou a presente ação penal alegando que Alexander Diógenes Ferreira Gomes (conhecido por “Alex”), João Edmilson Medeiros Miranda, Vilfran Teixeira Torquato e Roberto Almeida de Freitas (conhecido por “Freitas”), agindo em conluio, fizeram a movimentação clandestina de recursos pertencentes à empresa ACCOUTUR Câmbio e Turismo Ltda., que posteriormente passou a se chamar ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda., de propriedade do primeiro denunciado, no período de abril a setembro de 1994.

A denúncia descreveu os fatos que caracterizam a materialidade e autoria delitiva, nos seguintes termos:

(a) as movimentações ilícitas foram realizadas por meio da conta corrente nº 42.585-0, da Agência 0288 do Banco Bradesco S.A., de titularidade do denunciado Roberto Almeida de Freitas e à época empregado da empresa ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda.

(b) as investigações mostraram ser indubitável que os valores movimentados na aludida conta bancária efetivamente pertenciam à ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda., uma vez que tal movimentação era incompatível com os rendimentos do correntista titular e da existência de diversas provas que convergem nesse sentido.

(c) a movimentação bancária ilícita era controlada pelos denunciados João Edmilson Medeiros Miranda e Vilfran Teixeira Torquato, à época tesoureiros na ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda., agindo este último sob o comando do primeiro, a quem competia comandar a abertura e movimentação de contas bancárias em nome dos empregados da ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda. para fazer a movimentação financeira ilegal.

(d) além da farta documentação existente nos autos comprovando a prática do crime, o denunciado Vilfran Teixeira confessou a prática ilícita, afirmando que recebia orientação direta do tesoureiro Edmilson Miranda, que era o responsável pelo controle direto de todos os depósitos e das transferências de numerário pertencentes à ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda.

(e) os denunciados mantiveram e movimentaram recursos da empresa ACCTUR paralelamente à contabilidade exigida pela le-

gislação, utilizando-se de conta bancária aberta em nome de laranja, com o único propósito de funcionar como “Caixa 2” da empresa ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda.

(f) o empregado da ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda. que era titular da conta bancária era apenas um “laranja” e não tinha conhecimento da movimentação financeira espúria, já que Alexander Diógenes, com o auxílio dos tesoureiros João Edmilson e Vilfran Teixeira, era quem, de fato, administrava a conta bancária utilizada na movimentação ilícita dos recursos.

(g) as investigações comprovaram que o propósito da quadrilha era encobrir a movimentação de ativos ilícitos obtidos pela empresa ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda., bem como escusar-se do recolhimento dos tributos devidos, uma vez que os recursos financeiros movimentados na conta corrente de pessoa física constituíam renda e não foram declarados ao Fisco, nem recolhidos os tributos devidos.

Com estes argumentos o MPF requereu a condenação dos denunciados como incurso nos crimes previstos nos arts. 288, 289 e 304 do Código Penal; arts. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90 e 11 da Lei nº 7.492/86, todos c/c os arts. 29, 69 e 71 do Código Penal.

O magistrado de primeiro grau entendeu que o conjunto probatório é apto para demonstrar que houve a reativação de uma conta bancária em nome de Roberto Almeida de Freitas, empregado da ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda., com o fim de movimentar ativos ilícitos dessa empresa, ficando evidenciado que esse terceiro “cedeu a sua conta bancária para a realização de movimentações sem o mínimo conhecimento do que estava por trás desses atos”. Ressaltou que o propósito dos acusados era burlar a legislação pertinente para sonegar os respectivos tributos, estando a materialidade e a autoria delitiva amplamente comprovadas.

Em virtude da conduta dos denunciados Alexander Diógenes e João Edmilson ter sido enquadrada como tipificadora do crime de contabilidade paralela, previsto no art. 11 da Lei nº 7.492/86, esses denunciados foram condenados a cumprir 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, inicialmente em regime fechado, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal. Esses denunciados

foram ainda condenados a pagar pena de multa, tendo o Juízo fixado, para Alexander Diógenes, uma sanção correspondente a 200 (duzentos) dias-multa, no valor unitário de 1 (um) salário-mínimo vigente à época dos fatos, atualizada monetariamente. Para o denunciado João Edmilson a sanção pecuniária foi fixada no correspondente a 100 (cem) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, atualizada monetariamente.

Os denunciados Vilfran Teixeira Torquato e Roberto Almeida de Freitas foram absolvidos pelo Juiz *a quo*, ao argumento de que não ficou comprovado que estes tenham praticado o delito previsto no art. 11 da Lei nº 7.492/86.

O feito foi extinto sem resolução de mérito em relação ao delito tipificado no art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, em relação a todos os denunciados. A sentença ora combatida julgou extinta a punibilidade de todos os denunciados no que tange aos delitos de quadrilha ou bando (art. 288 do CP), falsidade ideológica (art. 299 do CP) e uso de documento falso (art. 304 do CP), em virtude de ter sido reconhecida a prescrição da pretensão punitiva estatal, com esteio no art. 107, inciso IV, c/c art. 109, inciso IV, ambos do Código Penal.

O apelante João Edmilson manifestou seu inconformismo com a sentença de primeiro grau, suscitou preliminares de inépcia da inicial e nulidade da sentença, bem como requereu a reforma da sentença, nos seguintes termos:

(a) a inépcia da inicial, em virtude da inobservância do disposto no art. 41 do CPP, uma vez que o representante do MPF limitou-se a afirmar que o ora apelante e outro eram os principais responsáveis pelo aliciamento dos “testas de ferro” e pela abertura e movimentação de contas bancárias fraudulentas;

(b) a nulidade da sentença recorrida, em face da existência de atos processuais reputados nulos praticados pelo Juiz Federal Danilo Fontenelle Sampaio, tendo em vista que esta eg. Corte Regional acolheu a exceção de suspeição suscitada contra o referido magistrado, nos autos do Processo nº 2003.81.00.27411-0 e originado de desmembramento do presente feito, o que impõe o reconhecimento da nulidade ora requerida;

(c) os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional exigem sujeito ativo próprio, de forma que o delito somente pode ser praticado pelas pessoas indicadas no art. 25 da Lei nº 7.492/86.

(d) a inexistência de identificação dos responsáveis pela movimentação financeira realizada na conta bancária de pessoa física, bem como a ausência de prova de que os valores movimentados em tal conta pertenciam a terceiros.

(e) a ausência de perícia contábil para comprovar a prática do crime de contabilidade paralela, o qual, por se tratar de crime meio para a consecução do delito de sonegação fiscal, exige a atuação fiscal, o que não se verificou no caso dos autos.

(f) no curso da instrução processual não houve a comprovação dos fatos narrados na denúncia e a individualização das condutas delitivas atribuídas aos acusados, como também não foi comprovada a suposta vantagem auferida pelo apelante com a prática dos crimes narrados na exordial, o que caracteriza o descumprimento da obrigação legal estabelecida no art. 156 do Código Penal.

(g) a inexistência de prova dos fatos imputados, uma vez que a denúncia se baseou somente em elementos indiciários, o que constitui afronta ao sistema de garantias jurídicas estabelecidos pelas normas legais e constitucionais.

Com base nesses argumentos o apelante requereu o acolhimento das preliminares suscitadas, para decretar a nulidade da sentença recorrida. Acaso superadas as prefaciais, pugnou pela reforma da sentença para conceder a sua absolvição, com base no art. 386 do Código de Processo Penal.

Por sua vez, o apelante Alexander Diógenes alegou, preliminarmente:

(a) a nulidade da distribuição destes autos por simples encaminhamento, amparada na Resolução nº 10-A/2003 deste eg. Tribunal Regional Federal. Aduziu a ilegalidade dessa redistribuição, tendo em vista que o feito estava em trâmite na 12ª Vara Federal do Ceará, por força do disposto na Resolução nº 004/2001 deste Tribunal e, neste caso, a Resolução nº 10-A/2003/TRF5 e o Provimento nº 00/90.0112/2004-6, da Corregedoria deste TRF, ao de-

terminarem a redistribuição do feito para a 11ª Vara Federal do Ceará, violaram princípios e garantias fundamentais consagrados no art. 5º da Constituição Federal, bem como o art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, além de negar vigência ao art. 69, IV e VI, c/c art. 75 do CPP;

(b) a nulidade do julgamento por violação ao art. 101 do Código de Processo Penal, em face da suspeição arguida contra o Juiz Federal Danilo Fontelnelle Sampaio, nos autos do Processo nº 2003.81.00.27411-0, a qual foi acolhida por este Tribunal e teve seus efeitos estendidos ao caso presente, conforme decisão de fls. 587/591. Por essa razão, caberia ao Magistrado que substituiu o excepto “simplesmente declarar a nulidade dos atos do processo principal e retomar a marcha processual do início”;

(c) a nulidade do processo por cerceamento de defesa, em razão do arbitrário indeferimento da prova requerida na defesa prévia, consistente na expedição de ofícios ao Banco Central do Brasil e à Receita Federal do Brasil, para fornecer informações consideradas imprescindíveis ao deslinde da ação penal, bem como de expedição de certidões narrativas sobre estas e as demais ações penais em curso contra o ora recorrente, já que todas se originaram de sucessivos desmembramentos do IPL nº 006/97;

(d) a nulidade do processo por cerceamento de defesa, em razão do arbitrário indeferimento de diligências requeridas na defesa prévia, com base no então vigente art. 499 do CPP (atual art. 402 do CPP);

(e) a nulidade do processo por violação ao disposto no art. 158 do Código de Processo Penal, em face da não realização de perícia contábil para comprovar a prática do crime de contabilidade paralela da empresa ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda., tendo a autoridade policial se limitado a “produzir laudo constituído basicamente dos valores supostamente movimentados pelos acusados e sua atualização e conversão em dólar ...”;

No mérito, aduziu, em síntese:

(a) a denúncia se baseou somente em elementos indiciários colhidos nos autos do Inquérito Policial nº 432/2000/SR/2000/SR/DPF/CE, instaurado a partir do desmembramento do Inquérito

Policial nº 0012/99, no qual se apuravam fatos criminosos possivelmente praticados pelos responsáveis pela empresa ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda.

(b) a inexistência de prova dos fatos imputados, tendo o MPF se limitado a afirmar que o recorrente, conjuntamente com os demais denunciados, reuniram-se em quadrilha para organizar e coordenar a reativação de conta bancária para movimentação de recursos financeiros à margem da contabilidade oficial, prestando informação falsa e sonegando impostos.

(c) o desmembramento dos inquéritos policiais levou ao ajuizamento de dezenas de ações penais autônomas contra o ora recorrente, ficando caracterizado o propósito do MPF de “comprometer gravemente a defesa e o *status libertatis* do recorrente e demais envolvidos”.

(d) o Juízo de primeiro grau indeferiu indevidamente o pedido de reunião de todas as ações penais em curso contra o ora apelante e ainda não julgadas, comprometendo o pleno exercício do direito de defesa e obstando a “constatação de que todos eles constituem elos de uma mesma cadeia supostamente delitiva, a exigir sua reunião por conexão”.

(e) a inexistência de provas para imputar ao apelante a prática do crime previsto no art. 11 da Lei nº 7.492/86, diante da falta de evidências de relação entre o recorrente e as práticas ilícitas dos funcionários da ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda. apontadas nos autos.

(f) o laudo pericial de fls. 134/137 dos autos do IPL nº 432/2000, apensado à presente ação, apenas informa os valores supostamente movimentados na conta corrente objeto da ação penal, não revelando qualquer envolvimento do recorrente com os lançamentos e tampouco sobre a contabilidade da empresa ACC-TUR Câmbio e Turismo Ltda.

(g) ainda que tivesse sido comprovada a alegada movimentação irregular da ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda., à época em que essa empresa estava autorizada oficialmente a funcionar no mercado de câmbio, o simples fato do apelante ser dirigente dessa empresa não caracteriza a infração penal prevista no art. 11 da Lei nº 7.492/86.

(h) a incompatibilidade entre as disposições do art. 11 da Lei nº 7.492/86 e art. 1º da Lei nº 8.137/90, uma vez que, presentes os suportes fáticos de sua incidência, sempre que houver movimentação paralela à contabilidade oficial da empresa, terá havido omissão de registro de operação financeira em demonstrativo contábil da instituição financeira, não se podendo cogitar da ocorrência concomitante dos crimes previstos nesses dispositivos legais.

(i) o crime tipificado no art. 11 da Lei nº 7.492/86 não é meio necessário para a prática do crime contra a ordem tributária (art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90) e o crime contra a ordem tributária absorve o delito de contabilidade paralela, aplicando-se o princípio da especialidade, ao invés de se invocar o princípio da consunção.

(j) a impossibilidade de se imputar a prática de crime contra a ordem tributária no caso dos autos, uma vez que não houve procedimento administrativo fiscal, elemento indispensável à caracterização do crime do art. 1º da Lei nº 8.137/90.

(k) a prova testemunhal produzida em juízo não se presta a comprovar a ocorrência de qualquer dos crimes descritos na denúncia, muito menos o do art. 11 da Lei nº 7.492/86, uma vez que nada apresentou de concreto contra o recorrente.

(l) para provar os ilícitos narrados na exordial o MPF “se apogou apenas a conjecturas e presunções em torno de elementos incipientes colhidos durante a investigação policial e não corroborados na instrução processual”, não se desincumbindo do mister de provar a materialidade e autoria dos delitos imputados, o que impõe a absolvição do apelante.

Com estes argumentos, o recorrente requereu o acolhimento das preliminares de nulidade, pelas razões expendidas e, acaso superadas estas, pugnou pela sua absolvição, a teor do disposto no art. 386, VI, do CPP.

Em sede de contrarrazões o MPF requereu a rejeição das preliminares de nulidade suscitadas pelos apelantes e, no mérito, defendeu que as provas existentes nos autos são suficientes para caracterizar a prática do crime previsto no art. 11 da Lei nº 7.492/86, o que impõe a manutenção da condenação decretada na sentença recorrida.



Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal que atua junto a este Tribunal Regional Federal opinou pelo não provimento das apelações, ratificando os argumentos já expendidos nas contrarrazões de fls. 1.341/1.353 dos autos.

É o relatório.

Ao douto Desembargador Federal Revisor.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Trata-se de apelações criminais interpostas por Alexander Diógenes Ferreira Gomes e João Edmilson Medeiros Miranda contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 11ª Vara Federal do Ceará que, em sede de ação penal movida pelo Ministério Público Federal, julgou parcialmente procedente a pretensão ministerial para condenar os acusados ora apelantes às penas do crime tipificado no art. 11 da Lei nº 7.492/86 (manutenção ou movimentação de recursos ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação).

### **1. Cumprimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. Inépcia da ação penal. Inocorrência.**

Segundo o recorrente João Edmilson, a inicial é inepta e não se presta a amparar uma condenação, tendo em vista que limitou-se a afirmar que esse acusado e outro eram os principais responsáveis pelo aliciamento das pessoas responsáveis pela abertura e movimentação de contas bancárias fraudulentas.

A preliminar de inépcia da peça acusatória não merece acolhida. A esse respeito, cumpre assentar que não houve a preocupação do legislador em promover nenhuma alteração no art. 41 do Código de Processo Penal, que estabelece o conteúdo da ação penal, seja ela elaborada por meio de denúncia, quando a iniciativa é do Ministério Público, seja por queixa, nos casos em que a iniciativa é privada, sob pena de sua rejeição por inépcia. De conformidade com o art. 41, a peça acusatória deverá conter a (a) exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias (descrição das condutas de cada um dos réus, sendo abrandada essa formalidade nos crimes societários); (b) qualificação do acusado

ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo (certeza da identidade física do réu, ainda que desconhecido o seu verdadeiro nome); (c) classificação do crime (indicação do dispositivo legal no qual se enquadra a conduta ilícita narrada; e o (d) rol de testemunhas.

Embora não tenha promovido nenhuma alteração no conteúdo do art. 41 do Código de Processo Penal, o legislador da reforma de 2008 revogou o art. 43 do mesmo diploma normativo, que tratava, inadequadamente, das hipóteses de rejeição da ação penal. Afinado com a melhor processualística, o legislador cuidou das hipóteses de rejeição da ação penal no art. 395 do CPP e, em relação às questões de mérito que podem dar ensejo ao julgamento antecipado da lide, no art. 397 do CPP, como situações que conferem lastro à absolvição sumária, após o contraditório.

Por isso mesmo, em atenção ao art. 41 do CPP, a primeira missão do juiz, ao ter sob apreciação qualquer ação penal para fins de pronunciamento quanto a sua admissibilidade, ou não, é o exame em relação à presença dos pressupostos processuais e às condições da ação. É um exame de censura, para fins de rejeição, se for o caso.

Em verdade, a rejeição da ação penal é uma exceção, posto que a regra é a sua admissibilidade. Seja por falta de pressuposto processual, seja por ausência de uma condição da ação, a rejeição da ação penal importa em encerramento do processo sem que, sequer, ocorra a sua formação, nem muito menos a sua instrução.

A exigência da satisfação dos pressupostos processuais e das condições da ação, em rigor, é uma limitação ao direito fundamental do amplo acesso à justiça, que quer dizer muito mais do que acesso ao Judiciário em si, pois importa em assegurar que a pessoa tenha o direito de ver o seu direito discutido pelo órgão jurisdicional de forma efetiva e em duração de tempo razoável. Rejeitar a ação penal, por conseguinte, equivale a negar o direito, sequer, de discutir o assunto pela via judicial. Por isso mesmo, sendo uma exceção, a decisão judicial nesse sentido tem de ser, necessariamente, fundamentada em uma das hipóteses do art. 395 do Código de Processo Penal.

Nesse particular, nos termos do art. 395 do CPP, com a redação da Lei nº 11.719/2008, a rejeição liminar da ação penal, se dará quando:

- a) for “manifesta” a inépcia da petição inicial;
- b) faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou
- c) faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Note-se que a inépcia da inicial, suscitada pela defesa do apelante João Edmilson, corresponde à ausência de requisito necessário para a instauração válida da relação processual, ou seja, é um pressuposto processual de ordem objetiva.

Doutrinadores há, como Afrânio Silva Jardim<sup>1</sup>, que defendem existir, quanto à ação penal, uma quarta condição da ação, que seria a “... justa causa, ou seja, um suporte probatório mínimo em que se deve lastrear a acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do imputado”. A mera existência do processo criminal, não se há de negar, gera para o acusado uma série de efeitos negativos, das mais diversas ordens, até mesmo psicológica, o que afeta a sua qualidade de vida pessoal, familiar, social e pode, até mesmo, comprometer, irremediavelmente, o seu futuro. Diante disso, não se pode oferecer uma ação penal contra alguém, a não ser que se tenha uma *culpa sumária formada* contra ele, sob pena de inexistir justa causa, até mesmo, para o indiciamento.

Aparentemente, houve uma atecnia do legislador, na medida em que tratou da inépcia da petição inicial como se ela não fosse uma falta de *pressuposto objetivo*. Da mesma forma, à primeira vista, o legislador considerou a falta de *justa causa* uma circunstância que não se enquadra quer como pressuposto processual, quer como condição da ação, o que dá fôlego, em uma primeira análise, à conclusão de que seria hipótese de falta de condição de procedibilidade.

---

<sup>1</sup> Direito Processual Penal: Estudos e Pareceres, RJ, Forense, 1987, p. 70.

Certamente ninguém haverá de dizer que a inépcia da ação, que se verifica quando não há o pleno preenchimento dos requisitos necessários à petição inicial (art. 41 do CPP), não tem a natureza jurídica de falta de pressuposto processual, apenas porque o legislador disse, no inciso I, do art. 395, que esse vício é hipótese de rejeição da denúncia ou queixa, e, no inciso II do mesmo comando normativo, afirmou que a mesma consequência jurídica se dará quando *faltar pressuposto processual*.

Menos preocupado com o rigor científico do que com a realidade, o que se teve em mente, com a redação emprestada ao art. 395 do CPP, foi ressaltar que, no momento do exame quanto ao recebimento, ou não, da ação penal, o juiz, dentre os pressupostos processuais e as condições da ação, deve dar acentuado destaque exatamente para aqueles vícios que, mais frequentemente, são questionados no decorrer do processo, muitas vezes, até mesmo, por meio da interposição de *habeas corpus*.

A denúncia regularmente elaborada, especificamente em relação à imputação criminosa, que exige narrativa fática pormenorizada e individualizada, por mais paradoxal que seja, é *condition sine qua non* para o exercício da defesa com foros de efetividade. Isso é sobremaneira relevante para o acusado. Daí por que é de fundamental importância o exame criterioso da adequação da petição inicial aos requisitos do art. 41 do CPP.

Com suporte nessas breves explanações de ordem doutrinária, incumbe afirmar que não merece prosperar a preliminar de inépcia da ação penal. É que a denúncia satisfaz os requisitos necessários a sua proposição, na forma do art. 41 do Código de Processo Penal, oferecendo ao acusado a possibilidade plena do exercício do seu direito de defesa.

Com efeito, na referida peça, foram expostos os fatos criminosos de modo objetivo e pormenorizado, individualizadas as condutas dos agentes, na condição de administradores ou empregados da empresa ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda., envolvida no ilícito em exame, bem como o *modus operandi* para se reativar a conta bancária que foi utilizada para a movimentação dos recursos ilícitos, ficando perfeitamente demonstrada a concretização do crime fiscal ora imputado. Foram ainda apontadas as corres-

pondentes participações, em tese, nas atividades criminosas do empreendimento, com menção aos respectivos dispositivos criminais relativos às condutas atribuídas aos acusados.

Assim, não se vislumbra a existência de vício insanável na denúncia, tendo em consideração os elementos de prova colhidos nos autos e, em especial, pelos fundamentos a seguir esposados.

A uma, porque os fatos criminosos descritos na ação penal respectiva restaram, em tese, evidenciados para fins de recebimento da denúncia, não havendo que se exigir maior detalhamento e descrição das condutas imputadas aos acusados no ato de proposição da denúncia.

A duas, porque a denúncia descreveu, suficientemente, o ilícito em tese perpetrado pelo denunciado, relacionando-o com o conjunto de provas constituído principalmente de acervo documental e depoimentos de testemunhas, em adequada correspondência com as exigências do art. 41 do CPP, permitindo ao acusado ter clara ciência da conduta ilícita que lhe foi imputada, assegurando-lhe a oportunidade para o livre exercício do contraditório e da ampla defesa, razão por que não há de falar-se em inépcia da peça acusatória.

Percebe-se que o apelante João Edmilson não logrou infirmar as acusações que lhe foram dirigidas. Limitou-se a afirmar que a inicial apresentava caráter genérico, quando se verifica que consta da denúncia a individualização da conduta de cada acusado e o seu nexos com o delito imputado, o que impõe a rejeição da preliminar de inépcia da inicial.

## **2. Nulidade de atos processuais praticados por magistrado impedido. Não ocorrência. Inexistência de extensão dos efeitos de decisão proferida em exceção de suspeição.**

Ambos os apelantes requereram a anulação dos atos praticados pelo Juiz Federal Danilo Fontenelle Sampaio, titular da 11ª Vara Federal do Ceará, alegando que esta Corte Regional havia acolhido exceção de suspeição, apresentada pelo apelante Alexander Diógenes Gomes, nos autos do processo nº 2003.81.00.27411-0, que teve seus efeitos estendidos ao caso presente. Sem razão os recorrentes.

A princípio, deve ser ressaltado que a ação penal referente ao Processo nº 2003.81.00.27411-0 originou-se do desmembramento da presente ação. Nos autos daquele processo a defesa de Alexander Diógenes opôs a exceção de suspeição nº EXSUSPTR 783/CE, com o fito de afastar o indigitado magistrado federal da condução do feito penal. Este Tribunal Regional Federal proferiu decisão nos seguintes termos:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. MANEJO DO INCIDENTE, PELO JUIZ, CONTRA MEMBRO DO MP. IMPOSSIBILIDADE. ACOLHIMENTO DAS EXCEÇÕES MANEJADAS CONTRA O MAGISTRADO.

1. Ao magistrado, como condutor do processo, cabe decidir as arguições de suspeição, jamais formulá-las, pelo que não conheço da arguição de suspeição pelo juiz condutor do processo;
2. Havendo, nos autos, razões objetivas que demonstrem ter o magistrado perdido o indispensável distanciamento dos interesses em jogo na disputa processual, é de se reputá-lo suspeito para continuar conduzindo-o;
3. Exceção de suspeição, interposta pelo magistrado, não conhecida; exceções de suspeição, interpostas pela defesa e pelo órgão do Ministério Público Federal, acolhidas. (TRF 5. EXSUSPTR 783/CE. Terceira Turma. Relator Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima. *DJ* nº 170 de 03.09.2007)

Como se observa, este Tribunal não reconheceu qualquer ilegalidade cometida pelo magistrado. Afastou o juiz excepto da condução do processo nº 2003.81.00.27411-0 por razões outras, especificadas em seu irreprochável voto.

Após a publicação da decisão, os recorrentes requereram que a decisão proferida na exceção EXSUSPTR 783/CE fosse estendida a todas as ações penais ajuizadas contra esses mesmos excipientes e que tramitavam na 11ª Vara Federal do Ceará. Contudo, a análise do voto do eminente relator mostra que a exceção de suspeição estava sendo acolhida em função de especificidades processuais ínsitas à ação à qual estava vinculada. É oportuno transcrever parte da decisão proferida pelo referido relator:

(...) Embora as três exceções sejam feitas de forma genérica, postulando o afastamento dos suscitados de múltiplos processos, decido o incidente como relativo a um único feito criminal (nº 2003.81.00.027411-0, em que é réu Alexander Diógenes Ferreira Gomes). Não conheço das suscitações tal como postas, onde se pede, *v.g.*, o afastamento da procuradora de todos os processos em que atue determinado advogado; ou o afastamento do juiz de todos os processos em que atue a procuradora.

A exceção de suspeição há se ser suscitada em cada processo em que ocorra o defeito do servidor, jamais abrangendo múltiplos feitos autônomos, máxime com a característica de medida preventiva, apanhando, inclusive, feitos futuros, como se desejou no caso dos autos (...).

Portanto, o Relator Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima não deixou dúvida quanto à abrangência daquele *decisum*, de forma que a decisão exarada na exceção EXSUSPTR 783/CE delimitou o seu alcance, para que os seus efeitos ficassem adstritos somente ao Processo nº 2003.81.0027411-0.

Ademais, conforme foi ressaltado na sentença ora recorrida, o afastamento do magistrado determinado no julgamento da exceção de suspeição EXSUSPTR 783/CE foi motivada pela constatação de que havia um certo desgaste na relação entre o referido Juiz Federal e a representante da Procuradoria da República que vinha atuando no processo, fato que inclusive levou o magistrado a também opôr exceção de suspeição contra a Procuradora da República, incidente que não foi conhecido por esta Corte.

As disposições do art. 101 do CPP não se aplicam ao caso dos autos, uma vez que, no presente feito, não se julgou nenhuma exceção de suspeição em desfavor do magistrado titular. Em verdade, o Magistrado Danilo Fontenele Sampaio, diante das alegações feitas por um dos acusados durante a instrução processual, houve por bem averbar-se suspeito e encaminhar os autos ao seu substituto, em observância ao disposto no art. 99 do Código de Processo Penal:

Art. 99. Se reconhecer a suspeição, o juiz sustará a marcha do processo, mandará juntar aos autos a petição do recusante com os documentos que a instruem, e por des-

pacho se declarará suspeito, ordenando a remessa dos autos ao substituto.

Portanto, diferentemente do que alegou o recorrente, não se pode reconhecer a nulidade dos atos processuais no caso concreto, sendo descabida a pretensão de estender os efeitos da execução de suspeição EXSUSPTR 783/CE ao presente feito.

### **3. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Movimentação de conta corrente de pessoa física. Irrelevância.**

O apelante João Edmilson alegou que a prática do crime de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional exige sujeito próprio e somente pode ser praticado pelas pessoas indicadas no art. 25 da Lei nº 7.492/86.

O art. 1º da Lei nº 7.492/86 assim define a instituição financeira nos seguintes termos:

Art. 1º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (Vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira:

I - a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros;

II - a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual.

Por sua vez, o art. 25 da referida norma legal estatui que “São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores e gerentes”.

Não há como negar a responsabilidade dos apelantes quanto ao crime que lhe foi imputado, sobretudo porque a movimentação paralela de recursos feito em conta corrente de pessoas físicas tinha como beneficiário a empresa ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda., de propriedade do recorrente Alexander Diógenes, e por ele gerida com o auxílio do apelante João Edmilson.



No caso em exame, não se pode falar em atipicidade da conduta dos recorrentes pelo fato da movimentação financeira ilegal ter sido feita com a utilização de conta corrente de pessoa física. Tal fato é irrelevante, pois restou comprovado nos autos que a movimentação espúria de valores visava beneficiar exatamente a mencionada empresa que, pela definição contida no parágrafo único, inciso I do art. 1º da Lei nº 7.492/86, se enquadra como instituição financeira para os termos dessa Lei.

Ainda que o recorrente João Edmilson não se enquadre dentre as pessoas de que trata o art. 25 da Lei nº 7.492/86, é cabível a sua responsabilização penal pelos crimes de que trata essa Lei. Essa previsão está inserta no art. 30 do Código Penal, segundo o qual “Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

Assim, a teor do art. 30 do Código Penal, no caso dos autos nada impede a comunicação ao coautor, uma vez que as condições de caráter pessoal, quando elementares do crime, comunicam-se aos coautores, sendo descabida a tese de que os delitos tipificados na Lei nº 7.492/86 são crimes próprios e, nessa condição, cometidos unicamente por instituições financeiras e pessoas naturais que administram essas empresas.

#### **4. Criação de Vara Especializada em crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Distribuição do processo por encaminhamento direto. Inexistência de nulidade.**

O apelante Alexander Diógenes suscitou a nulidade da distribuição destes autos por simples encaminhamento, atacando a legalidade e constitucionalidade da Resolução nº 10/A-2003 deste eg. Tribunal Regional Federal. Aduziu que a redistribuição dos feitos criminais na forma determinada nesse normativo era ilegal, vez que o processo estava tramitando na 12ª Vara Federal do Ceará e, por essa razão, deveria ter permanecido naquela Vara Federal, sob pena de afronta aos princípios e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal.

A Lei nº 5.010/66, ao disciplinar a organização da Justiça Federal de primeira instância, estabeleceu em seu art. 6º, XI, c/c o art. 12 que compete ao Conselho da Justiça Federal especializar varas, fixar sede de vara fora da capital, como também atribuir

competência a determinados juízes, em função da natureza dos feitos.

A mencionada Resolução nº 10/A-2003, desta Corte Regional, em conformidade com a Resolução nº 314, de 12.05.2003, do Conselho da Justiça Federal (CJF), estabeleceu a especialização da 11ª Vara Federal do Ceará para processamento dos feitos criminais em que se apuram os crimes cometidos contra o Sistema Financeiro Nacional, assim como os de combate à lavagem de dinheiro, ou ocultação de bens, direitos ou valores no âmbito da Seção Judiciária do Ceará.

Nesse contexto, o encaminhamento dos autos da presente ação à 11ª Vara Federal do Ceará se deu em estrita observância ao disposto na Resolução nº 10-A/TRF5, de forma que o inconformismo do apelante com a distribuição direta não prospera, em face da excepcionalidade da medida, e diante da reconhecida competência privativa do Juízo da 11ª Vara Federal do Ceará para processamento da presente ação.

Ademais, no julgamento do HC 88.660/CE, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a distribuição dos processos para a vara especializada não constitui ofensa aos princípios do juiz natural e da reserva legal, pelo fato de que, em tais casos, não se trata de criação de uma nova vara, mas apenas da especialização de uma já existente.

Em casos análogos ao dos autos, este Tribunal assim já decidiu, *verbis*:

PROCESSUAL PENAL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR, NO ESTADO DO CEARÁ, OS CRIMES PRATICADOS CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E OS DE “LAVAGEM” OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES. VARA ESPECIALIZADA.

1. Em consonância com a Resolução nº 314, de 12 de maio de 2003, do Conselho da Justiça Federal (CJF) e a Resolução nº 10-A, de 11 de junho de 2003, deste Tribunal Regional Federal da 5ª Região, a competência exclusiva ou concorrente para processar e julgar os crimes praticados contra o Sistema Financeiro Nacional e os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, no Es-

tado do Ceará, é da 11ª Vara daquela seccional.

2. Precedente deste Tribunal (CC nº 900-CE, Pleno, rel. convoc. Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho, j. 29 set. 2004, unânime).

3. Conflito julgado procedente, para declarar competente o Juízo da 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará.

(TRF5. CC 200405000032471, Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, TRF5 - Pleno, DJ - Data: 03/01/2005 - Página: 113)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRELIMINARES. PETIÇÃO PROTOCOLIZADA ANTES DA SESSÃO DE JULGAMENTO PORÉM JUNTADA UM MÊS APÓS A SESSÃO. DESCONHECIMENTO PELO RELATOR. RITO CÉLERE DO *WRIT*. NÃO INCLUSÃO EM Pauta de Julgamento. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO ADVOGADO PARA A SESSÃO. ESPECIALIZAÇÃO DA 11ª VARA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO CERÁ. RESOLUÇÃO Nº 10-A DO TRF 5ª REGIÃO. CONSTITUCIONALIDADE. CRIMES SOCIETÁRIOS PRATICADOS CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. EVASÃO DE DIVISAS. DESCRIÇÃO DA CONDUTA CRIMINOSA DOS SÓCIOS E DE PROVA DO DOLO ESPECÍFICO. CRIMES DE QUADRILHA E DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. PRESCRIÇÃO EM ABSTRATO CONFIGURADA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA, EM PARTE.

1. Petição dos Impetrantes requerendo a sustentação oral na sessão do julgamento do *writ*, protocolizada neste Tribunal em 06.08.2008. Juntada da petição aos autos, no dia 09.09.2008, mais de um mês após o julgamento. Desconhecimento desses fatos, pela Relatora, o que a impediu de examinar e, eventualmente, deferir o pedido.

2. Os *habeas corpus* prescindem de pauta de julgamento, a teor do art. 64 do Regimento Interno deste Tribunal, em face do seu caráter de urgência, podendo ser julgados na primeira sessão disponível. Por isso seria despicienda a intimação dos advogados da pauta de julgamento, porque os processos deste tipo não a integram. Circunstâncias fáticas já referidas nos itens antecedentes, que levaram a que a decisão anteriormente proferida fosse anulada na V. Instância *ad quem*.

3. Paciente que foi denunciado pela suposta prática dos delitos previstos nos artigos 22 da Lei nº 7.492/86 (evasão de divisas), 1º, da Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro), art. 288 (quadrilha ou bando) e 299 (falsidade ideológica), do vigente Código Penal.

**4. A Resolução nº 10-A/2003, do TRF da 5ª Região, que fixou a especialização da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará para processar e julgar os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, e os de lavagem de dinheiro, foi considerada constitucional pela colenda Corte Maior, no julgamento do HC nº 88.660/CE, na sessão do dia 15.05.2008, da relatoria da Min. Carmem Lúcia, por não ofender os princípios do juiz natural e da reserva legal, porque não fora criada uma nova vara federal, mas sim, especializada uma já existente, a fim de racionalizar os trabalhos, e possibilitar uma melhor entrega da prestação jurisdicional.**

5. A exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, afora ser uma exigência posta no art. 41 da vigente Lei Penal básica, integra a garantia do devido processo, máxime no tocante ao exercício do direito ao contraditório e da ampla defesa, por aquele em face de quem se imputar uma infração penal.

6. A denúncia traçou os limites objetivos da ação penal, afirmando que a circunstância de alguém ser sócio de uma firma ou sociedade comercial é só um *prius* a recomendar a investigação sobre a possível autoria de um ilícito, demonstrando a existência de um liame entre o fato tido por delituoso e a conduta do ora paciente, que figura nos atos constitutivos da firma ou sociedade.

7. Laudo pericial que atestou a intensa movimentação nas contas da empresa, da qual o paciente era sócio-diretor, com o repasse de grande volume de dinheiro – de mais de 132 (cento e trinta e duas) contas bancárias – para as Ilhas Antíguas, notório paraíso fiscal, durante os anos de 1997/1999.

8. A transferência de milhões de dólares para o exterior sem a declaração do Imposto de Renda e de outros tributos, na conta da empresa no ex-Banco do Estado do Paraná - Banestado, em *New York/EUA*, e o posterior ingresso no território nacional, nas 123 agências bancárias que a empresa possuía no país, desde o ano de 1995, até o

mês de março de 1999, podem configurar, ao menos em tese, as condutas incriminadas pela Lei nº 9.613/98, promulgada em 3 de março de 1998.

9. Extinção da punibilidade, pela prescrição em abstrato, quanto aos ilícitos previstos nos arts. 288 (quadrilha ou bando) e 299 (falsidade ideológica), ambos do Código Penal.

10. Os delitos previstos nos arts. 288 e 299 do CP, têm a pena máxima fixada em 3 (três) anos de reclusão, prescrevendo em 8 (oito) anos, nos termos do art. 109, I, do Código Penal. Os fatos delituosos teriam se consumado em 1997. A denúncia foi recebida em 11.06.2007. Decurso do lapso temporal necessário para a consumação da prescrição em abstrato. Extinção da punibilidade, quanto aos crimes de quadrilha e de falsidade ideológica.

11. Paciente que não demonstrou, de plano, a alegada não autoria do ilícito penal-tributário. Porque o *Habeas Corpus* não comporta dilação probatória, é incabível o truncamento da ação penal, à míngua de prova pré-constituída hábil para descaracterizar a conduta havida por ilícita.

12. Ordem concedida, em parte, somente para trancar a ação penal quanto aos crimes previstos nos arts. 288 e 299, do CP, em face da extinção da punibilidade pela consumação da prescrição, em abstrato.

(TRF5. HC 200805000555667, Desembargador Federal Geraldo Apoliano, Terceira Turma, DJE - Data: 24/08/2010 - Página: 187) Grifei.

Dessa forma, não se pode cogitar de irregularidade no procedimento de distribuição direta do processo à 11ª Vara Federal do Ceará, porquanto realizada em obediência aos ditames da Resolução nº 10-A deste Tribunal Regional Federal, inexistindo afronta aos princípios constitucionais, como também não se reconhece a ocorrência de prejuízo ao patrocínio da ampla defesa em prol dos dois denunciados, ora apelantes.

## **5. Fracionamento do inquérito policial. Inexistência de cerceamento de defesa.**

O apelante Alexander Diógenes alegou que o Ministério Público Federal adotou a estratégia de fracionar as investigações desmembrando o inquérito policial em vários feitos, com o fito de dificultar a sua defesa.

Na defesa de seus argumentos, o apelante alegou que os feitos criminais se referem aos mesmos fatos, e nesse caso haveria necessidade de se promover a reunião de todas as ações penais ajuizadas contra a sua pessoa, sob pena de afronta ao contraditório e à ampla defesa.

No caso dos autos o fracionamento do feito objeto do inconformismo do apelante se tratou de medida cujo escopo, em verdade, visava garantir a celeridade do processo e tornar exequível a própria instrução criminal de modo a viabilizar a *persecutio criminis in iudicio*, preservando a ampla defesa dos acusados.

Assim, principalmente devido à diversidade de fatos sob investigação contra o apelante Alexander Diógenes, não se reconhece qualquer irregularidade no fato de ter sido feito o desmembramento de inquérito policial. Como afirmado, essa medida foi necessária e até recomendável por conveniência da investigação, diante da incontestada complexidade dos fatos e dos inúmeros ilícitos de naturezas diversas imputados ao recorrente.

Conforme afirmado pelo próprio apelante, o pedido de reunião de processos já havia sido indeferido durante a instrução processual, além do que o recorrente não logrou provar a existência da alegada conexão para embasar o seu pleito. Sendo assim, a pretensa reunião de processos não merece prosperar.

Ademais, ante o descompasso entre o andamento de outros feitos penais e a presente ação, é injustificável a até mesmo desnecessária a reunião de processos defendida pelo apelante, aplicando-se ao caso em tela o enunciado da Súmula nº 235 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado”.

A respeito da matéria, colacionam-se os seguintes precedentes do c. STJ:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONEXÃO. FACULDADE DO JUIZ. PROCESSO A QUE SERIA CONEXO JÁ JULGADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 235 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 219 DO CPC. DISPOSITIVO SEM PERTINÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO POR CONEXÃO E NÃO POR LITISPENDÊNCIA.

1. O juiz tem discricionariedade para determinar a conexão de processos, à luz do art. 105 do CPC. Divergência jurisprudencial configurada. Precedentes.

**2. Se um dos processos já foi julgado, não se pode determinar a conexão do feito, conforme verbete da Súmula 235 do STJ.**

3. Dispositivo acerca da litispendência não tem pertinência ao caso que foi julgado por conexão. Recurso especial parcialmente provido.

(STJ. Segunda Turma. REsp 737854/MG. Rel. Min. HUMBERTO MARTINS. Julg. em 18/06/2009. Publ. *DJe* 01/07/2009) Grifei.

AGRAVO REGIMENTAL EM CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. REUNIÃO DOS PROCESSOS. INCABIMENTO. AÇÕES JÁ JULGADAS. COMPETÊNCIA ABSOLUTA.

**1. “A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado”. (Súmula do STJ, Enunciado nº 235)**

2. A conexão não implica a reunião de processos quando não se trata de competência relativa (artigo 102 do Código de Processo Civil).

3. Agravo regimental improvido.

(STJ. AGRCC 201000300206, HAMILTON CARVALHIDO, STJ, PRIMEIRA SEÇÃO, *DJE* DATA: 19/11/2010) Grifei.

Dessa forma, não prospera a alegação de cerceamento de defesa pelo fato de ter havido desmembramento de inquéritos policiais, porquanto tal medida se mostrou necessária e útil, diante das peculiaridades dos fatos em apuração.

**6. Indeferimento de diligências consideradas desnecessárias e protelatórias. Inexistência de cerceamento de defesa.**

Não se reconhece o alegado cerceamento de defesa suscitado pelo apelante Alexander Diógenes, pelo fato do magistrado de primeiro grau ter negado a realização de algumas diligências requeridas em sede de defesa prévia.

Na fase das providências previstas no revogado art. 499 do Código de Processo penal, o recorrente renovou o mesmo pleito de realização de diligências, tendo sido mais uma vez indeferido por total desnecessidade para o deslinde da causa.

As diligências requeridas pelo apelante se mostram desnecessárias e demonstram o seu único propósito de emperrar o andamento processual. Sendo assim, reputo como irreprocháveis os argumentos expendidos pelo magistrado de primeiro grau (fls. 1.154/1.155), para indeferir o pleito de realização de diligências, as quais reproduzo aqui em parte e adoto como razões de decidir:

(...) 76. Na defesa prévia foi requerida a este juízo a realização das diligências transcritas a seguir, *ipsis litteris* (fls. 143/144):

3.1. Oficiar ao Banco Central do Brasil para que informe ao douto Juízo se foi instaurado qualquer procedimento administrativo contra Roberto Almeida de Freitas, Alexander Diógenes Ferreira Gomes e/ou a empresa ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda., para apurar eventual infração às normas do sistema financeiro nacional decorrentes da movimentação financeira havida na conta identificada nos presentes autos.

3.2. Oficiar à Receita Federal e à Procuradoria da Fazenda Nacional para que informem se, em razão das movimentações feitas na conta em referência, foi instaurado qualquer procedimento administrativo tributário contra Roberto Almeida de Freitas, contra ora defendente ou a empresa ACCTUR (ACCONTUR).

3.3. Determinar ao Diretor de Secretaria desta 11ª Vara a expedição de certidões narrativas referentes a cada um dos processos existentes nesta r. Vara contra Alexander Diógenes Ferreira Gomes, devendo constar das mesmas, com clareza e precisão, as seguintes informações:

3.3.1. O nome de todos os acusados em cada ação penal;

3.3.2. Todos os tipos penais atribuídos a cada um dos denunciados;

3.3.3. As datas dos supostos cometimentos dos delitos;

3.3.4. Em se tratando de movimentação financeira em contas de terceiros, (pessoas físicas ou jurídicas), os números das contas e os períodos da suposta movimentação;

3.4. Determinar a expedição de ofício à Secretaria da 12ª Vara Federal solicitando a expedição de certidão narrativa de todos os processos em curso naquela r. Vara contendo as mesmas informações solicitadas no item *retro*.

77. Ora, tais questões já foram repelidas por este juízo conforme exposto na decisão de fls. 547/558, considerando que não se concebe em que hipótese os pedidos de



que cuidam os itens 3.1, 3.3 e 3.4 acima descritos poderiam contribuir para o esclarecimento dos fatos delitivos imputados ao réu na denúncia. Isso porque, como dito na decisão referenciada, os réus respondem, neste processo, pelos crimes de associação em quadrilha ou bando (art. 288 do CP), falsificação ideológica (art. 299 do CP), uso de documento falso (art. 304 do CP) e por manter ou movimentar recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação (art. 11 da Lei nº 7.492/86), delitos que independem à sua configuração de procedimento administrativo porventura existente no Banco Central do Brasil. Também relevante se mostra o requerido nos itens 3.3 e 3.4, já que não é atribuição da Secretaria desta Vara fazer pesquisa sobre processos que tem livre acesso a defesa do acusado, tanto é assim, que já consta nos autos petição formulada pelo defensor de Alexander Diógenes onde se encontra consignado minucioso relatório acerca dos processos criminais que tramitam nesta seccional envolvendo mencionado réu (fls. 465/485), donde se conclui que o indeferimento de tais requerimentos em nenhum momento inviabilizou o exercício do seu direito de defesa.

7.8. No que pertine ao pedido de expedição de ofício à Receita Federal sobre a instauração ou não de procedimento administrativo tributário, tal pleito foi deferido por este juízo, conforme item 32 da decisão de fls. 547/558.

7.9. Pois bem. O art. 499 do Código de Processo Penal só autoriza o deferimento de diligências, cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou de fatos apurados na instrução da causa, mediante adequada demonstração. A propósito, Eduardo Espínola Filho há tempos elucidou: "(...) após encerrada a inquirição das testemunhas, há a chamada fase de diligências, na qual podem estas ser requeridas pelas partes, com a única reserva de se não admitirem aquelas que, desde o início do processo se ostentavam como cabíveis, e, simplesmente, as cuja necessidade ou conveniência tenha se apresentado pela vez primeira, no curso da instrução criminal, como consequência de circunstâncias ou fatos então apurados" (Código de Processo Penal brasileiro anotado, Campinas: Bookseller, 2000, vol. IV, p. 657).

8.0. Importante, também dizer, com Alexander de Souza Araújo, que "no processo em geral somente devem ser admitidos meios de prova úteis ou necessários ao julga-

mento ou ao atendimento prático da pretensão do autor. Cuida-se do binômio necessidade e utilidade, o qual pode traduzir-se também por pertinência e relevância, e que deve reger a admissão dos meios de prova em juízo. Diligências requeridas pelas partes ou meios de prova por ela propostos que não guardem pertinência com o que se almeje demonstrar, ou se mostrem alheios ao que corresponda provar, revelam sua desnecessidade ou inutilidade” (O abuso do direito no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 167/168). Do mesmo sentir, Alberto Luis Maurino pondera: “Quando la prueba es superflua, innecesaria, sobrecabundante com la finalidad de provocar dilaciones, debe ser sancionada como expresa manifestacion de inconducta procesal” (“Abuso del derecho em el proceso” Buenos aires: La Ley, 2001, p. 66). (...)

É inegável que a decisão do Juízo *a quo*, ao indeferir as diligências requeridas, se fundou tanto na sua desnecessidade quanto na impossibilidade de sua produção probatória. Agindo assim, o magistrado também primou pela duração razoável do processo, preceito agora com *status* constitucional, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, razão pela qual afastou a produção de provas reputadas como absolutamente desnecessárias, as quais objetivaram, precipuamente, retardar o célere trâmite do feito.

Os nossos Tribunais Superiores já firmaram o entendimento de que o indeferimento de diligência probatória, por si só, não representa cerceamento de defesa, pois o juiz pode fundamentadamente indeferir as diligências requeridas pela defesa ou pelo Ministério Público na fase do revogado art. 499 do CPP, quando as considerar protelatórias, desnecessárias ou, ainda, sem relevância para a instrução criminal (Precedentes: STF, HC nº 87.728/RJ e STJ, HC nº 47.891/RJ).

Sobre o tema em debate, colaciono o seguinte precedente da Segunda Turma deste Tribunal:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. DELITO DE CORRUPÇÃO ATIVA (ART. 333, CP). OBTENÇÃO DE CANCELAMENTO DE DÍVIDAS FISCAIS E EXPEDIÇÃO DE CND INIDÔNEA MEDIANTE O PAGAMENTO DE PROPINA A AGENTES PÚBLICOS. **PRELIMINAR DE NULIDADE POR**

**CERCEAMENTO DE DEFESA: INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS DESNECESSÁRIAS OU IMPOSSÍVEIS DE SE REALIZAR MATERIALMENTE. DECISÃO ESCOIMADA DE VÍCIOS.** INTENÇÃO DO JUÍZO SENTENCIANTE DE IMPRIMIR CÉLERE TRAMITAR AO FEITO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DUVIDOSAS. PROVA ROBUSTA DE QUE O RECORRENTE FOI BENEFICIÁRIO DE FORMA ESCANCARADA E ESCANDALOSA POR AGENTE PÚBLICO, QUE FEZ EXTIRPAR DOS REGISTROS DA FAZENDA NACIONAL O DÉBITO QUE A EMPRESA DO RECORRENTE TINHA PARA COM ESTA. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DA OFERTA OU DA PROMESSA DE VANTAGEM QUE O RECORRENTE FEZ AO AGENTE PÚBLICO PARA OBTER TAL FAVOR. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. APELO CRIMINAL PROVIDO. ABSOLVIÇÃO DO RECORRENTE.

1. Apelação criminal interposta em face da sentença proferida pelo Juízo Federal da 3ª Vara-PB, que condenou o Réu à pena de 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, além de multa de 57 (cinquenta e sete) dias-multa, no valor unitário de 1/5 (um quinto) do valor do salário mínimo vigente ao tempo do fato, a qual foi convertida em duas penas restritivas de direito, pela prática do crime tipificado no art. 333 do Código Penal (corrupção ativa).

(...)

**3. Afasta-se a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa por não acolhimento de diligências postuladas pela defesa. A decisão do Juízo a quo ao indeferir ditas diligências se fundou tanto na desnecessidade das mesmas quanto na impossibilidade de sua produção probatória. A magistrada também primou pela duração razoável do processo, preceito agora com *status* constitucional, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, razão pela qual afastou a produção de provas desnecessárias, as quais objetivaram, precipuamente, retardar o célere tramitar do feito.**

(...)

9. Apelo criminal conhecido e provido. Absolvição do apelante.

(TRF5, Segunda Turma, ACR-7287, Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias, j. 11.01.2011, DJe 20.01.2011, p. 274) Grifei.

À luz destas considerações, fica patente que a antiga fase processual prevista no art. 499 do Código de Processo Penal não era destinada à ampla produção de provas e nem à reabertura da instrução processual. Seu fim era apenas permitir a complementação probatória, observado o já existente nos autos, sendo legítimo o indeferimento quando as diligências requeridas se demonstrassem desnecessárias ao deslinde da causa, sem que do ato acarretasse nulidade ou cerceamento de defesa.

Assim, não merece censura o entendimento firmado na sentença recorrida nesse ponto, o que afasta a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, suscitada pelo recorrente em virtude do indeferimento de diligências postuladas pela defesa.

### **7. Nulidade da sentença por suposta violação ao disposto no art. 158 do Código de Processo Penal. Inocorrência.**

Em suas razões, o referido recorrente suscitou a existência de nulidade e suposta ofensa ao disposto no art. 158 do CPP, em face da não realização de perícia contábil para comprovar a prática do crime de contabilidade paralela da empresa ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda.

A rigor, o apelante limitou-se a refutar dos laudos realizados pela Polícia Federal sem, contudo, apontar qual dos laudos periciais está eivado de vícios, ou quais as imprecisões que nulificam a prova pericial fartamente produzida nos autos. A demonstração cabal dos vícios existentes na perícia se mostra indispensável para o fim de sua desqualificação como elemento técnico de convicção, sendo insuficiente se fazer uma alegação genérica nesse sentido.

No caso em foco, a prova pericial existente nos autos não deixa dúvida de que os crimes imputados ao apelante Alexander Diógenes foram praticados conforme narrado na denúncia, mediante o uso de conta corrente de titularidade de empregado da empresa ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda., cuja movimentação foi realizada de forma paralela em relação à contabilidade oficial da citada empresa.

Como bem ressaltou o magistrado de primeiro grau, a “desqualificação genérica feita a laudos não individualizados inviabiliza a análise da irresignação por parte deste juízo”. Consequentemente, é insubsistente a alegação do apelante Alexander Diógenes quando afirma que não houve observância à exigência contida no art. 158 do Código de Processo Penal.

## **8. Materialidade delitiva e autoria comprovadas.**

Os recorrentes foram acusados da prática de crime contra o Sistema Financeiro Nacional e, a Ordem Tributária, especificamente o delito previsto no art. 11 da Lei nº 7.492/86 (crime de contabilidade paralela), em face da realização de movimentação financeira irregular, no período de abril a setembro de 1994, mediante a utilização de contas bancárias em nome de “laranjas”, para ocultar a vultosa movimentação feita em benefício de empresas integrantes do “Grupo ACCTUR”.

A denúncia descreveu os crimes econômicos imputados aos acusados, praticados invariavelmente às ocultas para burlar os órgãos de fiscalização, apontando os possíveis sujeitos ativos do crime, os meios empregados para sua consecução, a conduta delituosa, o tempo dos fatos criminosos e o dano causado em detrimento do Sistema Financeiro Nacional.

O art. 11 da Lei nº 7.492/86 descreve o tipo penal de contabilidade paralela (“caixa 2”), que consiste em movimentar recursos paralelamente à contabilidade oficial da empresa. Eis o teor desse dispositivo legal:

Art. 11. Manter ou movimentar recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação.

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Os peritos examinaram os extratos relativos à conta corrente nº 33.519-2, mantida na agência 0362 do Banco Itaú S.A., de titularidade de Roberto Almeida de Freitas, bem como os demonstrativos de movimentação da conta corrente nº 42.585-0, da agência 0288 do BANCO BRADESCO S.A., de titularidade do mesmo correntista, compreendendo o período de 17.06.1994 a 23.09.1994. As conclusões do *expert* foram consignadas no Laudo de Exame Contábil nº 589/03-SR/CE, elaborado pela Polícia Federal (fls. 134/141 do IPL nº 432/2000, apenso aos autos).

Pelo que consta do laudo pericial, somente no período de junho de 1994 a setembro de 1994, na conta corrente nº 42.585-0, mantida na agência 0288 do BRADESCO foram movimentados os seguintes valores pertencentes à ACCTUR (expressos em moeda nacional e em dólares norte-americanos):

<b>CRÉDITOS (R\$ / US\$)</b>	<b>DÉBITOS (R\$ / US\$)</b>
R\$ 317.567,67 (US\$ 279.994,58)	R\$ 372.703,58 (US\$ 304.631,84)

Portanto, a perícia realizada nos demonstrativos de movimentação financeira comprovou que realmente houve expressiva movimentação financeira na conta de Roberto Almeida de Freitas, incompatível com os seus rendimentos como empregado da empresa ACCTUR. De acordo com as conclusões firmadas na prova técnica, os extratos revelaram que houve considerável movimentação diária das contas bancárias de titularidade daquele correntista, ex-empregado da empresa ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda., com o fim de beneficiar essa empresa.

O fato do mencionado laudo pericial não ter aprofundado suas conclusões é irrelevante, pois o seu propósito foi o de apurar os valores movimentados e atualizá-los em moeda nacional vigente e dólar americano, a fim de fornecer elementos para demonstrar o correspondente em moeda estrangeira dos valores movimentados pelos ora recorrentes na conta do ex-empregado da empresa ACCTUR.

Além da movimentação constatada pela perícia, outras provas militam em desfavor da parte ora apelante. Ao ser inquirido a respeito da movimentação bancária feita em seu nome, o correntista Roberto Almeida de Freitas confirmou que, no período de setembro de 1992 a outubro de 1999, trabalhou na empresa ACC-TUR Câmbio e Turismo Ltda., de propriedade de Alexander Diógenes, inicialmente como “motoqueiro” e depois como assistente de tesoureiro (fls. 157/158).

O ex-empregado da ACCTUR que “emprestou” a conta bancária ao seu patrão confirmou ainda que a movimentação de recursos da empresa ACCTUR em conta de terceiros era prática corriqueira, e ocorreu não somente em contas bancárias abertas

em seu nome, mas também nas contas de outros empregados da referida empresa. Afirmou ainda que, para viabilizar a utilização da sua conta, chegou a assinar cheques em branco e entregar ao empresário Alexander Diógenes, os quais foram repassados aos tesoureiros Vilfran Teixeira e João Edmilson, ora recorrente.

Ao ser ouvido em juízo, a testemunha de acusação Roger da Silva Rebouças, ex-empregado do “Grupo ACCTUR”, confirmou que foi designado para fazer alguns depósitos de valores pertencentes à empresa ACCTUR. Segundo essa testemunha, certa vez ele tentou realizar um depósito na conta de titularidade de Roberto Almeida de Freitas, mantida na agência 0288 do BRADESCO, porém o administrador da referida dependência bancária recusou-se a processar a operação por envolver quantia vultosa, e diante do volume de recursos que estavam sendo movimentados na citada conta de pessoa física (fls. 149/151).

Inexistem dúvidas quanto à autoria delitiva. As provas colacionadas aos autos atestam que o apelante Alexander Diógenes era o proprietário da empresa beneficiária da fraude, além de ser corresponsável pela movimentação das contas fraudulentamente movimentadas.

Da mesma forma, há provas bastantes para demonstrar que a participação do apelante João Edmilson ia além da sua atividade regular como tesoureiro da empresa ACCTUR. Esse recorrente exerceu inegavelmente papel relevante na operacionalização das ações fraudulentas definidas pelo gestor das empresas do “Grupo ACCTUR”.

O denunciado João Edmilson, na condição de tesoureiro da empresa ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda., juntamente com outro tesoureiro (Vilfran Teixeira Torquato), era encarregado de arremeter empregados da referida empresa, que eram usados como “laranjas”, ficando ainda encarregado de controlar a respectiva movimentação bancária. Tais fatos foram devidamente comprovados por meio de prova testemunhal, que forneceu os detalhes de como as fraudes eram operacionalizadas, estando o recorrente diretamente envolvido com a prática criminosa em discussão.

Assim, a posição do recorrente João Edmilson como principal tesoureiro da ACCTUR é inconteste. A prova testemunhal colhida

em juízo comprovou inclusive que o outro tesoureiro da empresa (Wilfran Teixeira) agia sob as ordens desse recorrente que, por sua vez, estava diretamente vinculado a Alexander Diógenes, proprietário da empresa e que também figura como denunciado na presente ação penal.

A análise do conjunto probatório mostrou que, além de auxiliar na movimentação e controle das contas bancárias, o apelante João Edmilson foi o responsável por aliciar “laranjas” para emprestar as contas que seriam usadas na movimentação paralela do numerário pertencente ao seu empregador.

Na fase inquisitorial, o denunciado Roberto Almeida de Freitas foi taxativo em afirmar que a movimentação dos recursos da ACCTUR nas contas de pessoas físicas (especialmente de empregados dessa empresa) era feita por solicitação de Alexander Diógenes, com a conivência dos tesoueiros, dentre os quais João Edmilson, ora apelante.

A materialidade do delito sobressai manifesta, uma vez que a movimentação paralela de recursos com o uso de conta corrente de terceiros (“laranjas”), enquadra-se perfeitamente na previsão do art. 11, parágrafo único, da Lei 7.492/86.

Pelo que se colhe dos autos, o recorrente Alexander Diógenes foi responsável pela reativação da conta nº 42.585-0 do BRADESCO, que se encontrava inativa, cujo objetivo era unicamente servir como meio para a movimentação espúria de recursos, paralelamente à contabilidade da empresa ACCTUR Câmbio e Turismo Ltda.

Registre-se, por oportuno, que os apelantes também foram processados e respondem por várias ações penais pela prática de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, a Ordem Tributária e ainda pelo delito de “lavagem de dinheiro”, o que pode ser comprovado pelas Folhas de Antecedentes acostadas às fls. 191/204 dos autos do IPL nº 432/2000.

Portanto, há indícios suficientes da materialidade e da autoria do ilícito que foi imputado aos apelantes. Os fatos analisados demonstram, à sacidade, que os apelantes agiram dolosamente movimentando fraudulentamente o numerário pertencente à em-



presa ACCTUR, utilizando-se, para tanto, de contas bancárias de terceiros pessoas físicas. Sendo assim, o delito previsto no art. 11 da Lei nº 7.492/86 restou plenamente caracterizado.

## **9. Dosimetria da pena**

No caso presente, a dosimetria da pena foi levada a efeito de acordo com o critério trifásico, levando em consideração as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, *caput*, do Código Penal, as quais foram valoradas negativamente de modo conjunto para ambos os apelantes.

A culpabilidade dos apelantes é inconteste e consideravelmente elevada. Diante do que se apurou dos autos, não se discute a temerária e ilegal atividade empresarial exercida por Alexander Diógenes, o qual tinha plena consciência da ilicitude dos seus atos.

Da mesma forma, o apelante João Edmilson, tesoureiro da empresa ACCTUR, tinha conhecimento do funcionamento do sistema financeiro e da estrutura do setor financeiro da referida empresa, tendo agido como uma espécie de co-gestor da atividade empresarial criminosa, voltada para burlar a fiscalização dos órgãos estatais.

Diante do que foi apurado, é correta a fixação da pena-base acima do mínimo legal, sobretudo em face das circunstâncias merecedoras de maior censura e grau de culpabilidade, merecendo destaque as consequências danosas ao erário.

Como bem frisou o magistrado *a quo*, a movimentação bancária em questão “foi um dos instrumentos engendrados para esconder de órgãos de fiscalização estatal públicos o cometimento de inúmeros outros delitos, cometidos não somente pela organização criminosa objeto do presente processo, mas também das pessoas que dela se utilizavam”. Essas circunstâncias justificam a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Para o recorrente João Edmilson, a pena-base foi fixada em 3 (três) anos de reclusão. Ante a inexistência de atenuantes e com a aplicação da agravante pelo fato do crime ter sido cometido em concurso de pessoas (art. 62, III, do CP), a pena foi elevada para 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Inexistem causas para amparar a diminuição da pena. Porém, em face da constatação de que o crime foi cometido de forma reiterada – com movimentações realizadas de forma contínua nas contas de Roberto Almeida de Freitas – aplica-se a majorante de que trata o art. 71 do Código Penal. Neste caso, agiu com acerto o magistrado de primeiro grau ao aumentar a pena em 1/3 (um terço), estabelecendo uma sanção privativa de liberdade definitiva de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, para o delito previsto no art. 11 da Lei nº 7.492/86, a ser cumprida inicialmente em regime fechado.

Para o recorrente Alexander Diógenes, a pena-base foi fixada em 3 (três) anos de reclusão. Inexistem atenuantes da pena, porém há de ser reconhecida a agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal, pelo fato do crime ter sido cometido em concurso de pessoas, sendo esse recorrente o responsável pela condução da empreitada criminosa em discussão. Em consequência, nessa segunda fase da dosimetria a pena deve ser aumentada no mesmo patamar que foi fixado em desfavor do outro recorrente.

Inexistem causas para amparar a diinuição da pena. Porém, em face da constatação de que o crime foi cometido de forma reiterada – com movimentações realizadas de forma contínua nas contas de Roberto Almeida de Freitas – aplica-se a majorante de que trata o art. 71 do Código Penal. Neste caso, não merece censura a sentença que aumentou a pena em 1/3 (um terço), estabelecendo-se uma sanção privativa de liberdade definitiva de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, para o delito previsto no art. 11 da Lei nº 7.492/86, a ser cumprida inicialmente em regime fechado.

Levando em consideração ainda as circunstâncias judiciais apuradas, a pena pecuniária foi razoavelmente fixada em 100 (cem) dias-multa para o recorrente João Edmilson, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos monetariamente (art. 49 do CP).

Em face da sua maior participação como o empresário mentor das fraudes e como o proprietário da empresa beneficiária, a pena pecuniária para o apelante Alexander Diógenes foi justificadamente mais elevada, tendo sido fixada em 200 (duzentos) dias-

multa, no valor unitário de 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos monetariamente (art. 49 do CP).

Assim, a sanção pecuniária aplicada aos recorrentes também não merece censura, uma vez que foi fixada de forma escorreita e em conformidade com a legislação pertinente, devendo ser mantida em todos os seus termos.

O texto decisório ora recorrido é eloquente quanto à reprovabilidade das condutas dos acusados. Os fatos e a materialidade delitiva que instruíram o processo investigatório e judicial são de robusta clareza para a sociedade jurídica, não deixando lacunas para interpretação diversa da proferida na sentença.

Assim, configuradas a materialidade e a autoria delitivas, impõe-se a manutenção da sentença condenatória ora recorrida.

Com essas considerações, nego provimento às apelações criminais, mantendo a sentença recorrida em todos os seus termos.

É como voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 9.140-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO  
Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERALE JOSÉ OTÁVIO FREIRE DIÓGENES  
Apelados: OS MESMOS  
Advs./Procs.: DRS. GLAUBER ANTÔNIO NUNES REGO

**EMENTA: PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL DA DEFESA. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE PECULATO-FURTO CONTRA A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. NULIDADES NO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO INTERNO DA CEF QUE MACULARIAM A AÇÃO PENAL E NA PERÍCIA REALIZADA DURANTE O INQUÉRITO. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO EMBASADA EM FARTAS PROVAS DA AUTORIA E MATERIALI-**

**DADE DELITIVAS. PENA-BASE PROPORCIONAL AO RESULTADO DA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. ATENUANTE DO ART. 66 DO CP. AFASTADA. RECURSO DA DEFESA IMPROVIDO. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INCONFORMISMO QUANTO ÀS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO FIXADAS NA SENTENÇA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO PARA SUBSTITUIR UMA DAS RESTRITIVAS POR PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE.**

**- Nos termos do art. 1º, § 3º, inciso IV, da Lei Complementar nº 105/01, a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa não constitui violação do dever de sigilo.**

**- Não há falar em nulidade de perícia realizada na fase extrajudicial, sem que se tenha oportunizado, naquele momento, o contraditório, tendo em vista que este pode ser postergado para a fase judicial, como ocorreu na presente ação.**

**- Materialidade e autoria delitivas sobejamente comprovadas por meio de provas documentais, periciais e testemunhais. Condenação mantida.**

**- Ao crime de peculato-furto, o Código Penal prevê a pena de reclusão de 2 (dois) a 12 (doze) anos, além de multa. Analisadas acertadamente as circunstâncias do art. 59 do CP e apresentando-se desfavoráveis ao réu as consequências do delito, bem como o modo como o crime fora praticado, mostra-se razoável a fixação da pena-base em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, aumentada em 2/3 em razão da continuidade delitiva (aproximadamente 48 peculatos).**

**- Na hipótese, não restando evidenciada circunstância extralegal relevante, fica afastada a incidência da atenuante prevista no art. 66 do CP.**

***- A pena restritiva de direitos consistente na proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública e mandato eletivo diverge da perda do cargo como efeito da condenação, logo não há impedimento legal a sua incidência. Todavia, por não representar restrição a direitos e não se enquadrar dentre as espécies de restritivas dispostas no art. 43 do CP, a sanção de o réu enviar relatório ao juízo de comunicação informando as suas atividades deve ser substituída por prestação de serviços à comunidade.***  
***- Apelação criminal da defesa improvida e apelação criminal do Ministério Público parcialmente provida.***

## **ACÓRDÃO**

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação criminal da defesa e dar parcial provimento à apelação criminal do Ministério Público, 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, 7 de março de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Cuida-se de apelações criminais interpostas por Glauber Antônio Nunes Rego e pelo Ministério Público contra sentença (fls. 159/167) da lavra do MM. Juízo da 2ª Vara Federal do Rio Grande do Norte que condenou o denunciado pelo crime de peculato à pena de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além de multa.

Segundo a denúncia, José Otávio Freire Diógenes, no período compreendido entre 16.07.2001 e 22.08.2002, no exercício da fun-

ção de Supervisor de Retarguarda da Caixa Econômica Federal, retirou valores de algumas contas de clientes da empresa pública e depositou as quantias sacadas em sua conta corrente.

Nas razões do apelo às fls. 173/176, o Ministério Público insurge-se contrariamente às penas restritivas de direito impostas pelo julgador, requerendo que a pena privativa de liberdade seja substituída por prestação pecuniária e limitação de fim de semana e/ou proibição de frequentar bares e estabelecimentos afins.

A defesa, por sua vez, sustenta que o processo administrativo encontra-se eivado de nulidades, entre as quais por se embasar na quebra de sigilo bancário do acusado sem prévia autorização judicial. No mérito, argumenta a insuficiência das provas para embasar a condenação e pleiteia, subsidiariamente, a redução da pena base para o mínimo legal.

Apresentadas contrarrazões do *Parquet*, às fls. 227/243, e da defesa às fls. 265/267.

Parecer da Procuradoria da República da 5ª Região às fls. 277/299 pelo improvimento do apelo da defesa e pelo provimento da apelação interposta pelo *Parquet*.

É o relatório.

Ao revisor.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Em síntese, a defesa de José Otávio Freire Diógenes sustenta, preliminarmente, que a presente ação penal é nula, em razão de ter sido maculada por diversas nulidades ocorridas no Processo de Apuração Sumária de nº 17.00016/2002/CEF, instaurado no âmbito da Caixa Econômica Federal, do qual decorreu a notícia do cometimento de ilícito penal pelo acusado ao Ministério Público.

Dentre tais nulidades, a defesa impugna as provas da autoria e da materialidade do delito derivadas de suposta quebra de sigilo bancário do réu, sem prévia autorização judicial.

Inexiste, contudo, a nulidade apontada. Para melhor elucidação dos fatos, o referido Processo de Apuração Sumária nº 17.00016/2002/CEF, ato interno da empresa pública, visava à apuração de possíveis irregularidades cometidas no âmbito da RE-RET Ribeira/RN - RETPV Potengi, agências da CEF.

No decorrer desse procedimento interno, foram analisados diversos relatórios das movimentações diárias das agências bancárias investigadas, especificamente saques, depósitos, etc. Consoante Relatório Conclusivo (fls. 163/165 – apenso), *“as provas encontradas são exclusivamente através de relatórios; uma vez que os documentos não foram encontrados. Descrevemos abaixo a finalidade de cada relatório. RROP- Relatório Relação dos Registros das Operações; onde se verifica o que cada caixa/operador autenticou durante o expediente bancário. RGFE - Relatório Resumo Geral de Fechamento; onde se verifica quais operadores (através da matrícula) trabalharam em determinada data com respectivo número do terminal financeiro operado e qual o volume (quantidade de autenticações) feitas por este operador. LINC - Controle de Numerário; Informa o saldo inicial de cada operador (nome e matrícula) com o valor de numerário movimentado (recebimento/pagamentos) durante o dia, saldo final e quantidade de autenticações efetuado pelo mesmo. LTIA - Relatório de Transações Interagência Origem/Destino, nos mostra os depósitos efetuados em outra agência, o que prova os depósitos em sua conta, possui nº da EF e nº de autenticações. SIDEC (L360) - Movimentação de saques/depósitos das contas da agência de origem”*.

Logo, a constatação de que ocorreram irregularidades e de que elas eram de responsabilidade do acusado não advieram de acesso a dados bancários particulares do réu, mas sim da análise desses relatórios, que pertencem à Caixa Econômica destinados ao controle e ao gerenciamento dos diversos atos praticados em suas agências, bem como de consultas a contas de clientes a que a CEF tem livre acesso, desde que tais informações não sejam publicadas.

Por seu turno, *“a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa”* não constitui vio-

lação do dever de sigilo, nos termos do art. 1º, § 3º, inciso IV, da Lei Complementar nº 105/01. Com semelhante entendimento, decidi o TRF da 2ª Região:

DIREITO PENAL. PECULATO. APROPRIAÇÃO DE VALORES REFERENTES AO PIS E AO FGTS DOS AGENTES. SIGILO BANCÁRIO. ILICITUDE DA PROVA. INEXISTÊNCIA DE ERRO A AUTORIZAR A DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ARTIGO 169, DO CÓDIGO PENAL. A CONDIÇÃO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO COMUNICA-SE AO COAUTOR. DINHEIRO QUE SAIU DA ESFERA DE DISPONIBILIDADE DA ENTIDADE PÚBLICA, COM SEU INGRESSO NA CONTA BANCÁRIA DA ACUSADA, A CARACTERIZAR A CONSUMAÇÃO DO DELITO. ESTELIONATO CONTRA O INSS. FRAUDE NA OBTENÇÃO.

1. Persecução penal em juízo derivada de denúncia que imputou à agente conduta que se amoldaria ao art. 312, § 1º, do Código Penal, por ter se apropriado, juntamente com seu irmão, empregado da CEF, de valores referentes ao PIS e ao FGTS que estavam em seus nomes. Absolvição da acusada sob o fundamento de que os fatos seriam materialmente atípicos, à ausência de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma, pois os valores movimentados, além de ínfimos, pertenciam à acusada, bem como não ter a conduta atingido a moralidade pública.

**2. Nos termos da Lei Complementar nº 105/2001, não constitui violação do dever de sigilo a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa, como no caso concreto.**

3. O peculato é um "delito pluriofensivo e atinge o bom andamento da atividade administrativa e o patrimônio público. Bom andamento quer dizer eficiência, no sentido de buscar o interesse público traçado na lei. Patrimônio público é, no caso, o erário, cuja integridade deve ser preservada, posto que de interesse e propriedade da coletividade" (Waldo Fazzio Junior).

4. Os valores das contas vinculadas ao FGTS pertencem aos trabalhadores; todavia o movimento desses valores somente pode ser realizado nas situações previstas na



legislação específica (STJ, REsp nº 508.878-RS), adequando ao tipo descrito no artigo 312, § 1º, do CP a apropriação dos valores das contas vinculadas por meio fraudulento.

5. Inexistência de depósito em conta decorrente de erro, com enquadramento da conduta no artigo 169, do CP, visto que a acusada concorreu para o cometimento do crime.

6. Delito de peculato configurado, pois um dos agentes era empregado da entidade pública, comunicando-se a circunstância, como previsto em lei. Consumação do crime, ao sair o dinheiro da esfera de disponibilidade da CEF, com seu ingresso em conta de poupança da acusada que, inclusive, o utilizou parcialmente.

7. Recurso provido para condenar a acusada nas sanções do artigo 312, § 1º, do Código Penal, com a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

(ACR 200250010080410, Desembargador Federal Guilherme Calmon/no afast. Relator, TRF2 - Primeira Turma Especializada, DJU - Data: 27/11/2007 - Página: 341.)

Posteriormente, isto sim, diante de requerimento da Delegada de Polícia Federal, o Juízo da 5ª Vara Federal do RN autorizou a quebra do sigilo bancário do réu, conforme decisão às fls. 14/17 (autos em apenso).

Desta forma, inexistiu ilegalidade na produção das provas, pois anteriormente à autorização judicial, o que houve foi a comunicação ao Ministério Público da possível ocorrência de crime contra a CEF e seus clientes, com base em dados internos, ordinários, daquela empresa pública. Como bem salientou a julgadora *a quo*, *“não cabe aqui dizer que a prova é unilateral. Ela foi produzida de forma automatizada ou seja, mediante relatório de segurança fornecido pelo sistema eletrônico implantado para registrar o trabalho diário que é feito na instituição bancária”*. Logo, não favorece ou desfavorece o réu, mas apenas relata as movimentações ordinárias da agência em que ele trabalhava.

Veja-se que o processo de apuração sumária da CEF serviu apenas para noticiar ao *Parquet* a suposta ocorrência do ilícito e que, por carecer de maior aprofundamento, determinou-se a produção de diversas provas durante a investigação policial para efetivamente comprovar a autoria e a materialidade delitivas. Durante

a instrução criminal, em respeito ao contraditório e à ampla defesa, o réu teve a oportunidade de se manifestar sobre as provas, inclusive sobre os documentos colhidos administrativamente quando colacionados a estes autos.

O procedimento administrativo teve, portanto, sua importância para dar início à investigação criminal contra o apelante, que culminou com sua condenação, embasada, por sua vez, nas diversas provas colhidas durante a instrução processual.

Ademais, ao que indica, o processo de apuração não estava encerrado quando juntado a estes autos, pois, segundo a cópia da última folha do processo administrativo, ele foi encaminhado para o setor da GIRET/RE para oferecimento de notícia-crime e deveria, em seguida, retornar com a defesa e com o comprovante da apresentação da notícia-crime.

Por fim, quanto à suposta nulidade da perícia contábil de fls. 70/75, também não merece prosperar a alegação da defesa. Primeiramente porque o exame pericial foi realizado durante a fase extrajudicial, momento em que o contraditório pode ser postergado para a fase judicial. Ademais, a defesa não se desincumbiu de comprovar ilegalidades na execução da perícia. Desta forma, tendo sido a perícia realizada de acordo com as formalidades legais e concedida a oportunidade de o réu, na defesa prévia, manifestar-se sobre as provas produzidas durante o inquérito, não há falar em nulidade. Neste sentido, confirmam-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

*HABEAS CORPUS. ART. 1º, INCISO II, DA LEI Nº 8.137/90, POR 176 (CENTO E SETENTA E SEIS VEZES), EM CONTINUIDADE DELITIVA. PEDIDO DE NOVA PERÍCIA. EXISTÊNCIA DE LAUDO PERICIAL REALIZADO DE ACORDO COM AS NORMAS LEGAIS PERTINENTES. INDEFERIMENTO MOTIVADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DENEGAÇÃO DE ORDEM.*

1. O indeferimento fundamentado de pedido de perícia não caracteriza constrangimento ilegal, pois cabe ao juiz, na esfera de sua discricionariedade, negar motivadamente as diligências que considerar desnecessárias ou protelatórias. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF.

2. No caso em tela, foi feita a perícia oficial durante o curso do inquérito policial com o objetivo de comprovar a ma-

terialidade do delito, sendo que o juízo de origem indeferiu apenas um novo exame, e de maneira devidamente fundamentada, destacando que o laudo teria sido elaborado de acordo com as formalidades legais, além do que a defesa não teria apontado qualquer razão plausível para a elaboração de uma segunda perícia.

3. Ademais, de acordo com as normas processuais penais, é válida a perícia realizada em sede extrajudicial, uma vez que, por se tratar de prova cuja natureza é cautelar, o contraditório é postergado para a fase judicial, motivo pelo qual não há que se falar em ofensa ao devido processo legal.

4. Ordem denegada.

(HC 194.687/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2012, *DJe* 28/06/2012)

CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. INEXISTÊNCIA DE ACESSO DA DEFESA ÀS GRAVAÇÕES. NÃO MANIFESTAÇÃO ACERCA DO LAUDO. DILIGÊNCIA REALIZADA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL. PEÇA MERAMENTE INFORMATIVA. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA QUE NÃO SE APLICA À FASE INQUISITORIAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTROS ELEMENTOS DO CONJUNTO PROBATÓRIO. RÉU NÃO SUBMETIDO A EXAME DE SANIDADE MENTAL. CARÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA A REALIZAÇÃO DA PERÍCIA. FALTA DE PEDIDO DA DEFESA. MATÉRIA PRECLUSA. COLIDÊNCIA DE DEFESAS. NÃO OCORRÊNCIA. PATRONO DILIGENTE. TESE CONVERGENTE À ABSOLVIÇÃO DOS CORRÉUS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

I. A interceptação telefônica é feita sob sigilo de justiça, sendo que a falta de acesso às gravações ou de manifestação da defesa sobre o respectivo laudo não geram qualquer nulidade, pois tal diligência foi realizada durante o inquérito policial, o qual constitui peça meramente informativa, que serve de base para a propositura da ação penal.

II. Qualquer vício porventura existente na fase inquisitorial não tem o condão de invalidar o feito já instaurado, tampouco ação penal já transitada em julgado, como a presente. Precedentes.

III. Apesar de a Lei nº 9.296/96 não prever a necessidade de intimação da defesa para se manifestar acerca do laudo das gravações telefônicas, é certo que o princípio da ampla defesa não se aplica na fase inquisitorial, a qual prescinde de contraditório, pois é mero procedimento administrativo de investigação.

IV. Evidenciado que a condenação não se fundou apenas no resultado obtido por meio da apontada escuta, mas em vasto material probatório, constituído pela droga apreendida, com o respectivo laudo, pela campana realizada pelos policiais, bem como pelo depoimento das testemunhas, não resta comprovado qualquer prejuízo à defesa.

V. Considerando a declaração do réu de que não fazia mais uso de substâncias entorpecentes, além da perícia toxicológica ter concluído pela ausência de drogas no seu organismo, não haveria razões para se cogitar de qualquer consequência mental, pelo uso prolongado de tais substâncias, aptas a justificar a realização do exame ora questionado.

VI. Não havendo pedido da defesa para que fosse realizado qualquer exame com o fim de se averiguar a higidez mental do acusado, pois além de não constar do feito decisão monocrática indeferindo a perícia, a sentença condenatória não tratou da questão, dispondo apenas acerca da materialidade e da autoria delitiva, torna-se preclusa a matéria.

VII. Não se reconhece a apontada nulidade da ação penal por colidência de defesa, se evidenciada a regular assistência do patrono, durante todo o feito, o qual bem sustentou a inocência dos corréus, ressaltando o fato de ter sido constituído pelo paciente ao mesmo tempo em que patrocinava a defesa da corré.

VIII. Impetração que não logrou demonstrar em que ponto consistiria, efetivamente, a aduzida colidência de defesas, tendo em vista as teses convergirem para o mesmo ponto, qual seja, a tentativa de absolvição dos corréus, por insuficiência de provas.

IX. Só se declara nulidade, no processo penal, quando sobressair efetivo prejuízo à parte, o que não restou evidenciado no presente caso. Incidência da Súmula nº 523 do STF. Precedentes.

X. Ordem denegada.

(HC 64.430/DF, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 10/05/2007, DJ 18/06/2007, p. 281)

Superadas as preliminares apontadas pela defesa, passemos ao exame de mérito.

O apelante fora condenado pela prática do crime de peculato contra a Caixa Econômica Federal por, segundo a denúncia, ter transferido valores de contas de clientes da CEF para conta de sua titularidade.

Analisando atentamente as provas, concluo não haver máculas na sentença condenatória. São diversas as provas da subtração de dinheiro pelo réu. A começar pela perícia contábil a informar que os saques e os imediatos depósitos dos valores sacados na conta corrente do réu foram feitas com autenticações do acusado, à época funcionário da CEF. Depois, a quebra de sigilo bancário do réu confirma os depósitos de valores em sua conta corrente. Acrescente-se que a testemunha Ustana Lígia Bezerra informou que não seria possível a utilização da senha por outros membros da equipe para as operações de saques e depósitos, pois o uso da senha padrão destinava-se apenas à abertura de caixas e que aquelas operações precediam do uso da senha pessoal de cada funcionário (depoimento realizado mediante sistema de gravação – fl. 169). Entretanto, ainda que considerássemos o uso da senha do acusado por pessoa diversa, os depósitos eram feitos em conta de titularidade do réu e não de terceiros, o que demonstra que o crime era praticado em proveito do apelante.

Do conjunto probatório, fica evidenciado o intuito do réu de, subtrair valores que não lhe pertenciam, transferindo-os para a sua própria conta, aproveitando-se da qualidade de funcionário público da CEF. O dolo é, destarte, patente.

Logo, deve ser mantida a condenação do apelante pelo crime de peculato-furto. Passemos ao exame do pedido da defesa relativo à dosimetria.

A defesa pugna pela minoração da pena-base, bem como pela incidência da atenuante do art. 66 do CP.

Ao crime de peculato-furto, o Código Penal prevê a pena de reclusão de 2 (dois) a 12 (doze) anos, além de multa. Analisadas acertadamente as circunstâncias do art. 59 do CP e apresentando-se desfavoráveis ao réu as consequências do delito, bem como

o modo como o crime fora praticado, mostra-se razoável a fixação da pena-base em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, aumentada em 2/3 em razão da continuidade delitiva (aproximadamente 48 peculatos).

Finalmente, quanto à atenuante inominada prevista no art. 66 do CP, entendo não ser hipótese de sua incidência. Esta atenuante seria uma espécie de dispositivo que reconheceria a co-culpabilidade do Estado na criminalização. Nas palavras de Nilo Batista, *“a Co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu”* (Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro, 2004, p. 105).

A teoria da Co-culpabilidade, ao mesmo tempo que questiona a legitimidade punitiva do Estado, ressalta a diferenciação social e cultural e quem são os criminosos produzidos pela própria sociedade. Por meio desse apontamento, pretende que o Estado analise diversamente os delinquentes, de forma a não aplicar a todos e da mesma forma a legislação penal em vigor. Poder-se-ia falar em princípio da isonomia material, no sentido de que haja uma atenuação da pena para aqueles a quem não foi dada outra oportunidade na vida, senão a de enveredar pelo mundo do crime.

Não é este o caso do apelante que, à época dos fatos, ocupava cargo na Caixa Econômica Federal, inclusive função de confiança como supervisor, situações que expressam a posição de destaque profissional e social que o réu ocupava, não se enquadrando na posição de indivíduo com dificuldades de se autodeterminar em razão de problemas sociais. Ao menos, a defesa não apresenta qualquer fundamentação neste sentido, pleiteando apenas genericamente a incidência dessa atenuante que, apesar de não ter restrições hipotéticas previstas em lei, tem seu conteúdo determinado doutrinariamente no sentido ora apontado.

Com tais considerações, nego provimento à apelação criminal da defesa.

- Do apelo do Ministério Público

Em suas razões recursais, o Ministério Público insurge-se contrariamente às espécies de penas restritivas impostas ao réu em substituição à pena privativa de liberdade. Não há questiona-

mento quanto ao réu fazer *jus* à substituição, mas tão somente às modalidades de restrição impostas ao acusado.

Pois bem. Fixada a pena definitiva em 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias, o douto julgador a substituiu por duas restritivas de direito, quais sejam: 1) durante o tempo da pena, deve o réu enviar ao juízo de comunicação trimestral, até o dia 10 de cada mês, informando as suas atividades; 2) interdição temporária de direitos consubstanciada na proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, pelo período da pena.

Inicialmente, quanto à interdição temporária de direitos, o *Parquet* contesta a sua incidência, tendo em vista que a perda do cargo público trata-se de efeito da condenação, consoante disposto no art. 92 do CP.

No entanto, a pena restritiva de direitos consistente na proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública e mandato eletivo diverge da perda do cargo como efeito da condenação. Sem adentrar na questão dos requisitos a serem observados em ambos os casos, a pena restritiva prevista no art. 47, I, do CP é mais ampla do que a consequência do art. 92 do CP, pois além de se prolongar no tempo no mesmo período da sanção, resulta na impossibilidade de exercício de funções ou atividades públicas de forma ampla, não restrita ao cargo específico que o sujeito ocupava.

Desta forma, não merece prosperar o pedido de substituição dessa restritiva. Contudo, quanto a outra espécie fixada na sentença (prestação de informações mensais), entendo que deve ser substituída, por não se enquadrar em quaisquer das espécies taxativamente prevista no art. 43 do CP, isto é, por não vislumbrar restrição a direitos do acusado.

Neste ponto, entendo que deve ser aplicada ao réu a pena restritiva relativa à prestação de serviços à comunidade, a ser determinada pelo juízo de execução.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso do Ministério Público e nego provimento à apelação da defesa.

É como voto.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO  
NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 546.603-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES  
Apelante: CLIMEX TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA. E FAZENDA NACIONAL  
Apelados: OS MESMOS  
Embargante: FAZENDA NACIONAL  
Advs./Procs.: DRS. MANUEL DE FREITAS CAVALCANTE JUNIOR E OUTROS

***EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMPRESA CUJO RAMO É A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM GERAL. PESSOA JURÍDICA TRIBUTADA PELO IMPOSTO DE RENDA COM BASE NO LUCRO PRESUMIDO. BASE DE CÁLCULO SOBRE O FATURAMENTO (LC 70/91 E LEI Nº 9.715/98).***

***- Incidência do PIS/COFINS sobre o total das receitas, excluindo receitas não operacionais, sendo àquelas decorrentes de transações não incluídas nas atividades principais ou acessórias que constituam o seu objeto e as receitas financeiras, a exemplo dos juros recebidos, os descontos obtidos, o lucro na operação de reporte e o prêmio de resgate de títulos ou debêntures e os rendimentos nominais relativos a aplicações financeiras de renda fixa, conforme art. 373 RIR/99.***

***- Precedente do c. STJ. Restituição. Taxa Selic. Lei Complementar 118/2005. Prescrição quinquenal (LC 118/2005).***

***- Precedente do colendo STF. Comprovação. Acórdão que apresenta com clareza fundamentação adequada. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade.***

***- Embargos de declaração improvidos.***



## ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento aos embargos de declaração, 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, 28 de fevereiro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Insurge-se a embargante ante acórdão assim ementado (fls. 123/137):

Tributário e Processual Civil. Empresa cujo ramo é a prestação de serviços em geral. Pessoa Jurídica tributada pelo Imposto de Renda com base no Lucro Presumido. Base de cálculo sobre o faturamento (LC 70/91 e Lei nº 9.715/98). Incidência do PIS/COFINS sobre o total das receitas, excluindo receitas não operacionais, sendo àquelas decorrentes de transações não incluídas nas atividades principais ou acessórias que constituam o seu objeto e as receitas financeiras, a exemplo dos juros recebidos, os descontos obtidos, o lucro na operação de reporte e o prêmio de resgate de títulos ou debêntures e os rendimentos nominais relativos a aplicações financeiras de renda fixa, conforme art. 373 RIR/99. Precedente do c. STJ. Restituição. Taxa Selic. Lei Complementar 118/2005. Prescrição quinquenal (LC 118/2005). Precedente do colendo STF Comprovação. Apelação da Fazenda Nacional e do particular improvidas.

Alega, em resumo, a União, ora embargante, que o referido acórdão foi omissivo em relação aos efeitos das Leis nº 10.637/02 e 10.833/02 e conseqüente ausência de indébito apto a ser compensado.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

As questões suscitadas pelas partes foram explicitamente versadas no acórdão, não havendo vício ou lacuna no acórdão embargado, pois toda a matéria foi amplamente analisada. Nesse sentido, confira-se:

É válido o acórdão embargado que embora instado a se pronunciar sobre aplicação de dispositivo legal, nega-se a abordá-lo, ante a afirmação de sua irrelevância para o deslinde do caso concreto. (REsp 1024744 / SP, Rel. Min. Eliana Calmon)

(...) Cumpre asseverar que é cediço que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder um a um a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu. 5. Lembro que cabe à parte buscar a solução da lide em vez de abarrotar o Judiciário com recursos desnecessários. A sociedade está à espera da rápida, justa e eficiente prestação jurisdicional, muitas vezes obstada pelo número de recursos protelatórios ou manifestamente incabíveis. Embargos de declaração rejeitados.

(EEARES 200702685650. Rel: Min. Humberto Martins - DJE 14/12/2010.)

No tocante ao tema mencionado pelo embargante, entendo que o voto condutor analisou amplamente o assunto abordado, conforme trecho do dispositivo do acórdão embargado:

Mantenho a douda sentença. Primeiramente esclareço, assim como declarado na douda sentença, que estão prescritos os créditos anteriores aos cinco anos do ajuizamento da ação. Assim, como a empresa ajuizou a ação em 08.02.2011, é forçoso concluir que se encontram prescritos os créditos anteriores a 08.02.2006.

No mérito, sendo a empresa optante do regime de tributação do IRPJ com base no lucro presumido, não se lhe aplica o art. 1º, § 1º, art. 8º, II, da Lei nº 10.637/2002 e 10,

inciso II, 10.833/2003. Logo, a base de cálculo do PIS e da COFINS é o faturamento, nos moldes da Lei nº 9.715/98 e LC nº 70/91.

Com efeito, a legislação é clara quando considera que a pessoa jurídica optante pelo regime de tributação do imposto de renda pessoa jurídica com base no lucro presumido não são aplicados os arts. 8º, inciso II, da Lei nº 10.637/2002 e 10, inciso II, da Lei nº 10.833/2003, a saber:

Art. 8º - Permanecem sujeitas às normas da legislação da contribuição para o PIS/PASEP, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º e 6º:

(...)

II - as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro presumido ou arbitrado;

Art. 10 - Permanecem sujeitas às normas da legislação da COFINS, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 8º:

(...)

II - as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro presumido ou arbitrado;

Neste sentido, transcrevo precedente desta colenda Quarta Turma acerca da matéria, a saber:

APELREEX 200984000052777 APELREEX - Apelação / Reexame Necessário - 13848

Relator(a) Desembargador Federal Edilson Nobre

Sigla do órgão TRF5. Órgão julgador: Quarta Turma

Fonte DJE - Data: 31/03/2011 - Página: 581

Decisão: Unânime

Ementa

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. PRESCRIÇÃO. LC 118/2005. LEI 9.718/98. BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PESSOAS JURÍDICAS TRIBUTADAS PELO IR COM BASE NO LUCRO PRESUMIDO. LEIS 10.833/2003 E 10.637/2002. INAPLICABILIDADE. COMPENSAÇÃO. ART. 170-A DO CTN. CORREÇÃO PELA TAXA SELIC.

I - No julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade proferida nos autos da AC 419.228/PE, ocorrido em 25.06.2008, o Pleno desta Corte, por maioria, declarou a incons-

titucionalidade da expressão “observado quanto ao art. 3º, o disposto no artigo 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25.10.66 - CTN”, do art. 4º da Lei Complementar nº 118/2005, de sorte que os pagamentos que ocorrerem após a vigência da Lei 118/2005 observarão o prazo prescricional de cinco anos e nos casos em que o recolhimento indevido se deu em data anterior ao início da vigência da Lei Complementar já referida, deverá ser observada a prescrição decenal, incidindo, em tais hipóteses, a tese dos cinco mais cinco (5 anos do fato gerador + 5 da homologação tácita), já há muito consolidada no âmbito do c. STJ.

II - O Pleno do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 357.950/RS, declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, parágrafo 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, no que se refere à ampliação do conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.

III - As Leis 10.833/2003 e 10.637/2002 excluíram expressamente de sua incidência as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro presumido, pelo que não devem ser aplicadas no período em que a empresa comprova que se enquadrava em tal categoria.

IV - *In casu*, não se postula repetição do indébito, mas compensação, cuja existência e montante dos supostos créditos será aferida mediante o controle da autoridade administrativa. A compensação deve-se operar na forma da Lei 9.430/96, observada a prescrição, somente podendo ser levada a efeito com o trânsito em julgado, em obediência ao disposto no artigo 170-A do CTN, que já se encontrava em vigor à época da propositura da ação.

V - Deve-se aplicar a taxa SELIC sobre os valores a serem compensados a título de recolhimento indevido, a representar, simultaneamente, juros e atualização monetária, excluídos quaisquer outros indexadores, até a entrada em vigor da Lei 11.960/2009.

VI - Remessa oficial e apelação do particular parcialmente providas. Apelação da União improvida.

O acórdão apreciou corretamente todos os pontos da causa. Não há, portanto, omissão, contradição ou obscuridade a ser suprida. Ademais, a faculdade de embargar não é meio processual adequado para rediscutir matéria já apreciada pelo Tribunal.

Por essas razões, nego provimento aos embargos de declaração.

É como voto.

## **EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 532.360-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO

Embargante: FAZENDA NACIONAL

Embargado: EMPREENDIMENTOS PAGUE MENOS S/A

Advs./Procs.: DRS. JOSÉ ADRIANO PINTO E OUTROS (EMBD0.)

***EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES OBJETIVANDO FAZER PRECALECER VOTO VENCIDO, A CONSAGRAR, EM INFRAÇÃO IMPUTADA AO EMBARGADO, POR NÃO TER RECOLHIDO, A TÍTULO DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL, DECORRENTES DAS VENDAS DE CARTÕES TELEFÔNICOS, ADQUIRIDOS À TELEMAR NORTE LESTE LTDA., DURANTE QUATRO ANOS E QUATRO MESES, A MULTA DE 75% FINCADA NO ART. 44, INC. I, DA LEI 9.436 DE 1996.***

***- Segundo precedente do Pleno, na Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Civil 303.007-RN, julgado em 11 de abril de 2007, a suposta natureza confiscatória da multa de 75% (setenta e cinco por cento), prevista no art. 44, I, da Lei n. 9.430/96, não pode ser atestada em sede de controle abstrato de constitucionalidade, devendo tal exame ser realizado nos casos concretos.***

***- No caso, além da situação factual, já delineada, mostrar que o valor da multa acompanha o valor da infração, não há como o julgador alterar a norma, no que se refere a percentual de multa***

***em matéria tributária, como não se admite, em matéria penal, fixar pena aquém do mínimo fixado no tipo específico. Não pode o julgador abrir brecha onde a norma não a fixou.***

***- Provimento dos embargos infringentes para fazer prevalecer a multa de 75%.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide o egrégio Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento aos embargos infringentes, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 13 de março de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO  
- Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Embargos infringentes interpostos pela Fazenda Nacional, atacando acórdão da 1ª Turma deste Tribunal, lavrado pelo Des. Francisco Cavalcanti, que, por maioria, deu provimento, em parte, à apelação do autor, ora embargado, Empreendimentos Pague Menos S/A, para reduzir de 75% para 20%, a multa de que trata o inciso I do art. 44 da Lei 9.430/96, aplicada em face do não recolhimento da COFINS, incidente sobre a venda de cartões telefônicos das empresas concessionárias de telecomunicações, por entender de caráter confiscatório, fls. 619-629.

Pretende a embargante a prevalência do voto divergente proferido pelo Des. Emiliano Zapata, convocado, que entendeu ser razoável a multa fixada naquele percentual, não a reduzindo em função disso, fl. 634.

Nas razões do recurso, cogita a embargante que a violação ao princípio constitucional da vedação do confisco se destina aos tributos, e não, às obrigações acessórias, de que é exemplo a multa, além do que, o referido princípio tem por objetivo evitar a derroca-

da da atividade econômica do contribuinte, situação de fato que não restou demonstrada nos autos, fls. 652-661.

Contrarrazões do embargado rebatendo as alegações da embargante, e invocando decisão do Supremo Tribunal Federal, que autoriza o Judiciário a reduzir multas fiscais que considere confiscatórias, fls. 664-715.

É o relatório.

Ao revisor.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

Os embargos infringentes, fl. 652, atacam o julgado de fls. 619-634, da lavra do Des. Francisco Cavalcanti, acompanhado pelo Des. José Maria de Oliveira Lucena, que, calcado em entendimento da 1ª Turma, reduziu a multa aplicada pela ora embargante, no percentual de 75%, para 20%. O voto vencido é do Des. Emiliano Zapata, convocado, fl. 634.

O percentual de 75% é fruto da Lei 9.430, de 1996, art. 44, inc. I, a reza que, nos casos de lançamento de ofício, será aplicada a multa de 75% sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de fato de declaração e nos de declaração inexata, fl. 623.

O voto vencedor se calca em precedentes jurisprudenciais emanados do Supremo Tribunal Federal, especificamente na citação de decisão do Min. Joaquim Barbosa, a considerar *o caráter confiscatório da multa de 75%, advertindo que tal índice percentual, porque extremamente elevado e desarrazoado, ofendia os postulados da não confiscatoriedade e da capacidade contributiva*, fl. 625, além de decisão do Des. Rogério Fialho Moreira, a considerar que o percentual aludido *pode encontrar-se em pleno desconpaso com referidos princípios* [constitucionais, no caso o art. 150, inc. IV], *dispensando a declaração de inconstitucionalidade da norma para, por via de interpretação hermenêutica, afastarem-se as distorções existentes, desde que reste comprovado o caráter desarrazoado e abusivo da imposição estabelecida na lei à luz do*

*caso concreto, fl. 627, acentuando que acerca da possibilidade de redução da multa aplicada com caráter confiscatório já se manifestou o col. Supremo Tribunal Federal, tendo também esta egrégia Corte Regional se posicionado no sentido de que a fixação dela em percentual outro que se mostre arrazoado, não viola o disposto no art. 97 da Constituição Federal por inexistir qualquer controle de constitucionalidade, fls. 627-628.*

O douto e aludido voto vencedor traz também decisão da lavra do Des. Emilano Zapata, na qual alude a decisão outra, da relatoria do Des. Francisco Wildo, AMS 76.255-RN, ressaltando que este Pleno já apreciou essa questão, entendendo que a natureza confiscatória da multa de 75% do art. 44, inciso I, da Lei n° 9.430/98 não pode ser atestada em sede de controle abstrato de constitucionalidade, devendo ser tal exame realizado no caso concreto, fl. 628.

A r. decisão referida é da relatoria da Des<sup>a</sup>. Margarida Cantarelli, na Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Civil 303.007-RN, julgada em 11 de abril de 2007, a proclamar que a suposta natureza confiscatória da multa de 75% (setenta e cinco por cento), prevista no art. 44, I, da Lei 9.430/96, não pode ser atestada em sede de controle abstrato de constitucionalidade, devendo tal exame ser realizado nos casos concretos, com a manutenção da constitucionalidade do art. 44, I, da Lei n° 9.430/96.

Pois bem.

A situação factual aqui vivida apresenta como objeto a revenda de cartões telefônicos por parte do embargado, na dicção do auto de infração:

Em sucessivos expedientes (...), a empresa limitou-se a questionar que, no caso de venda de cartões telefônicos, a tributação deveria incidir apenas sobre o resultado da operação, e não sobre o preço total cobrado de seus clientes. Entretanto, como se verifica do contrato celebrado entre a mesma e empresa Telemar Norte Leste Ltda., trata-se de operação de compra e venda, e não de resultado em conta alheia, submetendo o valor bruto à tributação, fls. 221-222.

Ou, segundo se vê da parte da ementa de fl. 137: *O produto da revenda de cartões telefônicos, adquiridos por contrato de compra*



*e venda da empresa de telefonia, integra a base de cálculo da contribuição como receita de vendas. Ou, em outras palavras, como consta de relatório do Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, integra a receita tributável para fins de apuração da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins a totalidade dos valores percebidos pelas pessoas jurídicas nas operações de venda de cartões telefônicos indutivos aos consumidores finais, fl. 138.*

Segundo o voto do conselheiro-relator José Antonio Francisco, ressalta que *a documentação que consta dos autos, ao contrário do que alega a interessada, demonstra que foi firmado contrato de compra e venda com a empresa fornecedora dos cartões, Telemar Norte Leste Ltda. Dessa forma, os cartões eram adquiridos para revenda, configurando-se o fato gerador em relação a essa operação, fl. 141, de tal forma que, ao vender os cartões, ocorre venda de mercadoria, cujo resultado integra a base de cálculo da contribuição, fl. 141.*

Na dicção do aludido voto, dentro da matéria factual, *no caso, poderia ter sido firmado contrato de prestação de serviços, mas foi firmado contrato de compra e venda. Consequentemente, a interessada [ou seja, a ora embargante] passou a deter a propriedade dos cartões, podendo utilizá-los ou vendê-los, e, caso encerrasse suas atividades, não poderia devolvê-los ao fornecedor, a não ser por retrovenda ou devolução, por distrato, fl. 141.*

Na argumentação do ora embargado, embora a questão factual já se encontre devidamente definida, mas só a título de esclarecimento, esta *não “entrega” telefonemas; entrega, sim, o “o direito ao telefonema”, um serviço a ser realizado a posteriori pelas concessionárias de telefonia. Comparando a atividade mercantil que a recorrente efetivamente exerce, a venda de medicamentos; ali, sim, há uma entrega de fármaco, anteriormente produzido pelo laboratório e adquirido pela recorrente, que o revende, em seu próprio nome, entregando-o, no ato, ao cliente. No caso do serviço à ordem, dá-se uma “relação sem-entrega do bem”, posto que presente tão só uma “ordem” para que o produtor do bem (serviço) o entregue ao consumidor, fl. 154.*

Na análise do caso em apreço, traduzido em números, o demonstrativo consolidado do crédito tributário do processo, fl. 93, atualizados até 31 de outubro de 2003, fl. 94, levando em conta a infração ter ocorrido no período que se inicia em 31 de março de 1999, com término em 15 de julho de 2003, ou seja, quatro anos e quatro meses, reproduzindo os números de fls. 232-233, firma os seguintes valores:

Contribuição .....	R\$ 4.533.833,97
Juros de mora.....	R\$ 1.947.189,28
Multa .....	R\$ 3.400.375,30
Valor do crédito apurado .....	R\$ 9.881.398,55

Esta, a situação factual, e, no seu exame, vejo o fato, materializado na infração tributária, à medida em que a ora embargada, no período de quatro anos e quatro meses, deixou de recolher, a título de contribuição para o financiamento da seguridade social, CO-FINS, os valores recebidos nas operações de venda de cartões telefônicos direcionados aos consumidores finais, a teor da redação da ementa de fl. 60.

Dentro desse contexto, o valor da multa, no total de R\$ 3.400.375,30, se revela alto, encontra suporte no fato de a contribuição, devida e não recolhida, por outro lado, também ter sido alta, revestida no total de R\$ 4.533.833,97, de maneira que um valor, ou seja, o da multa no percentual de 75%, é reflexo do outro.

Aliás, a infração não se discute, a ponto de o voto do Des. Francisco Cavalcanti, que se busca derrubar, apregoar que *também se mostra legítima a incidência da COFINS sobre as operações realizadas pela empresa apelante*, fl. 621.

Por outro lado, com todas as vênias aos doutos entendimentos em sentido contrário, não vejo, na situação aqui analisada, o caráter confiscatório da multa aplicada, levando em conta os fatos já destacados, ou seja, o período de quatro anos e quatro meses da infração, o alto valor que deixou de ser recolhido, além do que, não consigo fixar percentual menor se a norma em apreço não abriu nenhuma brecha neste sentido para o julgador, nem, por outro lado, vejo como deixar de aplicar um dispositivo de lei

sem que este douto Pleno, no caso, o tenha declarado inconstitucional.

Nesse sentido, além de me apoiar na decisão, já citada, da Des<sup>a</sup>. Margarida Cantarelli, na Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Civil 303.007-RN, a declarar a manutenção da constitucionalidade do art. 44, inc. I, da Lei 9.430, também me alicerço em ementa lavrada pelo Des. Edilson Nobre, segundo o qual *viola o postulado da reserva de Plenário previsto no art. 97 da Carta Magna e a literalidade do preceito contido no art. 44, inc. I, da Lei n. 9.430/96, acórdão que, ao reconhecer o caráter confiscatório de multa aplicada pela Fazenda Pública com base neste último dispositivo legal, entendeu por reduzi-lo ao percentual de 20% (vinte por cento) sem que houvesse prévia manifestação do Pleno do Tribunal, declarando a inconstitucionalidade da norma em incidente de inconstitucionalidade próprio* (AR 6.503-PE, julgada em 15 de junho de 2011).

Depois, penso, humildemente, que o julgador não pode alterar a norma, no que se refere a percentual de multa em matéria tributária, como não pode, em matéria penal, fixar pena aquém do mínimo fincado no tipo específico.

Por este entender, dou provimento aos embargos infringentes, para fazer prevalecer o voto vencido do Des. Emiliano Zapata, consagrando, desta forma, multa de 75%.

É como voto.

## **HABEAS CORPUS Nº 4.909-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO MURILO  
WANDERLEY QUEIROGA (CONVOCADO)  
Impetrante: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
Impetrado: JUÍZO DA 16ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO  
Paciente: DINO SANO DE JESUS (RÉU PRESO)

**EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE ESTELIONATO. PRISÃO PREVENTIVA. ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXISTÊNCIA DE REQUISITOS AUTORIZADORES. GARANTIA À APLICAÇÃO DA LEI PENAL E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. IRRELEVÂNCIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS. INADEQUAÇÃO DE OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES. ORDEM DENEGADA.**

*- Habeas corpus liberatório impetrado pela Defensoria Pública da União, com objetivo de revogar a prisão preventiva do paciente, preso em flagrante por agentes da Polícia Federal, na cidade de Caruaru-PE, após tentativa de realizar, fazendo uso de documentos supostamente falsos, saque de valor relativo a precatório, prove-niente do TRF da 5ª Região.*

*- Constrangimento ilegal não configurado. Ido-neidade da justificativa de que se valeu o magis-trado para, diante das peculiaridades do caso, decidir pela manutenção da prisão preventiva, com fundamento na garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal.*

*- Inexistência de vínculo do paciente com o dis-trito da culpa, destacando-se de seu interroga-tório perante a autoridade policial a afirmativa de ser morador de Goiânia-GO e que veio a Per-nambuco para tentar sacar, sob promessa de pagamento e com a utilização de documentos*

**falsos, o precatório registrado em nome de terceiro.**

**- Em sede de ação mandamental com invocação ao direito de livre locomoção, as condições pessoais favoráveis não garantem eventual direito subjetivo à liberdade provisória, quando a manutenção da prisão cautelar do paciente tem respaldo em outros elementos coligidos aos autos. Precedentes do STF.**

**- No caso, revela-se a insuficiência da aplicação, em substituição à segregação, de medida cautelar menos gravosa, dentre as previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.**

**- Acolhimento do parecer opinativo.**

**- Ordem de habeas corpus denegada.**

## **ACÓRDÃO**

Decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 4 de dezembro de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO MURILO WANDERLEY QUEIROGA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO MURILO WANDERLEY QUEIROGA (Convocado):

Trata-se de *habeas corpus* liberatório, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, com o objetivo de revogar a prisão preventiva decretada pelo juiz federal da 16ª Vara Federal de Pernambuco, imposta, nos autos do processo nº 0001991-38.2012.4.05.8302, a Dino Sano de Jesus, preso em flagrante por agentes da Polícia Federal, na cidade de Caruaru-PE, em 23/10/2012, após tentar realizar saque de valor relativo a precatório fazendo uso de documentos supostamente falsos, em agência da Caixa Econômica Federal da referida localidade.

Nas suas razões, aduz a Defensoria Pública da União que, após a homologação da prisão em flagrante, foi requerida a liberdade provisória do paciente. Apregoa que, apesar da manifestação favorável do Ministério Público, o postulado restou indeferido, havendo o Juízo Federal, na decisão coligida às folhas 43/47, decretado a prisão preventiva, com fundamento na garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal.

Alega a inexistência dos requisitos autorizadores da custódia cautelar, não a justificando os fundamentos contidos na decisão hostilizada. Nesse mesmo tom, argumenta serem favoráveis as condições subjetivas do paciente, como ser ele primário, exercer atividade lícita e ter domicílio certo. Assevera que eventual sentença condenatória, no caso, levaria a uma pena restritiva de direito ou ao regime aberto.

Também argumenta ser possível a aplicação de uma das medidas cautelares alternativas estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

A inicial veio instruída com a documentação acostada às folhas 7/47.

Liminar indeferida, às folhas 49/51.

O magistrado de primeiro grau prestou as informações de folhas 59/60, em que destaca o seu entendimento de que a soltura do paciente antes do encerramento da instrução se afigura temerária, havendo fortes indícios de que o mesmo possa integrar organização criminosa cujos componentes ainda são desconhecidos.

O Dr. Fabiano João Bosco Formiga de Carvalho ofertou no parecer de folhas 84/85, pela denegação da ordem.

### **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO MURILO WANDERLEY QUEIROGA (Relator Convocado):

Como visto, pauta-se a impetração, em apertada síntese, em que não existem motivos concretos para a prisão preventiva, porquanto não há elemento que demonstre a insuficiência de medidas cautelares diversas da prisão.

O objeto da presente ação mandamental é a decisão em que o juiz federal José Moreira da Silva Neto decretou a prisão preventiva, com fundamento na garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal.

No quanto importa, destaca-se do *decisum* proferido:

Consoante o auto de prisão em flagrante, o custodiado foi preso quando tentava sacar um precatório proveniente do TRF da 5ª Região, no valor de R\$ 34.790,77 (trinta e quatro mil, setecentos e noventa reais e setenta e sete centavos), na Agência da Caixa Econômica Federal localizada na Avenida Agamenon Magalhães, nesta Cidade, mediante a utilização de documentos falsos em nome de Marcus Monteiro Cavalcante Sales, conforme fls. 04/09 dos autos da Comunicação de Prisão n.º 0001835-50.2012.4.05.8302.

Conforme se verifica às fls. 08/09, o autuado Dino Sano de Jesus confessou perante a autoridade policial a prática do ilícito.

(*Omissis*)

Dino Sano de Jesus, flagranteado: “que é morador de Goiânia-GO, na Av. São Clemente, 973, Setor São José; que estava hospedado em um quarto alugado em Olinda-PE há cerca de uma semana; que veio a Caruaru-PE no dia de hoje para tentar sacar um precatório em nome de Marcus Monteiro Cavalcante Sales, com a utilização de documentos falsos; que uma pessoa de Goiás lhe repassou os documentos falsos, bem como todas as informações atinentes ao precatório que deveria tentar sacar; que não sabe o endereço ou o telefone desta pessoa, nem tampouco sabe apontar o seu nome; que receberia a quantia de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) para tentar sacar este valor; que é a primeira vez que faz isto; que entregou seis fotos a um senhor no Centro do Recife-PE, tendo recebido o documento já montado falso no Bairro de Boa Viagem; que não sabe dizer quem eram as pessoas que lhe entregaram os documentos falsos; que, apresentado à cópia de carteira de identidade falsa, utilizada para outro levantamento fraudulento de saque de precatório em nome de Tereza Lacerda da Silva, disse que, provavelmente, foi ela utilizada por terceiros porque jamais a usou; que questionado como mantinha, em seu poder, no dia de hoje, papel

com os dados do mesmo Elias Rodrigues de Almeida Cunha, cujo documento com sua foto foi utilizado na outra fraude, inclusive número da mesma conta poupança para a qual o dinheiro da outra fraude foi transferido, disse que não sabe como isso é possível; [...] que os documentos falsificados consistiam em RG e CPF em nome de Marcus Monteiro Cavalcante Sales, contas de telefone da TIM e Contrato de Locação em nome do beneficiário do precatório; que o valor seria transferido para a conta de Elias Rodrigues de Almeida, cujos dados se encontravam no papel apreendido no dia de hoje; [...]". (Fls. 08/09 do apenso)

Conforme se infere das declarações supra, a liberdade do flagranteado representa risco à ordem pública, pois, como bem se percebe, o investigado foi preso em estado de flagrância portando número de conta cujo beneficiário já havia sido destinatário de fraude anterior e cujo documento de identidade continha a foto do aprisionado, tudo dando a entender, ao menos nesta ocasião, de que se trata de pessoa voltada à prática de crimes desta espécie.

Ademais, a inexistência de qualquer vínculo do investigado com o distrito da culpa, visto que reside no Estado de Goiás, vindo a este Estado unicamente para o cometimento de delitos, também justifica sua custódia preventiva, a fim de garantir a aplicação da lei penal.

Medidas cautelares alternativas à segregação, previstas no art. 319 ao CPP, introduzido pela Lei 12.403/2011, mostram-se inapropriadas na situação em análise.

*(Omissis)*

A materialidade e os indícios da autoria do crime em questão restaram demonstrados, de acordo com os elementos constantes do auto de prisão em flagrante, conforme fls. 04/12 do apenso; ademais, o delito perpetrado é doloso, punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, sendo este um dos requisitos autorizadores da medida constritiva.

Como já dito, os depoimentos prestados pelas testemunhas e pelo próprio investigado revelam requisito suficiente para a decretação da prisão preventiva, qual seja, a garantia da ordem pública, de modo a proteger a sociedade



contra a provável reiteração de ações delituosas semelhantes, bem assim para assegurar a aplicação da lei penal, por não ter o investigado vínculo com o distrito de culpa, apenas comparecendo a este Estado para a prática do(s) ilícito(s).

As condições subjetivas favoráveis ao custodiado não obstam à segregação cautelar se há nos autos elementos que se ajustam aos pressupostos formais de decretação da prisão preventiva.

(*Omissis*)

Sendo assim, ao tempo que indefiro o pedido de liberdade provisória, com fundamento no art. 311 e seguintes do CPP, decreto a prisão preventiva do flagranteado Dino Sano de Jesus, como garantia para a ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal.

Diante da decretação da prisão preventiva, expeça-se o correspondente mandado de prisão.

Ora, é consabido ser a liberdade regra em benefício do acusado de praticar um crime, antes do trânsito em julgado da sentença, pelo que é exceção a prisão processual, que somente pode ser decretada em situações excepcionais, não sendo autorizado manter a prisão cautelar por presunção.

A prisão preventiva constitui-se espécie de prisão provisória, possuindo natureza tipicamente processual, com base no poder geral de cautela do juiz, desde que necessária para uma eficiente prestação jurisdicional; visa, pois, garantir a eficácia de um futuro provimento jurisdicional, o qual poderá tornar-se inútil em algumas hipóteses, se o acusado permanecer em liberdade até que haja um pronunciamento jurisdicional definitivo.

O instituto impõe o reconhecimento de seus pressupostos básicos, a prova da materialidade e indícios suficientes da autoria delituosa, e a ocorrência de uma das condições elencadas pelo artigo 312 do Código de Processo Penal, como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Em consonância com a doutrina, exige-se a exposição objetiva das provas e a incidência de ao menos um dos pressupostos legais,

sob pena de, à míngua de justa causa, se configurar flagrante constrangimento ilegal.

Com efeito, o caso presente denota que a pretensão não merece acolhida, porquanto não se tem por configurada ilegalidade alguma que se possa imputar ao juízo de primeiro grau, na decisão hostilizada, ao negar o pedido de liberdade provisória. Assim o digo à falta de respaldo jurídico na pretensão meritória deste *habeas corpus*, pois persistem ainda as razões que motivaram o decreto da custódia cautelar.

Não se pode descuidar dos fatos noticiados, de que se infere reconhecida gravidade, havendo fortes indícios da materialidade e da autoria do crime.

Neste particular, revela-se o acerto da decisão, fundamentada em vista de elementos concretos.

Ademais, sob outra ótica, é forçoso reconhecer e afirmar da idoneidade da justificativa de que se valeu o magistrado para decidir pela manutenção da prisão, ao consignar a insuficiência da aplicação de medida cautelar menos gravosa, ou seja, medida alternativa e em substituição à prisão preventiva do paciente, diante das peculiaridades do caso.

No particular aspecto que se deve ter em consideração nesta via eleita, é bastante ver que o paciente não possui qualquer vínculo com o distrito da culpa, como bem o registrou o magistrado; ao que se noticia dos autos, o paciente veio a Pernambuco com firme desiderato de, aqui, praticar o ilícito que lhe é imputado, o estelionato, e pelo qual é investigado. De suas próprias palavras, quando de seu interrogatório perante a autoridade policial, afirmou o paciente ser morador de Goiânia, Goiás, e que veio a Caruaru-PE para tentar sacar, sob promessa de pagamento por seu ato, o precatório registrado em nome de terceiro, com a utilização de documentos falsos.

O caso, nessa perspectiva dos fatos, já revela não ser apropriada a substituição da preventiva por qualquer das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. A propósito, trago à referência o seguinte precedente deste Tribunal Regional:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO QUALIFICADO E USO DE DOCUMENTO FALSO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DA CUSTÓDIA PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL. INADEQUAÇÃO DE OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES. MANUTENÇÃO DA PRISÃO. ORDEM DENEGADA.

1. A liberdade do paciente representa risco à ordem pública, pois, como bem se percebe dos elementos constantes nos autos, o acusado foi preso em estado de flagrância com uma quantidade elevada de cheques clonados, tudo dando a entender, ao menos nesta ocasião, de que se trata de pessoa devotada a prática de crimes desta espécie. A decisão que terminou por manter a prisão, inclusive, registra a existência de indícios de que o paciente se dedicaria, de forma reiterada, a atividades delituosas consistentes na clonagem de cheques e subsequentes saques fraudulentos em detrimento de instituições financeiras.

2. Inexistência de qualquer vínculo do paciente com o distrito da culpa, pois ao que noticiam os autos, veio este de São Paulo/SP unicamente para o cometimento dos delitos pelos quais agora responde, estando justificada a custódia também pela necessidade de garantir a aplicação da lei penal.

3. Medidas cautelares alternativas à segregação, previstas no art. 319 ao CPP, introduzido pela Lei 12.403/2011, que seriam totalmente inócuas na situação em apreço.

4. Ordem denegada.

(HC4491-PE. Relator Desembargador Federal Manoel Erhardt, Primeira Turma. *DJE* 27/10/2011)

Outrossim, a impetração também não merece acolhida na parte em que sustenta serem atributos do paciente a primariedade e os bons antecedentes, e que teria ele endereço certo e ocupação lícita.

Sobreleva destacar o entendimento da jurisprudência no sentido de que, em sede de ação mandamental com invocação ao direito de livre locomoção, as condições pessoais favoráveis não garantem eventual direito subjetivo à liberdade provisória, quando a manutenção da prisão cautelar do paciente tem respaldo em outros elementos coligidos aos autos. Por invocação aos precedentes do Supremo Tribunal Federal: HC 88453, Relator Ministro

Joaquim Barbosa, e HC 89266, Relator Ministro Ricardo Lewandowski.

Por oportuno, transcrevo parte do parecer ministerial:

3 - Embora lacônicos, estes autos demonstram abundantemente o acerto da cautela determinada pelo douto Juiz Federal que aqui figura como coator. Assim, ao contrário do que pareceu ao Procurador da República, que às fls. 73/75 afirma que o “custodiado é tecnicamente primário, possui residência fixa e atividade profissional definida (comerciante autônomo). As circunstâncias do flagrante também não suscitam indícios de que possa se esquivar da instrução, uma vez que demonstrou ter residência fixa em Goiania/GO”.

4 - Na visão ingênua do Procurador da República, o investigado teria descoberto, não se sabe como, que havia um precatório na CEF de Caruaru em nome de Marcus Monteiro Cavalcante Sales e resolveu, então, falsificar documentos do titular da conta e viajar para Caruaru para tentar efetuar o saque. Não obstante isso, a sua residência em Goiânia e a estabilidade de sua profissão não provariam que jamais tentaria fugir do alcance da justiça.

Em poder do investigado foram apreendidos (fls. 14 a 16) alguns documentos que contam outra história. Assim, a carteira de identidade em nome de Marcus Monteiro Cavalcante Sales fora expedida pelo Estado de Sergipe e, obviamente, trazia a fotografia do investigado, e não do Sr. Marcus.

Igualmente, o contrato de locação residencial em nome de Marcus Monteiro tem por objeto um apartamento localizado em Caruaru. Os demais documentos apreendidos consolidam a suspeita de que o investigado é itinerante, e, solto, iria continuar tentando aplicar golpes, bem longe da justiça.

Conclui-se que a percepção do douto Juiz Federal de que se trata de organização criminosa, “cujos componentes ainda não são conhecidos”, está inteiramente acertada.

A prisão preventiva do paciente, com base em fatos concretos decretada, é medida necessária, não subsistindo a esta qualquer ilegalidade.

Ante o exposto, acolhendo o parecer, denego a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

## PETIÇÃO (PLENO) Nº 4.319-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA  
Requerente: ANTÔNIO DE PÁDUA LUZ  
Requerido: PATRÍCIO NOÉ DA FONSECA  
Repte.: ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO - AGU  
Adv./Proc.: DR. PAULO CESAR MESQUITA FREIRE (REQTE.)

**EMENTA: PENAL. QUEIXA-CRIME. CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 138, 139 E 140 DO CÓDIGO PENAL. QUERELADO QUE EXERCE O CARGO DE PROCURADOR DA REPÚBLICA. COMPETÊNCIA DESTA CORTE REGIONAL PARA PROCESSAMENTO DA QUEIXA. LEGITIMIDADE ATIVA CONCORRENTE DO OFENDIDO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE QUEIXA. REJEIÇÃO DA QUEIXA-CRIME.**  
*- Queixa-crime oferecida em razão da suposta prática dos crimes previstos nos arts. 138, 139 e 140 do Código Penal, respectivamente, calúnia, difamação e injúria.*  
*- A imputação consiste no fato de o querelado, à época Promotor de Justiça do Estado do Maranhão, titular da Promotoria de Justiça da Comarca de São Domingos do Maranhão/MA, ter encaminhado à Corregedoria-Geral do Ministério Público desse Estado, quando em substituição na Promotoria de Justiça da Comarca de Tuntum/MA, representação contra o querelante imputando-lhe a subtração de procedimentos administrativos examinados em correição ordinária realizada nessa Promotoria.*

- *É competente esta Corte Regional para o exame da queixa-crime, nos moldes do art. 108, I, a, da CF/1988, tendo em vista que o querelado atualmente exerce o cargo de Procurador da República, com exercício na Procuradoria da República no Município de Crateús/CE.*
- *Nos termos da súmula nº 714 do Supremo Tribunal Federal, “É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções”.*
- *Constatação da decadência do direito de queixa do ofendido, nos termos do art. 103 do CP e do art. 38 do CPP.*
- *A decadência é causa extintiva da punibilidade (art. 107, IV, do CP), portanto, é instituto de direito penal (direito material), logo o seu prazo regula-se pelo disposto no art. 10 do CP, ou seja, nele se inclui o dia de início e dele se exclui o dia final.*
- *Ostentando tal prazo natureza de direito penal, está afastada a aplicação da regra prevista no § 1º do art. 798 do CPP, para a qual “Não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento”.*
- *Precedentes do egrégio Superior Tribunal de Justiça (APN 562, HC 139937, APN 360, REsp 116041, a exemplo).*
- *“Desta forma, sendo o prazo de 6 meses, independe o número de dias de cada mês, mas sim o número de meses. Para exemplificar, se alguém tiver ciência de um crime de injúria no dia 5 de janeiro, o prazo para apresentação da queixa se encerrará em 4 de julho, independentemente do número de dias de cada mês (ex: fevereiro 28 dias, março 31 dias, abril 30 dias), pois a contagem se dá pelo número de meses”. (Voto do Ministro Felix Fischer, nos autos da APN nº 562)*

**- Neste caso concreto, tendo o querelante afirmado na exordial acusatória que a ciência dos fatos, e da autoria da comunicação deles, chegou ao seu conhecimento em 16/11/2011, quando recebeu o Ofício nº 303/2011-CGMP/ASS, encaminhado pela Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado do Maranhão, oportunizando-lhe o direito de resposta às alegações contidas na representação do querelante, recebida pelo Parquet em 02/06/2011, e verificado que o registro do protocolo da exordial acusatória deu-se em 16/05/2012, conclui-se que, sem dúvida, o direito de queixa foi exercido extemporaneamente, haja vista que o prazo final encerrou-se em 15/05/2012.**

**- Queixa-crime rejeitada nos termos do art. 395, II, do Código de Processo Penal c/c o art. 107, IV, do Código Penal.**

### **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide o Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar a queixa-crime, 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, 31 de outubro de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA

Trata-se de queixa-crime oferecida por Antônio de Pádua Luz contra Patrício Noé da Fonseca, ambos já qualificados nos autos, pelo que o primeiro imputa ao segundo a prática dos delitos previstos nos arts. 138, 139 e 140 do Código Penal, respectivamente, calúnia, difamação e injúria.

Em síntese, a imputação consiste no fato de o querelado, à época Promotor de Justiça do Estado do Maranhão, titular da Promotoria de Justiça da Comarca de São Domingos do Maranhão/MA, ter encaminhado à Corregedoria-Geral do Ministério Público desse Estado, quando em substituição na Promotoria de Justiça da Comarca de Tuntum/MA, representação contra o querelante imputando-lhe a subtração de procedimentos administrativos examinados em correição ordinária realizada nessa Promotoria, através do ingresso clandestino à sede dela em horários adiantados, fora do expediente de trabalho, inclusive à noite, facilitada, também, pelo envolvimento amoroso do querelante com funcionária do Ministério Público.

Aduz que os fatos noticiados pelo querelado não são verdadeiros e foram relatados quando ele *“tinha a plena consciência de que sua conduta era criminosa”*, praticada unicamente com o objetivo de atentar contra a honra objetiva e subjetiva do querelante.

Juntou procuração e documentos às fls. 39/64.

O querelado apresentou resposta às fls. 78/103, nos termos do art. 4º da Lei nº 8.038/1990, c/c o art. 171, *caput*, do Regimento Interno.

Às fls. 206/207, o Ministério Público Federal opinou pela rejeição da denúncia face à decadência do direito de queixa.

Determinei a inclusão do feito na pauta de julgamento do Plenário desta Corte, não sendo hipótese de remessa dos autos à revisão.

É o que importa relatar.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

De início, constato que nos autos há informação de que o querelado atualmente exerce o cargo de Procurador da República, com exercício na Procuradoria da República no Município de Crateús/CE, motivo pelo qual é competente esta Corte Regional para o exame da queixa-crime, nos moldes do art. 108, I, a, da CF/1988.



De outro lado, verifico também que, nos termos da Súmula nº 714 do STF, *“É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções”*.

Pois bem.

Em exame aos autos, constato a decadência do direito de queixa do ofendido, nos termos do art. 103 do CP e do art. 38 do CPP.

Assim dispõem estes dispositivos de lei:

Art. 103. Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.

Art. 38. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.

Parágrafo único. Verificar-se-á a decadência do direito de queixa ou representação, dentro do mesmo prazo, nos casos dos arts. 24, parágrafo único, e 31.

É sabido que a decadência é causa extintiva da punibilidade (art. 107, IV, do CP), portanto, é instituto de direito penal (direito material), logo o seu prazo regula-se pelo disposto no art. 10 do CP, ou seja, nele se inclui o dia de início e dele se exclui o dia final.

Eis o que textualmente diz o art. 10 do CP:

Art. 10. O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.

Percebe-se, então, que ostentando tal prazo natureza de direito penal como dito, está afastada a aplicação da regra prevista no § 1º do art. 798 do CPP, para a qual *“Não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento”*.

Sobre o assunto, a exemplo de inúmeros precedentes do egrégio STJ, vejamos os seguintes (originais sem destaque):

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. QUEIXA. PRAZO DECADENCIAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE *EX VI*ART. 103 C/C ART. 107, INCISO IV, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. OFERECIMENTO FORA DO PRAZO DE SEIS MESES. CONTAGEM DO LAPSO TEMPORAL NOS TERMOS DO ART. 10 DO CÓDIGO PENAL.

- Como regra, o prazo da decadência é de 6 (seis) meses e em se tratando de causa de extinção da punibilidade o prazo tem natureza penal, devendo ser contado nos termos do art. 10 do Código Penal e não de acordo com o art. 798, § 1º, do Código de Processo Penal, quer dizer, incluíse no cômputo do prazo o *dies a quo*. Assim, tendo em vista que ambas as queixas foram oferecidas quando já esgotado o prazo legal, há que se reconhecer a extinção da punibilidade do querelado em razão da decadência.

- Queixas rejeitadas.

(STJ - Corte Especial - APN nº 562 - Relator para o acórdão, Min. Felix Fischer)

*HABEAS CORPUS*. CALÚNIA. DECADÊNCIA. MATÉRIA NÃO DELIBERADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. A matéria posta em discussão nesta impetração não foi alvo de deliberação pelo Tribunal de origem, razão pela qual é inviável o seu conhecimento por esta Corte Superior de Justiça.

PRAZO DECADENCIAL. CONTAGEM DE ACORDO COM O ARTIGO 10 DO CP. QUEIXA-CRIME OFERECIDA APÓS O SEU DECURSO. CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Por estar relacionado com causa de extinção da punibilidade, o prazo decadencial para o oferecimento da queixa-crime é contado de acordo com a regra do artigo 10 do Código Penal, incluindo-se no cômputo o dia do começo. Precedentes.

2. Tendo a querelante tomado ciência da suposta declaração caluniosa no próprio momento no qual foi proferida, aos 12.5.2008, o termo final do prazo decadencial verifi-

cou-se aos 11.11.2008, razão pela qual deve ser declarada a extinção da punibilidade da paciente, já que a queixa-crime foi oferecida apenas aos 12.11.2008.

3. *Writ* não conhecido. *Habeas corpus* concedido de ofício para declarar extinta a punibilidade da paciente, com fundamento no artigo 107, inciso IV, do Código Penal.

(STJ - 5ª Turma - HC nº 139.937 - Rel. Min. Jorge Mussi).

CRIME CONTRA A HONRA. DECADÊNCIA. PRAZO. CONTAGEM. DIFAMAÇÃO. MAGISTRADO NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL. LEGITIMIDADE. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO.

I - O prazo legal de seis meses para decadência do direito de queixa é contado na forma estabelecida no art. 10 do Código Penal, na linha do calendário comum. Precedentes.

II- Parte legítima para responder pelas declarações consideradas ofensivas emanadas do voto da relatora do feito é a própria relatora, e não o órgão colegiado.

III- As opiniões emanadas do magistrado em suas decisões, sem o propósito inequívoco de ofender, descaracteriza o tipo subjetivo nos crimes contra a honra.

IV- Queixa-crime rejeitada.

(STJ - Corte Especial - APN nº 360 - Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. DECADÊNCIA. PRAZO. CONTAGEM EM MESES. CP, ARTS. 10 E 103.

- O prazo de decadência do direito de queixa, expresso em meses, conta-se na forma preconizada no art. 10, do estatuto punitivo, na linha do calendário comum, o que significa dizer que o prazo de um mês tem início em determinado dia e termina na véspera do mesmo dia do mês subsequente.

- Recurso Especial conhecido.

(STJ - 6ª Turma - REsp nº 116041 - Rel. Min. Vicente Leal)

De forma bastante didática, exemplificou o assunto o Ministro Felix Fischer ao proclamar o seu voto no julgamento da APN nº 562:

Desta forma, sendo o prazo de 6 meses, independe o número de dias de cada mês, mas sim o número de meses. Para exemplificar, se alguém tiver ciência de um crime de

injúria no dia 5 de janeiro, o prazo para apresentação da queixa se encerrará em 4 de julho, independentemente do número de dias de cada mês (ex: fevereiro 28 dias, março 31 dias, abril 30 dias), pois a contagem se dá pelo número de meses.

Desse modo, neste caso concreto, tendo o querelante afirmado na exordial acusatória que a ciência dos fatos, e da autoria da comunicação deles, chegou ao seu conhecimento em 16/11/2011 (fl. 11), quando recebeu (fl. 43) o Ofício nº 303/2011-CGMP/ASS, encaminhado pela Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado do Maranhão, oportunizando-lhe o direito de resposta às alegações contidas na representação do querelante, recebida pelo *Parquet* em 02/06/2011 (fl. 45), e verificado que o registro do protocolo da exordial acusatória deu-se em 16/05/2012, conclui-se que, sem dúvida, o direito de queixa foi exercido extemporaneamente, haja vista que o prazo final encerrou-se em 15/05/2012.

Ante o exposto, rejeito a queixa-crime nos termos do art. 395, II, do Código de Processo Penal, c/c o art. 107, IV, do Código Penal.

Após o trânsito em julgado do acórdão e efetuadas as comunicações de praxe, dê-se baixa na distribuição.

Arquivem-se.

É como voto.

**PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO Nº 66-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA  
Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Investigado: JOSÉ SIMÃO DE SOUSA  
Advs./Procs.: DRS. FELIPE AUGUSTO FORTE DE NEGREIROS DEODATO E OUTRO E ROGERIO MAGNUS VARELA GONÇALVES

**EMENTA: CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PREFEITO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL COM JURISDIÇÃO SOBRE A UNIDADE DA FEDERAÇÃO ONDE O CARGO COM PRERROGATIVA DE FORO É EXERCIDO. CRIME PREVISTO NO ART. 149 DO CÓDIGO PENAL. CONDIÇÕES DEGRADANTES DE TRABALHO. TRABALHADORES QUE NÃO SE ENCONTRAM SUBJUGADOS À VONTADE DO EMPREGADOR. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO NÃO VERIFICADA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA.**

**- Denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal contra o atual Prefeito do Município de Manaíra, Estado da Paraíba, imputando-lhe a autoria do crime previsto no art. 149 do Código Penal (redução a condição análoga à de escravo), praticado no Município de Colméia, Estado de Tocantins.**

**- O Plenário deste Tribunal, no julgamento do INQ 2.282/PE ocorrido em 07/12/2011, ao tratar do assunto à vista do disposto no art. 109, V-A e VI, da CF/1988, sedimentou, mais uma vez, o entendimento sobre a competência da Justiça Federal para o julgamento do delito previsto no art. 149 do CP (redução a condição análoga à de escravo). No mesmo sentido, precedentes do STF**

**(RE nº 398.041) e do STJ (CC nº 113.428, CC nº 65.567 e HC nº 103.568).**

**- Também em Sessão Plenária ocorrida em 28/03/2012, esta Corte, em Incidente de Questão de Ordem nos autos do INQ 2.382/PB, instaurado contra Secretário de Infraestrutura do Estado da Paraíba para apurar a possível prática dos delitos previstos nos arts. 171, § 3º, e 299, do CP, consumados no Distrito Federal, decidiu que a competência para o julgamento do processo é do “TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL COM JURISDIÇÃO SOBRE A UNIDADE DA FEDERAÇÃO ONDE O CARGO COM PRERROGATIVA DE FORO É EXERCIDO”. Igualmente nesse sentido, o precedente no STJ firmado nos autos do CC nº 120.848.**

**- Para a perfeita compreensão do tipo penal do art. 149 do CP, deve-se, de início, ter a exata ideia de seu objeto jurídico, quer-se dizer, do bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, pois, como bem lembra Ela Wiecko V. de Castilho (Considerações Sobre a Interpretação Jurídico-Penal em Matéria de Escravidão), “O bem jurídico, além de cumprir uma função sistemático-classificatória, tem uma função exegética, porque auxilia na interpretação das normas jurídico-penais”.**

**- A redação originária do crime de redução a condição análoga à de escravo (o plágium dos romanos) era extremamente aberta, a ponto de dificultar a punição do delito.**

**- A Lei nº 10.803, de 11.12.2003, passou a especificar mais pormenorizadamente quais as ações que configurariam o tipo.**

**- À vista do art. 149 do CP, com a redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003, poder-se-ia dizer que o bem da vida protegido pelo tipo previsto no art. 149 do CP, seria “a liberdade da vítima, que se vê, dada a sua redução a condição**

análoga à de escravo, impedida do seu direito de ir e vir ou mesmo de permanecer onde queira” (GRECO, Rogério Greco. *Código Penal Comentado*. Niterói: Impetus, 2008, pág. 567) - seria, então, apenas a liberdade de locomoção propriamente dita, considerada a partir do enquadramento do tipo na Seção I (“Dos Crimes Contra a Liberdade Pessoal”) do Capítulo VI (“Dos Crimes Contra a Liberdade Individual”) do Título I (“Dos Crimes Contra a Pessoa”) da Parte Especial do Código Penal.

- Essa é a primeira ideia que vem à mente ao se pensar no crime de plágio: somente se reduz alguém a condição semelhante à de escravo se a vítima tem de alguma forma tolhida a sua liberdade de ir e vir, não só mediante encarceramento em determinada área, mas também por outros meios indiretos, como a retenção de salários e documentos ou os sistemas de “barracões”.

- As próprias normas internacionais que objetivam o banimento do trabalho escravo, a exemplo da Convenção 29 da OIT, sempre levaram em conta, direta ou indiretamente, o fator liberdade para fins de definição do que seria trabalho escravo ou a ele equiparado.

- Contudo, não é esse o entendimento que se vem firmando na doutrina e na jurisprudência, segundo as quais “o trabalho em condições análogas à de escravo deve ser considerado gênero, do qual o trabalho forçado e o trabalho em condições degradantes são espécies” (MACHADO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho com Redução do Homem à Condição Análoga à de Escravo e Dignidade da Pessoa Humana*), incluída na segunda delas a jornada exaustiva. Assim, para o autor, “Não é somente a falta de liberdade de ir e vir, o trabalho forçado, então, que agora caracteriza o trabalho em condições análogas à de escravo, mas também o trabalho sem as mínimas

condições de dignidade”. Enquadram-se, também, na espécie “trabalho forçado”, as formas de redução a condição análoga à de escravo por assimilação contempladas nos incisos I e II do § 1º do art. 149 do CP.

- Assim, o legislador de 2003, ao especificar as ações que configuram o tipo de plágio, aparentemente, foi mais além do que dispõem as convenções internacionais sobre o tema, acrescentando também o TRABALHO EM CONDIÇÕES DEGRADANTES, ao lado do TRABALHO FORÇADO.

- E para a caracterização do delito de plágio, sob a modalidade “trabalho em condições degradantes”, não seria necessária a restrição à liberdade de movimento da vítima, sendo suficiente a privação de outras liberdades, notadamente ligadas aos seus direitos personalíssimos e à sua dignidade.

- O elemento “dignidade”, portanto, parece definitivamente ter sido incorporado na exegese do art. 149 do CP, não somente pela doutrina, mas também pela jurisprudência (STJ - CC nº 113.428/MG; TRF 1ª Região - HC nº 200901000 770878; TRF 3ª Região - ACR nº 16.940).

- O problema reside em saber quando ocorreria o trabalho em condições de afronta à dignidade da pessoa do trabalhador, a ponto de caracterizar o crime de plágio. A solução é encontrada na situação em que se retirasse dele o direito de escolha, com a sua plena submissão à vontade do empregador que, em razão de seu poderio, dispensasse àquele o tratamento que se dá a outros seres ou objetos. É o que a doutrina chama de “coisificação”, ou seja, “reduzir o seu igual à condição de coisa” (SOUZA, Tércio Roberto Peixoto. O Crime de “Redução à Condição Análoga de Escravo” e o Cumprimento de Direitos Trabalhistas), pois, segundo a Organi-



*zação Internacional do Trabalho (OIT), “O controle abusivo de um ser humano sobre outro é a antítese do trabalho decente”.*

*- O crime do art. 149 do CP somente pode ocorrer quando presente uma relação de trabalho entre o agente e a vítima, e a sua consumação dá-se no exato momento em que o primeiro suprime, de fato, o status libertatis do segundo, sujeitando-o “ao seu completo e discricionário poder” (CUNHA, Rogério Sanches. Código Penal para Concursos. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2011, pág. 277), não somente com a privação da liberdade de ir e vir, mas, também, pela supressão do poder de decisão espontânea sobre a aceitação ou permanência no trabalho e sobre as próprias condições em que o trabalho é prestado.*

*- O denunciado é o proprietário da Fazenda Palac e então responsável por 22 trabalhadores que se dedicavam à atividade de roço de pasto e aplicação de agrotóxicos.*

*- É fato que as condições a que expostos os trabalhadores encontrados no imóvel de propriedade do denunciado, verificadas pelo Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM) do Ministério do Trabalho e Emprego, são por demais precárias, mas, na sua integralidade, revelam, infelizmente ainda, a dura realidade da zona rural, especialmente das regiões mais pobres do País (Norte, Nordeste e Centro-Oeste), vivida não somente por empregados rurais, mas, também, por aqueles que, donos de sua própria terra, laboram em regime de economia familiar.*

*- Diante dessa realidade social, não se pode compreender que tais condições, quando verificadas num dado imóvel rural, sem que estejam aliadas à restrição das “liberdades” (em sentido amplo) do trabalhador, configurariam a “condição degradante” na forma como exigida pelo art. 149*

**do CP, pois é imprescindível que essa “situação de fato” esteja inserida num cenário em que os trabalhadores rurais efetivamente tenham a sua vontade de trabalhar ou de permanecer no trabalho cerceada, ou seja, que se sintam subjugados ao seu empregador, inclusive quanto às condições em que prestado o trabalho.**

**- Não é essa a situação narrada na denúncia. Em parte alguma a peça acusatória discorre sobre qualquer circunstância ou dado que revele o comprometimento da liberdade (poder de decisão) dos trabalhadores encontrados na Fazenda Palac, pertencente ao denunciado, pois, mesmo quando afirma que eles eram impelidos a adquirir produtos vendidos pelo preposto do denunciado, a preços além do valor de mercado, deixa de informar sobre a existência de dívidas impagáveis, ou do objetivo de, em se agindo daquela forma, forçar a permanência dos trabalhadores na Fazenda, circunstância esta textualmente exigida pelo art. 149 do CP, tanto porque aqueles produtos, segundo as declarações prestadas por alguns trabalhadores (CD-ROM), não compreendiam as refeições do dia a dia que eram fornecidas gratuitamente, referindo-se aqueles apenas a pacotes de bolachas, cigarros, doces, pilhas para lanterna, roupas etc., não se tendo em conta, ainda, da existência de qualquer ameaça aos trabalhadores.**

**- A denúncia apenas aponta as várias infrações trabalhistas constatadas no imóvel rural que foram corrigidas administrativamente, inclusive com a assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) pelo denunciado, como verificado no Relatório de Fiscalização (CD-ROM).**

**- Não é possível presumir, diante da necessidade de clareza da acusação imposta pelo art. 41 do CPP (exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias), que suposto cer-**

**ceamento da vontade dos trabalhadores tivesse ocorrido em virtude das precárias condições de trabalho verificadas. Na verdade, ainda que admissível entendimento contrário, tal presunção restaria desconstituída em virtude de o Relatório de Fiscalização, em que lastreada a denúncia, apontar que foram os trabalhadores que procuraram o emprego (logo, não houve aliciamento), a remuneração do trabalho era feita em dinheiro, não havia servidão por dívidas (truck-system), a jornada de trabalho, embora cansativa para o homem de condições físicas normais, não ia além do que ordinariamente se verifica no meio rural, além de que, como já foi dito e isso sequer consta também na denúncia, não havia a restrição à liberdade física dos trabalhadores, tanto que existia o fornecimento de transporte pelo empregador no trajeto Fazenda/Centro uma vez por mês, sendo certo que o local era ainda atendido pelo serviço de mototáxi, também utilizado pelos trabalhadores quando necessitam se deslocar à cidade ou retornar dela à Fazenda (pág. 31 do Relatório de Fiscalização). Além disso, conforme declarações prestadas ao Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM), os trabalhadores eram naturais da própria região ou nela já residiam antes da contratação para o trabalho, parte deles, inclusive, na Cidade de Colméia/TO, distante a poucos quilômetros da Fazenda.**

**- Desse modo, conclui-se que, da forma como dispostos os fatos na denúncia, os trabalhadores do denunciado, em que pequenas as precárias condições de trabalho em que inseridos, não estavam impedidos de dar rumo às suas próprias vidas. Logo, o fato descrito na denúncia não se adequa ao tipo do art. 149 do CP, faltando, portanto, justa causa para o recebimento da denúncia.**

**- Denúncia rejeitada nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal, c/c o art. 6º da Lei nº 8.038/1990 e do art. 172 do Regimento Interno desta Corte.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, etc., decide o Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, rejeitar a denúncia, 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, 12 de setembro 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de *denúncia* oferecida pelo Ministério Público Federal (MPF) contra José Simão de Sousa, atual Prefeito do Município de Manaíra, Paraíba, imputando-lhe a prática do crime previsto no art. 149 do Código Penal (redução a condição análoga à de escravo).

Discorre a denúncia sobre os seguintes fatos:

I) consta do Procedimento Administrativo nº 1.05.000.000.839/2011-77, instruído com o Relatório produzido pelo Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM), do Ministério do Trabalho, que foi realizada inspeção, no período compreendido entre 14 a 20/05/2010, na Fazenda Palac, localizada próximo ao Município de Colméia, Tocantins, de propriedade do denunciado, com o objetivo de apurar a prática de crimes contra a organização do trabalho e a existência de trabalhadores submetidos à condição análoga à de escravos, a partir de notícia do trabalhador rural Edson Silva Bandeira;

II) na Fazenda Palac, com área de 493,03 hectares, 22 trabalhadores exerciam suas atividades, conforme verificado pelo grupo de fiscalização (fl. 32, do Relatório de Fiscalização), sendo eles identificados como: Alcione Fernandes dos Reis, Arionilton de Sou-

sa Rodrigues, Damaso Ribeiro de Souza, Daniel Sobral da Silva, Edson Silva Bandeira, Elio Silva Bandeira, Gilson Almeida da Conceição, João Batista Borges, José Aparecido Pereira de Souza, José Carlos Brito Pereira, Josias Pereira da Silva, Leonan Vieira Souta, Maurílio Rodrigues da Costa, Ozéas de Oliveira Mota, Raimundo Emivaldo Fernandes dos Reis, Lucivaldo Vieira da Silva, Paulo Hernandez dos Santos, João Ferreira de Sousa, Deusuete Teles Lima, Moizés Dias Soares, Hélio Cardoso dos Santos e Rafael da Costa Melo;

III) no Relatório de Fiscalização restou constatado que Luiz Gonzaga Pereira Leite era o intermediador de mão de obra e preposto do denunciado, responsável pela contratação informal de trabalhadores que procuravam serviço naquela localidade e pela distribuição das tarefas nas frentes de trabalho, fiscalizando, ainda, o serviço e intermediando o pagamento;

IV) na visita ao local, teria sido constatada a situação de trabalho em condição degradante a que eram submetidos os empregados, por diversos motivos apontados no Relatório (DVD-ROM), dentre os principais: a) falta de registro de empregados e admissão de trabalhadores sem CTPS; b) manutenção de empregado com idade inferior a 18 anos em atividade em locais insalubres ou perigosos; c) atraso no pagamento dos salários e falta de formalização do recibo de pagamento; d) falta de registro da jornada de trabalho e de concessão de descanso semanal remunerado; e) não realização de exame médico admissional; f) ausência de alojamentos adequados, os quais não possuíam condições mínimas de asseio, conservação e higiene; g) ausência de fornecimento de água potável pelo empregador, bem como de local apropriado para o preparo dos alimentos e para as refeições nas frentes de trabalho; h) não disponibilização de equipamentos de proteção individual, tais como luvas e botas, sendo as ferramentas utilizadas para o trabalho (enxada, foice, facão) custeadas pelos próprios empregados; i) inexistência de treinamento e de equipamentos de proteção para os empregados que manejavam agrotóxicos; dentre outras ilicitudes;

V) ainda, conforme declarações dos trabalhadores (Anexo A016 do Relatório, no DVD-ROM), não havia regularidade na remuneração, de modo que os salários eram pagos ao arbítrio do emprega-

dor e anotados em um caderno pelo preposto dele, Luiz Gonzaga Pereira Leite, juntamente com os valores referentes a compras diversas realizadas pelos trabalhadores por intermédio do próprio Gonzaga, bem como os adiantamentos efetuados. Tais quantias eram posteriormente descontadas quando do eventual pagamento parcial dos salários aos obreiros;

VI) dada à distância entre a fazenda e o centro comercial mais próximo, os trabalhadores se viam impelidos a comprar os produtos vendidos por Gonzaga, em preços superiores aos cobrados no comércio geral, como disseram os trabalhadores Maurílio Rodrigues da Costa e Raimundo Emivaldo Fernandes dos Reis (fls. A018 e A020, respectivamente);

À vista disso, discorre que a conduta do denunciado, que aloja trabalhadores em ambiente de péssimas condições de higiene, não efetua o pagamento diário de seus trabalhos, tampouco respeita seus direitos previdenciários, e ainda consente com a venda de produtos diversos em preços superiores aos cobrados no mercado, a ser descontados das verbas que os trabalhadores têm para receber, faz por reduzir as vítimas a condição análoga à de escravo (art. 149 do CP), eis que acarreta a submissão fática dos empregados ao proprietários das terras.

Desse modo, narra o MPF restarem comprovadas a materialidade e a autoria do delito previsto no art. 149 do CP por meio de documentação, fotografias e depoimentos dos empregados, verificando-se evidente situação de descumprimento dos direitos mais básicos assegurados aos trabalhadores, de forma a atingi-los em sua própria dignidade humana, pois o denunciado tinha plena consciência das condições degradantes a que eram submetidos os seus empregados.

Pela acusação, foram arroladas 8 (oito) testemunhas.

Notificado nos termos do art. 4º da Lei nº 8.038/1990, o denunciado rebateu os termos da acusação aduzindo, em síntese, que a sua propriedade era aberta. Logo, os trabalhadores nela entravam e dela saíam sem a interferência de segurança, tanto que o noticiante dos delitos teve condições de sair da fazenda e a ela retornar. Sobre as condições de trabalho, alegou não ser piores que aquelas das propriedades vizinhas, sendo um retrato do mercado e da

nossa cultura e o que, lá aconteceu, foram apenas irregularidades administrativas, mas jamais o crime tipificado na denúncia.

Diz, ainda, que os trabalhadores encontrados eram diaristas ou contratados sob o regime de empreitada para roçar o mato, não havendo relação trabalhista. Afirma que não havia o manuseio de agrotóxicos por aqueles trabalhadores, até porque todas as embalagens do produto estavam lacradas.

Ao final, pugnou pela rejeição da denúncia nos termos do art. 395 do CPP e apresentou, ainda, rol de 7 (sete) testemunhas.

Com vista à Procuradoria Regional da República, através da promoção às fls. 60/62, o MPF corroborou os termos da denúncia requerendo o seu recebimento e citação do denunciado para audiência de interrogatório e acompanhamento dos demais atos e termos do processo, na forma do art. 7º e seguintes da Lei nº 8.038/1990.

Às fls. 64/66, o denunciado constituiu novos advogados, sendo a estes deferido o pedido de vista dos autos.

Não houve nova manifestação da defesa.

Determinei a inclusão do feito na pauta de julgamento pelo Plenário desta Corte, não sendo hipótese de remessa dos autos à revisão.

É o que importa relatar.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

De início, cumpre-me a análise sobre a **competência** para o processamento e julgamento do feito.

Em sessão recente realizada em 07/12/2011, este Plenário, nos autos do INQ 2.282/PE de minha relatoria, ao tratar do assunto à vista do disposto no art. 109, V-A e VI, da CF/1988, sedimentou, mais uma vez, o seu entendimento sobre a competência da Justiça Federal para o julgamento do delito previsto no art. 149 do CP (redução a condição análoga à de escravo), sob o seguinte fundamento:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME PREVISTO NO ART. 149 DO CÓDIGO PENAL (PLÁGIO). COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

(...).

2. O Superior Tribunal de Justiça, firmando a sua compreensão sobre o art. 109, V-A e VI, da CF/1988, mantém-se firme no entendimento de que compete à Justiça Federal o julgamento do delito previsto no art. 149 do CP. Isso se confirma à vista dos autos do Conflito de Competência nº 113.428/MG, da relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado recentemente pela 3ª Seção em 13/12/2010 (publicação no *DJE* em 01/02/2011).

3. Não é a posição topográfica do delito do art. 149 do CP que determina a competência para seu julgamento, mas o **bem jurídico tutelado pela norma que, ao transcender a liberdade de locomoção e qualquer perspectiva individualista – logo, não importa se o caso em concreto cuida de apenas 15 trabalhadores –, atinge a dignidade da pessoa humana**, os *“princípios democráticos (...) a própria ordem constitucional de proteção ao trabalho, suas instituições e órgãos”* (STJ - CC nº 65567), de modo a atingir a própria organização do trabalho (STJ - HC nº 103568).

(...).

(TRF 5ª Região - Pleno - INQ 2.282/PE - Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira - Public. *DJe* 02/01/2012)

Ressalto, por oportuno, que essa decisão está em sintonia com a posição do Colendo Supremo Tribunal Federal, assentada no julgamento do RE nº 398.041/PA, cuja ementa é a seguinte (original sem destaque):

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 149 DO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. TRABALHO ESCRAVO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. CRIME CONTRA A COLETIVIDADE DOS TRABALHADORES. ART. 109, VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

- A Constituição de 1988 traz um robusto conjunto normativo que visa à proteção e efetivação dos direitos fundamentais do ser humano.



- A existência de trabalhadores a laborar sob escolta, alguns acorrentados, em situação de total violação da liberdade e da autodeterminação de cada um, configura crime contra a organização do trabalho.

- Quaisquer condutas que possam ser tidas como violadoras não somente do sistema de órgãos e instituições com atribuições para proteger os direitos e deveres dos trabalhadores, mas também dos próprios trabalhadores, atingindo-os em esferas que lhes são mais caras, em que a Constituição lhes confere proteção máxima, são enquadráveis na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, se praticadas no contexto das relações de trabalho.

- Nesses casos, a prática do crime prevista no art. 149 do Código Penal (Redução a condição análoga à de escravo) se caracteriza como crime contra a organização do trabalho, de modo a atrair a competência da Justiça federal (art. 109, VI, da Constituição) para processá-lo e julgá-lo.

- Recurso extraordinário conhecido e provido.

(STF - Pleno - RE nº 398.041/PA - Rel. Min. Joaquim Barbosa - Public. DJe 19/12/2008)

Dito isso, **trago a este Plenário o debate sobre outro ponto relevante.**

*In casu*, está-se a cuidar de delito previsto no art. 149 do CP, cujo fato típico correspondente, segundo a denúncia, ocorreu em imóvel rural (Fazenda Palac), encravada no Município de Colméia, no Estado de Tocantins, de autoria atribuída a José Simão de Sousa, atual Prefeito do Município de Manaíra, Estado da Paraíba.

O caso reclama, portanto, o exame de duas espécies de competência previstas no Código de Processo Penal: a competência em razão do lugar e a competência por prerrogativa de função.

Assim está prescrito no art. 69 do CPP (original sem destaque):

Art. 69. Determinará a competência jurisdicional:

I - o lugar da infração;

II - o domicílio ou residência do réu;

III - a natureza da infração;

IV - a distribuição;

V - a conexão ou continência;

- VI - a prevenção;
- VII - a prerrogativa de função.

Por sua vez, dispõem os arts. 70, *caput*, e 80, desse mesmo diploma legal:

Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumir a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

(...)

Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

Ora, é sabido que é na Constituição Federal que está fixada a competência dos Tribunais.

No caso dos prefeitos, prevê o art. 29, X, da Carta Magna (original sem destaque):

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

(...)

X - juízo de Prefeito perante o Tribunal de Justiça;

(...)

Logo, *de acordo com o princípio da simetria* (Súmula nº 208 do STJ), conclui-se que, em se tratando de crime atribuído à Justiça Federal, é o Tribunal Regional Federal competente para o julgamento de prefeito.

Sobrevém, então, a seguinte indagação: **qual o Tribunal competente para o julgamento de prefeito com mandato em lugar de jurisdição distinta do local da infração?**

O problema foi recentemente enfrentado também por este Plenário em Incidente de Questão de Ordem nos autos do INQ 2.382/

PB (da relatoria, para o acórdão, do Des. Federal Francisco Cavalcanti) instaurado contra Secretário de Infraestrutura do Estado da Paraíba para apurar a possível prática dos delitos previstos nos arts. 171, § 3º, e 299 do CP, consumados no Distrito Federal.

Decidiu-se, em sessão realizada no dia 28/03/2012, que a competência para o julgamento do processo seria do “TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL COM JURISDIÇÃO SOBRE A UNIDADE DA FEDERAÇÃO ONDE O CARGO COM PRERROGATIVA DE FORO É EXERCIDO”.

Logo, desta Corte Regional.

Vejamos a ementa do acórdão:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES PRATICADOS POR SECRETÁRIO DE ESTADO CONTRA BENS OU INTERESSES DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL COM JURISDIÇÃO SOBRE A UNIDADE DA FEDERAÇÃO ONDE O CARGO COM PRERROGATIVA DE FORO É EXERCIDO.

1. Compete ao Tribunal Federal da 5ª Região processar Secretário de Estado da Paraíba, por crime praticado no Distrito Federal, em detrimento de bens ou interesse da União. Precedente HC nº 86.218/DF.

2. Requerimento de instauração de conflito negativo de competência indeferido.

(TRF 5ª Região - Pleno - INQ 2.382/PB - Relator para o acórdão Des. Federal Francisco Cavalcanti - Public. DJe 30/04/2012)

Note-se que a 3ª Seção do egrégio STJ, dias antes desse julgamento – nos autos do CC nº 120.848/PE, julgado em 14/03/2012 –, ao discorrer sobre a competência de Tribunal de Justiça para o julgamento de prefeito que pratica crime comum em Estado da Federação diverso daquele em que localizado o município do mandato, dispôs que ela será fixada em função do “TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MUNICÍPIO GOVERNADO PELO INTERESSADO”, em observância restrita à disposição constitucional, haja vista que *“está escrito no inciso X do art. 29 da Carta Magna ‘perante o Tribunal de Justiça’, e não ‘perante Tribunal de Justiça’”*. Vejamos (original sem destaque):

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 14 DA LEI Nº 10.826/03. CRIME COMUM, SUPOSTAMENTE PRATICADO POR PREFEITO, EM OUTRO ESTADO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MUNICÍPIO GOVERNADO PELO INTERESSADO. ART. 29, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRERROGATIVA DE FORO CRIADA EM FUNÇÃO DA RELEVÂNCIA DO CARGO DE PREFEITO PARA O RESPECTIVO ESTADO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA CONHECIDO, PARA RECONHECER A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL SUSCITADO.

1. No caso, o interessado, prefeito do Município de Rafael Fernandes/RN, foi autuado em flagrante delito em ocasião em que portava um revólver calibre 38 sem autorização ou registro, em rodovia no Município de Salgueiro/PE. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, posteriormente, expediu alvará de soltura. O Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, então, suscitou o presente conflito, sob o fundamento de que a Corte potiguar não tinha jurisdição sobre crime comum ocorrido em município pernambucano.

2. O Poder Constituinte, ao criar a prerrogativa prevista no art. 29, inciso X, da Constituição da República, previu que o julgamento dos prefeitos, em razão do cometimento de crimes comuns, ocorre perante o Tribunal de Justiça.

3. A razão teleológica dessa regra é a de que, devido ao relevo da função de um prefeito, e o interesse que isso gera ao Estado em que localizado o município, a apreciação da conduta deve se dar pelo Tribunal de Justiça da respectiva unidade da federação.

4. Ora, a Constituição é clara ao prever como um dos preceitos que regem o município o 'julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça'. Ressalte-se: está escrito no inciso X do Art. 29 da Carta Magna 'perante o Tribunal de Justiça', e não 'perante Tribunal de Justiça'. O artigo definido que consta na referida redação, conferida pelo Constituinte, determina sentido à norma que não pode ser ignorado pelo aplicador da lei, impedindo a interpretação de que se utilizou a Corte Suscitante.

5. Outrossim, lembre-se o que já esclareceu o eminente Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal: '[a] prerrogativa de foro, prevista em norma a encerrar direito

*estrito, visa a beneficiar não a pessoa, mas o cargo ocupado'* (HC 88.536/GO, 1.ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 15/2/2008).

6. Desta feita, não há nenhuma lógica em reconhecer a competência da Corte do local do delito no julgamento do feito, em detrimento do interesse do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte em apreciar causa referente a prefeito – cujo cargo é ocupado em município daquela unidade da federação.

7. Nem se diga ainda que, em razão de regra processual existente em legislação infraconstitucional, poderia prevalecer, no caso, a competência em razão do local do cometimento do crime. Isso porque a única interpretação que pode ser dada à hipótese é a de que qualquer regra de hierarquia inferior sobre processo não pode sobrepor-se a determinação da Carta Magna, como por diversas vezes já esclarecido pelo Supremo Tribunal Federal e por esta Corte.

8. Conflito de competência conhecido, para declarar como competente o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte.

(STJ - 3ª Seção - Relatora Ministra Laurita Vaz - Public. DJe 27/03/2012)

Portanto, tem-se que **é este Tribunal Regional o competente para o julgamento do denunciado.**

Ultrapassados os pontos acima elencados, faz-se necessário, agora, adentrar no **exame da admissibilidade da acusação** tendo em vista o que está previsto nos arts. 41 e 395 do CPP.

Começo a partir de um breve comentário sobre o tipo penal previsto no art. 149 do CP, cuja prática o MPF imputa ao denunciado.

Inicialmente, vale registrar que a redação originária do crime de redução a condição análoga à de escravo (o *plagium* dos romanos) era extremamente aberta, a ponto de dificultar a punição do delito.

A Lei nº 10.803, de 11.12.2003, veio a especificar mais pormenorizadamente quais as ações que configurariam o tipo.

Assim, o art. 149 do CP passou a dispor:

## **Redução a condição análoga à de escravo**

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I - contra criança ou adolescente;

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Para a perfeita compreensão do tipo penal em destaque, devemos, de início, ter a exata idéia de seu objeto jurídico, quero dizer, do bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, pois, como bem lembra Ela Wiecko V. de Castilho<sup>1</sup>, *“O bem jurídico, além de cumprir uma função sistemático-classificatória, tem uma função exegética, porque auxilia na interpretação das normas jurídico-penais”*.

Partindo daí, poder-se-ia dizer que o bem da vida protegido pelo tipo previsto no art. 149 do CP, seria *“a liberdade da vítima, que se vê, dada a sua redução a condição análoga à de escravo, impedida do seu direito de ir e vir ou mesmo de permanecer onde queira”*<sup>2</sup> – seria, então, apenas a liberdade de locomoção própria-

---

<sup>1</sup> CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Considerações Sobre a Interpretação Jurídico-Penal em Matéria de Escravidão. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v14n38/v14n38a04.pdf>>. Acesso em: 05.dezembro.2011.

<sup>2</sup> GRECO, Rogério Greco. Código Penal Comentado. Niterói: Impetus, 2008, pag. 567.

mente dita, considerada a partir do enquadramento do tipo na Seção I (“Dos Crimes Contra a Liberdade Pessoal”) do Capítulo VI (“Dos Crimes Contra a Liberdade Individual”) do Título I (“Dos Crimes Contra a Pessoa”) da Parte Especial do Código Penal.

Essa é a primeira ideia que vem à mente ao se pensar no crime de plágio: somente se reduz alguém a condição semelhante à de escravo se a vítima tem, de alguma forma, tolhida a sua liberdade de ir e vir, não só mediante encarceramento em determinada área, mas também por outros meios indiretos como a retenção de salários e documentos ou os sistemas de “barracões”.

As próprias normas internacionais que objetivam o banimento do trabalho escravo, a exemplo da Convenção 29 da OIT (Organização Internacional do Trabalho), sempre levaram em conta, direta ou indiretamente, o fator liberdade, para fins de definição do que seria trabalho escravo ou a ele equiparado.

Contudo, não é esse o entendimento que se vem firmando na doutrina e na jurisprudência. A exemplo, merecem novamente conferência as palavras de Ela Castilho para quem:

(...) o conteúdo dominante no conceito comum de liberdade pessoal é o de liberdade física. Entretanto, a análise dos outros crimes classificados como contrários a liberdade pessoal, que são: o constrangimento ilegal, a ameaça, o sequestro e cárcere privado, leva à conclusão de que **o conceito de liberdade pessoal abrange uma esfera física e psíquica.**

No art. 146 tem-se o crime de constrangimento ilegal, definido como: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda. Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa”. Ao mencionar o meio utilizado – violência e grave ameaça – e o resultado – redução da capacidade de resistência – parece evidente que o bem jurídico tutelado é tanto a liberdade física quanto a liberdade psíquica.

No crime de ameaça (art. 147), consistente em “ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico de causar lhe mal injusto e grave: Pena -

detenção, de um a seis meses, ou multa”, o que o sujeito ativo pretende é interferir na autodeterminação da vítima, portanto, o objeto jurídico tutelado é a liberdade psíquica.

No sequestro e cárcere privado, definido no art. 148, como “Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado: Pena - reclusão, de um a três anos”, a utilização das palavras *sequestro* (arbitrária privação da liberdade espacial) e *cárcere privado* (arbitrária privação da liberdade espacial em recinto fechado) evidencia que o objeto jurídico é a liberdade física, especialmente a liberdade de locomoção e movimento.

Portanto, a ameaça privilegia a ofensa a liberdade psíquica, o sequestro privilegia a ofensa a liberdade física, e o constrangimento ilegal pode ofender as duas liberdades ou apenas uma delas.

(...)

**A doutrina não restringe o objeto jurídico do crime de redução a condição análoga à de escravo. Ao contrário, é ensinamento antigo que “o crime existe, mesmo sem restrição espacial. A sujeição absoluta de um homem a outro realiza-se ainda que àquele seja consentida certa atividade, alguma liberdade de movimento (a supressão total desta não se compreendia) etc., necessárias, aliás, frequentemente, para que o ofendido sirva ao seu senhor. Não é preciso também a infligção de maus-tratos ou sofrimentos ao sujeito passivo” (10). Por isso, uniformemente todos os doutrinadores referem que o objeto jurídico é o *status libertatis* do ser humano.**

(...)

**A conduta de escravizar não se limita à violação da liberdade física e pode existir mesmo havendo liberdade de locomoção. A vítima é livre do ponto de vista físico para deixar o trabalho, mas não o deixa porque se sente escravo. A escravidão se estabelece de forma sutil e complexa com a participação de vários agentes e até com o consentimento da vítima. (Original sem destaque)**

De igual modo, mas também estabelecendo uma classificação para o art. 149 do CP, a lição de José Cláudio Monteiro de Brito



Machado<sup>3</sup>, para quem “o trabalho em condições análogas à de escravo deve ser considerado gênero, do qual o trabalho forçado e o trabalho em condições degradantes são espécies”, incluída na segunda delas a jornada exaustiva<sup>4</sup>. Assim, para o autor, “Não é somente a falta de liberdade de ir e vir, o trabalho forçado, então, que agora caracteriza o trabalho em condições análogas à de escravo, mas também o trabalho sem as mínimas condições de dignidade”. Na primeira espécie (trabalho forçado), também se incluiriam as formas de redução a condição análoga à de escravo por assimilação contempladas nos incisos I e II do § 1º do art. 149 do CP<sup>5</sup>.

Assim, o legislador de 2003, ao especificar as ações que configuram o crime de “plágio”, aparentemente, foi mais além do que dispõem as convenções internacionais sobre o tema, acrescentando também o TRABALHO EM CONDIÇÕES DEGRADANTES, ao lado do TRABALHO FORÇADO.

E para a caracterização do delito de plágio, sob a modalidade “trabalho em condições degradantes”, não seria necessária a restrição à liberdade de movimento da vítima, sendo suficiente a privação de outras liberdades, notadamente ligadas aos seus direitos personalíssimos e à sua dignidade.

---

<sup>3</sup> MACHADO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho com Redução do Homem à Condição Análoga à de Escravo e Dignidade da Pessoa Humana. Disponível em <[http://www.oit.org.br/sites/all/forced\\_labour/brasil/documentos/dignidade/trabalhoescravo.pdf](http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/brasil/documentos/dignidade/trabalhoescravo.pdf)>. Acesso em: 05.dezembro.2011.

<sup>4</sup> A classificação do art. 149 do CP também é mencionada por Carlos Henrique Bezerra Leite (A Ação Civil Pública e a Tutela dos Interesses Individuais Homogêneos dos Trabalhadores em Condições Análogas à de Escravo. Disponível em [http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/3761/doutrina9\\_tst\\_2-2005.pdf?sequence=1](http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/3761/doutrina9_tst_2-2005.pdf?sequence=1). Acesso em: 05.dezembro.2011) para quem, no entanto, o trabalho realizado em jornada exaustiva consistiria a terceira espécie do crime.

<sup>5</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. Do Crime de Redução a Condição Análoga à de escravo, na redação da Lei nº 10.803/2003. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/6727/do-crime-de-reducao-a-condicao-analoga-a-de-escravo-na-redacao-da-lei-no-10-803-2003>>. Acesso em: 05.11.2011.

O elemento “dignidade”, portanto, parece definitivamente ter sido incorporado na exegese do art. 149 do CP, não somente pela doutrina, mas também pela jurisprudência. Nesse sentido, vejamos os seguintes precedentes:

1. O delito de redução a condição análoga à de escravo está inserido nos crimes contra a liberdade pessoal. Contudo, o ilícito não suprime somente o bem jurídico numa perspectiva individual.

2. A conduta ilícita atinge frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, violando valores basilares ao homem, e ofende todo um sistema de organização do trabalho, bem como as instituições e órgãos que lhe asseguram, que buscam estender o alcance do direito ao labor a todos os trabalhadores, inexistindo, pois, viés de afetação particularizada, mas sim, verdadeiro empreendimento de depauperação humana.

(...)

(STJ - CC nº 113.428/MG - 3ª Seção - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - Public. *DJE* em 01/02/2011)

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. CRIMES CONEXOS. SÚMULA 122 DO STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ORDEM DENEGADA.

1. Os crimes atribuídos aos pacientes envolvem valores que vão além da liberdade individual dos trabalhadores reduzidos a condição análoga à de escravos. Tais infrações penais atentam contra o primado da garantia da dignidade da pessoa humana e da liberdade de trabalho, não havendo, portanto, que se afastar o interesse da União e a atribuição de competência à Justiça Federal, nos moldes do artigo 109, VI, da Constituição Federal. Nesse sentido, precedentes do STF: RE 398.041/PA, *DJ* 3/3/2005; do STJ: CC 62.156/MG, *DJ* 6/8/2007, HC 43.384/BA, *DJ* 5/8/2005 e REsp 909.340/PA, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 25/9/2007.

2. (...)

3. Ordem denegada.

(TRF 1ª Região - HC nº 200901000770878/TO - 4ª Turma - Rel. Des. Federal Hilton Queiroz - e-*DJF1* DATA: 22/02/2010)

Tendo como parâmetro a dignidade da pessoa humana (art. 1º, *caput*, III, CF) e os preceitos de que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante e de que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, incisos III e XLI, respectivamente), é que deve ser considerado o crime de redução a condição análoga à de escravo, tipificado no artigo 149, do Estatuto Repressivo, dado que, se um ser humano está tendo tratamento assemelhado àquele conferido a um escravo (visto como uma propriedade de seu dono, e não como uma pessoa), por certo que seus mínimos direitos e liberdades não estão sendo garantidos, pelo que a dignidade da pessoa humana também não está sendo respeitada, a ensejar a punição na seara criminal. (TRF 3ª Região - ACR nº 16940 - 5ª Turma - Rel. Des. Federal Suzana Camargo - Public. DJU 08/08/2006)

Mas, então, **quando seria possível reconhecer o trabalho em condições de afronta à dignidade da pessoa do trabalhador para configuração do tipo previsto no art. 149 do CP?** Isso, de uma forma bastante didática, **ocorreria sempre que se retirasse dele o direito de escolha, com a sua plena submissão à vontade do empregador que, em razão de seu poderio, dispensa àquele o tratamento que se dá a outros seres ou objetos.** É o que a doutrina chama de “coisificação”, ou seja, “*reduzir o seu igual à condição de coisa*”<sup>6</sup>, pois, segundo a OIT, “*O controle abusivo de um ser humano sobre outro é a antítese do trabalho decente*”.

Enfim, não se esquecendo de que, à vista de sua redação, **o crime do art. 149 do CP somente pode ocorrer quando presente uma relação de trabalho entre o agente e a vítima, a sua consumação dá-se no exato momento em que o primeiro suprime, de fato, o *status libertatis* do segundo, sujeitando-o**

---

<sup>6</sup> SOUZA, Tércio Roberto Peixoto. O Crime de “Redução à Condição Análoga de Escravo” e o Cumprimento de Direitos Trabalhistas. Disponível em <[http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/5236/O\\_Crime\\_de\\_Reducão\\_a\\_Condicao\\_Analoga\\_de\\_Escravo\\_e\\_o\\_Cumprimento\\_de\\_Direitos\\_Trabalhistas](http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/5236/O_Crime_de_Reducão_a_Condicao_Analoga_de_Escravo_e_o_Cumprimento_de_Direitos_Trabalhistas)>. Capturado em 05.12.2011>. Acesso em: 05.dezembro.2011.

**“ao seu completo e discricionário poder”<sup>7</sup>, não somente com a privação da liberdade de ir e vir, mas, também, pela supressão do poder de decisão espontânea sobre a aceitação ou permanência no trabalho e sobre as próprias condições em que o trabalho é prestado.**

Passo, agora, **ao exame dos fatos imputados ao denunciado.**

A denúncia narra que o denunciado, na condição de proprietário da Fazenda Palac – com uma área de 493,03 hectares, localizada no Município de Colméia/TO e distante de sua sede por aproximadamente 30,5 km – tinha sob a sua responsabilidade 22 trabalhadores que se dedicavam à atividade de roço de pasto e aplicação de agrotóxicos, conforme identificado pelo grupo de fiscalização (fl. 32, do Relatório de Fiscalização), sendo eles: Alcione Fernandes dos Reis, Arionilton de Sousa Rodrigues, Damaso Ribeiro de Souza, Daniel Sobral da Silva, Edson Silva Bandeira, Elio Silva Bandeira, Gilson Almeida da Conceição, João Batista Borges, José Aparecido Pereira de Souza, José Carlos Brito Pereira, Josias Pereira da Silva, Leonan Vieira Souta, Maurílio Rodrigues da Costa, Ozéas de Oliveira Mota, Raimundo Emivaldo Fernandes dos Reis, Lucivaldo Vieira da Silva, Paulo Hernandes dos Santos, João Ferreira de Sousa, Deusuete Teles Lima, Moizés Dias Soares, Hélio Cardoso dos Santos e Rafael da Costa Melo.

Segundo consta, no Relatório de Fiscalização restou constatado que Luiz Gonzaga Pereira Leite era o intermediador de mão de obra e preposto do denunciado, que contratava informalmente os trabalhadores que procuravam serviço naquela localidade e distribuía as tarefas nas frentes de trabalho, fiscalizando, ainda, o serviço e intermediando o pagamento, sendo que, ainda na época em que o pagamento ocorria, descontava dele, além dos adiantamentos em dinheiro efetuados, os valores relativos às compras realizadas pelos trabalhadores que, em virtude da distância entre a fazenda e a sede do município (cerca de 30,5 km), viam-se im-

---

<sup>7</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Código Penal para Concursos. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2011, pág. 277.

pelidos a comprar os produtos vendidos pelo próprio Gonzaga, em preços superiores ao de mercado.

Desse modo, pode-se concluir em leitura à denúncia – em especial pela procura espontânea do trabalho, como também pela falta de referência à restrição à liberdade individual dos trabalhadores – que não se trata da modalidade TRABALHO FORÇADO do crime de redução a condição análoga à de escravo.

De acordo com a acusação, que se embasa no Relatório de Fiscalização do GEFM, teria sido constatada, em decorrência de visita ao local, a situação de TRABALHO EM CONDIÇÃO DEGRADANTE a que submetidos os empregados da Fazenda Palac pelos diversos motivos nele apontados, sendo estes:

a) falta de registro de empregados e admissão de trabalhadores sem CTPS;

b) manutenção de empregado com idade inferior a 18 anos em atividade em locais insalubres ou perigosos;

c) atraso no pagamento dos salários e falta de formalização do recibo de pagamento;

d) falta de registro da jornada de trabalho e de concessão de descanso semanal remunerado;

e) não realização de exame médico admissional;

f) ausência de alojamentos adequados, os quais não possuíam condições mínimas de asseio, conservação e higiene;

g) ausência de fornecimento de água potável pelo empregador, bem como de local apropriado para o preparo dos alimentos e para as refeições nas frentes de trabalho;

h) não disponibilização de equipamentos de proteção individual, tais como luvas e botas, sendo as ferramentas utilizadas para o trabalho (enxada, foice, facão) custeadas pelos próprios empregadores;

i) inexistência de treinamento e de equipamentos de proteção para os empregados que manejavam agrotóxicos.

Ainda conforme declarações dos trabalhadores (Anexo 016 do Relatório, no DVD-ROM):

j) falta de regularidade na remuneração, de modo que os salários eram pagos ao arbítrio do empregador e anotados em um caderno pelo preposto dele, Luiz Gonzaga Pereira Leite, que descontava dela, além dos adiantamentos efetuados, os valores relativos às compras realizadas pelos trabalhadores que, em virtude da distância entre a fazenda e o centro de comércio mais próximo, viam-se impelidos a comprar os produtos vendidos pelo próprio Gonzaga, em preços superiores ao de mercado, como disseram os trabalhadores Maurílio Rodrigues da Costa e Raimundo Emivaldo Fernandes dos Reis (fls. A018 e A020, respectivamente).

São esses, portanto, os fatos relatados na denúncia.

Ora, à evidência, constata-se que, na exordial acusatória, **o MPF atribui responsabilidade penal ao denunciado José Simão de Sousa pela prática do crime previsto no art. 149 do CP por ter mantido, sob condições degradantes de trabalho, 22 trabalhadores.**

Para a acusação, as circunstâncias que configurariam a situação “degradante” seriam aquelas elencadas nas alíneas *a a* *j* alhures.

Feito esse relato, pergunta-se: **as situações verificadas pelo Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM), integrado por membros do MTE, MPT e Polícia Federal, configurariam, para um juízo positivo de admissibilidade da acusação, o tipo do art. 149 do CP sob a espécie de “trabalho em condições degradantes”?** Penso que não. Explico.

É fato que **as condições a que expostos os trabalhadores fiscalizados nas terras de propriedade do denunciado são por demais precárias, mas, na sua integralidade, revelam, infelizmente ainda, a dura realidade da zona rural, especialmente das regiões mais pobres do país (Norte, Nordeste e Centro-Oeste)**, vivida não somente por empregados rurais, mas, também, por aqueles que, donos de sua própria terra, laboram em regime de economia familiar.

É uma realidade bastante comum e próxima daqueles que tiveram ou mantêm relações com pessoas do campo.

Mas não é necessário frequentar o meio rural para ter conhecimento das condições arcaicas que ainda vigoram nessas regiões. Não é incomum, ainda hoje, verificar-se:

(a) a contratação de trabalhadores “diaristas”, ou para a realização de tarefas, sem o registro em CTPS e cumprimento de todos os demais encargos trabalhistas e previdenciários;

(b) a existência de moradias ainda muito precárias: construídas à taipa em pau-a-pique, quero dizer, estruturadas em ripas de madeira cujos vazios são preenchidos com barro amassado; sem instalações sanitárias adequadas, em que as necessidades fisiológicas são feitas “no meio do mato”; em que a louça é levada fora da casa apenas com a água colocada em bacias e enxaguadas à água parada.

(c) o trabalho desempenhado sem qualquer equipamento de proteção individual, mas apenas com o uso de roupas que cobrem o corpo inteiro e de um chapéu para aliviar o sol escaldante;

(d) o trabalho, algumas vezes, distante da moradia - é por isso que o alimento é levado em marmitas como forma de não comprometer o tempo de atividade, especialmente nas épocas próprias para plantio e colheita; a água para beber é levada em garrafas ou, quando não, obtida em cacimbas ou em poços naturais entre as pedras, isso quando a estiagem não compromete a própria captação da água em condições mínimas de consumo;

(e) que os trabalhadores rurais raramente recorrem à assistência médica, até porque é esporádica no meio rural, situação que se vem modificando com os programas do governo federal.

Enfim, desafortunadamente, esse ainda é o retrato da zona rural das regiões mais pobres do Brasil que embora venha modificando-se para melhor com as ações do Ministério do Trabalho e Emprego e de políticas públicas dos governos, ainda não chegou à situação ideal.

E, nesse contexto, digno de elogios a atuação firme do Ministério Público do Trabalho, que vem desenvolvendo atividades no sentido da melhoria das condições de trabalho do homem do campo.

No entanto, **diante dessa realidade social**, não se pode compreender que tais situações, quando verificadas num dado imóvel rural, sem que estejam aliadas à restrição das liberdades (em sentido amplo) configurariam a “condição degradante” na forma como exigida pelo art. 149 do CP<sup>8</sup>, pois, como visto em linhas anteriores, **é imprescindível que essa “situação de fato” esteja inserida num cenário em que os trabalhadores rurais efetivamente tenham a sua vontade de trabalhar ou de permanecer no trabalho cerceada, ou seja, que se sintam subjugados ao seu empregador, inclusive quanto às condições em que prestado o trabalho.**

Não é essa a situação narrada na denúncia.

**Em parte alguma a peça acusatória discorre sobre qualquer circunstância ou dado que revele o comprometimento da liberdade (poder de decisão) dos trabalhadores encontrados na Fazenda Palac, pertencente ao denunciado José Simão**

---

<sup>8</sup> PENAL. ART. 149 DO CP. REDUÇÃO DE TRABALHADORES A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. CONDIÇÃO DEGRADANTE DE TRABALHO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. MANUTENÇÃO.

1. A ausência de provas de quaisquer das formas de submissão de trabalhadores à condição análoga à de escravo – trabalhos forçados, jornadas extenuantes de trabalho, condições degradantes de trabalho ou restrição à liberdade de locomoção –, na redação dada pela Lei 10.803/03, que conferiu nova definição ao crime tipificado no art. 149 do Código Penal, enseja a absolvição do réu.

2. O preceito penal primário do art. 149 do CP contém cláusulas indeterminadas – como, por exemplo, “condições degradantes de trabalho” – que podem ser utilizadas indevidamente para permitir um alargamento exacerbado do suporte fático normativo, abrangendo todo e qualquer caso em que trabalhadores são submetidos a condições aparentemente indignas de trabalho. Tenha-se em mente, por exemplo, os fatos muito comuns em que as autoridades relatam como sendo caso de ‘trabalho escravo’ a existência de trabalhadores em local sem instalações adequadas, como banheiro, refeitório etc., sem levar em conta que o próprio empregador utiliza-se das mesmas instalações e que estas são, na maioria das vezes, o retrato da própria realidade interiorana do Brasil. Há que se estar atento, portanto, para a possibilidade de abusos na tipificação de fatos tidos como de “trabalho escravo”. (Ministro Gilmar Mendes - RE 398.041/PA)

3. Apelação não provida. (TRF 1ª Região - ACR nº 200843000017480 - 3ª Turma - Rel. Des. Federal Tourinho Neto - Public. DJ 05/11/2010)



de Sousa, pois, mesmo quando afirma que eles eram *impelidos* a adquirirem produtos vendidos pelo preposto, Luiz Gonzaga Pereira Leite, a preços além do valor de mercado, deixa de informar sobre a existência de dívidas impagáveis, ou do objetivo de, em se agindo daquela forma, forçar a permanência dos trabalhadores na Fazenda, circunstância esta textualmente exigida pelo art. 149 do CP, tanto porque aqueles produtos, segundo as declarações prestadas pelos trabalhadores (CD-ROM), a exemplo de Maurílio Rodrigues da Costa e de João Ferreira de Souza, não compreendiam as refeições do dia a dia que eram fornecidas gratuitamente, referindo-se aqueles apenas a pacotes de bolachas, cigarros, doces, pilhas para lanterna, roupas etc., não se tendo em conta, ainda, da existência de qualquer ameaça aos trabalhadores.

**A denúncia apenas aponta as várias infrações trabalhistas constatadas no imóvel rural que foram corrigidas administrativamente**, inclusive com a assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) pelo denunciado, como verificado no Relatório de Fiscalização (CD-ROM).

Não é possível presumir, diante da necessidade de clareza da acusação imposta pelo art. 41 do CPP (exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias), que suposto cerceamento de vontade dos trabalhadores tivesse ocorrido em virtude das precárias condições de trabalho verificadas. Na verdade, ainda que admissível entendimento contrário, tal presunção restaria desconstituída em virtude de o Relatório de Fiscalização, em que lastreada a denúncia, apontar que **foram os trabalhadores que procuraram o emprego (logo, não houve aliciamento), a remuneração do trabalho era feita em dinheiro, não havia servidão por dívidas (*truck-system*), a jornada de trabalho, embora cansativa para o homem de condições físicas normais, não ia além do que *ordinariamente* se verifica no meio rural, além de que, como já foi dito e isso sequer consta também na denúncia, não havia a restrição à liberdade física dos trabalhadores, tanto que existia o fornecimento de transporte pelo empregador no trajeto Fazenda/Centro uma vez por mês, sendo certo que o local era ainda atendido pelo serviço de mototáxi, também utilizado pelos trabalhadores quando necessitam se deslocar à cidade ou retornar dela à Fazenda (pág. 31 do Relatório**

de Fiscalização). Além disso, conforme declarações prestadas ao Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM), os trabalhadores era naturais da própria região ou nela já residiam antes da contratação para o trabalho, parte deles, inclusive, na Cidade de Colméia/TO, distante a poucos quilômetros da Fazenda.

Desse modo, conclui-se que, da forma como dispostos os fatos na denúncia, **os trabalhadores do denunciado, em que pequem as precárias condições de trabalho em que inseridos, não estavam impedidos de dar rumo às suas próprias vidas**, logo, o fato descrito na denúncia não se adequa ao tipo do art. 149 do CP, faltando, portanto, justa causa para o recebimento da denúncia.

Destaco, por último, *face à relevância do registro*, que o Colendo STF, em julgamento ao INQ 3.412/AL ocorrido em 29/03/2012, recebeu, por apertada maioria (6x4), a denúncia oferecida contra o Deputado Federal João José Pereira de Lyra (PSD-AL) e outro, também pela suposta prática do crime previsto no art. 149 do CP.

Ocorre que, à vista do citado julgamento, verifico circunstâncias que, em conteúdo, diferenciam-se do presente caso concreto e que, por si sós, são suficientes a justificar o resultado a que chego neste voto. Relaciono as principais:

1. A denúncia, nos autos do INQ 3.412/AL, discorria que os denunciados teriam submetido os trabalhadores de empresa agrícola por eles gerida a jornada exaustiva e a condições degradantes de trabalho, **cerceando-lhes a locomoção com o objetivo de mantê-los no local onde laboravam**. Logo, nela está prevista a supressão da autonomia de vontade do trabalhador que se via obrigado a permanecer no imóvel. No presente caso, a denúncia não faz referência à restrição de liberdade de locomoção dos trabalhadores e o Relatório de Fiscalização em que lastreada não traz elementos que, *in casu*, demonstrassem que eles se viam subjugados psicologicamente à vontade do empregador, tanto que vários deles (Ozéias de Oliveira Mota, Edson Silva Bandeira e Hélio Silva Bandeira) declararam que nunca foram impedidos de deixarem a Fazenda ou mesmo foram ameaçados a assim não proceder, acaso quisessem.

2. O delito, nos autos do INQ 3.412/AL, ocorreu através de um grande empreendimento econômico, a sociedade empresária Lajinha Agroindustrial S/A, que possuía cerca de 3.300 empregados somente na fazenda localizada em União dos Palmares/AL, onde supostamente ocorrera o delito, chegando a ter, no total, 26.000 trabalhadores, considerada a atividade igualmente desenvolvida no Estado de Minas Gerais.

3. Os empregados da Lajinha Agroindustrial S/A submetiam-se a uma carga horária de trabalho extremamente exaustiva, com jornada de 24 horas diárias, sob pena de perderem o emprego.

Sendo assim, **o caso retratado nestes autos, inclusive pela forma de abordagem na denúncia, não se distingue, em substância, daquele que fora julgado por este Plenário à vista do INQ 2.282/PE, também de minha relatoria, em que, à unanimidade, fora rejeitada a denúncia pela imputação da prática do delito previsto no art. 149 do CP** contra o prefeito do Município de Escada/PE.

Ante o exposto, REJEITO A DENÚNCIA nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal, c/c o art. 6º da Lei nº 8.038/1990 e do art. 172 do Regimento Interno desta Corte.

Após o trânsito em julgado do acórdão e efetuadas as comunicações de praxe, dê-se baixa na Distribuição.

Arquivem-se.

É como voto.



## **ÍNDICE SISTEMÁTICO**

---



## **JURISPRUDÊNCIA**

### **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

116403-PB	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria .....	13
127870-RN	Rel. Des. Federal José Maria Lucena .....	20

### **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO**

24742-RN	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt .....	31
26307-CE	Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior ...	49

### **APELAÇÃO CÍVEL**

495754-PE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano .....	57
507966-CE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano .....	91
539671-CE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena .....	109
544021-SE	Rel. Des. Federal André Luis Maia Tobias Granja (Convocado) .....	118
547607-PB	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias .....	126
549110-AL	Rel. Des. Federal André Dias Fernandes (Con- vocado) .....	208
549451-PB	Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior ..	220
550806-SE	Rel. Des. Federal José Eduardo de Melo Vilar Filho (Convocado) .....	227
551319-RN	Rel. <sup>a</sup> . Des. <sup>a</sup> . Federal Margarida Cantarelli .....	245
551890-AL	Rel. Des. Federal Francisco Wildo .....	262
553172-CE	Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho (Convo- cado) .....	271
553660-AL	Rel. Des. Federal Francisco Wildo .....	284

### **APELAÇÃO CRIMINAL**

6962-PE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt .....	297
8754-PE	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria ...	342
8888-CE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias .....	350
9140-RN	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro .....	387

## **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL**

546603-CE Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães ..... 400

## **EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL**

532360-CE Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho ..... 405

## ***HABEAS CORPUS***

4909-PE Rel. Des. Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga (Convocado) ..... 412

## **PETIÇÃO (PLENO)**

4319-CE Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira ..... 421

## **PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

66-PB Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira ..... 429



## **ÍNDICE ANALÍTICO**

---



## A

- Adm                    Ação civil pública. Agravo de instrumento. Antecipação dos efeitos da tutela. Lesão aneurismática. Atendimento de urgência. Realização por hospital, até o credenciamento/habilitação pelo SUS de entidade para esse fim específico. Ressarcimento dos custos pelos três entes da federação. Recurso provido. AGTR 127.870-RN ..... 20
- Ct e PrCv            Ação civil pública. Comunidade tradicional. Caracterização. Convenção nº 169 da OIT. Postulação formulada pelo Ministério Público Federal. Implementação de políticas públicas. Cabimento. AGTR 116.403-PB ..... 13
- PrCv                    Ação de usucapião especial urbano. Imóvel vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação. Natureza ilícita e precária da posse. Prescrição aquisitiva não configurada. Improvimento do apelo. AC 551.890-AL .... 262
- Prev                    Aposentadoria por tempo de contribuição. Forma proporcional. Preliminar de coisa julgada. Insubsistência. Reconhecida a existência de vínculo empregatício. Anotação contemporânea na CTPS, contendo anotações de férias e alterações de salários até 1974. Exclusão do tempo posterior a 30/09/1974, devido à provável rasura do ano de 1974 para 1979. Tempo suficiente para aposentadoria proporcional. Concessão do benefício. Majorada a verba honorária advocatícia para 10% do *quantum* vencido. Correção monetária segundo Manual de Cálculos da Justiça Federal. Juros de mora de 1% ao mês. Aplicação imediata da Lei 11.960/2009. APELREEX 26.307-CE ..... 49

Adm                   Aquisição de material de informática e assistência técnica. Contrato. Inexecução do objeto. Condenação à devolução de equipamentos e ao pagamento de indenização. Apelos desprovidos. AC 549.451-PB ..... 220

**C**

Amb                   Captura de lagosta. Pesca com petrecho proibido (caçoeira). Produto da pesca, equipamentos e embarcação apreendidos. Imposição de multa. Valor reduzido. Liberação do barco. Pagamento de indenização pelo IBAMA, a título de perdas e danos, pelos peixes apreendidos e doados. Descabimento. AC 553.172-CE ..... 271

Adm                   Concurso público. Ministério da Agricultura. Edital nº 1/2001. Percentual de reserva de vagas para deficientes. Decreto nº 3.298/99. Convocação de candidato portador de deficiência para ocupar a única vaga disponibilizada para o cargo/especialidade na cidade de Maceió/AL. Não cabimento. Preterição da autora configurada. Direito subjetivo à nomeação e posse. Existência. Direitos remuneratórios retroativos. Descabimento. Precedentes do STJ e STF. AC 553.660-AL ..... 284

Pen                   Condenação pelo crime de peculato-furto contra a Caixa Econômica Federal. Apelação criminal da defesa. Nulidades no procedimento investigatório interno da CEF que maculariam a ação penal e na perícia realizada durante o inquérito. Não ocorrência. Condenação embasada em fartas provas da autoria e materialidade delitivas. Pena-

-base proporcional ao resultado da análise das circunstâncias judiciais. Atenuante do art. 66 do CP. Afastada. Recurso da defesa improvido. Apelação do Ministério Público. Inconformismo quanto às penas restritivas de direito fixadas na sentença. Apelo parcialmente provido para substituir uma das restritivas por prestação de serviços à comunidade. ACR 9.140-RN ..... 387

Cv e Adm

Contrato de prestação de serviços terceirizados. Ação de perdas e danos. Desvio de função. Reclamações trabalhistas julgadas procedentes. Condenação da empresa contratada na Justiça Laboral. Existência de interesse processual na propositura desta ação de perdas e danos contra a empresa contratante (CEF). Precedentes deste Tribunal (AC 509.481/PE, 2ª Turma, Rel. Des. Federal Rubens de Mendonça Canuto (convocado), *DJe* 26/10/2011). Sentença extintiva do feito, nos termos do art. 267, IV, do CPC, que se anula. Incidência da hipótese prevista no § 3º do art. 515 do CPC. Apreciação imediata do mérito pelo Tribunal. Reconhecimento da responsabilidade recíproca das partes pela prática do ato ilícito. Condenação da CEF no pagamento de 50% dos valores das indenizações trabalhistas pagas pela empresa contratada. Inaplicabilidade ao caso do disposto no parágrafo 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, na redação dada pela Lei nº 9.032/95 (“a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir

a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o registro de imóveis”). Responsabilização da CEF pela inexecução contratual imputável a ela mesma (contratante). Ausência de comprovação de lucros cessantes. Procedência em parte da demanda. Montante da indenização a ser apurado em liquidação de sentença. Incidência de correção monetária e de juros de mora, nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal. Correção monetária devida a partir do efetivo pagamento do crédito trabalhista pela autora. Juros de mora devidos a partir da citação, em relação às indenizações trabalhistas pagas anteriormente ao referido ato processual. No tocante aos créditos trabalhistas pagos após a citação, os juros de mora devem incidir a partir do efetivo pagamento do crédito trabalhista. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 21 do CPC. Apelação provida em parte. AC 549.110-AL ..... 208

Pen e PrPen

Crime de contabilidade paralela (“caixa dois”). Art. 11 da Lei nº 7.492/86. Movimentação financeira de valores pertencentes à pessoa jurídica. Utilização de contas bancárias de pessoas físicas (“laranjas”). Preliminares de nulidade do processo. Rejeição. Autoria e materialidade delitiva. Comprovação. Dosimetria da pena. Fixação da sanção privativa de liberdade. Observância do sistema trifásico. Fixação da pena-base acima do mínimo. Cabimento. Manutenção da sentença. Apelações improvidas. ACR 8.888-CE ..... 350

## D

Cv e PrCv	Danos morais individuais e coletivos. Ação civil pública. Reclamação peticionada pelos alunos da FAMEG. Não conhecimento. Preliminares de incompetência do Tribunal Regional Federal e de cerceamento de defesa rejeitadas. Instituto Tocantinense Presidente Antônio Carlos - ITPAC. Faculdade de Medicina de Garanhuns/PE - FAMEG. Instituição privada de ensino superior. Ausência de autorização do Ministério da Educação. Lei nº 9.394/96. Ilegalidade. Danos morais individuais e coletivos. Prejuízo aos alunos da FAMEG. Apelação do MPF provida em parte. Apelação da ITPAC improvida. AC 495.754-PE ..... 57
-----------	---

## E

PrCv e Trbt	Embargos infringentes objetivando fazer prevalecer voto vencido, a consagrar, em infração imputada à embargada, por não ter recolhido, a título de contribuição para o financiamento da seguridade social, decorrentes das vendas de cartões telefônicos, adquiridos à TELEMAR Norte Leste Ltda., durante quatro anos e quatro meses, a multa de 75% fincada no art. 44, Inc. I, da Lei 9.436 de 1996. EINFAC 532.360-CE ..... 405
PrPen e Pen	<i>Emendatio libelli</i> . Aplicação adequada e fundamentação suficiente. Art. 313-A do Código Penal. Materialidade e autoria. Comprovação. Confissão extrajudicial. Retratação em juízo. Condenação baseada em tal circunstância. Incidência da atenuante no cálculo da pena. Possibilidade. Dosimetria. Ajuste. ACR 8.754-PE ..... 342

Trbt e PrCv	Empresa cujo ramo é a prestação de serviços em geral. Pessoa jurídica tributada pelo imposto de renda com base no lucro presumido. Base de cálculo sobre o faturamento (LC 70/91 e Lei nº 9.715/98). EDAC 546.603-CE ..... 400
-------------	--

## H

PrPen	<i>Habeas corpus</i> . Tentativa de estelionato. Prisão preventiva. Artigo 312 do Código de Processo Penal. Existência de requisitos autorizadores. Garantia à aplicação da lei penal e conveniência da instrução penal. Fundamentação idônea. Ausência de constrangimento ilegal. Irrelevância das circunstâncias pessoais. Inadequação de outras medidas cautelares. Ordem denegada. HC 4.909-PE ..... 412
-------	--

## I

Ct e Adm	Idoso. Tratamento médico. Osteoporose. Tutela antecipada. Fornecimento de medicamento. Direito de todos à saúde (art. 196, CF/88). Dever do Estado. Abrangência das três esferas da federação. Solidariedade. Direito à vida. AC 551.319-RN ..... 245
----------	---

## P

Prev e PrCv	Pensão por morte. Apelação. Regras da tutela que no caso concreto aplicam-se à curatela. Art. 16, § 2º, da Lei nº 8.213/1991 c/c art. 1.781 do Código Civil e no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Bisneta inválida. Doença mental adquirida na infância. Dependência econômica demonstrada. Lei nº 8.213/91. AC 539.671-CE ..... 109
-------------	---



Ct, Pen e PrPen Prefeito. Crime de competência da justiça federal. Competência do Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre a unidade da federação onde o cargo com prerrogativa de foro é exercido. Crime previsto no art. 149 do Código Penal. Condições degradantes de trabalho. Trabalhadores que não se encontram subjugados à vontade do empregador. Redução a condição análoga à de escravo não verificada. Rejeição da denúncia. PIMP 66-PB ..... 429

Trbt e PrCv Pretensão de anular créditos tributários referentes às contribuições: patronal dos segurados empregados e dos contribuintes individuais não descontadas; adicional para o seguro de acidente de trabalho - SAT; e contribuição de terceiros. Compensação. Juros de mora e correção monetária. Taxa SELIC. AC 507.966-CE ..... 91

## Q

Pen Queixa-crime. Crimes previstos nos arts. 138, 139 e 140 do Código Penal. Querelado que exerce o cargo de Procurador da República. Competência desta corte regional para processamento da queixa. Legitimidade ativa concorrente do ofendido e do Ministério Público. Decadência do direito de queixa. Rejeição da queixa-crime. PETPL 4.319-CE ..... 421

## R

Ct e Adm Responsabilidade civil do Estado. Preliminares de incompetência da Justiça Federal e de ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal. Rejeição. Rompimento de bar-

ragem. Inundação. Feição geológica atípica. Não detecção na elaboração do projeto executivo. Fato considerado imprevisto e imprevisível durante a construção da obra. Ausência de responsabilidade das construtoras. Providências de deplecionamento do reservatório. Omissão do poder público. Comprovação da culpa do ente público estadual. Responsabilidade civil objetiva. Art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Danos materiais. Não cabimento. Efeitos *erga omnes* da coisa julgada da sentença. Danos ambientais de grande proporção. Indenização por danos morais coletivos. Cabimento. Fixação em conformidade com o art. 75 da Lei nº 9.605/98. Reversão em favor do Fundo de Reconstituição dos interesses supraindividuais lesados. Art. 13 da Lei nº 7.347/85. Honorários advocatícios em favor das construtoras. Não cabimento. Apelações do Ministério Público Federal, da União e do ente público estadual parcialmente providas. AC 547.607-PB ..... 126

Adm e Ct

Responsabilidade civil objetiva. Demora na realização do parto. Falecimento da filha da demandante. Conduta desidiosa de médicos da equipe do hospital universitário filiado à autarquia recorrente. Danos morais configurados. Honorários. Apelo, remessa oficial e recurso adesivo improvidos. APELREEX 24.742-RN ..... 31

## S

Cv

SFH. Legitimidade ativa. Mutuária. Legitimidade passiva. CEF. Seguro de vida. Suicídio cometido dentro do prazo de 2 (dois) anos de início da vigência da apólice de

seguro. Negativa de pagamento do seguro. Art. 798 do CC/2002. Boa-fé. Presunção. Prova da premeditação. Ausência. AC 544.021-SE ..... 118

Trbt e PrCv

Simplex. Tributo sujeito a lançamento por homologação. Embargos à execução fiscal. Termo *a quo* da prescrição. Data da entrega da declaração, quando posterior aos vencimentos das obrigações. Entendimento sedimentado no STJ no âmbito do julgamento de recursos repetitivos. Propositura do executivo fiscal no lustro prescricional aplicável. Termo *ad quem* e *a quo* da prescrição. Novo posicionamento do STJ, firmado em julgamento sob o rito do art. 543-C do CPC. Prescrição quinquenal. Não configuração. Apelação da União (Fazenda Nacional) provida. Causa em condições de imediato julgamento. Aplicação do art. 515, §§ 1º e 3º, do CPC. Alegações de cerceamento de defesa, de necessidade de instauração de processo administrativo e de impossibilidade de cobrança do Simplex afastadas. Improcedência dos pleitos lançados na inicial dos embargos à execução fiscal. Retorno dos autos à origem para o regular prosseguimento do feito. AC 550.806-SE ..... 227

## T

Pen e PrPen

Tribo indígena Xucuru. Crime de incêndio. Art. 250, parágrafo 1º. Crime de perigo concreto e extensivo à coletividade. Delito de dano qualificado absorvido pelo delito de incêndio. Princípio da consunção. Materialidade e autoria suficientemente provadas. Causa especial de aumento. Casa habitada ou destinada à habitação. Veículo de

transporte coletivo. Cerceamento de defesa. Não configurado. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Observância. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Inexistência de afronta ao princípio do juiz natural. Dosimetria da pena. Exasperação indevida da pena-base. Consideração de fatos e circunstâncias que motivam a dosagem da pena mínima fixada abstratamente ao crime. Inexistência de continuidade delitiva. Alteração do regime de cumprimento da pena. Substituição por restritivas de direito. Apelação da defesa a que se dá parcial provimento. ACR 6.962-PE ..... 297