

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

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

Número 107 - Janeiro/Fevereiro - 2014

R. TRF 5ª Região, nº 107, p. 1-276, Janeiro/Fevereiro - 2014

**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

Correio eletrônico: revista.dir@trf5.jus.br

Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região v. 1 (1989)
Recife, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 1989

Bimestral, a partir do volume nº 73.

A partir do v. 4, nº 1, de 1992, a numeração passou a ser contínua.
ISSN 0103-4758

1. Direito - Periódicos. I. Brasil. Tribunal Regional Federal da 5ª Região

CDU 34(05)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Desembargador Federal

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
FERNANDO BRAGA DAMASCENO - 15.05.13

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 FERNANDO BRAGA DAMASCENO

TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)

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

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	267
3. Índice Analítico	271

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 7.184-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR
Autor: JOÃO TIAGO DE MESQUITA
Ré: UNIÃO
Adv./Proc.: DR. MARCELO MARCOS DE LACERDA MOREIRA (AUTOR)

EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. CUMULAÇÃO DE APOSENTADORIA PREVIDENCIÁRIA COM PENSÃO ESPECIAL, AMBAS RELATIVAS À CONDIÇÃO DE EX-COMBATENTE. IMPOSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

- Não restou completamente esclarecido, nos autos, se o autor de fato participou de missões de vigilância e segurança no litoral pernambucano, tal qual alegado. Informações documentais conflituosas. Vedação ao reexame de provas. Precedentes: (STJ. AgRg no REsp 1.184.670/RS. DJe 14/06/2010) e (TRF 5. AR 6.751/RN. DJe 07/03/2012).

- Mesmo que se admitisse que o recorrente participou de missões de vigilância durante a II Guerra Mundial, ainda assim não lhe caberia o que fora pleiteado, haja vista que ele já percebe benefício previdenciário de ex-combatente, nos moldes do art. 1º, inciso I, da Lei nº 5.698/71. Isso, pois apesar da pensão especial poder ser cumulada com benefícios previdenciários comuns, tal não é possível quando a aposentadoria já foi concedida com vantagens, considerando a condição de ex-combatente do beneficiário. Vedação ao bis in idem. Precedentes: (STJ. REsp 1.357.680/PE. DJe: 14/08/2013), (TRF 5. AR 7.183/PE. DJe: 26/02/2013), (TRF 5. AC 483499/PE DJe: 16/06/2011) e (TRF 5. AG 96.993/PE. DJe: 23/11/2010).

- Ação rescisória a que se julga improcedente.

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 do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sessão plenária realizada nesta data, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas que integram o presente, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do Relator.

Recife, 20 de novembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR:

Cuida-se de ação rescisória ajuizada por JOÃO TIAGO DE MESQUITA, com fulcro no inc. V do art. 485 do CPC, contra a UNIÃO, objetivando a desconstituição do acórdão proferido pela Terceira Turma deste Tribunal (fl. 237), o qual decidiu pela impossibilidade de cumulação, em sendo ambas relativas à condição de ex-combatente, da aposentadoria previdenciária com a pensão especial.

Assevera que o acórdão rescindendo violou o art. 4º da Lei 8.059/1990, bem como o art. 53, II, do ADCT, haja vista que tais dispositivos, supostamente, permitem a cumulação de pensão especial de ex-combatente com benefícios previdenciários de qualquer espécie.

Contestação e réplica (fls. 418/433 e fls. 436/452).

Parecer da Procuradoria Regional da República, da lavra do Dr. Sady D'Assumpção Torres Filho (fl. 453/455), opinando pela rejeição do pedido, cujo sumário dos seus fundamentos consta da ementa que segue:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA PREVIDENCIÁRIA DE EX-COMBATENTE.

PENSÃO ESPECIAL DE EX-COMBATENTE. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. MESMO FATO GERADOR. REJEIÇÃO DO PEDIDO.

- A violação a literal dispositivo de lei capaz de embasar a procedência de uma ação rescisória, nos termos do art. 485, V, do CPC, há de ser frontal e indiscutível, não restando ao juízo rescisório a possibilidade de apreciar a justiça da decisão.

- O autor já percebe o benefício previdenciário de ex-combatente (aposentadoria por tempo de serviço), nos moldes do art. 1º, inc. I, da Lei nº 5.698/71, com redução de tempo de serviço (25 anos) e com proventos integrais (fl. 61), não sendo possível a cumulação com pensão especial prevista no art. 53, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, porquanto decorrente do mesmo fato gerador, eis que, na hipótese, o benefício previdenciário foi concedido com vantagens, considerando a condição de ex-combatente.

- A rescisória não se presta a apreciar a boa ou má interpretação dos fatos, ao reexame da prova produzida ou sua complementação, sob pena de converter-se em verdadeiro recurso.

- Rejeição do pedido.

É o relatório.

À revisão.

VOTO

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

A presente ação rescisória foi ajuizada dentro do prazo legal de dois anos, conforme se infere da cópia da certidão de trânsito em julgado acostada aos presentes autos (fl. 396), e objetiva desconstituir acórdão proferido pela Terceira Turma deste sodalício, com fundamento no art. 485, inc. V, do Código de Processo Civil.

Segundo a parte recorrente, o acórdão rescindendo violou o art. 4º da Lei 8.059/1990 e o art. 53, II, do ADCT, quando negou a possibilidade de cumulação da pensão especial com a aposentadoria previdenciária, ambas relativas à condição de ex-combatente.

O particular afirma que a supracitada legislação, supostamente violada, permite a cumulação da pensão especial de ex-combatente com benefícios previdenciários de qualquer espécie.

Primeiramente, entendo que não restou completamente esclarecido, nos autos, se o autor de fato participou de missões de vigilância e segurança no litoral pernambucano, tal qual ele alega.

Isso, pois enquanto que à fl. 57 consta informação de que ele efetivamente participou das supramencionadas missões (por um único dia, ressalte-se, em 22/02/1943), às fls. 154/155 constam que o mesmo foi expulso do Exército Brasileiro alguns meses antes (em 17/12/1942), sob o argumento de apresentar “incapacidade moral”, não tendo, dessa forma, ocorrido o seu deslocamento para missões de patrulhamento litorâneo.

Vale salientar que a ação rescisória, ajuizada com base no inc. V do art. 485 do CPC, não serve ao simples reexame de provas já apreciadas e devidamente valoradas nos autos da ação originária, sob pena de reduzir-se a rescisória a uma simples espécie de recurso com prazo de interposição privilegiado. Confirmam-se, a propósito, os seguintes arestos:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MANEJO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. DESCABIMENTO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. REVOLVIMENTO DO MATERIAL PROBATORIO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO RESCINDENDO. INVIABILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. É vedado o manejo da ação rescisória para substituir providência que deveria ter sido adotada no curso do processo rescindendo.

2. O cabimento da ação rescisória fundada no inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil pressupõe que o julgado rescindendo, ao aplicar determinada norma na decisão da causa, tenha violado sua literalidade, seu sentido, seu propósito. Tal infringência deve ser evidente e direta, dispensando-se o reexame dos fatos da causa, o que não ocorre no caso em tela, no qual, para que se realize o exame da alegada violação a literal disposição de lei, com

o intuito de saber se restou configurada ou não a qualidade de segurado do recorrido, necessário seria o revolvimento da matéria probatória, procedimento esse incompatível com a ação rescisória.

3. As razões recursais do apelo nobre interposto contra acórdão que julga ação rescisória devem retringir-se ao exame de eventual afronta aos pressupostos dessa ação, e não aos fundamentos do *decisum* rescindendo.

4. Como se não bastasse, a pretensão de desconstituição do julgado rescindendo, ao argumento de que o recorrido não detinha a qualidade de segurado na ação originária, requer reexame de provas, o que é vedado pela Súmula nº 7/STJ.

5. Por força da preclusão consumativa, não se pode apreciar arestos apontados como paradigmas tão somente quando da interposição do agravo regimental.

6. Na ausência de fundamento relevante que infirme as razões consideradas no julgado agravado, deve ser mantida a decisão hostilizada por seus próprios fundamentos.

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.184.670/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 14/06/2010)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PENSÃO ESPECIAL DE EX-COMBATENTE. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. INOCORRÊNCIA. REEXAME DAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A irresignação da parte autora com a interpretação dada pelo acórdão rescindendo à prova dos autos não encontra amparo no art. 485, inc. V, do CPC.

2. Inviabilidade de analisar a falta de prova da condição de ex-combatente e da qualidade de dependente da pensionista, em sede de ação rescisória, por implicar no rejulgamento da matéria. Precedentes desta Corte e do STJ.

3. Ação rescisória julgada improcedente.

(PROCESSO: 00113510820114050000, AR 6.751/RN, RELATOR P/ ACÓRDÃO: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO, Pleno, JULGAMENTO: 15/02/2012, PUBLICAÇÃO: DJe 07/03/2012 - Página 131)

Ademais disso, mesmo que se admitisse que o recorrente, de fato, participou de missões de vigilância durante a II Guerra Mundial, ainda assim não lhe caberia o que fora pleiteado.

Isso, pois conforme constante à fl. 61, ele já percebe benefício previdenciário de ex-combatente, nos moldes do art. 1º, inciso I, da Lei nº 5.698/71.

Dessa forma, apesar da pensão especial poder ser cumulada com benefícios previdenciários comuns, tal não é possível quando a aposentadoria já foi concedida com vantagens, considerando a condição de ex-combatente do beneficiário.

Decidir de maneira adversa significaria incorrer em vedado *bis in idem*, haja vista que tanto a pensão quanto a aposentadoria aqui em tela decorrem do mesmo fato gerador, qual seja, a situação de ex-combatente do autor.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. PENSÃO ESPECIAL DE EX-COMBATENTE (ART. 53 DO ADCT). ACUMULAÇÃO COM PENSÃO PREVIDENCIÁRIA DE EX-COMBATENTE. DESCABIMENTO.

1. O entendimento desta Corte é no sentido de não ser cabível acumular a pensão especial de ex-combatente do art. 53 do ADCT da CF/88, com a pensão por morte previdenciária de ex-combatente, por terem o mesmo fato gerador.

2. Recurso especial não provido.

(Superior Tribunal de Justiça - STJ. REsp - Recurso Especial - 1.357.680/PE. Rel: Min. Eliana Calmon. Órgão Julgador: Segunda Turma. DJe: 14/08/2013. UNÂNIME.)

PROCESSO CIVIL. PENSÃO DE EX-COMBATENTE. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 273, CAPUT, E INCISOS I E II, DO CPC. EXCEPCIONALIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA. INDEFERIMENTO DO PEDIDO.

1. O benefício ora pleiteado tem o mesmo fato gerador do benefício atualmente percebido pela autora (“pensão por morte de ex-combatente marítimo”).

2. Portanto, se a condição de ex-combatente já fora considerada para concessão, pelo INSS, de sua aposentadoria por tempo de serviço, não poderia ser novamente considerada para efeito de concessão de pensão de ex-combatente pela União em prol da autora, sob pena de *bis in idem*.

3. Logo, num juízo de cognição sumária, próprio das tutelas de urgência, não se verifica violação ao disposto no art. 4º da Lei nº 8.059/90, pois este, numa interpretação teleológica, visa a permitir a cumulação de pensão de ex-combatente com benefícios previdenciários de origem diversa, isto é, não oriundos do mesmo fato gerador.

4. “Embora o art. 53, II, do ADCT admita a percepção simultânea da pensão especial de ex-combatente com benefícios previdenciários, esta possibilidade deixa de existir quando os benefícios pleiteados são oriundos do mesmo fato gerador, qual seja a condição de ex-combatente, como ocorre no caso dos autos, em que a demandante percebe dos cofres do INSS pensão decorrente de aposentadoria por tempo de serviço de ex-combatente.” (APEL-REEX 00048661220114058400, Desembargador Federal Manoel Erhardt, TRF5 - Primeira Turma, DJe - Data: 14/11/2012 - Página: 322.)

5. Pedido de antecipação dos efeitos da tutela indeferido. (Tribunal Regional Federal da 5ª Região - TRF 5. AR - Ação Rescisória - 7.183/PE. Rel: Des. Fed. André Dias Fernandes. Órgão julgador: Pleno. DJe: 26/02/2013 - Página: 106. UNÂNIME.)

ADMINISTRATIVO. EX-COMBATENTE. VIÚVA. PENSÃO. BENEFÍCIO DA ESPÉCIE 23, ORIUNDO DO ART. 1º, I, DA LEI Nº 5.698/71. CUMULAÇÃO COM PENSÃO ESPECIAL (ART. 53 DO ADCT). IMPOSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM*.

1. Trata-se de apelação de sentença que julgou procedente o pedido da parte autora, reconhecendo-lhe o direito à cumulação de pensão por morte de ex-combatente (espécie 23) – concedida nos termos do art. 1º, I, da Lei nº 5.698/71 – com pensão especial de ex-combatente (art. 53 do ADCT), determinando ao INSS o restabelecimento da primeira com o pagamento das parcelas em atraso desde a cessação.

2. É possível a cumulação de benefício previdenciário de ex-combatente com a pensão especial de que trata o art. 53 do ADCT, mas para isto é imprescindível que se excluam as vantagens eventualmente acrescidas ao benefício previdenciário em função da condição de ex-combatente. A cumulação dos benefícios é possível, portanto, na medida em que se possa evitar a dupla utilização dessa circunstância.

3. A pensão previdenciária sob exame é aquela concedida nos termos do art. 1º da Lei nº 5.698/71, *in verbis*: O ex-combatente segurado da previdência social e seus dependentes terão direito às prestações previdenciárias, concedidas, mantidas e reajustadas de conformidade com o regime geral da legislação orgânica da previdência social, salvo quanto: I - ao tempo de serviço para aquisição do direito à aposentadoria por tempo de serviço ou ao abono de permanência em serviço, que será de 25 (vinte e cinco) anos.

4. O *plus* a beneficiar o ex-combatente, na hipótese, cuidou-se de redução, em 10 (dez) anos, do tempo de serviço necessário à aposentação. Tal benesse, concedida em razão de exibir o segurado a condição de ex-combatente, jamais poderia ser retirada sem comprometer a própria existência do benefício previdenciário, pois, caso assim se procedesse, não disporia o segurado de tempo de serviço suficiente sequer para aposentar-se proporcionalmente, nos termos da legislação ordinária de regência da previdência social.

5. Sendo inviável, na hipótese, destacar-se do benefício previdenciário as vantagens concedidas ao segurado ou seus pensionistas em função da qualidade de ex-combatente do instituidor, não há como se acolher o pleito de cumulação da pensão previdenciária com a pensão especial de que trata o art. 53 do ADCT.

6. Sem inversão dos ônus sucumbenciais face ao deferimento da justiça gratuita. Apelação do INSS provida. (Tribunal Regional Federal da 5ª Região - TRF 5. AC - Apelação Cível - 483.499/PE. Rel: Des. Fed. Cesar Carvalho. Órgão julgador: Primeira Turma. DJe: 16/06/2011 - Página: 283. UNÂNIME)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENSÃO ESPECIAL DE EX-COMBATENTE. CUMULAÇÃO COM PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE.

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

2. Caso em que, em sede de ação ordinária, a decisão agravada determinou a reativação do benefício de pensão por morte em favor da autora, a partir da competência de 04/2009, sob pena de multa diária de R\$ 200,00 em caso de descumprimento.

3. Ainda que a pensão especial de ex-combatente seja compatível (e cumulável) com benefícios previdenciários, incluindo nestes pensão por morte mantida pelo INSS, esta cumulação não é possível se o benefício previdenciário já se concedeu com benesses pertinentes à condição de ex-combatente do seu instituidor ou se já utilizado para integralização do tempo necessário à concessão da aposentadoria o mesmo fato gerador da concessão da pensão especial, como na hipótese dos autos, sob pena de incidir em autêntico *bis in idem*.

4. Agravo inominado não conhecido e agravo de instrumento provido.

(Tribunal Regional Federal da 5ª Região - TRF 5. AG - Agravo de Instrumento - 96.993/PE. Rel: Des. Fed. Paulo Roberto de Oliveira Lima. Órgão julgador: Terceira Turma. DJe: 23/11/2010 - Página: 423. UNÂNIME.)

Por tais fundamentos, julgo improcedente a presente ação rescisória.

Deixo de condenar o autor em verba honorária por litigar sob o amparo da justiça gratuita.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 134.621-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO (CONVOCADO)
Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: MARINALVA GONÇALVES DA SILVA
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Adv./Proc.: DR(A). YANNE GIGLIOLLA DE CARVALHO (AGRDA.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUXÍLIO-DOENÇA. PROVA MATERIAL FRÁGIL. NECES-SIDADE DE LAUDO PERICIAL JUDICIAL.

- Agravo de instrumento manejado em face da decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, determinando a concessão de

benefício de auxílio-doença à agravada.

- O auxílio-doença é um benefício previdenciário pago em decorrência de incapacidade temporária, devendo ser de curta duração, embora a lei não fixe prazo máximo de vigência; é renovável a cada oportunidade em que o segurado dele necessite. O benefício deve cessar quando houver a recuperação da capacidade para o trabalho, salvo quando o segurado for insuscetível de recuperação para a atividade habitual, caso em que deverá submeter-se a um procedimento de reabilitação profissional, que lhe possibilite o exercício de outra atividade que lhe assegure a subsistência, sendo aposentado por invalidez, no caso de ser considerado irrecuperável, nos termos do art. 62 da Lei nº 8.213/91.

- São requisitos para o recebimento do auxílio-doença: ser o beneficiário segurado do INSS; haver sido comprovado o cumprimento do período de carência; e a incapacidade para o trabalho por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, a teor do disposto nos arts. 59 e 60 da Lei nº 8.213/1991.

- A realização de perícia médica judicial é imprescindível para a verificação da ausência de capacidade laboral afirmada pela ora agravada, não bastando, para tanto, simples atestados médicos, como se observa à fl. 17 do processado. Agravo de instrumento provido.

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 ao agravo de instrumento, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 26 de novembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA
CANUTO - Relator Convocado

RELATÓRIO

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

Agravo de instrumento manejado em face da decisão da lavra do MM. Juiz de Direito da Vara Única de Cabrobó - Pernambuco, proferida nos autos do Processo nº 0000867-18.2013.8.17.0380, que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, determinando a concessão de benefício de auxílio-doença em favor do agravado.

Foi alegado pela agravante que, *verbis*:

a) “Inexistem nos autos quaisquer provas concludentes, capazes de contrariar o laudo exarado pelos peritos deste instituto, sendo ineptos quaisquer documentos ou atestados médicos juntados, para contrariar a perícia oficial efetuada pelo instituto réu, a qual possui presunção de legitimidade, até que o competente laudo pericial elaborado pelo perito designado pelo Juízo venha a desconstituir a verossimilhança dos fundamentos médico-periciais que culminaram no indeferimento do benefício autoral”. – fl. 5;

b) “Na espécie, sequer foi realizada a competente perícia médica determinada pelo Juízo, tendo a referida decisão sido proferida antes mesmo da citação do réu, ou seja, a decisão proferida fundamentou-se unicamente nos atestados e exames acostados aos autos pela parte autora”. – fl. 6;

c) “[...] verifica-se o deferimento da tutela pretendida com fulcro unicamente em atestados, muitos dos quais com sumária descrição da patologia apresentada, ausente inclusive eventuais prontuários ou fichas médicas que descrevam de forma mais pormenorizada o quadro clínico apresentado”. – fl. 7;

d) “Em relação à qualidade de segurado da autora, é imperativo esclarecer que as contribuições não se encontram no CNIS porque se trata de recolhimento realizado como Facultativo baixa

renda (código 1929), cuja contribuição é de 5% do salário mínimo. [...] Nessas situações os recolhimentos não migram automaticamente para o CNIS porque necessitam de prévia análise quanto ao atendimento dos requisitos legais que autorizam que o segurado realize contribuições nessa condição”. – fl. 7;

e) “[...] como o recolhimento da agravada como contribuinte de baixa renda não foi validado (fls. 18/19) elas não podem ser consideradas para avaliação da qualidade de segurado na DII. Dessa maneira, ausente a qualidade de segurada da agravada e indevida a tutela concedida”. – fl. 8.

Sem contraminuta.

É o relatório.

VOTO

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

Agravo de instrumento manejado em face de decisão que deferiu o pedido de antecipação de tutela, formulado pela autora/agravada, para determinar sua imediata inclusão como beneficiária do auxílio-doença.

O auxílio-doença é um benefício previdenciário pago em decorrência de incapacidade temporária, devendo ser de curta duração, embora a lei não fixe prazo máximo de vigência; é renovável a cada oportunidade em que o segurado dele necessite.

O benefício deve cessar quando houver a recuperação da capacidade para o trabalho, salvo quando o segurado for insuscetível de recuperação para a atividade habitual, caso em que deverá submeter-se a um procedimento de reabilitação profissional, que lhe possibilite o exercício de outra atividade que lhe assegure a subsistência, sendo aposentado por invalidez, no caso de ser considerado irrecuperável, nos termos do art. 62 da Lei nº 8.213/91.

Nesse contexto, são requisitos para o recebimento do auxílio-doença: ser o beneficiário segurado do INSS; haver sido comprovado o cumprimento do período de carência; e a incapacidade para o trabalho por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, a teor do disposto nos arts. 59 e 60 da Lei nº 8.213/1991; confira-se:

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

(...)

Art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz.

Tecidas essas considerações, passo à análise do que há nos autos.

Quanto à demonstração da incapacidade física, o que há nos autos são apenas cópias de atestados médicos, atestando a incapacidade laboral da agravada.

Penso que, no caso em comento, a realização de perícia médica judicial é imprescindível para a verificação da alegada incapacidade laboral referida pela agravada. O que há não é juridicamente suficiente, porquanto se cuida de simples atestados médicos, como se observa à fl. 17 do processado.

Em atenção a este contexto fático, e no exercício do múnus de dirigir o processo, disporia o magistrado do poder-dever de determinar, mesmo de ofício (art. 130 do CPC), as medidas necessárias para a produção da prova pericial, razão pela qual se tornou eivada de vício a decisão *a quo*, posto que o que há nos autos reclamaria a apreciação de matéria de fato sujeita a exame médico (prova pericial), imprescindível para a elucidação da controvérsia. A propósito, veja-se:

CONSTITUCIONAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA. NÃO COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA CONDIÇÃO DE DEFICIENTE. INEXISTÊNCIA DE PERÍCIA. NULIDADE DA SENTENÇA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO.

(...) Ressalte-se que, **em se tratando de benefício assistencial, a realização da perícia médica oficial torna-se imprescindível, com vistas à comprovação dos**

pressupostos que autorizam a concessão do benefício.

2. Deveria o MM. Juiz *a quo* ter determinado a realização de perícia médica de ofício, de acordo com o art. 130 do Código de Processo Civil, por meio da qual seria aferido se o apelado atende ou não aos requisitos exigidos para a configuração da condição de deficiente. Não o tendo feito, deve ser reconhecida, de ofício, a nulidade da sentença, vez que não se trata de hipótese de julgamento antecipado da lide, por ser a questão de mérito de direito e de fato, a qual necessita de produção de prova (art. 330 do Código de Processo Civil).

3. Reconhecimento, de ofício, da nulidade da r. sentença. Remessa oficial e apelação prejudicadas.

(APELREEX 200905990027680, Des. Fed. Francisco Cavalcanti, TRF5 - 1ª Turma, 26/10/2009) (destaquei)

E não é outro o entendimento da Terceira Turma deste eg. Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUXÍLIO-DOENÇA. PROVA MATERIAL FRÁGIL. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. NECESSIDADE.

1. Agravo de instrumento manejado em face da decisão que determinou ao agravante que procedesse ao restabelecimento do pagamento do auxílio-doença em favor da ora agravada, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais).

2. O auxílio-doença é um benefício previdenciário pago em decorrência de incapacidade temporária, devendo ser de curta duração, embora a lei não fixe prazo máximo de vigência; é renovável a cada oportunidade em que o segurado dele necessite. O benefício deve cessar quando houver a recuperação da capacidade para o trabalho, salvo quando o segurado for insuceptível de recuperação para a atividade habitual, caso em que deverá submeter-se a um procedimento de reabilitação profissional, que lhe possibilite o exercício de outra atividade que lhe assegure a subsistência, sendo aposentado por invalidez, no caso de ser considerado irrecuperável, nos termos do art. 62 da Lei nº 8.213/91.

3. São requisitos para o recebimento do auxílio-doença: ser o beneficiário segurado do INSS; haver sido comprova-

do o cumprimento do período de carência; e a incapacidade para o trabalho por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, a teor do disposto nos arts. 59 e 60 da Lei nº 8.213/1991.

4. A realização de perícia médica judicial seria imprescindível para a verificação da ausência de capacidade laboral afirmada pela ora agravada, não bastando para tanto, simples atestados médicos como se observa às fls. 21/22, 30, 57 e 62 do processado.

Agravo de instrumento provido.

(TRF - 5ª Região, AG 124.561/PE, Des. Federal Relator Geraldo Apoliano, Terceira Turma, Data do Julgamento: 28/06/2012, DJe: 26/07/2012) (destaquei)

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AUXÍLIO-DOENÇA. LAUDO PERICIAL JUDICIAL. AUSÊNCIA. PROVA INDISPENSÁVEL. DIREITO DE DEFESA. CERCEAMENTO. NULIDADE DA SENTENÇA.

1. A realização da perícia judicial é indispensável para a comprovação da incapacidade laborativa, a qual constitui um dos requisitos para a concessão do benefício auxílio-doença, na hipótese de não ter sido reconhecida expressamente na esfera administrativa.

2. O juiz sentenciante, ao julgar a lide sem determinar a realização da perícia médica, prova indispensável ao deslinde da presente demanda, deu ensejo ao cerceamento de defesa, justificando, assim, a nulidade da sentença guerreada.

3. Apelação e reexame necessário providos.

(TRF - 5ª Região, APELREEX 22.829-PB, Des. Federal Relator André Luis Maia Tobias Granja (Convocado), Terceira Turma, Data do Julgamento: 31/01/2013, DJe: 06/02/2013)

Em face dos argumentos acima expendidos, penso que a v. decisão *a quo* deva ser reformada, ante a insuficiência de prova da alegada incapacidade física da autora/agravada, em face da inexistência, nos autos, de laudo médico pericial a tal respeito.

Com essas considerações, dou provimento ao agravo de instrumento para reformar a decisão que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 135.081-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Agravante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Agravado: EDIVALDO RODRIGUES DE MELO
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Advs./Procs.: DRS. BIANCO SOUZA MORELLI E OUTROS (AGRTE.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO A ATACAR DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE BLOQUEIO MENSAL DA MARGEM CONSIGNÁVEL DOS VENCIMENTOS DO EXECUTADO, NO LIMITE MÁXIMO DE 30% (TRINTA POR CENTO) DE SUA REMUNERAÇÃO.

- A impenhorabilidade dos vencimentos, soldos ou retribuição de natureza salarial, começa e termina no órgão pagador. Quando este efetua o pagamento em conta bancária, a regra se altera. A impenhorabilidade desaparece, porque esta prevalece apenas na relação administração x servidor, a impedir a administração de qualquer desconto, a título de requisição de ordem judicial, sob o traço de penhora.

- Segundo a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, em contrato de empréstimo, o desconto em folha de pagamento não configura penhora vedada pelo art. 649, inciso IV, do Código de Processo Civil, nem encerra qualquer abusividade, não podendo ser alterada unilateralmente, porque é circunstância especial para facilitar o crédito (Embargos de Divergência no REsp 537.145, Min. Fernando Gonçalves, julgados em 26 de setembro de 2007) e essa interpretação, por óbvio, só se aplica quando em debate a validade da cláusula consignatória em folha de pagamento.

- Na Cédula de Crédito Bancário, sobressai o compromisso do emitente de efetuar o pagamento das prestações decorrentes da operação de crédito diretamente à Caixa, no vencimento da prestação, fl. 17, caso não ocorra o repasse do conveniente/empregador, em decorrência de suspensão temporária dos pagamentos de salário ou de benefício previdenciário.

- Caso em que não consta dos autos o mencionado convênio celebrado entre a Caixa e o Instituto e, mesmo que constasse, não houve a devida autorização, nem a averbação do título de crédito para fins de desconto em folha, sendo aferível do contracheque juntado que há inúmeros outros descontos em folha de pagamento, inclusive empréstimos bancários, cuja soma alcança o percentual de 30% [trinta por cento] da margem consignável dos vencimentos do servidor, restando, apenas, o valor de um real, passível de desconto, fl. 100.

- Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 10 de dezembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Agravo de instrumento interposto pela Caixa Econômica Federal, contra decisão do Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Sergipe, que, em sede de cumprimento de sentença, in-

deferiu o pedido de bloqueio mensal da margem consignável dos vencimentos do executado Edivaldo Rodrigues de Melo, no limite máximo de 30% [trinta por cento] de sua remuneração.

Alega que a decisão agravada poderá ocasionar prejuízo irreparável, com possibilidade de arquivamento do feito com baixa na distribuição. No mérito, a agravante argumenta que a regra da impenhorabilidade, nos moldes do art. 649, inc. IV, do Código de Processo Civil, não é absoluta, sendo cabível interpretação sistemática com outras normas constitucionais e legais, a exemplo do enriquecimento ilícito, previsto no art. 884 do Código Civil, e, da comprovada má-fé. Por fim, argumenta que houve autorização expressa do devedor quanto ao uso da margem consignável diretamente em folha de pagamento, razão pela qual requer o bloqueio mensal de 30% [trinta por cento] dos proventos, para fins de pagamento do débito contratual.

Não houve contraminuta.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

Em diversos julgados, tive a oportunidade de afirmar que, na impenhorabilidade dos vencimentos do servidor, seja civil, seja militar, capitulada na Lei Processual Civil, art. 649, inc. IV, está entendida a ocorrência de empeco para qualquer tipo de penhora ou de desconto junto ao órgão pagador.

Destarte, o julgador não pode, a título de penhora, proceder a qualquer exclusão dos vencimentos do servidor no seu ordenado, em obediência a requisição judicial. O ordenado, qualquer que seja o termo ou expressão, é impenhorável. Está bem claro o ângulo. Entendo que a impenhorabilidade dos vencimentos, soldos ou retribuição de natureza salarial, começa e termina no órgão pagador. Quando este efetua o pagamento em conta bancária, a regra se altera. Ao meu sentir, a impenhorabilidade desaparece, porque esta prevalece apenas na relação administração x servidor, a impedir a administração de qualquer desconto, a título de requisição de ordem judicial, sob o traço de penhora.

No momento em que o ordenado é depositado na conta corrente do servidor, em instituição bancária, a impenhorabilidade desaparece, ou, pelo menos, se flexibiliza, para admitir a sua penhora, no limite de trinta por cento, como a jurisprudência, emanada dos tribunais de justiça, já admite, de acordo com as citações efetuadas pela agravante em sua inicial.

Reafirmando os mesmos termos da decisão que proferi, ao analisar a concessão do efeito suspensivo, devo salientar que o título executivo extrajudicial em questão, segundo seus termos, consiste em Cédula de Crédito Bancário, emitido por Edivaldo Rodrigues de Melo, ora agravado, em favor da Caixa Econômica Federal, ora agravante, fls. 15-20.

Na disposição da cláusula primeira do título de crédito, lê-se a concessão de um empréstimo sob consignação em folha de pagamento, a ser restituído pelo emitente, ora agravado, nas épocas próprias, nas condições fixadas no título de crédito e conforme convênio assinado entre a Caixa e o convenente/empregador (Instituto Nacional da Seguridade Social), não havendo dúvidas quanto ao pleno conhecimento das condições conveniadas, fl. 15.

De outra linha, o § 3º da cláusula quarta, dispõe que a restituição do valor do empréstimo será feita mediante desconto das prestações em folha de pagamento do emitente, ora agravado, averbadas junto ao convenente/empregador, com vencimento corresponde ao dia de crédito do salário, conforme estabelecido no convênio firmado entre a Caixa e o convenente/empregador, fl. 16.

É de se observar que o agravado recebe seus rendimentos do Instituto Nacional de Seguro Social, mas não consta dos autos o mencionado convênio celebrado entre a Caixa e o Instituto e, mesmo que constasse, noto que não houve a devida autorização, nem a averbação do título de crédito para fins de desconto em folha, tanto que, pelo contracheque juntado, há inúmeros outros descontos em folha de pagamento, que somam o total de um mil, duzentos e setenta e nove reais e trinta centavos, inclusive empréstimos bancários, que alcançam o percentual de 30% [trinta por cento] da margem consignável dos vencimentos do servidor, restando, apenas, o valor de um real, passível de desconto, fl. 100.

É certo que, segundo a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, em contrato de empréstimo, o desconto em folha de pagamento não configura penhora vedada pelo art. 649, inciso IV, do Código de Processo Civil, nem encerra qualquer abusividade, não podendo ser alterada unilateralmente, porque é circunstância especial para facilitar o crédito (Embargos de Divergência no REsp 537.145, Min. Fernando Gonçalves, julgados em 26 de setembro de 2007) e essa interpretação, por óbvio, só se aplica quando em debate a validade da cláusula consignatória em folha de pagamento.

No caso concreto, o que está delineado na Cédula de Crédito Bancário, é que o emitente se compromete, caso não ocorra o repasse do conveniente/empregador, em decorrência de suspensão temporária dos pagamentos de salário ou de benefício previdenciário, a efetuar o pagamento das prestações decorrentes desta operação de crédito diretamente à Caixa, no vencimento da prestação, fl. 17.

No mais, ainda que o servidor, em título de crédito extrajudicial, autorize a consignação em folha de pagamento, a margem consignável não pode ser superior a 30% do valor consignável.

Ressalte-se que a averbação da consignação em folha submete-se a procedimento administrativo próprio, no qual, inclusive, deve ser observado o limite consignável respectivo, que no caso dos autos já foi atingido, conforme indica seus comprovantes de rendimentos, fls. 99-100.

Por este entender, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº
0802073-76.2013.4.05.0000 (PJe)**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Agravante: UNIÃO
Agravado: ROBERVAL ROCHA FERREIRA FILHO
Adv./Proc.: DR. BRUNO SANTOS CUNHA (AGRDO.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIVULGAÇÃO DE NOTÍCIA EM SITE INSTITUCIONAL DA AGU. USO INADEQUADO DE EXPRESSÃO. RETIRADA DE CIRCULAÇÃO. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DE ASTREINTES CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. DESCABIMENTO.

- Caso em que se agrava de instrumento contra decisão interlocutória que, nos autos de ação cautelar, deferira a liminar requestada, determinando que fosse retirada certa notícia versada na mídia eletrônica da Advocacia Geral da União intitulada “AGU ASSEGURA CONDENAÇÃO DE FALSIFICADORES DO LIVRO ‘A CONSTITUIÇÃO E O SUPREMO’ DO STF”, não devendo essa subsistir em nenhum site institucional ou outro meio de comunicação institucional da União Federal, sob pena de multa diária (astreintes) de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), além de que fossem fornecidas certas informações a respeito do alcance de emails do Boletim Eletrônico e de outros meios de comunicação institucional, pelo Facebook, Twitter.

- Claramente, o título dado à notícia veiculada pela Advocacia Geral da União (AGU) em seus sítios eletrônicos institucionais e em outros meios de comunicação institucional fora de um tom irresponsável e desmedido, mormente quando não houvera o trânsito em julgado do processo a que se referira tal reportagem jornalística.

- Não há falar em manutenção de notícia, em sites institucionais de órgãos públicos, mesmo quando tratem de processo verídico e em curso, quando, por meio de tal veiculação, provoca-se um gravame imensurável, em tese, ao indivíduo a que se refere, ferindo até mesmo alguns direitos personalíssimos desse, como a honra, intimidade, vida privada, etc. Note-se que o setor responsável pela comunicação social da instituição AGU se utilizara, equivocadamente, de termo que faz alusão à responsabilidade criminal, qual seja, o de “falsificadores”, quando, em verdade, o processo a que diz respeito a notícia trata somente de responsabilização cível, tratando da publicação e comercialização de cópia não autorizada.

- É indevida a aplicação de multa cominatória (astreintes), no valor de R\$ 5.000,00, contra a União. Fácil é de se ver seu descabimento quando em jogo o cumprimento de obrigação pelo Estado, principalmente quando o cumprimento exige recursos financeiros nem sempre existentes. Houvesse, na hipótese, a demonstração de que o descumprimento decorre de má vontade do administrador, pensar-se-ia defensável a tese da aplicação de multa ao desidioso. Mas disso não se cogita. O cumprimento da obrigação reclama a atuação de vários servidores, inclusive depende da receita tributária do exercício e das forças do orçamento. O administrador tem seu agir integralmente balizado por dispositivos legais, mercê da natureza fechada do princípio da legalidade em Direito Administrativo. Assim, nem sempre basta o desejo do administrador para que se cumpra a obrigação.

- A fixação da multa, sobre ser imprópria, eis que não está em jogo a influência psicológica no ânimo da administração, que de resto nem ânimo tem, é inútil, porquanto as dificuldades que de-

terminavam o descumprimento não desaparecem com a punição. O que tem se verificado é a repercussão das multas em estranha e indevida transferência de recursos públicos para os particulares. Efetivamente executadas ao final as multas, quando a administração venha a finalmente cumprir a obrigação, dar-se-á enriquecimento sem causa do exequente em detrimento da coletividade, posto que os recursos públicos são recursos de todos e de cada um. Os valores objeto da multa se retiram da receita tributária que financiaria serviços e obras públicas.
- Agravo de instrumento parcialmente provido, apenas para afastar a aplicação da multa diária imposta à União.

ACÓRDÃO

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

Recife, 26 de novembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Trata-se de agravo de instrumento manejado pela UNIÃO contra decisão interlocutória proferida pelo Juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco que, nos autos de ação cautelar, deferira a liminar requestada, determinando que: i) fosse retirada, no prazo de 48 h (quarenta e oito horas), certa notícia versada na mídia eletrônica da Advocacia Geral da União intitulada “AGU ASSSEGURA CONDENAÇÃO DE FALSIFICADORES DO LIVRO ‘A

CONSTITUIÇÃO E O SUPREMO' DO STF", não devendo essa subsistir em nenhum *site* institucional ou outro meio de comunicação institucional da União Federal, sob pena de multa diária (astreintes) de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais); ii) fosse apresentada a informação de quantos *emails* estão cadastrados no Boletim Eletrônico dessa instituição; iii) fosse noticiado se, além dessas páginas institucionais na internet, de conta no *Facebook*, no *Twitter*, haveria mais algum meio de comunicação social institucional do órgão em que tenha sido divulgada a notícia em questão.

Entendera o *decisum* objurgado, nas razões de decidir, que, em seu convencimento sumarizado, acreditara ter sido irresponsável o emprego da palavra "falsificadores", utlizada no título do texto impugnado, não espelhando a realidade registrada nos autos da ação que visava resguardar os direitos autorais do Supremo Tribunal Federal, posto que a obra "A Constituição e o Supremo", elaborada por servidores do STF, fora copiada pelo livro "A Constituição segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", efetivada pelo agravado, não havendo, em momento algum, a referência à falsificação em tal demanda, e sim de publicação e comercialização de cópia não autorizada, portanto, indevida. Ademais, enquanto a discussão travada no processo civil diz respeito a direito autoral, especificamente, se a obra é de domínio público ou não, a AGU deixara transparecer possível responsabilização criminal, o que é descabido.

Sustenta a União agravante, em suas razões recursais, em síntese, que a divulgação de notícia ou crítica acerca de atos ou decisões do Poder Público, o que inclui decisões proferidas pelo órgãos judiciários, a princípio, não configuram abuso no exercício da liberdade de imprensa, ainda que seu conteúdo seja desfavorável aos interesses de determinado indivíduo (parte ou não de processo), desde que, na divulgação de notícia ou crítica, inspirada no interesse público, não seja prevalente o *animus injuriandi vel diffamandi*. Infere, ademais, que há proteção constitucional ao direito de livre manifestação do pensamento, além da liberdade de expressão e de informação, amparadas também por essa Carta Magna.

Alega, ainda, que, em regra, não caracteriza hipótese de responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística que narre

fatos verídicos ou verossímeis, ainda que eivados de opiniões severas, irônicas ou impiedosas, e quando a notícia e a crítica fizerem alusão a fatos de interesse geral. Nessas hipóteses, a liberdade de expressão, em seu entender, deve prevalecer, dado que atrai verdadeira excludente anímia e afasta o intuito doloso de ofender a honra da pessoa a que diz respeito a reportagem publicada.

Afirma, a par disso, que, no tangente à expressão “falsificadores”, encontrada no título da notícia, o texto fora elaborado por jornalista e os textos jornalísticos são feitos para o público leigo, não devendo se encarar ou atribuir significação de conceitos técnicos jurídicos ao léxico empregado pelos profissionais que redigem tais manchetes. Frisa, por oportuno, que, em momento algum, a administração publicou informações inverídicas ou contrárias ao que já fora decidido em sede de demanda judicial, sendo tal notícia veiculada fiel à decisão judicial e aos fatos incidentes no processo.

Aduz, por fim, o descabimento da imposição de multa à União em face de possível descumprimento de obrigação de fazer, porquanto seja essa ente da Fazenda Pública, sendo incompatível com a sistemática de atuação dos órgãos públicos a aplicação das astreintes, uma vez que há por se desenvolver todo um trâmite administrativo, não se podendo determinar um prazo específico para tanto, o que oneraria ainda mais os cofres públicos.

Foram apresentadas as contrarrazões pela parte agravada dentro do prazo legal.

É o relatório.

VOTO

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

Entendo que só assiste razão à União agravante em parte.

É que, como bem destacara o *decisum* vergastado, o título dado à notícia veiculada pela Advocacia Geral da União (AGU) em seus sítios eletrônicos institucionais e em outros meios de comunicação institucional fora de um tom irresponsável e desmedido, mormente quando não houvera o trânsito em julgado do processo a que se referira tal reportagem jornalística.

Não há falar em manutenção de notícia, em *sites* institucionais de órgãos públicos, mesmo quando tratem de processo verídico e em curso, quando, por meio de tal veiculação, provoca-se um gravame imensurável, em tese, ao indivíduo a que se refere, ferindo até mesmo alguns direitos personalíssimos desse, como a honra, intimidade, vida privada etc. Note-se que o setor responsável pela comunicação social da instituição AGU se utilizara, equivocadamente, de termo que faz alusão à responsabilidade criminal, qual seja, o de “falsificadores”, quando, em verdade, o processo a que diz respeito a notícia trata somente de responsabilização cível, tratando da publicação e comercialização de cópia não autorizada.

É certo que os profissionais responsáveis pelo setor jornalístico se preocupam em empregar termos que sejam acessíveis à população como um todo, entretanto é necessário, mesmo assim, uma análise minuciosa de qualquer expressão que possa vir a causar certo gravame a quem quer que seja, devendo, desta feita, ser retificada de pronto.

D’outra banda, no que atine à aplicação de multa cominatória (astreintes), no valor de R\$ 5.000,00, penso ser descabida.

É que a cominação de multa contra a Fazenda Pública, ressalte-se, de logo, não encontra resposta direta em dispositivo legal, dado que aqueles que preveem as astreintes não descem ao detalhe de prescrevê-la ou vedá-la quando em jogo o cumprimento de obrigações pelo poder público. A solução, portanto, há de ser buscada no exame da essência do instituto, perscrutando-lhe a finalidade e o sentido.

A fixação de multa tem o nítido objetivo de constranger o devedor a cumprir a obrigação.

Visa minar-lhe a resistência, afastar a teimosia, dobrar-lhe a têmpera. Pressupõe, portanto, o ânimo de resistir ao cumprimento da obrigação, e ânimo, resistência, teimosia, são atributos das pessoas físicas.

Não têm as astreintes o sentido punitivo, dado que este é alcançado pelos juros moratórios e pela multa comum. A incidência repetida e cumulativa das astreintes lhe denunciam a destinação.

Também não guarda relação com eventual recomposição do patrimônio do devedor desfalcado com o atraso, objetivo de que cuidam os juros remuneratórios, as indenizações, a correção monetária e outros.

Definida a finalidade e a natureza das astreintes, fácil é de ver-se seu descabimento quando em jogo o cumprimento de obrigação pelo Estado, principalmente quando o cumprimento exige recursos financeiros nem sempre existentes. Houvesse, na hipótese, a demonstração de que o descumprimento decorre de má vontade do administrador, pensar-se-ia defensável a tese da aplicação de multa ao desidioso. Mas disso não se cogita. O cumprimento da obrigação reclama a atuação de vários servidores, inclusive depende da receita tributária do exercício e das forças do orçamento. O administrador tem seu agir integralmente balizado por dispositivos legais, mercê da natureza fechada do princípio da legalidade em Direito Administrativo. Assim, nem sempre basta o desejo do administrador para que se cumpra a obrigação.

A fixação da multa, sobre ser imprópria, eis que não está em jogo a influência psicológica no ânimo da administração, que de resto nem ânimo tem, é inútil, porquanto as dificuldades que determinavam o descumprimento não desaparecem com a punição. O que tem se verificado é a repercussão das multas em estranha e indevida transferência de recursos públicos para os particulares. Efetivamente executadas ao final as multas, quando a administração venha a finalmente cumprir a obrigação, dar-se-á enriquecimento sem causa do exequente em detrimento da coletividade, posto que os recursos públicos são recursos de todos e de cada um. Os valores objeto da multa se retiram da receita tributária que financiaria serviços e obras públicas.

É gravíssimo o problema, e o Judiciário tem que ser dotado de mecanismos eficazes para assegurar o cumprimento das sentenças. Este é um dos seus maiores desafios. A multa, porém, nem é eficaz, nem justa, nem encontra base no sistema jurídico vigente.

Mercê do exposto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento, apenas para afastar a aplicação da multa diária imposta à União.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA Nº 68-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
(PRESIDENTE)
Requerente: ESTADO DE PERNAMBUCO
Requeridos: ANTÔNIO JORDÃO DE OLIVEIRA NETO E LILIANE
MEDEIROS VIANA PERITORE
Agravante: ANTÔNIO JORDÃO DE OLIVEIRA NETO
Parte Int.: UNIÃO
Advs./Procs.: DRS. THIAGO ARRAES DE ALENCAR NORÕES E
OUTROS (REQTE.) E MAURO ANDRÉ FEITOSA
DE AZEVEDO (REQDOS.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA. AÇÃO POPULAR. LEI Nº 4.717/65. PRETENSO CONTROLE DE ATO ADMINISTRATIVO QUE HAVIA FECHADO SERVIÇO DE SAÚDE INEFICAZ. TENTATIVA DE REABERTURA AO ARGUMENTO DE CARÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PROVAS. ART. 37 DA CF/88. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA DO SERVIÇO PÚBLICO. VIOLAÇÃO. SENTENÇA QUE, ALÉM DE JULGAR NULA A NOMEAÇÃO DE SECRETÁRIO DE SAÚDE POR ATO DO GOVERNADOR DO ESTADO, ORDENOU QUE A AUTORIDADE O DESLIGASSE DO SERVIÇO PÚBLICO ANTES MESMO DO PRAZO DO APELO E, POIS, DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. ART. 2º DA CF/88. DESOBEDIÊNCIA.

- É cabível suspender-se a eficácia da sentença que, em ação popular, determinou a reabertura de serviço público médico fechado pela administração à alegação de ineficiência, em cuja ação não se fez prova contrária. Violação ao princípio da eficiência, consagrado no art. 37 da CF/88.

- Ainda que a sentença haja declarado a nulidade da nomeação do Secretário da Saúde, de livre

escolha do Governador do Estado, não se pode determinar à autoridade que o afaste do serviço antes do trânsito em julgado da decisão. Ofensa ao princípio constitucional albergado no art. 2º da Constituição da República: autonomia dos Poderes.

- Rejeição do argumento dos agravantes no sentido de que seria inconstitucional o art. 19 da Lei nº 4.717/65. Alegação que não se insere como questão fundamental para a decisão proferida, de cunho político-institucional, e não jurídica.

- Agravo regimental ao qual se nega provimento. Suspensão da eficácia da sentença até o trânsito em julgado.

ACÓRDÃO

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

Recife, 4 de dezembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS (Presidente):

Cuida-se de agravo regimental interposto por ANTÔNIO JORDÃO DE OLIVEIRA NETO e outra em face da decisão com que deferi a suspensão da execução da sentença por meio da qual o il. Juízo da 1ª Vara/PE, nos autos da Ação Popular nº 0020334-25.2011.4.05.8300, julgou procedente ação popular para declarar:

a) a nulidade do ato de fechamento do CTMO/HEMOPE, até que seja regularmente transferido o serviço respectivo nos termos dos objetivos da Concorrência Pública 0001/2013-Estado de Pernambuco e sem prejuízo da comple-

mentaridade de serviços nosocomiais privados, determinando, outrossim, a sua imediata reabertura; e

b) a nulidade do ato de nomeação do Secretário de Estado de Saúde, Sr. Antônio Carlos Figueira, ordenando que o mesmo seja imediatamente afastado do cargo em regime de confiança que exerce no segundo escalão administrativo.

Alegam que o ESTADO DE PERNAMBUCO, valendo-se de grande esforço retórico, sustenta que a reabertura imediata do Centro de Transplantes de Medula Óssea poderá causar caos na prestação do serviço público correlato, mas não demonstra, de forma objetiva, como isso ocorreria.

Ressaltam que o procedimento do pedido de suspensão não comporta a reavaliação do mérito da ação popular, já que não se trata de recurso. Concluem, assim, que seria impossível fazer uma nova cognição de matéria tão complexa, que levou dois anos para ser instruída e julgada, em apenas algumas horas.

Anotam ser inútil afirmar-se que o Centro de Transplantes de Medula Óssea foi fechado porque o serviço era dispendioso e ineficaz, sendo mais vantajoso firmar contrato com o Hospital Português, uma vez que tal matéria não é objeto do pedido de suspensão. Da mesma forma, seria inadequado, em sua ótica, sustentar-se que o Secretário de Saúde é homem íntegro ou técnico, pois nada disso está em causa no momento.

Afirmam, nessa perspectiva, que, nada obstante tenha tido oportunidade de demonstrar a legalidade e moralidade de sua atuação, o agravado não logrou comprovar que a contratação dos serviços públicos de saúde se deu mediante prévia licitação, tampouco se deu ao trabalho de negar a incompatibilidade dos interesses do Sr. ANTÔNIO FIGUEIRA com o cargo que lhe fora outorgado.

Entendem, ainda, que, nada obstante o art. 19 da Lei nº 4.717/65 estabeleça que o recurso de apelação em ação popular será recebido com efeito suspensivo, tal dispositivo não foi recepcionado pela atual Constituição da República, de vez que a chamada “Lei da Ação Popular” foi editada muito antes da nova ordem constitucional, não acompanhando, portanto, evolução social ocorrida

desde então. Acrescentam que a demora natural do processo resultaria na pouca eficácia prática da sentença, considerando que tanto o Governador do Estado quanto o próprio Secretário de Saúde provavelmente irão concorrer a outros cargos nas vindouras eleições.

Requerem, portanto, a reconsideração do *decisum* ou, quando não, a submissão do agravo ao Pleno desta Corte, com a consequente reforma do ato desta Presidência, no exercício da contracautela política, de modo que a sentença seja imediatamente cumprida (fls. 114-119).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS (Relator Presidente):

Conforme sumariado, o que está a se apreciar, na presente ocasião, é o recurso de agravo interposto pelos particulares em face da decisão com que esta Presidência, no exercício da contracautela político-institucional, suspendeu os efeitos de sentença proferida na Ação Popular nº 0020334-25.2011.4.05.8300, por meio da qual o Juízo da 1ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco acolheu o pedido para declarar:

a) a nulidade do ato de fechamento do CTMO/HEMOPE, até que seja regularmente transferido o serviço respectivo nos termos dos objetivos da Concorrência Pública 0001/2013-Estado de Pernambuco e sem prejuízo da complementaridade de serviços nosocomiais privados, determinando, outrossim, a sua imediata reabertura; e

b) a nulidade do ato de nomeação do Secretário de Estado de Saúde, Sr. Antonio Carlos Figueira, ordenando que o mesmo seja imediatamente afastado do cargo em regime de confiança que exerce no segundo escalão administrativo.

Por evidente, no exame de pedidos de suspensão, não há que se cogitar de lesão à ordem jurídica – cabendo apreciar-se, porém, se houve lesão à ordem pública, mais abrangente – nem, tampouco, de questões alusivas ao mérito da controvérsia, pois

que estas matérias são suscetíveis de discussão nas vias recursais ordinárias, instrumentos que notoriamente permitem a verificação do acerto ou desacerto da decisão impugnada.

Em outras palavras, a decisão, de cunho político-institucional, que se procede em decorrência de tal cotejo não traduz um pronunciamento da Presidência que se sobreponha ao próprio provimento jurisdicional impugnado. Nessa linha de raciocínio, a suspensão dos efeitos da sentença limita-se, unicamente, a apreciar se há manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Não importa, por conseguinte, a reforma do ato judicial vergastado, daí porque a cognição levada a efeito revela-se diferente daquela observada no julgamento dos recursos.

Assentadas tais premissas, passo ao enfrentamento das razões do agravo, constatando que, muito embora os agravantes sustentem ter o Estado de Pernambuco apresentado apenas “pálidas razões”, em linguajar próprio de quem está afeto ao trato da saúde, com o acréscimo de que isso teria sido feito de forma exclusivamente retórica, tenho que incursionam na esfera jurídica e, nesta província, não apresentam higidez de argumentos suficiente para lograr a reforma da decisão agravada.

Ainda que não caiba, nesse momento, a apreciação da questão de mérito – como já se registrou – não se pode desconhecer que os agravantes sustentaram, no parágrafo seguinte do seu arazoado “... que de nada vale dizer que o Centro de Tratamento de Medula Óssea foi fechado porque o serviço era caro, ruim e ineficaz. Nem afirmar que o contrato com o Hospital Português para prestar tal serviço foi, ou é, melhor porque lá é tudo bom, eficaz e barato. Não. Isso não é nem pode ser debatido, pois não é o objeto do pedido de suspensão ...” (Cf. fl. 117). Cometeram engano insuperável porque buscaram controlar – através de ação popular – a administração pública e, hodiernamente, esse controle não pode exercer-se tão somente no plano da burocracia, mas com atenção, sobretudo, ao plano gerencial, quando se obriga o administrador a se submeter ao princípio da eficiência, o qual já era exigência infralegal prevista nos artigos 13 e 25, V, do Decreto-lei nº 200/67, na Lei de Concessões e Permissões (Lei nº 8.987/95, arts. 6º e 7º)

e no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, arts. 4º, VII, 6º, VII e X, e 22) e hoje está ostentado no art. 37, *caput*, da Constituição da República.

Ou seja, o controle jurídico da administração não pode deixar de considerar “a exigência de que os gestores da coisa pública não economizem esforços no desempenho de seus encargos, de modo a otimizar o emprego dos recursos que a sociedade destina para satisfação das suas múltiplas necessidades: numa palavra, que pratiquem ‘boa administração’, de que falam os publicistas italianos” (Cf. Gilmar Ferreira Mendes *et alii*, “Curso de Direito Constitucional”, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 969).

Nessa perspectiva, a pretensão de substituir-se ao administrador público para obrigá-lo a reabrir o Centro de Transplantes de Medula Óssea, que havia sido fechado por ineficiência, implica – necessária e indispensavelmente – a demonstração de que isso não ocorria e a negação – pura e simples dessa discussão – revela a fragilidade das razões recursais, o que, para o que nos interessa, desnuda a carência de fundamentação com o que se pretende agredir – de modo tão violento – a ordem pública.

Não se diga que essas lições se limitam ao plano doutrinário, posto já se ter reconhecido que “A inserção do princípio da eficiência, ao lado dos vetores clássicos da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, calçou-se no argumento de que o aparelho estatal deve se revelar apto para gerar benefícios, prestando serviços à sociedade e respeitando o cidadão contribuinte” (Cf. Uadi Lammêgo Bulos, “Constituição Federal Anotada”, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 582). É que houve, no mundo moderno, formidável evolução na administração pública – determinante da recepção desse novo princípio da eficiência no seio da Constituição –, como uma forma de extremá-la da forma de administração anterior, terrivelmente presa à burocracia. A respeito desse fenômeno, já se observou o seguinte:

Enquanto a administração pública burocrática concentra-se no processo, em definir procedimentos para a contratação de pessoal, para a compra de bens e serviços; e em satisfazer as demandas dos cidadãos, a administração pública gerencial orienta-se para os resultados. A burocracia

cia atenta para o processo, sem considerar a alta ineficiência envolvida, porque acredita que este seja o modo mais seguro de evitar o nepotismo e a corrupção. Os controles são preventivos, vêm *a priori* (grifos nossos)” (Cf. Luís Carlos Bresser Pereira, *in* “Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado”, artigo inserto em obra coletiva “Reforma do Estado e Administração Pública, organizado por ele e por Peter Spink, Fundação Getúlio Vargas Editora, 2001, 4ª ed., p. 28).

Nem se afirme, tampouco, que se trata de mera novidade doutrinária, seja porque já não é tão nova – a Constituição é de 1988 –, seja porque já há inúmeros acórdãos aludindo, expressamente, ao princípio. Tanto é assim que, na já referida obra de Uadi Lammêgo Bulos, onde se encontrou uma das informações doutrinárias supracitadas, pode ser encontrada a seguinte referência:

Princípio moderno da função administrativa, a eficiência equivale a um reclamo contra a burocracia estatal, sendo uma tentativa para combater a malversação dos recursos públicos, a falta de planejamento, os erros repetidos através de práticas gravosas. Daí ter reconhecido o Superior Tribunal de Justiça que cabe ao Estado exercer o poder indeclinável de regular e contratar os serviços públicos, exigindo sempre sua **atualização e eficiência** (novo grifo nosso), em respeito ao público. (Cf. Uadi Lammêgo Bulos, *ob. cit.*, p. 582, com remissão ao seguinte precedente do STJ: RMS 7.730/96/RS, rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, *DJ 1*, de 27-10-1997, p. 54720)

No conteúdo da sentença objeto do pedido de suspensão, pode ser encontrada uma característica elementar: contém ordem judicial expedida ao Exm^o Sr. Governador do Estado de Pernambuco, tanto para demitir o Secretário da Saúde por ele escolhido, quanto para reabrir um serviço médico que fora considerado ineficiente. Conquanto se possa identificar tais determinações como resultantes de um ato jurisdicional, o imediato implemento delas, antes de escoado o prazo para o oferecimento de qualquer recurso, se revela como ato de viés político, agredindo – violentamente – o princípio da separação dos poderes albergado no art. 2º da CF/88, o que corresponde, sim, a um maltrato à ordem pública, que pode e dever ser apreciado por esta Presidência.

Finalmente, rejeito o argumento dos agravantes no sentido de que seria inconstitucional o art. 19 da Lei nº 4.717/65, porque tal alegação não se insere como questão fundamental para a decisão proferida, de cunho – já se disse – político-institucional, e não jurídica, assunto que poderá merecer apreciação do Juízo próprio, quando do julgamento do apelo.

Por tais fundamentos, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 26.819-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO (CONVOCADO)
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: JOSEFA COSMO BATISTA
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DR. FRANCISCO WILLIAM BRAGA ROCHA

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. NULIDADE DA SENTENÇA POR VIOLAÇÃO AO ART. 47 DO VIGENTE CPC. INOCORRÊNCIA. A HIPÓTESE DOS AUTOS NÃO É DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. DESCONTOS REALIZADOS PELO INSS NA APOSENTADORIA DA APELADA A TÍTULO DE PAGAMENTO DE EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS. VALORES DESCONTADOS A MAIOR. ILEGALIDADE. RESTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AJUSTADOS PARA 10% (DEZ POR CENTO) SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. OBSERVÂNCIA DA SÚMULA Nº 111 DO STJ. JUROS MORATÓRIOS. ISENÇÃO DO INSS NAS CUSTAS PROCESSUAIS. PARTE CONTRÁRIA ATUANDO SOB O PÁLIO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA.

- *Apelação interposta em face de sentença que julgou procedente, em parte, o pleito autoral, consistente na determinação ao INSS-apelante da interrupção dos descontos procedidos indevidamente a título de pagamento de empréstimos consignados em seu benefício de aposentadoria.*

- *A alegação de nulidade da sentença por violação ao art. 47 do vigente Código de Processo Civil não se sustenta. De acordo com o citado artigo, haverá a ocorrência de litisconsórcio necessário quando “por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes”.*

- *Hipótese que não se subsume àquelas referenciadas no supracitado art. 47 do CPC, não sendo o caso, portanto, de litisconsórcio necessário. O que se está discutindo não são os empréstimos consignados em si, mas, tão somente, a ilegalidade dos descontos efetuados pelo apelante no benefício da apelada, de modo que não há que se falar em necessidade de citação da instituição bancária. Precedente do eg. TJRS: Embargos Infringentes Nº 70046881652, Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, julgado em 09/03/2012.*

- *No mérito, cinge-se à discussão a respeito de dois pontos controvertidos, quais sejam, (1) a existência de outros empréstimos consignados a que a apelada tenha se beneficiado e (2) a legalidade dos descontos procedidos pelo apelante na aposentadoria da segurada.*

- *Extrato bancário da apelada em que se observa que no mês de fevereiro de 2007, foi depositada, a título de pagamento de seu benefício, a quantia de R\$ 245,93 (duzentos e quarenta e cinco reais e noventa e três centavos), embora o valor*

do provento de sua aposentadoria fosse de R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), o valor do salário mínimo na época, o que leva à conclusão de que a apelada sofreu um desconto de R\$ 104,07 (cento e quatro reais e sete centavos) nesta aludida competência.

- Documento de fl. 23 informa que a apelada contraiu um empréstimo consignado no valor de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), com parcelas mensais no importe de R\$ 24,14 (vinte e quatro reais e quatorze centavos), valor este que se encontra em clara dissonância com a quantia que foi descontada pelo apelante no referido período.

- O INSS-apelante não contestou a presente demanda, não trazendo, assim, nenhum elemento fático ou jurídico que viesse, porventura, a descaracterizar a sua responsabilidade no presente caso.

- Mérito não combatido deixou sem resposta a questão concernente à diferença entre os valores da prestação do empréstimo consignado e aquele que foi efetivamente descontado na conta da apelada na competência de Fevereiro de 2007.

- Ressai dos autos, a informação de que a apelada contraiu um empréstimo consignado no valor de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), com parcelas mensais no importe de R\$ 24,14 (vinte e quatro reais e quatorze centavos), e que o desconto efetuado, pelo INSS-apelante, no mês de fevereiro de 2007 – de R\$ 104,07 (cento e quatro reais e sete centavos) – supera em muito esse valor, o que leva à conclusão de que o apelante é, de fato, o responsável por descontar valores indevidamente do benefício de aposentadoria da apelada, merecendo ser compelido, portanto, a restituir os valores que indevidamente subtraiu.

- Fundamentos elaborados pela MM. Juíza, os

quais também adoto como razão de decidir, in verbis: “(...) diante da ausência de informações da ré sobre como foi originada a dívida que redundou no desconto em exame, estão desobedecidas as formalidades determinadas nos incisos I e II do artigo 1º da IN 121/2005, posto que a consignação somente é legítima quando autorizada pelo próprio titular do benefício e firmada perante a própria instituição financeira. Portanto, não há nos autos prova de que tenha sido depositado na conta bancária da autora o valor supostamente emprestado à mesma, assim como, não há prova da autora ter autorizado expressamente os descontos operados em seus proventos (...)” – fl. 86.

- Juros moratórios fixados em 0,5% ao mês, a partir da citação. Permanecem sendo calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. Julgamento do STF da ADI nº 4357 e da ADI nº 4425, em 14/03/13, quando da declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/2009, não teria atingido a disposição alusiva aos juros.

- Verba honorária ajustada para 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação (art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC), com a observância da Súmula no 111 do STJ.

- A Lei nº 9.289/96, que dispõe sobre as custas devidas à União, na Justiça Federal de primeiro e segundo graus, estatui em seu art. 1º, § 1º, verbis: “Rege-se pela legislação estadual respectiva a cobrança de custas nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição federal”.

- No caso em análise, a ação tramitou originalmente na Vara Única, da Comarca de São Luís do Curu/CE. Observa-se que, mesmo estando o juízo de primeiro grau investido de jurisdição

federal, a norma a ser seguida encontra na legislação estadual a sua fonte, consoante expressa dicção dos termos do dispositivo legal acima invocado.

- A legislação do Estado do Ceará que tratou da matéria (Lei nº 12.381/94, art. 10 e incisos) não dá guarida à previsão de isenção das custas processuais em favor da Autarquia Previdenciária. Todavia, a autora-apelada é beneficiária da Justiça Gratuita, não tendo efetuado despesas a título de custas processuais, descabe falar em ressarcimento das mesmas.

- Apelação improvida e remessa necessária provida, em parte.

ACÓRDÃO

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

Recife, 5 de dezembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA
CANUTO - Relator Convocado

RELATÓRIO

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

Apelação interposta pelo INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, em face de sentença, fls. 84/88, que julgou procedente, em parte, o pleito autoral, consistente na determinação ao INSS-apelante, da interrupção dos descontos procedidos indevidamente a título de pagamento de empréstimos consignados em seu benefício de aposentadoria.

A sentença deferiu parcialmente o pedido, determinando ao apelante a devolução dos valores indevidamente descontados, com a paga das parcelas anteriormente subtraídas, devidamente corrigidas, e com a incidência de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação. Houve condenação em custas processuais e a verba honorária sucumbencial foi fixada em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Nas razões do recurso, a Autarquia Previdenciária alegou, preliminarmente, a nulidade da sentença, por violação ao que dispõe o art. 47 do vigente Código de Processo Civil, por entender indispensável a presença, no polo réu, da instituição bancária credora dos empréstimos.

Asseverou, no mérito, em apertada síntese, que a apelada realizou diversos outros empréstimos consignados, além dos que foram declinados na exordial. Sustentou, também, que o desconto de valores a título de pagamento de empréstimo consignado encontra amparo nas disposições da Lei nº 10.820/2003.

Requeru, por fim, que seja acatada a preliminar de nulidade da sentença, ou que caso esta seja ultrapassada, a demanda seja julgada improcedente, com a inversão da sucumbência.

Contrarrazões às fls. 121/127. Sentença sujeita ao reexame necessário. Dispensada a revisão. É o relatório.

VOTO

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

Preliminarmente, afasto a alegação de nulidade da sentença por violação ao art. 47 do vigente Código de Processo Civil. Explico.

De acordo com o citado artigo, haverá a ocorrência de litisconsórcio necessário quando *por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes*.

Com efeito, penso que a hipótese, ora sob apreciação, não se subsume àquelas referenciadas no supracitado art. 47 do CPC, não sendo o caso, portanto, de litisconsórcio necessário.

Vale consignar que, o que se está discutindo não são os empréstimos consignados em si, mas, tão somente, a ilegalidade dos descontos efetuados pelo apelante no benefício da apelada, de modo que não há que se falar em necessidade de citação da instituição bancária.

Mutatis mutandis, é plenamente aplicável, ao presente caso, a seguinte jurisprudência do eg. TJRS, *in verbis*:

EMBARGOS INFRINGENTES. PREVIDÊNCIA PÚBLICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ENTIDADES INTERMEDIADORAS.

Não há legitimidade passiva tanto da instituição financeira que contratou o empréstimo pessoal quanto das entidades intermediadoras, pois não está se discutindo os contratos de empréstimo, mas apenas a limitação dos descontos ao percentual de 70% da remuneração bruta da autora, em face dos ditames e limitações da legislação específica do servidor público. Portanto, descabe a formação de litisconsórcio passivo necessário pelo IPERGS e pelas entidades mutuantes/consignatórias. (...)

(Embargos Infringentes Nº 70046881652, Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Julgado em 09/03/2012)

Superado tal empeco, passo à análise do mérito.

Como bem declinado pela MM. Magistrada *a quo*, a presente controvérsia cinge-se à discussão a respeito de dois pontos controvertidos, quais sejam: (1) *a existência de outros empréstimos consignados a que a apelada tenha se beneficiado* e (2) *a legalidade dos descontos procedidos pelo apelante na aposentadoria da Segurada*.

Com efeito, através do documento de fl. 23 – extrato bancário da apelada – é possível observar que no mês de fevereiro de 2007, foi depositada, a título de pagamento de seu benefício, a quantia de R\$ 245,93 (duzentos e quarenta e cinco reais e noventa e três centavos), embora o valor do provento de sua aposentadoria fosse de R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), o valor do salário mínimo na época, o que leva à conclusão de que a apelada sofreu um desconto de R\$ 104,07 (cento e quatro reais e sete centavos) nesta aludida competência.

Destarte, ainda através do documento de fl. 23, obtém-se a informação de que a apelada contraiu um empréstimo consignado no valor de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), com parcelas mensais no importe de R\$ 24,14 (vinte e quatro reais e quatorze centavos), valor este que se encontra em clara dissonância com a quantia que foi descontada pelo apelante no referido período.

Vale ressaltar, por oportuno, que o INSS-apelante **não contestou a presente demanda, não trazendo, assim, nenhum elemento fático ou jurídico que viesse, porventura, a descaracterizar a sua responsabilidade no presente caso.**

De fato, ao não contrapor o mérito da querela, deixou sem resposta a questão concernente à diferença entre os valores da prestação do empréstimo consignado e aquele que foi efetivamente descontado na conta da apelada na competência de fevereiro de 2007.

Nesse diapasão, apenas ressei dos autos a informação de que a apelada contraiu um empréstimo consignado no valor de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), com parcelas mensais no importe de R\$ 24,14 (vinte e quatro reais e quatorze centavos), e que o desconto efetuado, pelo INSS-apelante, no mês de fevereiro de 2007 – de R\$ 104,07 (cento e quatro reais e sete centavos – **supera em muito esse valor**, o que leva à conclusão de que o apelante é, de fato, o responsável por descontar valores indevidamente do benefício de aposentadoria da apelada, merecendo ser compelido, portanto, a restituir os valores que indevidamente subtraiu.

Nesse sentido, cumpre transcrever os judiciosos fundamentos elaborados pela MM. Juíza, os quais também adoto como razão de decidir, *in verbis*:

(...) diante da ausência de informações da ré sobre como foi originada a dívida que redundou no desconto em exame, estão desobedecidas as formalidades determinadas nos incisos I e II do artigo 1º da IN 121/2005, posto que a consignação somente é legítima quando autorizada pelo próprio titular do benefício e firmada perante a própria instituição financeira. Portanto, não há nos autos prova de que tenha sido depositado na conta bancária da autora o

valor supostamente emprestado à mesma, assim como, não há prova da autora ter autorizado expressamente os descontos operados em seus proventos (...) – fl. 86.

Toante aos juros moratórios, cumpre ressaltar que no julgamento da ADI nº 4.357 e da ADI nº 4.425, pelo STF, ocorrido em 14/03/13, a decisão não teria atingido a disposição alusiva aos juros, que permaneceram sendo calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. Assim sendo, penso, que os juros moratórios devem ser fixados em 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação.

No tocante à verba honorária, em se cuidando desta ação declaratória, de complexidade intermediária, penso ser o caso de ajuste do *quantum* fixado na r. sentença, qual seja, de 20% (vinte por cento), para o percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, em conformidade com o disposto no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, **com a observância da Súmula nº 111 do STJ.**

Relativamente às custas processuais, a Lei nº 9.289/96, que dispõe sobre as custas devidas à União, na Justiça Federal de primeiro e segundo graus, estatui em seu art. 1º, § 1º, *verbis*: “Rege-se pela legislação estadual respectiva a cobrança de custas nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição federal”. (Destaquei)

No caso em análise, a ação tramitou originalmente na Vara Única da Comarca de São Luís do Curu/CE. Observa-se que, mesmo estando o juízo de primeiro grau investido de jurisdição federal, a norma a ser seguida encontra na legislação estadual a sua fonte, consoante expressa dicção dos termos do dispositivo legal acima invocado.

A legislação do Estado do Ceará que tratou da matéria (**Lei nº 12.381/94, art. 10 e incisos**) não dá guarida à previsão de isenção das custas processuais em favor da Autarquia Previdenciária.

Todavia, verifico que a autora-apelada é beneficiária da Justiça gratuita, não tendo efetuado despesas a título de custas processuais, descabe falar em ressarcimento das mesmas. No que importa, confira-se a seguinte decisão:

PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO. PROVA DA REALIZAÇÃO DE TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. TRABALHADOR OCUPADO NA PERFURAÇÃO DE POÇOS PETROLÍFEROS. ANEXO DO DECRETO Nº 53.831/64. DIREITO AO CÔMPUTO DO TEMPO DE SERVIÇO COMO ATIVIDADE ESPECIAL, ART. 70, PARÁGRAFO ÚNICO, DO DECRETO Nº 3.048/99. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

(...) - A Autarquia previdenciária goza de isenção do pagamento das custas, nos termos do art. 4º, II, da Lei nº 9.289/96, cabendo, apenas, o reembolso quando antecipadas. Autor beneficiário da Justiça Gratuita. Reembolso indevido. (...)

(TRF5, AC-305.890/RN, 3ª Turma, DJU: 05/03/2004, Des. Fed. Ridalvo Costa)

Com essas considerações, nego provimento à apelação e dou provimento, em parte, à remessa necessária.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 29.373-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: HELENA ANGELA MELO CARDOSO
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. RICARDO TAVARES DE MEDINA SANTOS E OUTROS (APDA.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. DIVÓRCIO. POSTERIOR RECONCILIAÇÃO DO CASAL. ÓBITO DO INSTITUIDOR DURANTE A UNIÃO ESTÁVEL. DIREITO AO BENEFÍCIO. SENTENÇA MANTIDA.

- A sentença recorrida reconheceu a união estável entre a autora da ação e o instituidor da pen-

são para fins de concessão da pensão por morte.

- As provas documentais e testemunhais revelam a existência da união estável em período bem anterior ao óbito do de cujus.

- A mais alta Corte de Justiça do país já firmou entendimento no sentido de que a motivação referenciada (per relationem) não constitui negativa de prestação jurisdicional, tendo-se por cumprida a exigência constitucional da fundamentação das decisões judiciais. Adota-se, portanto, os termos da sentença como razão de decidir.

- A sentença esclareceu o seguinte: a) que a concessão da pensão por morte reclama os seguintes requisitos: evento morte real ou presumida; demonstração da qualidade de segurado do de cujus; condição de dependente e inexistência de dependentes de outras classes; vínculo de dependência entre o segurado e o dependente, sendo este presumido nos casos de “o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido”; b) que, nos termos de entendimento jurisprudencial dominante, a comprovação da união estável exige a conjugação de prova material e testemunhal; c) ter sido demonstrada a prova de filiação através das cópias das certidões de nascimento e das cópias das identidades; d) que o casal, após o período de separação, voltou a conviver maritalmente, conforme a demonstração de prova testemunhal; e) que o instituidor da pensão, em vida, possuía muitas propriedades, entre as quais o sítio com o endereço que constou do atestado de óbito; f) que tal fato não repercute na idoneidade dos depoimentos testemunhais.

- Recursos improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELREEX 29.373-SE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento ao recurso de apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 12 de dezembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA
ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Trata-se de recurso de apelação da ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, representando o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS e de remessa oficial, interpostos da sentença que julgou procedente ação, antecipando os efeitos da tutela no sentido de determinar a implantação imediata da pensão por morte, no prazo de 15 dias.

2. A demandante alega ter sido casada, com vínculo matrimonial, com o *de cujus*, desde 26.06.1971, conforme certidão de casamento de fl. 18, tendo sido gerados 7 (sete) filhos.

3. Afirma que, posteriormente, devido a alguns desentendimentos o casal se divorciou em 06.12.2006, mediante processo judicial perante a 2ª Vara Privativa de Assistência Judiciária da Comarca de Aracaju/SE.

4. Expõe que, posteriormente, o casal se reaproximou e passou a conviver sob o mesmo teto, a partir de 2011, em regime de união estável, e assim permaneceu até a data do óbito do *de cujus*.

5. Em sequência, informa ter requerido o benefício da pensão por morte, junto à autarquia previdenciária, e que restou indeferido, sob a alegativa de ausência de comprovação da qualidade de dependente da autora da ação.

6. Requer a procedência da demanda, através do reconhecimento da condição de beneficiária da pensão por morte de seu companheiro, JOSÉ NICODEMOS SÁ CARDOSO, e a implantação do benefício a partir do requerimento administrativo.

7. O INSS apresentou contestação às fls. 32/43, devidamente impugnada pela autora às fls. 49/50.

8. O MM. Juiz do 1º Grau de Jurisdição designou audiência de instrução e julgamento, realizada em 16.05.2013, conforme depoimentos gravados em mídia digital e anexada aos presentes autos.

9. O referido julgador, em sede de sentença, reconheceu a união estável entre a autora e o instituidor da pensão, antes do óbito, com amparo nos depoimentos das testemunhas, julgando a ação procedente.

10. A ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, representando o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS alega o seguinte em seu recurso: a) não ter sido provado, nos autos, que a autora da ação era dependente econômica do instituidor da pensão, tendo sido afrontado o teor do art. 16, I, § 3º, da Lei nº 8.213/91; b) que os únicos documentos juntados aos autos foram a certidão de óbito e a certidão dos filhos havidos do casamento; c) a inexistência de provas escritas sobre a união estável; d) a inadmissibilidade da prova exclusivamente testemunhal, nos termos do art. 227 do Código Civil; e) que deve prevalecer o ato de divórcio em face da ausência de demonstração da retomada da sociedade conjugal.

11. A apelação foi recebida em ambos os efeitos.

12. A autora da demanda apresentou contrarrazões ao recurso.

13. É o relatório.

VOTO

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

1. A matéria está restrita à análise do reconhecimento, ou não, da união estável entre a autora e o instituidor da pensão para fins de concessão da pensão por morte.

2. A sentença prolatada no Juízo do 1º Grau de Jurisdição observou as regras legais aplicadas ao presente caso. Trago, aqui, a fundamentação da mesma como motivação deste voto¹:

FUNDAMENTAÇÃO

18. O art. 333 do CPC dispõe que ao autor incumbe o dever de provar a existência de fato constitutivo do seu direito. Nos presentes autos, a união estável é o objeto de prova.

19. Alega o INSS a prescrição dos valores anteriores ao quinquênio que precede à propositura da ação.

20. Quanto à prejudicial de mérito da prescrição, observo que o feito trata de relação de trato sucessivo, cuja violação se renova periodicamente, somente atingindo as parcelas anteriores ao quinquênio do ajuizamento da demanda, não atingindo a questão de fundo, tudo nos termos da Súmula nº 85 do STJ.

21. Considerando que ação foi ajuizada em 29/08/2012, reconheço a prejudicial de mérito apenas em relação às parcelas anteriores a 29/08/2007, em eventual caso de procedência do pedido.

22. A pensão por morte é o benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado falecido, no exercício de sua atividade ou não, desde que mantida a qualidade de segurado, ou, ainda, quando ele já se encontrava aposentado.

23. Apesar da não exigência de carência, a concessão da pensão reclama os seguintes requisitos: a) evento morte real ou presumida (declaração judicial); b) demonstração da qualidade de segurado do *de cuius*; c) condição de dependente e a inexistência de dependentes de outras classes; d) vínculo de dependência entre o segurado e o de-

¹ Sobre adoção da técnica, v. decisão do e. STF no julgamento do AI 852.520 (AgRedD). Impende registrar, também, o posicionamento da doutrina, explicitando que a fundamentação *per relacionem* pode ser utilizada pelo julgador desde que: “a) não tenha havido suscitado de fato ao argumento novo, b) a peça processual à qual se reporta a decisão esteja substancialmente fundamentada, aplicando-se, ainda tudo o que se disse até aqui sobre os fundamentos da própria decisão, c) a peça que contém a fundamentação referida esteja nos autos e que a ela possam ter acesso as partes”. (*In Curso de Processo Civil*, vol. 02, Fredie Didier Junior e outros, p. 272)

pendente, sendo este presumido nos casos de “o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido”.

24. O direito ao recebimento da pensão por morte, pela companheira ou companheiro, afigura-se inquestionável. Tanto é assim, que a Constituição Federal dedicou especial atenção ao assunto, conferindo à união estável o *status* de família.

Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

25. Para analisar a comprovação da união estável da autora com o falecido, o entendimento jurisprudencial dominante exige a conjugação de prova material e testemunhal, a fim de se deferir o benefício de pensão por morte à demandante.

26. No caso concreto, observo que há indícios da existência de união estável entre a autora e o *de cujus*, tendo em vista que foram juntadas aos autos certidões de nascimento e cópia de identidade de 7 (sete) filhos comuns, em que consta o nome do *de cujus* no campo relativo à filiação.

27. Ademais, mesmo após a separação judicial da autora e do falecido esposo, há prova de que os mesmos voltaram a conviver em união estável antes do óbito do cônjuge varão. Os argumentos acima são justificados pela prova testemunhal arrolada pela parte autora, nos depoimentos de Gustavo Alves dos Santos e Antônio Marcos dos Santos.

GUSTAVO ALVES DOS SANTOS - TESTEMUNHA DA AUTORA

Que conhece a autora há aproximadamente 15 ou 16 anos, pois moram no mesmo bairro; que a autora sempre foi casada com o Sr. Nicodemos; que eles ficaram separados por um período, mas que ainda assim o *de cujus* sempre esteve presente na casa da autora; que voltaram a conviver há um tempo atrás; que sempre encontrava o falecido na casa da autora; que não tinha conhecimento se o *de cujus* possuía outra família ou outra residência; que a relação com a autora aparentava ser de casamento. (Gravado em áudio e vídeo em mídia digital, fl. 108)

ANTÔNIO MARCOS DOS SANTOS - TESTEMUNHA DA AUTORA

Que conhece a autora do Bairro Atalaia; que conhece a autora há muitos anos; que a autora foi casada, não se recordando do nome do marido; que via o marido da autora com frequência, pois ia sempre consertar os freezers, pois o filho da autora tinha uma loja de gelo; que o marido sempre viveu ou estava na casa da autora; que nunca soube se o casal havia ficado por um período separado. (Gravado em áudio e vídeo em mídia digital, fl. 108)

28. Desta forma, entendo que estão presentes os requisitos da configuração de união estável.

29. Afasto, ainda, a alegação do INSS de que o instituidor possuía residência diversa da autora, tendo em vista que as testemunhas foram uníssonas em afirmar que sempre encontravam o Sr. José Nicodemos na casa da autora, todas as vezes que iam lá. Desta forma, não há que se considerar a mera informação de ter o instituidor da pensão comprovante de residência diverso do endereço da autora, quando a realidade dos fatos faz prova de que ambos tinham residência comum e mantinham relação de convivência antes do óbito do cônjuge varão.

30. Outrossim, no depoimento pessoal, a autora informou que o *de cujus* possuía um sítio perto de São Cristóvão, sendo este o endereço informado como o de sua residência no atestado de óbito. Ainda, a autora afirmou que o ex-marido possuía vários imóveis e que ele morou por um período no referido sítio, retornando à sua casa após a reconciliação do casal, em 2011. A demandante ainda disse que, no período em que ficaram separados (2006 a 2011), encontravam-se no fim de semana e tinham convivência marital.

31. Em virtude da comprovação da qualidade de companheira do falecido, a autora é presumidamente dependente do segurado, nos termos do artigo 16, I, e §§ 3º e 4º, da Lei nº 8.213/90, a saber:

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;

(...)

§ 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.

32. Portanto, cabível a concessão do benefício de pensão por morte à autora.

33. Quanto a DIB, tendo em vista a legislação pátria, esta deve ser fixada na data do requerimento administrativo.

DISPOSITIVO

34. Ante o exposto, nos termos do art. 269, I, do CPC, extingo o feito com resolução do mérito e julgo PROCEDENTE o pedido contido na inicial, para:

a) determinar a concessão do benefício previdenciário de pensão por morte em favor da autora, com sua inclusão no rol de beneficiários, em concorrência com sua filha Helena Ângela Melo Sá Cardoso, com início do benefício (DIB) na data do requerimento administrativo (13/03/2012), e início do pagamento (DIP) na data da efetiva implantação do benefício.

35. Ressalvo que o benefício deve ser rateado com a filha do instituidor, enquanto a mesma for beneficiária, visto que já recebe o benefício integralmente, conforme processo administrativo juntado nas fls. 53/83.

BENEFÍCIO/ESPÉCIE PENSÃO POR MORTE

NB158.900.164-5 DADO DO BENEFICIÁRIO

HELENA ÂNGELA MELO CARDOSO, brasileira, portadora do RG 157.213 SSP/SE e CPF-MF 479.063.085-49

ENDEREÇO DO BENEFICIÁRIO INDICADO NA PETIÇÃO INICIAL

Rua Napoleão Dórea, nº 297, B. Atalaia, nesta capital - SE

RMI 50% DO SALÁRIO-DE-BENEFÍCIO

DIP Data de implantação do benefício DIB 13/03/2012

b) condenar a autarquia previdenciária ao pagamento dos valores atrasados, desde a data do requerimento administrativo (13/03/2012) até a efetiva implantação do benefício.

36. O montante devido deverá ser atualizado monetariamente de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculo na Justiça Federal (Resolução CJF 561 de 02 de julho de 2007) e acrescido de juros a partir da citação, no percentual de 1% (um por cento). A partir do

advento da Lei nº 11.960/2009, os juros incidirão de acordo com os índices oficiais da caderneta de poupança.

37. Em relação ao ponto, embora entenda que a aplicação da Lei nº 11.960/2009 necessita de regulamentação, os Tribunais Regionais Federais já pacificaram a tese contrária, motivo pelo qual, em atenção à função uniformizadora da jurisprudência, curvo-me aos diversos precedentes judiciais.

38. Sem custas, uma vez que a parte autora não as antecipou por ser beneficiária da justiça gratuita.

39. Condeno o INSS, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios, os quais fixo no percentual de 10% sobre o valor da condenação, valendo-me, para tanto, do art. 20, § 3º, do CPC.

40. No que tange à antecipação dos efeitos da tutela, patenteia-se na própria fundamentação da sentença o requisito da verossimilhança das alegações. O perigo da demora, por sua vez, decorre da inegável natureza alimentar do benefício recebido.

41. Assim, antecipo os efeitos da tutela, de ofício, e determino que o INSS implante o benefício previdenciário de pensão por morte, no prazo de 15 dias a contar do recebimento da requisição judicial, sob pena de multa diária de R\$ 200,00 (duzentos reais), a ser aplicada ao agente responsável pelo cumprimento da determinação, e sem prejuízo de outras cominações legais. (...)

6. Com estes fundamentos, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

7. É como voto.

**APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº
0800457-32.2012.4.05.8300 (PJe)**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: GILBERTO MENDES PEREIRA
Recte. Ades.: GILBERTO MENDES PEREIRA
Adv./Procs.: DRS. THIAGO CANTARELLI DE ANDRADE LIMA ALBUQUERQUE E OUTRO (RECTE. ADES.) E ANTÔNIO ALMIR DO VALE REIS JÚNIOR E OUTRO (APDO.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM ATIVIDADE INSALUBRE. COMPROVAÇÃO PARCIAL DOS FATOS ALEGADOS NA INICIAL. PERÍODOS QUE BASTAM PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PERÍODO NÃO RECONHECIDO NA SENTENÇA COMBATIDA. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO DE LAUDO TÉCNICO PARTICULAR ANEXADO AO RECURSO ADESIVO. PRECLUSÃO PROBATÓRIA.

- Juros de mora e correção (Recurso Especial nº 1.270.439/PR, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC). Declaração de inconstitucionalidade por arrastamento (ADIN 4.357/DF). Índice de correção monetária aplicável: IPCA. Apelação e remessa oficial improvidas e recurso adesivo parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial e dar parcial provimento ao recurso adesivo, nos termos do voto do Relator.

Recife, 3 de dezembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL GUSTAVO DE PAIVA GADELHA - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GUSTAVO DE PAIVA GADELHA (Convocado):

O INSS impugna sentença que julgou procedente, em parte, a demanda para condenar a autarquia a implantar, em favor do autor o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição com proventos integrais, mediante a conversão do tempo especial acima descrito (relativo ao período de 01/09/1984 a 28/07/2009) em tempo comum, bem como a pagar as diferenças atrasadas, desde a data do requerimento administrativo, acrescidas de juros de mora e correção monetária, adotando-se os mesmos percentuais aplicados às cadernetas de poupança. Alega, em resumo, a não comprovação do tempo de serviço em condições perigosas/insalubres.

Recurso adesivo do autor visando ao reconhecimento do período de 10/11/1980 a 08/01/1981, como laborado em condições especiais. Requer, ainda, a reforma da sentença no que toca à aplicação de correção e juros de mora.

Contrarrazões pelo não provimento de ambas as partes.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GUSTAVO DE PAIVA GADELHA (Relator Convocado):

A sentença analisa minuciosamente os aspectos fáticos, demonstrando o tempo de serviço efetivamente prestado e comprovado em condições perigosas, pelo autor, como eletricista, e excluindo o período de 10/11/1980 a 08/01/1981, dada a insuficiência de prova. Adoto os seus fundamentos, *verbis*:

Da análise da CTPS do demandante, identifico os seguintes vínculos empregatícios:

1. INSTALADORA GOMES E LIMA LTDA. - 01/01/1979 a 04/02/1980

2. JAIRTON FARIAS DE LIMA - 22/02/1980 a 30/09/1980;
3. BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE - 10/11/1980 a 08/01/1981;
4. MEGER INSTALAÇÕES ELÉTRICAS - 10/02/1981 a 10/10/1983;
5. TV GLOBO LTDA. - 01/09/1984 a 28/07/2009.

O ponto controvertido da presente demanda, portanto, reside unicamente em saber se a parte autora de fato trabalhou em condições especiais nos períodos mencionados e se faz jus ao referido benefício previdenciário.

Nesse tocante, cumpre esclarecer que, até 28/04/95, para o reconhecimento das condições de trabalho como especiais, era suficiente que o segurado comprovasse o exercício de uma das atividades previstas no anexo do Decreto nº 53.831/64 ou nos anexos I e II do Decreto nº 83.080/79, não sendo necessário produzir prova efetiva da exposição às condições prejudiciais à saúde ou à integridade física, salvo em casos, tal qual o dos autos, em que é exigida a medição técnica.

Isso porque, conforme se observa do item 1.1.8 do anexo do Decreto nº 53.831/64, a eletricidade era considerada agente nocivo, para fins de enquadramento do tempo de serviço como especial, desde que o trabalhador estivesse exposto a uma tensão superior a 250 volts, o que garantiria uma aposentadoria após 25 (vinte e cinco) anos de trabalho.

A propósito, confira-se o item mencionado:

Código	Campo de Aplicação Agentes	Serviços e Atividades Profissionais	Classificação	Tempo de Trabalho Mínimo	Observações
1.1.8.	Eletricidade Operações em locais com eletricidade em condições de perigo de vida	Trabalhos permanentes em instalações ou equipamentos elétricos com riscos de acidentes - eletricitistas, cabistas, montadores e outros.	Perigo	25 anos	Jornada normal ou especial fixada em lei em serviços exposta a tensão superior a 250 volts. Art. 187, 195 e 196 CLT. Portaria Ministerial 34, de 8.4.54.

Assim, não havendo, nos autos, qualquer documento apto a comprovar a voltagem a que estava exposto o demandante nos períodos de 01/01/1979 a 04/02/1980; de 22/02/1980 a 30/09/1980; de 10/11/1980 a 08/01/1981; e de 10/02/1981 a 10/10/

1983, não há como enquadrar as atividades de ajudante de eletricista, meio oficial eletricista, mecânico de manutenção e eletricista de manutenção, exercidas em tais períodos, como especiais.

Resta, então, a análise do tempo de serviço prestado à TV Globo, no período de 01/09/1984 a 28/07/09.

Aqui, cumpre observar que, a partir de 29/04/95, com a edição da Lei nº 9.032/95, que alterou a Lei nº 8.213/91, o reconhecimento da insalubridade passou a exigir a efetiva exposição aos agentes agressivos previstos no Anexo I do Decreto nº 83.080/79 ou no código 1.0.0 do Anexo ao Decreto nº 53.831/64, o que se comprovava através da apresentação do documento de informação sobre a exposição a agentes agressivos (conhecido como SB 40 ou DSS 8030).

Com o advento da Medida Provisória nº 1.523/96, posteriormente convertida na Lei nº 9.528/97, a redação do art. 58 da Lei nº 8.213/91 foi modificada, passando-se a exigir a elaboração de laudo técnico assinado por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

No entanto, a jurisprudência do STJ firmou posicionamento no sentido de que essa exigência só é possível a partir da edição daquele diploma legal de 1997, e não, da data da Medida Provisória mencionada.

No caso em comento, analisando a documentação acostada aos autos, constato que resta suficientemente comprovado, através dos PPP's e de perícia judicial realizada no âmbito da Justiça do Trabalho, o caráter especial do serviço prestado à empresa TV Globo, no período de 01/09/1984 a 28/07/2009.

Afinal, conforme consta do laudo pericial, o demandante laborava em contato com correntes elétricas de 220 a 380 volts.

Assim, ainda que a exposição ao agente nocivo eletricidade (acima de 250 volts) não fosse permanente, é de ver-se que o autor estava exposto constantemente ao risco de choque elétrico, capaz de causar incapacitação, invalidez permanente ou até a morte.

É que, conforme esclareceu o perito, embora os reparos fossem normalmente realizados com o sistema desativado, ainda assim existia o risco de energização acidental. Além do mais, os testes eram, por óbvio, realizados com o sistema energiza-

do, já que não há outra forma de se realizar as atividades de testes.

Assim, concluiu o perito pela exposição ativa e habitual do demandante ao agente nocivo, esclarecendo que a intermitência da exposição não afasta a periculosidade do labor, já que o tempo de exposição à eletricidade não constitui necessariamente um fator condicionante para a ocorrência de um acidente ou choque elétrico.

A esse respeito, cito o seguinte precedente:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. ERRO MATERIAL E OMISSÃO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO. TEMPO DE SERVIÇO. TRABALHO INSALUBRE (ELETRICISTA). CONVERSÃO PARA CONTAGEM NA FORMA ESPECIAL. POSSIBILIDADE. TUTELA ANTECIPADA. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE ANTES DA EDIÇÃO DA LEI Nº 9.032/95. LAUDO TÉCNICO PERICIAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA INCIDÊNCIA DO ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/2009. CONVERSÃO DO TEMPO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS. SUJEIÇÃO À ELETRICIDADE DE FORMA HABITUAL E PERMANENTE, NÃO OCASIONAL NEM INTERMITENTE. AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO AO PERÍODO TRABALHADO. HABITUALIDADE E PERMANÊNCIA EVIDENCIADAS NO LAUDO.

1 - O tempo de serviço especial é aquele decorrente de serviços prestados sob condições prejudiciais à saúde ou em atividades com riscos superiores aos normais para o segurado e, cumpridos os requisitos legais, dá direito à aposentadoria especial. As atividades consideradas prejudiciais à saúde foram definidas pela legislação previdenciária, especificamente, pelos Decretos 53.831/64 e 83.080/79 e 2.172/97.

2 - Dispõe o art. 2º do Decreto nº 53.831/64 do Regulamento Geral da Previdência Social, em seu item 1.1.8, como de natureza especial a atividade exercida no campo de aplicação que envolve eletricidade, em trabalhos permanentes em instalações ou equipamentos elétricos com risco de acidentes, a exemplo dos eletricitistas, cabistas, montadores e outros.

3 - Na hipótese dos autos, o autor comprovou o exercício de atividade especial, juntando os respectivos comprovantes, restando, assim, 27 anos, 4 meses e 14 dias de período devidamente comprovados.

4 - Atinente à exposição à energia elétrica, a Lei 7.369/08, regulamentada pelo Decreto nº 93.412/86, dispensava o laudo pericial, restando apenas a comprovação do exercício da profissão, no caso eletricitista, e o preenchimento de formulários próprios, indicando o agente nocivo.

(...)

6 - Exerceu a atividade de eletricitista, trabalhando em jornada de trabalho de 8 horas diárias, de forma habitual e intermitente, em casa de força de usina, exposto a altas temperaturas, sujeito a risco de choque elétrico, no período de 19/11/2003 a 06/05/2004, como consta do formulário de informações sobre atividades exercidas em condições especiais da Previdência Social, na empresa Aparecido Neves Dias, Usina MJU e, finalmente, na empresa LDC Bioenergia S.A., de 18/06/2004 a 17/07/2007, exercendo a atividade de eletricitista, exposto ao risco de choque elétrico e ruído de 89 dB, consoante Perfil Profissional Pericial Previdenciário.

7 - Em relação à condição de periculosidade por exposição à energia elétrica, porém, a legislação pertinente (Lei 7.369/08, regulamentada pelo Decreto nº 93.412/86) dispensava o laudo pericial, bastando apenas a comprovação do exercício da profissão, no caso eletricitista, e o preenchimento de formulário DSS 8030 indicando o agente nocivo, coisa que o autor apresentou.

8 - Tratando-se de periculosidade por sujeição a altas tensões elétricas, não é necessário o requisito da permanência, já que o tempo de exposição não é um fator condicionante para que ocorra um acidente ou choque elétrico. Precedentes das egrégias Quinta e Sexta Turmas do STJ. (AC 20037000011786-1, 5ª Turma do Eg. TRF/4ª Região, DJU de 06.07.2005)

(...).

(APELREEX 20088000006375001, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 - Segunda Turma, DJe - Data: 16/09/2010 - Página: 335.)

É de registrar-se, ademais, que, no caso dos autos, não houve a comprovação do fornecimento regular e adequado de EPI's.

Outrossim, o fato de o agente eletricidade não mais constar da lista de agentes nocivos para fins previdenciários não afasta a especialidade do serviço. Com efeito, a jurisprudência já se pacificou no sentido de que a lista de agentes nocivos prevista nos anexos dos regulamentos previdenciários não é taxativa, mas exemplificativa, o que legitima o reconhecimento de tempo de serviço especial nos casos de exposição a tensões elétricas de alta voltagem, onde a periculosidade da atividade exercida mostra-se evidente.

Assim, resta claro que o autor esteve, de fato, exposto a condições perigosas, durante o período laborado na TV GLOBO LTDA., de modo que reconheço o caráter especial do tempo de serviço prestado de 01/09/1984 a 28/07/2009, com base no qual, convertido em tempo comum, com a aplicação dos devidos acréscimos, e somado ao tempo cuja especialidade não foi reconhecida, vê-se que o autor, à data do requerimento administrativo (03/04/2008), já contava com a idade e o tempo necessários à aposentação integral (planilha anexa).

Logo, reconheço o direito do autor à aposentadoria por tempo de serviço.

Considerando, todavia, que o demandante encontra-se, desde 29/01/10 em gozo de auxílio-doença e, tendo em vista que este benefício é inacumulável com o benefício reclamado, imperiosa a compensação dos valores pagos a título de auxílio-doença com o montante decorrente da condenação.

Sendo assim, entendo que a sentença combatida muito bem enfrentou os elementos carreados aos autos, não merecendo qualquer reparo. Com relação ao recurso adesivo, como também pontuado na sentença e reconhecido pelo próprio autor em seu recurso, não há prova de seu exercício em condições especiais, não sendo possível considerar o documento juntado em grau de recurso por importar em elemento de prova não submetido ao Juízo *a quo*.

Além disso, o autor, expressamente, requereu julgamento antecipado da lide (identificador 4058300.85460), estando satisfeito com as provas produzidas, de modo que precluiu seu direito de produzir provas acerca das condições não constatadas pelo Juízo *a quo*.

Por fim, entendo que merece acolhimento o recurso adesivo apenas no que toca à correção monetária, porquanto no julgamento da ADI 4.357/DF, o STF declarou, por arrastamento, a inconstitucionalidade da aplicação dos índices da caderneta de poupança em relação à correção monetária, devendo, na esteira dos precedentes do STJ (Recurso Especial nº 1.270.439/PR, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC) e desta Turma, ser aplicado o IPCA, por ser o índice que melhor reflete a inflação acumulada do período. Já os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09.

Ante o exposto, nego provimento à apelação do INSS e à remessa oficial e dou parcial provimento ao recurso adesivo.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 487.296-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelado: JOAQUIM CALADO DE ESPÍNDOLA
Advs./Procs.: DRS. SEBASTIÃO CAVALCANTI E OUTRO (APDO.)

EMENTA: APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. QUEIMADA NÃO AUTORIZADA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 6º, VIII, DA LEI 8.078/1990 C/C O ART.

¹ Lei nº 8.078/90: Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

21² DA LEI 7.347/1985. OBRIGAÇÃO DE REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL OBJETIVA E PROPTER REM (ART. 14, § 1^o, DA LEI 6.938/81). APELAÇÃO E REMESSA OBRIGATÓRIA PROVIDAS.

- Trata-se de apelação em ação civil pública oposta pelo Ministério Público Federal (fls. 456/464) contra a sentença do Exmo. Juiz Federal da 24^a Vara/PE, Dr. Bruno César Bandeira Apolinário (fls. 450/452), que julgou improcedente o pedido de condenação do apelado na recuperação de área degradada por conta de queimada não autorizada em área de vegetação da Mata Atlântica, ao argumento de que inexistem evidências de que o réu seja o autor do dano em questão.

- Sustenta o apelante, em suma, que: a) após regular instrução judicial, ficou constatado que ocorreram queimadas ilegais, em área de preservação ambiental (Mata Atlântica), que provocaram degradação ambiental, sem que tenha havido reparação do dano causado; b) embora o apelado tenha sido oficiado para que este elaborasse, em 30 dias, projeto de reflorestamento das espécies atingidas pelo fogo, e celebrasse, com o Parquet Federal, Termo de Compromisso e Ajuste de Conduta (TAC), deixou de se manifestar, sem qualquer justificativa; c) em sua defesa, o apelado alega que, atualmente, não é proprie-

² Lei 7.347/85: Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

³ Lei nº 6.938/81: Art. 14 (...) § 1^o - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

tário, o que não é suficiente para afastar a sua responsabilidade.

- Com base na interpretação do art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei nº 7.347/1985, em situações de dano ao meio ambiente, o princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano comprovar que não o causou. Além disso, por ilação do § 1º do art. 14 da Lei 6.938/81, a obrigação de reparar o dano ambiental é objetiva e propter rem, isso quer dizer que persiste quanto a terceiros, mesmo não havendo culpa, adere ao título e se transfere ao futuro proprietário.

- No caso sob análise, resta comprovado o grave dano ambiental causado pelas queimadas ilegais ocorridas em área de mata atlântica, situadas na propriedade (à época) do recorrido. Embora o apelado alegue, em sua defesa (fls. 214/216), não ser mais o proprietário das terras em questão (Sítio São Jorge, localizada no município de Lagoa dos Gatos/PE), nenhuma prova trouxe aos autos da suposta venda/transmissão do referido imóvel. Precedentes (STJ: REsp 1.090.968. 1ª Turma. Rel. Min. Luiz Fux. DJe: 03/08/2010. Votantes: Teori Albino Zavascki (voto-vista), Benedito Gonçalves e Hamilton Carvalhido. Unânime; REsp 1.049.822. 1ª Turma. Rel. Min. Francisco Falcão. DJe: 18/05/2009. Por maioria. Votantes: Mins. Luiz Fux (voto-vista) e Benedito Gonçalves (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator, vencidos os Mins. Teori Albino Zavascki (voto-vista) e Denise Arruda; REsp 1.060.753. 2ª Turma. Rel. Min. Eliana Calmon. DJe: 14/12/2009. Votantes: Mins. Castro Meira, Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques. Unânime; TRF5. AC 405.736. 1ª Turma. Rel. Desembargadora Fe-

deral Joana Carolina Lins Pereira. DJ: 15/04/2008, p. 540 - Nº: 72. Unânime).

- Condenação de JOAQUIM CALADO ESPÍNDOLA a apresentar ao IBAMA, dentro de 45 (quarenta e cinco) dias, um Projeto Técnico de Reflorestamento, firmando um termo de compromisso para a sua realização. Deve, ainda, produzir relatórios trimestrais a informar a evolução do reflorestamento. Astreinte de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) pelo eventual descumprimento das obrigações de fazer.

- Apelação e remessa obrigatória providas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 12 de dezembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

O feito retorna para exame de mérito, após o v. Superior Tribunal de Justiça afastar a prescrição da ação, fls. 536/537v.

Trata-se de apelação em ação civil pública oposta pelo Ministério Público Federal (fls. 456/464) contra a sentença do Exmo. Juiz Federal da 24ª Vara/PE, Dr. Bruno César Bandeira Apolinário (fls. 450/452), que julgou improcedente o pedido de condenação do apelado na recuperação de área degradada por conta de queimada não autorizada em área de vegetação da Mata Atlântica, ao argumento de que inexistem evidências de que o réu seja o autor do dano em questão.

Sustenta o apelante, em suma, que: a) após regular instrução judicial, ficou constatado que ocorreram queimadas ilegais, em área de preservação ambiental (Mata Atlântica), que provocaram degradação ambiental, sem que tenha havido reparação do dano causado; b) embora o apelado tenha sido oficiado para que este elaborasse, em 30 dias, projeto de reflorestamento das espécies atingidas pelo fogo, e celebrasse, com o *Parquet* Federal Termo de Compromisso e Ajuste de Conduta (TAC), deixou de se manifestar, sem qualquer justificativa; c) em sua defesa, o apelado alega que, atualmente, não é proprietário, o que não é suficiente para afastar a sua responsabilidade.

Sem apresentação de contrarrazões (fl. 467).

Parecer do MPF, às fls. 471/475.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Discute-se, nestes autos, sobre a obrigação do proprietário de reparar danos causados à área de preservação ambiental.

Cabe consignar que, com base na interpretação do art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei nº 7.347/1985, em situações de dano ao meio ambiente, o princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano comprovar que não o causou. Além disso, por ilação do § 1º do art. 14 da Lei 6.938/81, obrigação de reparar o dano ambiental é objetiva e *propter rem*, isso quer dizer que persiste quanto a terceiros, mesmo não havendo culpa; adere ao título e se transfere ao futuro proprietário.

No caso sob análise, restou comprovado o grave dano ambiental causado pelas queimadas ilegais ocorridas em área de Mata Atlântica, situadas na propriedade (à época) do recorrido. Também, embora o apelado alegue, em sua defesa (fls. 214/216), não ser mais o proprietário das terras em questão (Sítio São Jorge, localizado no município de Lagoa dos Gatos/PE), nenhuma prova trouxe aos autos da suposta venda/transmissão do referido imóvel.

Nesse sentido, trago os seguintes precedentes:

I - do e. STJ:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DANOS AMBIENTAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE DO ADQUIRENTE. TERRAS RURAIS. RECOMPOSIÇÃO. MATAS. *TEMPUS REGIT ACTUM*. AVERBAÇÃO PERCENTUAL DE 20%. SÚMULA 07, STJ.

1. **A responsabilidade pelo dano ambiental é objetiva**, ante a *ratio essendi* da Lei 6.938/81, que em seu art. 14, § 1º, determina que o poluidor seja **obrigado a indenizar ou reparar os danos ao meio ambiente e, quanto ao terceiro, preceitua que a obrigação persiste, mesmo sem culpa**. Precedentes do STJ: REsp 826.976/PR, Relator Ministro Castro Meira, *DJ* de 01.09.2006; AgRg no REsp 504.626/PR, Relator Ministro Francisco Falcão, *DJ* de 17.05.2004; REsp 263.383/PR, Relator Ministro João Otávio de Noronha, *DJ* de 22.08.2005 e EDcl no AgRg no REsp 255.170/SP, desta relatoria, *DJ* de 22.04.2003.

2. **A obrigação de reparação dos danos ambientais é propter rem, por isso que a Lei 8.171/91 vigora para todos os proprietários rurais, ainda que não sejam eles os responsáveis por eventuais desmatamentos anteriores**, máxime porque a referida norma referendou o próprio Código Florestal (Lei 4.771/65) que estabelecia uma limitação administrativa às propriedades rurais, obrigando os seus proprietários a instituírem áreas de reservas legais, de no mínimo 20% de cada propriedade, em prol do interesse coletivo. Precedente do STJ: REsp 343.741/PR, Relator Ministro Franciulli Netto, *DJ* de 07.10.2002.

3. Consoante bem pontuado pelo Ministro Herman Benjamin, no REsp nº 650.728/SC, 2ª Turma, unânime: "(...) 11. É incompatível com o Direito brasileiro a chamada desafetação ou desclassificação jurídica tácita em razão do fato consumado. 12. As obrigações ambientais derivadas do depósito ilegal de lixo ou resíduos no solo são de natureza *propter rem*, o que significa dizer que aderem ao título e se transferem ao futuro proprietário, prescindindo-se de debate sobre a boa ou má-fé do adquirente, pois não se está no âmbito da responsabilidade subjetiva, baseada em culpa. 13. Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se im-

porta que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem. 14. Constatado o nexo causal entre a ação e a omissão das recorrentes com o dano ambiental em questão, surge, objetivamente, o dever de promover a recuperação da área afetada e indenizar eventuais danos remanescentes, na forma do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81.(...)”. *DJ02/12/2009*.

4. Paulo Affonso Leme Machado, em sua obra *Direito Ambiental Brasileiro*, ressalta que “(...) A responsabilidade objetiva ambiental significa que quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo. **Presente, pois, o binômio dano/reparação. Não se pergunta a razão da degradação para que haja o dever de indenizar e/ou reparar. A responsabilidade sem culpa tem incidência na indenização ou na reparação dos “danos causados ao meio ambiente e aos terceiros afetados por sua atividade”** (art. 14, § III, da Lei 6.938/81). Não interessa que tipo de obra ou atividade seja exercida pelo que degrada, pois não há necessidade de que ela apresente risco ou seja perigosa. Procura-se quem foi atingido e, se for o meio ambiente e o homem, inicia-se o processo lógico-jurídico da imputação civil objetiva ambiental. Só depois é que se entrará na fase do estabelecimento do nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano. É contra o Direito enriquecer-se ou ter lucro à custa da degradação do meio ambiente. O art. 927, parágrafo único, do CC de 2002, dispõe: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Quanto à primeira parte, em matéria ambiental, já temos a Lei 6.938/81, que instituiu a responsabilidade sem culpa. Quanto à segunda parte, quando nos defrontarmos com atividades de risco, cujo regime de responsabilidade não tenha sido especificado em lei, o juiz analisará, caso a caso, ou o Poder Público fará a classificação dessas atividades. “É a responsabilidade pelo risco da atividade.” Na conceituação do risco aplicam-se os princípios da precaução, da prevenção e da reparação. Repara-se por força do Direito Positivo e, também, por um princípio de Direito Natural, pois não é justo prejudicar nem os outros e nem a si mesmo. Facilita-se a obtenção da prova da responsabilidade, sem se exigir a intenção, a impru-

dência e a negligência para serem protegidos bens de alto interesse de todos e cuja lesão ou destruição terá consequências não só para a geração presente, como para a geração futura. Nenhum dos poderes da República, ninguém, está autorizado, moral e constitucionalmente, a concordar ou a praticar uma transação que acarrete a perda de chance de vida e de saúde das gerações (...)” in Direito Ambiental Brasileiro, Malheiros Editores, 12ª ed., 2004, p. 326-327.

5. A Constituição Federal consagra em seu art. 186 que a função social da propriedade rural é cumprida quando atende, seguindo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, a requisitos certos, entre os quais o de “utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente”.

6. A adoção do princípio *tempus regit actum*, impõe obediência à lei em vigor quando da ocorrência do fato.

7. *In casu*, os fatos apurados como infração ambiental ocorreram no ano de 1997, momento em que já se encontrava em vigor o Código Florestal, Lei nº 4.771/65, não havendo que se perquirir quanto à aplicação do Decreto nº 23.793/94, que inclusive foi revogado por aquela lei.

8. O Recurso Especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em face do óbice contido na Súmula 7/STJ.

9. *In casu*, a verificação da comprovação de que a propriedade não atinge o mínimo de 20% de área coberta por reserva legal, bem como a exploração de florestas por parte do proprietário, implicaria o revolvimento de matéria fática-probatória, o que é interdito a esta Corte Superior.

10. Deveras, o Tribunal *a quo* à luz de ampla cognição acerca de aspectos fático-probatórios concluiu que: A escusa dos requeridos de que não se pode impor a obrigação de reparar dano ambiental a particular que adquiriu a terra já desmatada ou que a averbação não pode ultrapassar o remanescente de mata nativa existente na área não convence; como bem exposto pelo Procurador de Justiça às fls. 313/314: ‘não se pretende que a averbação seja feita anteriormente à entrada em vigor da Lei 7.803/89 que alterou disposições da Lei 4.771/65. Ocorre que, a partir da vigência daquela primeira lei em nosso ordenamento jurídico, os antigos proprietários (Sr. Renato Junqueira de

Andrade e Sra. Yolanda Junqueira de Andrade – fl. 77) tinham desde então a obrigação de ter averbado a reserva legal, sendo que a ré, ao comprar uma propriedade sem observar os preceitos da lei, assumiu a obrigação dos proprietários anteriores ficando ressaltada, todavia, eventual ação regressiva. (fl. 335)

11. Os embargos de declaração que enfrentam explicitamente a questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC, tanto mais que, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

12. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. GRIFEI

[RESP 1.090.968. Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. DJe DATA: 03/08/2010. Votantes: Srs. Ministros Teori Albino Zavascki (voto-vista), Benedito Gonçalves e Hamilton Carvalhido. Unânime]

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVA PERICIAL. INVERSÃO DO ÔNUS. ADIANTAMENTO PELO DEMANDADO. DESCABIMENTO. PRECEDENTES.

I - Em autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual visando apurar dano ambiental, foram deferidos a perícia e o pedido de inversão do ônus e das custas respectivas, tendo a parte interposto agravo de instrumento contra tal decisão.

II - Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva.

III - Cabível, na hipótese, a inversão do ônus da prova que, em verdade, se dá em prol da sociedade, que detém o direito de ver reparada ou compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente - artigo 6º, VIII, do CDC c/c o artigo 18 da Lei nº 7.347/85.

IV - Recurso improvido. GRIFEI

[REsp 1.049.822. Primeira Turma. Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO. DJe DATA: 18/05/2009 REVFOR VOL. 00404 PG: 00359 RJTJRS VOL. 00277 PG: 00041. Por maioria. Votantes: Srs. Ministros Luiz Fux (voto-vista) e Benedito

Gonçalves (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator, vencidos os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki (voto-vista) e Denise Arruda]

PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL DE MULTA POR DANO AMBIENTAL. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PERÍCIA. **DANO AMBIENTAL. DIREITO DO SUPOSTO POLUIDOR. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.**

1. (...).

2. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

3. **O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou** ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva.

4. Nesse sentido e coerente com esse posicionamento, é direito subjetivo do suposto infrator a realização de perícia para comprovar a ineficácia poluente de sua conduta, não sendo suficiente para torná-la prescindível informações obtidas de sítio da internet.

5. A prova pericial é necessária sempre que a prova do fato depender de conhecimento técnico, o que se revela aplicável na seara ambiental ante a complexidade do bioma e da eficácia poluente dos produtos decorrentes do engenho humano.

6. Recurso especial provido para determinar a devolução dos autos à origem com a anulação de todos os atos decisórios a partir do indeferimento da prova pericial. GRIFEI (RESP 1.060.753. Segunda Turma. Rel. Min. ELIANA CALMON. DJe DATA: 14/12/2009. Votantes: Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques. Unânime)

II - desta e. Corte:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO DE INVALIDAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. AUTOS DE INFRAÇÃO POR DANOS AO MEIO

AMBIENTE. ABSOLVIÇÃO NA ESFERA PENAL. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO NA ÁREA ADMINISTRATIVA. INADMISSIBILIDADE DE TIPIFICAÇÃO DE DELITO E IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO VIA PORTARIA. AUTUAÇÃO ADMINISTRATIVA CALCADA EM DISPOSIÇÃO DE LEI. **RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO DAS TERRAS ATINGIDAS** CONFIGURADA. MULTA E INSCRIÇÃO DO NOME DO AUTUADO NO CADIN. MANUTENÇÃO. PROVIMENTO DOS RECURSOS NECESSÁRIO E VOLUNTÁRIO.

1. Remessa oficial e apelação interposta contra sentença de procedência do pedido de invalidação de processo administrativo, instaurado em decorrência de autos de infração lavrados por configuração de danos ao meio ambiente (desmatamento, inclusive com derrubada de árvores frutíferas em queda de sementes localizadas em morro, para fins de plantação de cana-de-açúcar; queima de vegetação em faixa marginal; e alteração de curso de rio) e dos quais decorreram, na seara administrativa, a aplicação de pena de multa e a inscrição, por não pagamento, do nome do autuado no CADIN.

2. Observando-se a tramitação do processo administrativo em tela, depreende-se sua regularidade formal, em especial tendo sido dada ampla oportunidade de defesa ao ora apelado, cujas razões, inclusive, resultaram em determinação administrativa de adequação da penalidade de multa, tendo em conta que a área atingida pelo desmate teria sido menor que a inicialmente consignada nos autos de infração (2,5 ha, e não 4,0 ha), não se caracterizando, ademais, como área de preservação permanente pela declividade (de 14º, e não superior a 45º).

3. É certo que, da autuação em questão, derivou também o processamento de ação penal contra o autuado, tendo sido exarada sentença de absolvição transitada em julgado. No entanto, como o comando sentencial se embasou na insuficiência de provas à condenação penal, não há como admitir a repercussão de seus efeitos absolutórios na seara administrativa, o que somente se admitiria em caso de negativa de autoria ou da materialidade do fato.

4. A autuação administrativa fundamentou-se em dispositivos legais (Leis nºs 4.771/62 e 6.938/81 e Decreto nº 99.274/90) e não simplesmente em ato normativo de categoria inferior à lei (Portaria do IBAMA), não se sustentando

a alegação de violação ao princípio da reserva legal na tipificação de condutas delituosas e na fixação de sanções correlatas.

5. Sobre o desmatamento, feito sem autorização ambiental, inclusive com derrubada de árvores frutíferas (mangueira e jaqueira) em sementeira, localizadas em morro, para fins de plantação de cana-de-açúcar, **embora negada administrativamente pelo autuado, não foram trazidas provas que infirmassem a autuação do Estado Administrador, que, na forma de ato administrativo, têm em si a característica da presunção (ainda que relativa) de legitimidade.** O ente público fez notar mesmo, com base em fotografia tirada quando da autuação, o “rebrotos da essência mangueira, com o galho em frutificação, jogado no chão, o que descaracteriza a queda natural e os galhos secos”. Está, na Lei nº 4.771/65: “Art. 2º. Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: [...]; / d) no topo de morros [...]”. E mais: “Art. 26. Constituem contravenções penais [...]: a) destruir ou danificar a floresta considerada de preservação permanente [...]; b) cortar árvores em florestas de preservação permanente [...]; g) impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação [...]”. E ainda: “Art. 31. São circunstâncias que agravam a pena [...]: a) cometer a infração no período de queda das sementes [...]”. De mais a mais, ainda que se diga que esses arts. 26 e 31 concernem apenas à discussão no âmbito do processo penal, tem-se que, nos termos do art. 19 da mesma lei, na redação vigente quando da autuação, e também segundo o art. 10 da Lei nº 6.938/81, o desmatamento apenas poderia se realizar com a autorização do IBAMA, responsável pela aferição do grau de estrago ambiental resultante da ação humana, não havendo registro dessa aprovação prévia. O Decreto nº 99.274/90, que regulamentou essa última lei (especialmente no tocante ao art. 14, citado na autuação vergastada), estabeleceu a sujeição à multa, proporcional à degradação ambiental causada, para a hipótese do exercício de “atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente, sem a licença ambiental legalmente exigível ou em desacordo com a mesma” (art. 34, IV).

6. No respeitante à queima de vegetação em área marginal, também sem permissão ambiental, que o

autuado administrativamente imputou a terceiros interessados em prejudicar-lhe, de igual modo não houve produção probatória que inviabilizasse o acatamento da autuação administrativa. O fato (queimada) verificou-se, com dano à vegetação ribeirinha. **Quanto à responsabilidade de terceiros, além de não ter sido comprovada por quem tinha esse ônus, não é argumento suficiente a afastar a responsabilidade do proprietário da área, na modalidade de culpa *in vigilando*, ao abandonar o cuidado necessário na manutenção da propriedade e na preservação do meio ambiente local, mesmo porque o direito fundamental à propriedade não pode ser lido em descompasso com o dever fundamental de realização da função social da propriedade, âmbito no qual se insere a proteção ambiental.** Fixa a Lei nº 4.771/65: “Art. 1º [...] parágrafo 1º As ações ou omissões contrárias às disposições deste Código na utilização e exploração das florestas e demais formas de vegetação são consideradas uso nocivo da propriedade [...]”. Ainda: “Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d’água desde o seu nível mais alto em faixa marginal [...]”. Mais: “Art. 26. Constituem contravenções penais [...]: e) fazer fogo, por qualquer modo, em florestas e demais formas de vegetação, sem tomar as precauções adequadas [...]”; “Art. 27. É proibido o uso de fogo nas florestas e demais formas de vegetação./Parágrafo único. Se peculiaridades locais ou regionais justificarem o emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais, a permissão será estabelecida em ato do Poder Público, circunscrevendo as áreas e estabelecendo normas de precaução”. Portanto, perfeita a situação descrita no art. 34, IV, do Decreto nº 99.274/90.

7. Finalmente, quanto ao desvio do curso do rio (sem o indispensável licenciamento do órgão ambiental), que o autuado disse ser decorrente da ação indevida dos trabalhadores por ele contratados para fins de limpeza e desobstrução da corrente de água, que excederam nas incumbências que lhes foram definidas, é de se ressaltar que, a par de não comprovada a alegação, a responsabilidade do proprietário da área, ainda assim, se materializaria na forma de culpa *in eligendo*, ao atribuir ele obrigações técni-

cas a quem, evidentemente, não a possui, a ponto de, para além de limparem o leito do rio, tais trabalhadores terem desviado o curso d'água numa extensão de aproximadamente dez metros. É regra natural que os proprietários da terra respondem pelos prejuízos causados por seus empregados, no exercício de seus misteres. A Lei nº 4.771/65 define, nesse sentido: "Art. 29. As penalidades incidirão sobre os autores, sejam eles: a) diretos; b) arrendatários, parceiros, posseiros, gerentes, administradores, diretores, promitentes compradores ou proprietários das áreas florestais, desde que praticadas por prepostos ou subordinados e no interesse dos preponentes ou dos superiores hierárquicos [...]". Ademais, a autuação, nesse ponto, encontra sustentação no art. 10 da Lei nº 6.938/81, combinado com os arts. 17 e 34, IV, do Decreto nº 99.274/90. 8. Pelo provimento da remessa oficial e da apelação, com inversão dos ônus de sucumbência. GRIFEI (AC 405.736. Primeira Turma. Rel. Desembargadora Federal Joana Carolina Lins Pereira. *DJ* - Data: 15/04/2008 - Página: 540 - Nº: 72. Unânime)

Diante do exposto, dou provimento à apelação e à remessa obrigatória para determinar que JOAQUIM CALADO ESPÍNDOLA apresente ao IBAMA, dentro de 45 (quarenta e cinco) dias, um Projeto Técnico de Reflorestamento, firmando um termo de compromisso para a sua realização. Deve, ainda, produzir relatórios trimestrais a informar a evolução do reflorestamento. Por fim, fica arbitrada a astreinte de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) pelo eventual descumprimento das obrigações de fazer.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 524.101-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA
Apelantes: IRIS FERNANDA PONTES DE MELO E OUTRO
Apeladas: AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA -
ANVISA E CIMED INDÚSTRIA DE MEDICAMENTOS
LTDA.
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª RE-
GIÃO
Advs./Procs.: DRS. YVES MAIA DE ALBUQUERQUE E OUTRO
(APTES.) E MARIA HAYDEE LUCIANO PENA (2ª
APDA.)

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. ANTICONCEPCIONAL. GRAVIDEZ. BULA COM INFORMAÇÃO EXPLÍCITA DE QUE O ANTICONCEPCIONAL PODE FALHAR EM 2% DAS MULHERES. LAUDO DE ANÁLISE DO LOTE Nº 3175/08 APROVADO NO CONTROLE DE QUALIDADE. DANOS MATERIAIS E MORAIS. DESCABIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXCLUSÃO.

- Apelação contra sentença que julgou improcedentes os pedidos autorais, cujo objetivo é a condenação da parte ré ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, em decorrência da ineficácia de medicamento ingerido para evitar gravidez.

- Laudo de análise do lote nº 3175/08, referente ao anticoncepcional ingerido pela autora, o qual recebeu aprovação no controle de qualidade, comprovando que o anticoncepcional DIAD estava de acordo com as especificações técnicas, inclusive no tocante à substância ativa.

- Bula do anticoncepcional que traz explicitamente a informação de que o tratamento pode falhar em cerca de 2% das mulheres, mesmo dentro do prazo correto de administração, bem como de que, se não tomado dentro do prazo estabelecido, haverá diminuição de sua eficácia, sendo

suficientes para alertar o público consumidor de que o contraceptivo não é 100% eficaz.

- Como ressaltou a douta representante do Ministério Público Federal, em seu parecer, a demandante não fez prova de quando se iniciou a fase gestacional, bem como de que efetivamente tenha ingerido o medicamento no prazo de 72 horas da data da concepção, limitando-se a trazer aos autos cópia da certidão de nascimento do filho, nascido em 29/09/2009, a nota fiscal de compra do medicamento, sem nome de quem o adquiriu, a bula e a cartela vazia.

- Ademais, consoante jurisprudência do Colendo STJ, ainda que se trate de relação regida pelo CDC, não se concebe inverter-se o ônus da prova para, retirando tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente, atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria. Assim, diante da não comprovação da ingestão do medicamento, bem como levando em conta a inviabilidade de a ré produzir prova impossível, a celeuma deve se resolver com a improcedência do pedido. Precedente: STJ; RESP 200600890465; QUARTA TURMA; Relator(a) ALDIR PASSARINHO JUNIOR; DJe 11/11/2010.

- Honorários advocatícios arbitrados em R\$ 2.000,00 que devem ser excluídos, uma vez que a parte autora é beneficiária da justiça gratuita. Precedente: TRF5; AC - Apelação Cível - 554.011; Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti; Primeira Turma; DJe - Data: 18/07/2013; Data da Decisão 11/07/13.

- Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos

termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 7 de janeiro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA:

Trata-se de apelação interposta por IRIS FERNANDA PONTES DE MELO e outro contra sentença que julgou improcedentes os pedidos autorais, cujo objetivo é a condenação da ANVISA - AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA e da CIMED INDÚSTRIA DE MEDICAMENTOS LTDA. ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, em decorrência da ineficácia de medicamento ingerido para evitar gravidez.

Asseverou o MM. Juiz *a quo* que a partir das provas coligidas aos autos é possível inferir que o anticoncepcional “DIAD” não continha quaisquer vícios, conforme laudo de análise acostado à fl. 123, referente ao lote nº 3175/08, de onde foi extraído o anticoncepcional comprado pela autora, quer porque foi encontrada a quantidade de 0,75 mg de Levonorgestrel – substância contraceptiva indicada na bula – senão em face de que o insumo foi consumido dentro do prazo de validade, devidamente especificado na cartela, e, ainda, que é consabido que todos os métodos contraceptivos detêm certo índice de ineficácia, circunstância devidamente informada pelo fabricante.

Aduz IRIS FERNANDA PONTES DE MELO e outro que o remédio foi comprado em janeiro de 2009, foi consumido e tinha como proposta ser um contraceptivo de emergência, após o coito desprotegido, e não funcionou. Aduz, ainda, que a ANVISA juntou um estudo, retirado da internet (fl. 60), onde mostra contradições na bula do remédio. Aduz, por fim, pela exclusão dos honorários advocatícios, sob a alegação de que é beneficiária da justiça gratuita. Requer a reforma da sentença.

Contrarrazões apresentadas (fls. 197/203, 216/224).

A douta representante do Ministério Público opina pela manutenção da sentença (fls. 144/250).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA (Relator):

A questão debatida no presente recurso versa sobre a possibilidade de condenação da ANVISA e da CIMED ao pagamento de danos materiais e morais, em decorrência da ineficácia de anticoncepcional DIAD, ingerido para evitar gravidez.

Analisando os documentos colacionados aos autos, observo, à fl. 18, a nota fiscal, a cartela vazia e a bula do referido anticoncepcional, constando, nesta última, as seguintes informações que merecem destaque para a análise do presente caso, *in verbis*:

(...) O primeiro comprimido de DIAD deve ser ministrado o mais breve possível após a relação sexual, não ultrapassando 72 horas, pois ocorre diminuição da eficiência quando há demora para o início do tratamento. O segundo comprimido deve ser tomada sempre 12 horas após o primeiro.

(...)

Advertências e precauções: Após um único ato de coito desprotegido, o tratamento pode falhar em cerca de 2% das mulheres que usam DIAD mesmo dentro do prazo de administração de 72 horas após o parto.

A bula do anticoncepcional traz explicitamente a informação de que o tratamento pode falhar em cerca de 2% das mulheres, mesmo dentro do prazo correto de administração, e, ainda, a informação de que, se não tomado dentro do prazo estabelecido, haverá diminuição de sua eficácia.

As referidas advertências e precauções, constantes na bula do referido anticoncepcional, são suficientes para alertar o público consumidor de que o contraceptivo não é 100% eficaz, mormente quando consta, nos autos (fl. 123), laudo de análise do lote 3175/08, referente ao anticoncepcional ingerido pela autora, o qual rece-

beu aprovação no controle de qualidade, comprovando que o anti-concepcional DIAD estava de acordo com as especificações técnicas, inclusive no tocante à substância ativa, *in casu*, o levonorgestrel, na quantidade adequada, como indicado na bula, o que afasta o dever de indenizar.

Colaciono, por oportuno, posicionamento do colendo STJ, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. DEVER DE INFORMAÇÃO. ANTICONCEPCIONAL. GRAVIDEZ INDESEJADA. POSSIBILIDADE. INFORMAÇÃO CONSTANTE DA BULA DO MEDICAMENTO. INEXISTÊNCIA DE DEFEITO DE INFORMAÇÃO.

1. Ação de indenização movida por casal contra o laboratório fabricante do anticoncepcional Mesigyna, em decorrência de sua ineficácia, ensejando uma terceira gravidez não planejada.

2. Alegação do laboratório fabricante, acolhida pelas instâncias de origem, de que nenhum anticoncepcional é cem por cento eficaz, tendo essa informação constado de sua bula.

3. Fato notório de que os métodos contraceptivos não são 100% eficazes.

4. Informação constante da bula do medicamento.

5. Não caracterização do defeito de informação.

6. Necessidade de revisão da prova colhida no processo que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

7. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(STJ; AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1.261.815; Relator PAULO DE TARSO SANSEVERINO; TERCEIRA TURMA; DJe DATA: 25/2/13; Data da Decisão 19/02/2013)

Como ressaltou a douta representante do Ministério Público Federal, em seu parecer, a demandante não fez prova de quando se iniciou a fase gestacional, bem como de que efetivamente tenha ingerido o medicamento no prazo de 72 horas da data da concepção, limitando-se a trazer aos autos cópia da certidão de nascimento do filho, nascido em 29/09/2009, a nota fiscal de compra do medicamento, sem nome de quem o adquiriu, a bula e a cartela vazia.

Ademais, consoante jurisprudência do Colendo STJ, ainda que se trate de relação regida pelo CDC, não se concebe inverter-se o ônus da prova para, retirando tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente, atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria. Assim, diante da não comprovação da ingestão do medicamento, bem como levando em conta a inviabilidade de a ré produzir prova impossível, a celeuma deve se resolver com a improcedência do pedido.

Colaciono, por oportuno, posicionamento jurisprudencial, *in verbis*:

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL. ANTICONCEPCIONAL SEM PRINCÍPIOATIVO. PLACEBO. GRAVIDEZ NÃO PROGRAMADA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MOMENTO PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO (SÚMULAS 282 E 356 DO STF). COMPROVAÇÃO DO NEXO CAUSAL. AUSÊNCIA. PRECEDENTE.

I. A discussão acerca do momento da aplicação do instituto da inversão do ônus da prova não foi objeto de manifestação específica pelo tribunal de origem, pelo que restou ausente o prequestionamento (Súmulas 282 e 356 do STF).

II. Consoante jurisprudência desta Corte Superior “ainda que se trate de relação regida pelo CDC, não se concebe inverter-se o ônus da prova para, retirando tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente, atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria. Assim, diante da não comprovação da ingestão dos aludidos placebos pela autora – quando lhe era, em tese, possível provar –, bem como levando em conta a inviabilidade de a ré produzir prova impossível, a celeuma deve se resolver com a improcedência do pedido” (REsp 720.930/RS, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, *DJe* 09/11/2009).

III. Indemonstrado o nexo de causalidade, com a comprovação da utilização de pílulas oriundas dos lotes de placebo indevidamente enviados ao mercado, incabível a indenização.

IV. Recurso especial conhecido e provido para se restabelecer o acórdão que julgou improcedente o pedido inicial. (STJ; RESP 200600890465; QUARTA TURMA; Relator(a) ALDIR PASSARINHO JUNIOR; *DJe* 11/11/2010)

Quanto ao pedido de exclusão dos honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 2.000,00, entendo que merece prosperar, uma vez que a parte autora é beneficiária da justiça gratuita.

Nesse sentido, colaciono precedente desta egrégia Corte, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONVOCAÇÃO PELA JUSTIÇA ELEITORAL E A COLISÃO DE TRÂNSITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUSTIÇA GRATUITA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Apelação interposta em face de sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por danos materiais e morais, condenando a parte autora no pagamento de custas e honorários de advogado, nos termos do art. 20, parágrafo 4º, do CPC.

(...)

7. Por ser o apelante beneficiário da Justiça Gratuita, não deve ser condenado ao pagamento de custas e de honorários advocatícios.

8. Apelação parcialmente provida.

(TRF5; AC - Apelação Cível - 554.011; Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti; Primeira Turma; DJe - Data: 18/07/13; UNÂNIME; Data da Decisão: 11/07/13)

Com essas considerações, dou parcial provimento à apelação, apenas para excluir os honorários advocatícios.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 552.631-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: BENÍCIO INÁCIO DIAS
Curadora: MARIA NEUSA PEREIRA
Apeladas: FUNDAÇÃO JOAQUIM NABUCO - FUNDAJ E UNIÃO
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. LUIZ TEOTONY DO WALLY E OUTRO (APTE.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA FUNDAJ. AÇÃO ORDINÁRIA OBJETIVANDO: REVISÃO DE APOSENTADORIA, PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, PAGAMENTO EM DOBRO DE LICENÇA ESPECIAL NÃO GOZADA E A RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS A TÍTULO DE CUSTEIO DO PLANO DE SAÚDE E CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

- *Ilegitimidade da União Federal para figurar no polo passivo da demanda. Prescrição quinquenal. Decreto nº 20.910/32. Ocorrência.*
- *Assédio moral. Não comprovação.*
- *Aposentadoria voluntária em 2009. Laudo pericial atestando a incapacidade do autor desde 2005. Direito à alteração da aposentadoria voluntária para aposentadoria por invalidez.*
- *Licenças Especiais/Licença prêmio. Licenças já comprovadamente gozadas.*
- *Pedido de ressarcimento para assistência à saúde. Impossibilidade.*
- *Apelação parcialmente provida.*

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas

taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 17 de dezembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de apelação de sentença que – em sede de ação ordinária onde o particular objetiva: a) a revisão de seu ato de aposentadoria; e b) a condenação das rés ao pagamento de indenização por danos morais, ao pagamento em dobro de licença especial não gozada e a restituição dos valores pagos a título de custeio do plano de saúde e contribuição previdenciária – julgou improcedentes os pedidos.

Alega o apelante: a) que a União Federal deve ser mantida no polo passivo da demanda; b) que a FUNDAJ foi alcançada pela revelia; c) que faz jus à contagem em dobro do tempo da licença-prêmio por assiduidade não gozada para efeito de aposentadoria; d) precedente do STJ favorável a seu pleito; e) a inocorrência da prescrição quinquenal; e f) que o documento nº 2 mostra que foi vítima de assédio moral, uma vez que foi forçado a assinar pedido de aposentadoria voluntária.

Contrarrazões apresentadas pela FUNDAJ e pela União.

Parecer ministerial pelo parcial provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Analisando, inicialmente, as preliminares suscitadas.

DE ILEGITIMIDADE DA UNIÃO FEDERAL

A FUNDAJ é dotada de personalidade jurídica, com autonomia administrativa e financeira, bem como representação judicial pró-

pria. Assim, em se tratando a hipótese de pedido de revisão de ato de aposentadoria e recebimento de valores devidos a servidor aposentado da FUNDAJ, a ação deve ser proposta apenas contra esta, impondo-se reconhecer a ilegitimidade passiva *ad causam* da União Federal.

DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL

Considerando que o particular objetiva na presente lide o pagamento em dobro de licenças especiais não gozadas, a devolução de parte do pagamento do plano de saúde e a devolução dos descontos para a previdência social; o certo é que deve ser respeitada a prescrição quinquenal, nos termos dos arts. 1º e 3º do Decreto nº 20.910/32.

Passo ao mérito.

Transcrevo, por oportuno, excertos da sentença de 1º grau:

[...] Cinge-se o mérito da demanda à análise da existência do direito do autor à revisão de seu ato de aposentadoria, pagamento de indenização por danos morais, bem como ao pagamento em dobro de licença especial não gozada e à restituição dos valores pagos a título de custeio do plano de saúde e contribuição previdenciária.

A pretensão de revisão do ato de aposentadoria e o pagamento de indenização por danos morais estão lastreadas no mesmo fundamento – a ocorrência de assédio moral.

[...] Primeiramente, constata-se ser a narrativa fática da exordial a respeito do suposto assédio moral paupérrima, mostrando-se excessivamente genérica, não descrevendo o conjunto de práticas humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas, às quais foi submetido o autor no exercício de suas funções, não havendo uma narrativa detalhada da importunação insistente e persistente contra ele, nem muito menos quem teria praticado tal conjunto de atos humilhantes e constrangedores.

O autor limitou-se a afirmar em sua inicial que ao “completar 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, em fevereiro de 2007, passou a ser vítima de assédio moral, pois só pretendia requerer aposentadoria ao completar 40 anos de serviço”, bem como que “as chefias lhe submeteram a

assédio, que o levou a sofrer diversas patologias”, que “vive sequelado por conta do assédio moral que foi submetido por 2 (dois) anos, que o ato de sua “aposentadoria é ilegal, vez que o aposentou em oposição à sua vontade em face do assédio moral que sofria”.

Não há, como se observa, a descrição, na peça vestibular, de um conjunto de atos humilhantes e constrangedores, repetitivos e prolongados, aos quais foi supostamente submetido o autor no exercício de suas funções, de modo a demonstrar a situação configuradora do assédio moral.

[...]

De mais a mais, não há material probatório colhido nos autos que aponte haver algum agente público da Fundaj ter atuado de modo a compelir o autor a pedir sua aposentadoria.

O que se extrai dos depoimentos das testemunhas colhidos em audiência são indícios de que o próprio autor afirmava ter sofrido pressões para requerer sua aposentadoria, mas **nenhuma testemunha afirmou ter presenciado qualquer agente público, superior hierárquico do autor na Fundaj, praticar atos que forçassem o autor a ingressar na inatividade.**

A testemunha Antônio de Souza, motorista da Fundaj, afirmou: “não tem conhecimento de que a chefia de recursos humanos tratava mal o autor, porque nessa época estava afastado da repartição [...] Que somente através do autor tomou conhecimento de que ele sofria perseguição por parte de pessoa de recursos humanos [...] Que nunca presenciou nenhum servidor tratar mal o autor”.

A testemunha Daciel de Oliveira, servidor da Fundaj, apesar de haver afirmado que o autor requereu a aposentadoria contra a sua vontade, não soube informar detalhes sobre essa situação, asseverando que “não sabe informar quem estava na chefia na época em que autor foi aposentado”, “que não sabe informar o motivo pelo qual o autor não queria se aposentar, apesar de já ter 66 anos” e “que não sabe informar porque a chefia insistia, como insistiu, para o autor se aposentar”.

Já a testemunha Renato da Silva Maimone, servidor da Fundaj, não obstante haver afirmado inicialmente que “resolveram aposentar o autor”, asseverou que “não sabe informar se o autor sofria discriminação por parte da chefia”. Ademais, quando perguntado sobre as doenças do autor, a aludida testemunha relatou, em juízo, que “a doença que o autor certa vez comentou com o depoente mesmo antes de se aposentar, era nervosismo, falta de apetite, desmaio no trânsito quando dirigia seu veículo particular, quando foi socorrido pelo BPTRAN, pois não tinha condições de dirigir.

Observa-se, portanto, que apesar de as testemunhas relatarem ter ouvido do próprio autor que ele foi aposentado contra a sua vontade, não souberam precisar quaisquer fatos que corroborassem essa alegação, nem identificaram os servidores responsáveis pela suposta coação ao autor.

É certo que, após acidente automobilístico, o autor pediu para ser afastado de suas funções de motorista, vindo a trabalhar na reprografia da Fundaj, em face de seu debilitado estado de saúde, o que, com certeza, contribuiu para sua aposentadoria.

Não se revelou, pelas provas carreadas aos autos, um conjunto de práticas humilhantes e constrangedoras, reiteradas e prolongadas, às quais teria sido submetido o autor com a finalidade de forçá-lo a requerer a aposentadoria, o que impõe reconhecer a inexistência de assédio moral.

De mais a mais, o que se descortina pelos testemunhos colhidos em juízo é que o estado de saúde do autor comprometia o desempenho de suas funções, situação percebida pela administração pública e que deve tê-la levado a sugerir ao autor que se aposentasse, haja vista já possuir tempo suficiente para aposentadoria integral.

Não fosse o pedido de aposentadoria do autor, decerto, ele seria aposentado por invalidez em face de seu debilitado estado de saúde.

Ressalte-se, não há, de igual modo, qualquer elemento probatório que indique existir nexos de causalidade entre as doenças que acometeram o autor e as

supostas práticas de atos humilhantes e constrangedores a que alega ter sido submetido pela chefia da Fundaj.

Não houve, por fim, designação de tarefas inúteis ou degradantes, nem tampouco ofensas de caráter pessoal por parte de qualquer servidor da Fundaj contra o autor, sendo forçoso concluir pela inocorrência do alegado assédio moral.

No tocante ao pedido condenatório de pagamento de 2 (duas) licenças especiais, ao que parece, o autor postula licença-prêmio por assiduidade, porquanto não há previsão de “licença especial” no Estatuto do Servidor Público (Lei 8.112/90).

A licença-prêmio por assiduidade, extinta em 11 de outubro de 1996, pela Medida Provisória nº 1.522/1996, convertida em lei, assegurava ao servidor público federal o afastamento do serviço por um período de 3 (meses), a cada quinquênio ininterrupto de serviço público com assiduidade.

Nesse diapasão, considerando que o autor ingressou no serviço público em 25/05/1982, tem-se que faria jus ao gozo de 2 (duas) licenças-prêmio, ou seja, um período de 6 (meses) de afastamento remunerado do serviço, haja vista que a previsão legal da licença-prêmio foi extinta em 11 de outubro de 1996.

Os documentos acostados pela União comprovam que o autor já gozou licença-prêmio por 6 (seis) meses, nos seguintes períodos: 03/11/2008 a 01/01/2009, 02/06/ a 01/07/2008, 03/09 a 01/11/2007 e 13/02 a 14/03/2006 (fls. 149/152).

Assim, demonstrado que o autor já gozou os 6 (seis) meses de licença-prêmio a que tinha direito, a rejeição do pedido neste ponto é medida que se impõe.

Quanto ao pedido para pagamento em dobro de 2 (dois) anos que teria trabalhado a mais, já que contabilizou 37 (trinta e sete) anos de serviço, sendo que deste 27 (vinte e sete) seriam de serviço público, de igual modo, não merece acolhida.

É assegurado ao servidor público que, após completar os requisitos para aposentadoria voluntária, permanecer na ativa, o abono permanência previsto no art. 40, § 19, da CF/88.

Portanto, o aludido período de trabalho a mais, isto é, após completados os requisitos para aposentadoria voluntária, faz surgir o direito à percepção do abono permanência, vantagem pecuniária que já foi recebida pelo autor, conforme documentos de fls. 73/76, 78/79 e 177/194, inexistindo qualquer fundamento jurídico para acolher essa pretensão do autor.

No tocante ao pedido de recebimento dos valores pagos a maior a título de plano de saúde, também não merece prosperar a pretensão autoral.

O Estatuto do Servidor Público Federal, em seu art. 230, prevê que a assistência à saúde do servidor será prestada pelo SUS, diretamente pelo órgão ou entidade ao qual estiver vinculado o servidor, ou mediante convênio ou contrato, ou ainda na forma de auxílio, mediante ressarcimento parcial do valor despendido pelo servidor, na forma estabelecida em regulamento.

O programa de assistência à saúde do servidor instituído no âmbito da Fundaj, conforme demonstram os documentos de fls. 73/76 e 154/176, prevê o ressarcimento ao servidor das despesas com assistência à saúde mediante comprovação dos pagamentos realizados junto ao plano de saúde particular por ele contratado, de modo que não há um plano de saúde custeado conjuntamente por servidor e Fundaj, o que faz desmoronar a tese articulada pelo autor nesse ponto.

Ademais, restou demonstrado que as despesas realizadas pelo autor com o custeio do plano de saúde por ele contratado foram ressarcidas, na forma da legislação que disciplina o programa de assistência à saúde do servidor, conforme documentos de fls. 177/194.

Por fim, no que tange ao pedido de auxílio-doença, também não merece acolhida a pretensão do autor, haja vista que no regime próprio de previdência social dos

servidores públicos federais, ao qual está vinculado o autor, não há previsão dessa espécie de benefício.

Por outro lado, o autor usufruiu de licenças médicas, sem prejuízo de sua remuneração, por diversos meses, o que demonstra a licitude da conduta da Administração da Fundaj, conforme documentos de fls. 141/147.

Desse modo, a improcedência dos pedidos é medida que se impõe. (GRIFEI)

Há um aspecto na sentença que realmente carece de reparo. É no tocante a revisão da aposentadoria e, neste ponto adoto por razões de decidir a linha de raciocínio traçada pelo nobre parecerista:

[...] De fato. Teria o réu de provar os fatos que julgou como sendo “práticas humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas”, que o teria levado ao desequilíbrio da sanidade e o obrigado a se agasalhar na aposentadoria, especialmente com indicação da pessoa responsável pelos atos ilícitos produzidos no ambiente de trabalho.

Na verdade, preocupou-se, tão somente, em comprovar o efeito que teria sido dele decorrente, o que não basta, na medida em que fica ausente o liame entre ele e a suposta causa.

Em tal situação, não há como se acolher a tese de que a aposentadoria foi decorrente de assédio moral, o que afasta qualquer indenização por dano de natureza não patrimonial.

No entanto, considerando que o autor obteve o primeiro ato para sua aposentação no dia 05/08/2009, é razoável o reconhecimento de que fazia jus, já naquela época, à aposentadoria especial de que trata o art. 186 da Lei nº 8.112/90.

[...] O Laudo Pericial de fls. 385-v/387, emitido em **8 de junho de 2010** por médico especializado em psiquiatria (vide fl. 387, *in fine*), demonstra que o réu possuía dois tipos de doença que afetam a mente, mais especificamente “demência vascular não especificada” e “transtorno de humor (afetivo) orgânico” (vide fl. 385-v e 386-*in fine*), que são incuráveis (fl. 386-*in fine*), o que o tornou incapaz para

todo e qualquer ato da vida civil (vide fl. 387, segunda resposta e conclusão final).

Por outro lado, o *expert* deixou certo que o paciente se tornou incapaz de responder pelos atos da vida civil há mais ou menos 5 anos (fl. 387, quarta resposta), o que se coaduna com relatos contidos na sentença, especialmente o testemunho de Renato da Silva Maimone [...]

Como se observa, o autor deveria ter sido aposentado por invalidez, o que lhe daria direito a benefícios como **a isenção do pagamento de imposto de renda.**

Em tal situação, é inegável que o autor faz jus à alteração do ato de aposentação, para o fim de lhe ser reconhecida a invalidez decorrente de alienação mental, aspecto de suma importância pelos benefícios fiscais produzidos (Lei nº 7.713/88, art. 6º, XIV). (Grifos no original)

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação tão somente para reformar a sentença no tocante a alteração do ato de aposentação do demandante, a fim de que, com base nos fundamentos lançados pelo nobre representante ministerial, seja reconhecido o direito do autor à aposentadoria por invalidez, decorrente de alienação mental. Nos demais aspectos, mantenho a sentença pelas suas próprias razões de decidir.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 552.683-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

Apelantes: NARDINI CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA., PLUS EMPREENDIMENTOS S/A, MUNICÍPIO DE PETROLINA (PE) E AGÊNCIA ESTADUAL DE MEIO AMBIENTE E RECURSOS HÍDRICOS - CPRH

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Advs./Procs.: DRs. IVON D'ALMEIDA PIRES FILHO E OUTROS, SANDRA RODRIGUES BARBOZA E OUTROS, ERIK LIMONGI SIAL E JOSÉ IVAN GALVÃO DA COSTA E OUTROS

EMENTA: AMBIENTAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÓDIGO FLORESTAL. MARGEM DO RIO SÃO FRANCISCO. ÁREA URBANA DE PETROLINA. ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. 500 METROS. CONSTRUÇÃO DE EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO EM ÁREA DEGRADADA. LICENCIAMENTO EM 2008. MUDANÇA DE LEGISLAÇÃO POSTERIOR AO LICENCIAMENTO E À IMPLANTAÇÃO DO LOTEAMENTO. SENTENÇA QUE DETERMINA A REVERSÃO DA ÁREA AO ESTADO ANTERIOR E À RECUPERAÇÃO DA VEGETAÇÃO NATIVA. EXCESSO. APELAÇÕES PROVIDAS.

- Empreendimento imobiliário licenciado em 2008, com arrimo na legislação de então (Lei nº 4.771/1965), na área urbana de Petrolina, preservando 100 metros da margem do Rio São Francisco. Não incidência do Código Florestal vigente, dado que a faixa de proteção de 500 metros às margens dos rios com mais de 600 metros de largura, somente apanhava as florestas (vegetação), e no local do empreendimento não havia vegetação nativa, tal como constatado em perícia judicial.

- A área ocupada pelo loteamento fora degradada desde a década de 1930, através da instauração e pleno funcionamento de mineradora, depois abandonada, fato constatado através de perícia que dá conta de que no lugar somente existiam raras árvores exóticas (mangueira e coqueiros).

- Somente com o atual Código Florestal (Lei nº 12.651/2012) foi adotado o conceito de área de proteção florestal, em substituição à proteção à vegetação. Contudo, a nova definição deve respeitar as situações consolidadas, bem assim o ato jurídico perfeito (licenciamento) formado em obediência à lei anterior.

- O retorno das áreas ao estado original, ainda que com o objetivo de proteger os recursos hídricos, não pode sacrificar valores sociais de maior monta. No caso, verifica-se a olho desarmado, que 500 metros contados a partir do Rio São Francisco, alcança parte significativa da cidade de Petrolina, tal como acontece, v.g., com Recife em relação ao Capibaribe e com a maioria das cidades que sempre medram às margens de curso d'água.

- Apelações providas para julgar improcedente a ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, dar provimento às apelações, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 17 de dezembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Trata-se de apelações interpostas por NARDINI CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA., por PLUS EMPREENDIMENTOS S/A, pelo MUNICÍPIO DE PETROLINA/PE e pela CPRH - AGÊNCIA ESTADUAL DE MEIO AMBIENTE E RECURSOS HÍDRICOS, contra sentença proferida em ação civil pública contra eles movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, que julgou parcialmente procedente o pedido para:

a) anular a licença de instalação concedida pela Agência Nacional do Meio Ambiente e Recursos Hídricos do Estado de Pernambuco - CPRH, o alvará de licença e ato de aprovação expedidos, respectivamente, pela Secretaria de Paisagismo, Urbanismo e Meio Ambiente de Petrolina e pelo Prefeito de Petrolina, ao empreendimento Gran Ville Petrolina;

b) condenar as empresas Nardini Construtora e Incorporadora Ltda. e Plus Empreendimentos S/A a: b.1 - desocupar a área de preservação permanente em que situado o empreendimento, promovendo a demolição de todas as edificações e benfeitorias existentes, com retirada do entulho resultante, que deverá ser depositado em local indicado pelo órgão ambiental competente; b.2 - absterem-se, definitivamente, de realizar qualquer obra, projeto ou atividade, corte, exploração ou supressão de qualquer tipo de vegetação ou de realizarem qualquer outra ação antrópica na área de preservação permanente, objeto da presente ação civil pública, ou nela promover ou permitir que se promovam atividades danosas, mesmo que parcialmente; b.3 - absterem-se de comercializar, por meio de compra e venda, cessão, comodato, parcelamento, desmembramento, locação ou qualquer outro tipo de transação comercial, quaisquer direitos sobre as unidades que compoem o Condomínio Grand Ville Petrolina; b.4 - a promoverem a recuperação da área de preservação permanente degradada, com a apresentação de projeto, com cronograma de obras e atividades, elaborado por técnico devidamente habilitado, ao IBAMA ou ao órgão ambiental estadual, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, a contar do trânsito em julgado da decisão e implantação do mesmo

no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, após a sua aprovação pela autarquia ambiental, observadas todas as recomendações e exigências por ela feitas;

c) a condenar a CPRH/PE e o Município de Petrolina à obrigação de não fazer consistente em absterem-se de expedir licenças para realização de obras, projetos, atividades em imóveis localizados neste Município e situados em área de preservação permanente ao longo do Rio São Francisco, salvante nas ressalvas previstas na Lei nº 11.977/2009, no Código Florestal, na Resolução CONAMA nº 369/2006, ou em outra lei federal que trate da intervenção em área de preservação permanente, ou nas hipóteses delineadas na sentença, de maiores prejuízos sociais, públicos e econômicos do que ambientais, em que seja sopesada a possibilidade de reparação ambiental, sem que os custos sociais e econômicos superem os benefícios ambientais que adviriam da vedação da construção ou reforma.

Foi, ainda, estabelecida multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por cada infração verificada, nos termos do art. 461, § 5º, do CPC; foram fixados honorários advocatícios no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a serem rateados entre os réus, e revertidos em favor dos patronos da União Federal e do IBAMA; foi estabelecido que os réus deverão arcar com os honorários periciais; e que as custas processuais ficarão a cargo da parte ré, sem que haja condenação dos entes públicos, frente à isenção do art. 4º, I, da Lei nº 9.289/1966.

Irresignada, aduz a Nardini Construtura e Incorporadora Ltda., em seu apelo, em síntese, que:

- a apelação deve ser recebida no efeito suspensivo;

- o local onde se encontra o empreendimento era ocupado por uma mineradora desde os idos de 1953, quando vigia o Código Florestal de 1934, que não se aplicava às áreas urbanas, nem restringia a supressão de vegetação nas margens dos cursos d'água, de modo que não havia qualquer impedimento à ocupação da área (situação esta que teria permanecido inalterada com o advento do Código Florestal de 1965 - Lei nº 4.771/65);

- o Código Florestal de 1965 somente passou a se aplicar à área urbana quando do advento da Lei nº 7.803/89, que cuidou

também de ampliar de 100 para 500 metros, para os rios a partir de 200 metros de largura, as faixas em que seriam protegidas, como de preservação permanente, as florestas existentes às margens dos rios;

- não havia no Código de 1965 qualquer referência à área de preservação permanente, o que somente ocorreu com o novo Código Florestal de 2012 (Lei nº 12.651/2012);

- o empreendimento não suprimiu qualquer vegetação natural, pois quando adquiriu o imóvel em junho de 2007, ele não tinha qualquer vestígio de vegetação natural e nativa, estando completamente antropizado com inúmeras construções remanescentes da atividade da mineradora, e se encontrava em área urbana consolidada, rodeada por diversos empreendimentos semelhantes já construídos e/ou em construção;

- respeitou a faixa de 100 metros de vegetação natural nativa e mata ciliar existente entre o rio e o empreendimento, e este teria sido devidamente licenciado, vistoriado e monitorado, tanto pela Agência Estadual do Meio Ambiente - CPRH quanto pelo Município de Petrolina;

- a sentença se equivocou ao afirmar que as APP's, como áreas, estariam abrigadas no art. 225, § 1º, III, da Constituição, mas os espaços especialmente protegidos a que se refere esse dispositivo são as unidades de conservação, e as APP's não integram o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (Lei nº 9.985/2000);

- se aplicada em dissonância com os princípios constitucionais e demais artigos do Código Florestal, a Resolução CONAMA nº 369/2006 é flagrantemente inconstitucional;

- o Plano Diretor do Município de Petrolina não conflita com o Código Florestal, e o empreendimento respeitou a faixa *non aedificandi* de 100 metros fixada por aquele primeiro;

- em face dos princípios da insegurança jurídica e da irretroatividade das leis, as rés não podem sofrer restrições em sua propriedade;

- a sentença não poderia ter aplicado a tese da responsabilidade civil objetiva ambiental, em que não se faz necessário provar

nem a culpa, nem o dano ambiental (resultante de ato ilícito), nem o vínculo causal (autoria), inclusive por atos praticados no passado, quando a legislação sequer havia estabelecido a responsabilidade ambiental objetiva no Direito brasileiro.

A Plus Empreendimentos S/A, por seu turno, apela aduzindo que:

- a utilização da área do empreendimento para a atividade de mineração remonta aos idos de 1953, quando vigia o Código Florestal de 1934, que não se aplicava às áreas urbanas, e de acordo com o qual não havia qualquer impedimento à ocupação em questão;

- no Código Florestal de 1965 não havia qualquer referência à área de preservação permanente;

- o empreendimento não suprimiu qualquer vegetação natural, pois na área construída não existiam resquícios de vegetação natural, e, ademais, foram respeitadas tanto a mata ciliar como a vegetação natural nativa existentes na faixa de 100 metros entre o condomínio e o Rio São Francisco;

- o imóvel está inserido em área urbana consolidada, e foi licenciado, vistoriado e monitorado pelos órgãos ambientais competentes;

- a sentença equivocadamente inseriu as APP's na definição constitucional de unidades de conservação;

- o novo Código Florestal e a Resolução CONAMA não podem retroagir para atingir situação consolidada;

- não há conflito entre o Plano Diretor do Município de Petrolina e o Código Florestal então vigente;

- a supressão de vegetação feita por terceiros, antes mesmo da vigência do Código Florestal (antes de 1966) ou de sua aplicação em área urbana (antes de 1989), foi executada sob o manto da legalidade;

- a responsabilidade civil objetiva no direito ambiental, instituída apenas em 1981 (Lei nº 6.938/81), não dispensa prova do dano, do ato ilícito e do nexos de causalidade, e, ademais, a teoria da

responsabilidade *propter rem*, aplicada pela sentença, foi instituída pelo novo Código Florestal, ao passo que a propriedade foi adquirida em 2007.

O Município de Petrolina apela aduzindo, em síntese, que:

- a sentença não teria sido fundamentada quanto à condenação em honorários advocatícios no valor de R\$ 10.000,00, sendo, portanto, nula;

- a área do condomínio já era antropizada há muito tempo, em virtude do funcionamento de uma antiga mineradora;

- o alegado dano ambiental não foi devidamente comprovado, e não há nada nos autos que impeça, modifique ou extinga o direito de licenciar ambientalmente o empreendimento em questão, o que encontra amparo da Lei Complementar nº 140/2011, no Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001) e no Plano Diretor do Município (Lei nº 1.875/2006);

- é no mínimo temerária uma decisão que trava a urbanização de uma cidade, principalmente quando se leva em consideração o fator histórico de cidades que se desenvolvem a partir da área ribeirinha, como é o caso de Petrolina;

- o fato de estar a área situada em zona urbana altera o regime de proteção legal dos recursos naturais.

Por fim, a Agência Estadual do Meio Ambiente - CPRH apela aduzindo, em síntese, que:

- antes da vigência da Lei nº 7.803/89 era autorizada a supressão de vegetação de APP nas áreas ribeirinhas urbanas e rurais a partir de 100 metros, e a norma não pode retroagir para afetar situações jurídicas e fáticas já constituídas;

- cabe aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local e disciplinar o uso e ocupação do solo urbano (art. 30, I e VIII, da CF/88);

- não é razoável que o juízo determine que em nenhum local do município que esteja a menos de 500 metros do rio pode haver construção, sem que se verifique, *in loco*, as condições da área, como fazem o Município e ela, apelante;

- compete-lhe, e/ou ao Município, a edição das respectivas licenças ambientais e de construção, dado que são eles que têm condições de avaliar tecnicamente o cumprimento das suas normas.

O Ministério Público ofertou parecer opinando pelo não provimento das apelações.

É o relatório.

VOTO

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

Penso que as dificuldades encontradas para o correto julgamento da demanda decorrem das necessárias adaptações para o encaixe das várias e variadas legislações que disciplinaram, ao longo dos últimos cinquenta anos, a proteção ambiental e, especificamente, a proteção à cobertura vegetal do País. No mais, as dificuldades são nenhuma ou insignificantes. É que os fatos são certos e foram exemplarmente apurados na instrução processual.

O loteamento Gran Ville Petrolina, objeto do presente processo, se situa às margens do Rio São Francisco. Foi licenciado em 2008, pelas autoridades locais que se fundaram na legislação municipal que preservava as áreas adjacentes aos cursos d'água até o limite de 100 metros lineares. Contudo, toda a área do aludido empreendimento está a menos de 500 metros contados do rio.

Na área onde hoje se situa o loteamento Gran Ville, funcionou, desde os idos de 1953, uma mineradora que deve ter sido a responsável pelo desmatamento local e pela degradação absoluta da vegetação nativa, até porque naquele tempo não havia preocupações ambientais nem legislação que protegesse a cobertura florestal de área urbana. Mesmo depois de abandonada a velha mina, o local permaneceu totalmente degradado, sem qualquer cobertura vegetal, salvo raríssimas árvores exóticas, tais como mangueiras e coqueiros. Era, no dizer da perícia judicial, depósito de entulho e servia de descanso aos urubus. É nesta circunstância que o empreendimento é gestado e aprovado pela municipalidade. Tudo isso em 2008.

Fundado o empreendimento, com a construção dos equipamentos urbanísticos e realizadas as vendas (mas antes da construção das moradias), o Ministério Público intenta a presente ação civil pública, sustentando que seria de rigor, desde 1989, a preservação de 500 metros contados da margem do São Francisco e postulando o embargo das obras do Gran Ville, a demolição do quanto edificado e a condenação da construtora a promover o reflorestamento.

A sentença, forte na premissa de que a proibição de construção nas margens de rios que tenham mais de 600 metros de largura, como se dá com o São Francisco, alcançava já os 500 metros invadidos pelo Gran Ville, mesmo antes do atual Código Florestal, acolheu o pedido. Apenas deixou imodificado o estado fático de Petrolina, da Avenida Cardoso de Sá para trás, em relação ao rio, considerando esta faixa irrecuperável, sem danos sociais maiores do que o proveito ambiental. Já no que concerne à faixa que separa o rio da avenida, acolheu a postulação.

A meu sentir os recursos devem ser providos.

Ao tempo em que a mineradora foi instalada e funcionou, vigorava, quando à proteção das florestas e coberturas vegetais, o Decreto nº 23.793/34, que não se aplicava às cidades. Tratava-se de legislação somente incidente sobre os espaços rurais, o que era absolutamente compatível com a consciência ambiental de antanho.

Com a paralisia da mineradora, a área permaneceu degradada, e é ainda neste estado que a recorrente postula o licenciamento do loteamento Gran Ville e o obtém. Tal se deu em 2008, quando já em vigor o antigo Código Florestal, Lei nº 4.771/65, cuja aplicação abrangia as áreas urbanas. É justo neste ponto que sufrago entendimento que se separa daquele consagrado na sentença. Penso que o antigo Código Florestal, sem embargos de efetivamente ser aplicável às áreas urbanas, não conhecia o conceito de área de preservação florestal, mas, sim, o de cobertura vegetal ou floresta protegida.

A diferença entre os dois conceitos é abissal. Enquanto no atual Código Florestal a preocupação é com a área adjacente aos rios, tenha ela cobertura florestal ou não, é dizer, esteja ou não

degradada, o antigo diploma somente cuidava das áreas ainda preservadas, já que seus dispositivos visavam a proteger a própria cobertura vegetal, o ambiente florestal. Assim, a incidência do código antigo nas cidades não significa que o mesmo vedasse o licenciamento do Gran Ville.

Dúvidas sérias não restam de que o loteamento foi implantado em área já degradada, tendo a perícia assegurado que o Gran Ville não provocou qualquer desmatamento. Além da perícia, há nos autos fotografias da área, onde se vê uma rala cobertura de poucos palmos de altura, quando não a total ausência de vegetais, e isso antes do empreendimento, havendo notícias da existência de algumas mangueiras e coqueiros, espécimes exóticos, é dizer, que não integram a vegetação nativa.

Não havendo no local cobertura vegetal nativa, nem ambiente preservável segundo a lei de regência vigorante, correto o licenciamento concedidos pela municipalidade.

Com a edição do novo Código Florestal, Lei nº 12.651/2012, e a adoção do conceito de área de preservação florestal, não me parece possível rever as licenças antes concedidas, afinal a lei não retroage em desfavor do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

Mas há mais:

O mero exame do levantamento e do mapeamento de Petrolina, cuidadosamente elaborado pelo perito, dá ao observador isento uma visão perfeita da impossibilidade de se raciocinar daquela área como submetida à proteção do Código Florestal. Trata-se de local totalmente impregnado de atividades urbanas, apertado entre edificações já vetustas, soando surreal falar-se em aplicação, ali, de Código Florestal. Penso que, ainda se iniciado hoje, o empreendimento se inseriria nas exceções previstas no Código, eis que se localiza em área consolidada e onde os danos sociais não justificariam uma reversão à antiga composição vegetal. As vantagens ambientais não justificariam o sacrifício social.

Em face do exposto e com todo o respeito à sentença e aos que com ela concordem, dou provimento aos apelos.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 554.982-CE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA (CONVOCADA)
Apelante: CONSTRUTORA HABITAT LTDA.
Apelado: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. RAUL AMARAL JÚNIOR E OUTROS (APTE.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. EDIFICAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. AUSÊNCIA DE LICENCIAMENTO. DEMOLIÇÃO DA CONSTRUÇÃO. EFEITOS DELETÉRIOS. CONSTATAÇÃO POR PERÍCIA JUDICIAL. MULTA. AFASTAMENTO DAS SANÇÕES.

- A Área de Preservação Permanente (APP) é espaço especialmente protegido pela legislação ambiental (arts. 1º, § 2º, II, e 4º da Lei nº 4.771/65, e 225, III, da CF), devendo, a rigor, ser mantida intacta, de modo a garantir a preservação dos recursos hídricos, da paisagem, da estabilidade geológica, da biodiversidade, do fluxo gênico de fauna e flora, e do solo.

- Inclui-se nas funções precípua do IBAMA o exercício do poder de polícia, de modo a tutelar a incolumidade do meio ambiente (art. 2º da Lei nº 7.735 e art. 23, VI, da CF), podendo, quando necessário, lavrar autos de infração e impor sanções, ainda que diante de um dano ambiental de caráter local, eis que a atividade de fiscalizar é inconfundível com a de licenciar, prevista no art. 5º da Resolução nº 237 do CONAMA.

- Hipótese em que a manutenção da penalidade relativa à demolição do imóvel construído em Área de Preservação Permanente, in casu, geraria efeitos tão ou mais deletérios ao meio ambiente do que a permanência da construção na

área, consoante constatado pela perícia judicial, impondo-se, assim, o seu afastamento.

- Exclusão da multa imposta à demandante, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), que se faz necessária, uma vez que já consolidada a ocupação urbana no local.

- Ressalva do ponto de vista pessoal da relatora quanto à manutenção da sanção pecuniária, fundada no princípio da isonomia, haja vista que os demais proprietários se comprometeram a pagá-la, em Termos de Ajustamento de Conduta.

- Possibilidade de as autoridades ambientais buscarem a efetivação das demais obrigações fixadas nos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC's) pelos meios cabíveis.

- Apelação 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 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, 12 de dezembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA - Relatora Convocada

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA (Convocada):

Cuida-se de apelação de sentença que julgou improcedente a ação declaratória movida em face do IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, visando à nulidade do auto de infração e do Processo Administrativo nº 02007.003836/05-44, decorrentes da construção de imóvel em APP - Área de Preservação Permanente.

Em seu recurso, a autora aduz, em síntese, que: a) a existência de igreja, praça, Câmara de Vereadores e outros imóveis na região evidencia que não se pode tratar a situação isoladamente; b) a região encontra-se historicamente ocupada e antropizada; c) verifica-se a colisão entre o direito à propriedade e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; d) a construção contou com a anuência do município; e) a multa aplicada exorbita de seu papel, pois não observou a correta dosimetria; f) a medida de demolição é a última *ratio*, que só deve ser tomada em casos de grave dano ao meio ambiente.

Contrarrazões às fls. 480/489.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA (Relatora Convocada):

A controvérsia devolvida a este Colegiado consiste em saber se houve ilegalidade na lavratura do Auto de Infração nº 342629-D, bem como na instauração do Processo Administrativo nº 02007.003836/05-44, pelo IBAMA, que resultaram na aplicação de multa e de outras sanções em face da autora, responsável pela construção de imóvel em APP - Área de Preservação Permanente sem a licença ambiental do órgão competente.

Após compulsar os autos, constata-se que é incontroversa a construção irregular, como se infere do laudo técnico de fls. 267/333, que demonstra que o imóvel em análise encontra-se totalmente encravado em área de preservação permanente (APP).

A Constituição alberga como um dos seus princípios o da proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cabendo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225 da CF/88).

Cumprе registrar, nesse ponto, que as APP's constituem espaços especialmente protegidos pela legislação ambiental e devem, a rigor, ser mantidas intactas, de modo a garantir a preservação dos recursos hídricos, da paisagem, da estabilidade geológica, da biodiversidade, do fluxo gênico de fauna e flora e do solo.

Disciplinando a matéria, o art. 2º da Lei nº 4.771/65, assim define:

Art. 2º - Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima seja:

1. de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;

2. de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

3. de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;

4. de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;

O laudo pericial é firme em asseverar a ocorrência de danos permanentes e irreversíveis ao patrimônio ambiental (fl. 278), destacando interferências tais como a supressão de vegetação; impermeabilização do terreno; modificações no escoamento superficial; na topografia; na qualidade dos recursos hídricos superficiais e subterrâneos, além de modificações da paisagem cênica.

O eg. STJ acolhe pacificamente o entendimento no sentido de que não se admite, em sede ambiental, a ocorrência de direito adquirido à devastação ou, ainda, a incidência da teoria do fato consumado.

Apreciando demanda análoga, a Corte Superior assentou que “a completa supressão da vegetação e construção de casas de veraneio com suas vias de acesso dentro de APP, visando à prática de pescaria e esportes náuticos, revela exatamente o contrário do que exigem os dispositivos legais em apreço” – menção ao Código Florestal.

O julgado em referência restou assim ementado:

AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OCUPAÇÃO E EDIFICAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE-APP. CASAS DE VERANEIO. MARGENS DO RIO IVINHEMA/MS. SUPRESSÃO DE

MATA CILIAR. DESCABIMENTO. ART. 8º DA LEI 12.651/2012. NÃO ENQUADRAMENTO. DIREITO ADQUIRIDO AO POLUIDOR. FATO CONSUMADO. DESCABIMENTO. DESAPROPRIAÇÃO NÃO CONFIGURADA. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. DANO AMBIENTAL E NEXO DE CAUSALIDADE CONFIGURADOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

1. Descabida a supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente - APP que não se enquadra nas hipóteses previstas no art. 8º do Código Florestal (utilidade pública, interesse social e baixo impacto ambiental).

2. Conquanto não se possa conferir ao direito fundamental do meio ambiente equilibrado a característica de direito absoluto, certo é que ele se insere entre os direitos indisponíveis, devendo-se acentuar a imprescritibilidade de sua reparação, e a sua inalienabilidade, já que se trata de bem de uso comum do povo (art. 225, *caput*, da CF/1988).

3. Em tema de direito ambiental, não se cogita em direito adquirido à devastação, nem se admite a incidência da teoria do fato consumado. Precedentes do STJ e STF.

4. A proteção legal às áreas de preservação permanente não importa em vedação absoluta ao direito de propriedade e, por consequência, não resulta em hipótese de desapropriação, mas configura mera limitação administrativa. Precedente do STJ.

5. Violado o art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, pois o Tribunal de origem reconheceu a ocorrência do dano ambiental e o nexo causal (ligação entre a sua ocorrência e a fonte poluidora), mas afastou o dever de promover a recuperação da área afetada e indenizar eventuais danos remanescentes.

6. Em que pese ao loteamento em questão haver sido concedido licenciamento ambiental, tal fato, por si só, não elide a responsabilidade pela reparação do dano causado ao meio ambiente, uma vez afastada a legalidade da autorização administrativa.

7. É inadmissível o recurso especial quanto à questão não decidida pelo Tribunal de origem, por falta de prequestionamento (Súmula 211/STJ).

8. Recurso especial parcialmente conhecido e provido. (REsp 1.394.025/MS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 18/10/2013)

No tocante ao licenciamento ambiental, o art. 1º da Resolução nº 237 do CONAMA o define como o *“procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.”*

Cumprido ressaltar que não há uma relação determinada entre o grau de ofensa de certo empreendimento aos recursos ambientais e a necessidade de se condicionar a sua promoção à concessão da licença em comento. Basta apenas que a atividade possa potencialmente causar degradação ambiental (ainda que baixa) para que surja a necessidade de se realizar o licenciamento, que é o caso dos autos, em que a obra foi promovida em área de preservação permanente, espaço especialmente protegido pela legislação ambiental (art. 1º, § 1º, II, e 4º da Lei nº 4.771/65, e 225, III, da CF).

Releva notar, por sua vez, que está dentro das funções próprias do IBAMA realizar o poder de polícia de modo a tutelar a incolumidade do meio ambiente (art. 2º da Lei nº 7.735, e art. 23, VI, da CF), podendo, quando necessário, lavrar autos de infração e impor sanções, ainda que diante de um dano ambiental de caráter local, eis que a atividade de fiscalizar é inconfundível com a de licenciar, prevista no art. 5º da Resolução nº 237 do CONAMA.

Especificamente quanto ao argumento de que houve licença municipal para a construção, cabe consignar que não há nos autos nenhuma comprovação nesse sentido. De todo modo, tal alegação não prospera, pois, em se tratando de Área de Preservação Permanente, impõe-se também ao município o dever de proteção, resultando ilegal qualquer autorização conferida em desacordo com o ordenamento jurídico pátrio.

Ademais, eventual concessão de licença ambiental para construir empreendimento privado, constituiria manifesta afronta ao art. 4º da Lei nº 4.771/65, Código Florestal então vigente, segundo o qual “a supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública

ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto”.

Em consequência dessa irregularidade, a lavratura do auto de infração, resultado do exercício do poder de polícia federal, mostrou-se necessária, pois a edificação de uma casa de veraneio (5.472 m² – fl. 281) em Área de Preservação Permanente, às margens de um curso d’água, a uma distância inferior àquela determinada pela legislação pertinente (art. 2º da Lei nº 4.771/65), sem a devida licença, configurou grave ofensa ao meio ambiente, a ensejar a imposição de sanções.

Cumpra perquirir, por outro lado, se as referidas sanções foram aplicadas de maneira adequada e proporcional.

No tocante à demolição da construção, verifico, primeiramente, que a magistrada *a quo* não se pronunciou sobre a questão, porém, sendo possível a aplicação ao caso do art. 515, § 3º, do CPC, tal lacuna pode ser suprida.

Acerca de tal penalidade, convém consignar que, no entender desta Relatora, a demolição geraria efeitos tão ou mais deletérios ao meio ambiente do que a permanência da construção na área degradada.

Nesse sentido, inclusive, restou destacado o seguinte no item 10.2 da perícia (fl. 279):

A demolição da infraestrutura existente certamente trará efeitos adversos no que se refere à paisagem, geração de resíduos sólidos, poluição do ar, sonora e visual, remetendo a adoção de medidas mitigadoras, uma vez que as intervenções antropogênicas poderão ser mitigadas ou atenuadas, através da aplicação de estratégias, métodos e materiais alternativos que gerem impactos mais brandos ou que possam minimizá-los, caso contrário, deverá ser analisada a possibilidade de adoção de medidas compensatórias.

Há que se frisar, ainda, que as outras casas em idêntica situação (que também foram multadas pelo IBAMA) **não** serão destruídas, tendo sido firmados vários Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) com o Ministério Público Federal local, consoante se verifica às fls. 554 a 792 (vol. 3).

No tocante à pena multa, cumpre destacar que, para esta 3ª Turma, é devido o seu afastamento.

Nada obstante ser possível a aplicação do Código Florestal antigo em áreas urbanas (STJ, 2ª T., AgRg no REsp 664.886/SC, rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 09/03/2012; TRF-5ª R., Pleno, EAC 393.786/02/RN, rel. p/ o acórdão Des. Federal Lázaro Guimarães, *DJ* 14/11/2008, p. 243), há que se considerar que o local já estava antropizado, com ocupação urbanística consolidada.

Neste ponto, ressalvo meu ponto de vista pessoal, eis que a fixação da multa em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais – fl. 41), no meu entender, atendeu à razoabilidade e está compatível com a lesividade da conduta perpetrada.

Nesse contexto, conforme chamou atenção o MPF, à fl. 808 (item 11), os TAC's celebrados para a regularização da área não afastaram a imposição da multa no tocante às demais residências.

Desse modo, reduzir ou excluir tal sanção deixaria a ora apelante em situação mais favorável que os demais proprietários. Além disso, convém observar que, nos TAC's, foram impostas outras obrigações aos proprietários dos outros imóveis do local.

No entanto, diante do posicionamento da Turma acerca do afastamento da sanção pecuniária, convém apenas ressaltar o ponto de vista pessoal desta relatora sobre o tema, fundado no princípio da isonomia.

Por fim, cumpre frisar que as autoridades ambientais poderão buscar a efetivação das demais obrigações fixadas nos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC's), contra a ora apelante, pelos meios cabíveis¹.

Ante o exposto, dou provimento à apelação, para afastar as sanções impostas à apelante em decorrência da lavratura do Auto de Infração nº 342629-D. Inversão dos ônus de sucumbência.

É como voto.

¹ É certo que a ora apelante não assinou Termo de Ajustamento de Conduta. Entretanto, nada obsta que as autoridades, através dos meios pertinentes, exijam o cumprimento das medidas e obrigações ambientais que independem de tal assinatura.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 556.158-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelante: GERALDO MAGALHÃES BARBOSA DE ALBUQUERQUE
Apelado: MOVIMENTO DOS SEM TERRA - MST
Assist.: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
Reptes.: EXPEDITO MIGUEL MONTEIRO (APDO.) E PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO (ASSIST.)
Advs./Procs.: DR. RAIMUNDO TADEU ARAÚJO DE SÁ (APTE.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. APELAÇÃO ATACANDO SENTENÇA QUE, EM AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE EM ÁREA DE PROPRIEDADE DO DEMANDANTE, QUE TERIA SIDO INVADIDA PELO MOVIMENTO DOS SEM TERRA, A MANDO DO INCRA, JULGOU IMPROCEDENTE A PRETENSÃO.

- Situação factual a registrar a presença de duas desapropriações em imóvel do autor, pela Chesf, ficando, no meio, uma área remanescente de 190,1950 ha ou 188,1940 ha, em nome do autor, que não foi objeto de qualquer invasão/ocupação. Prova pericial neste sentido, sem receber a menor refutação por parte do demandante.

- Alegação constante da peça recursal no sentido de ser nula a procuração, utilizada no feito desapropriatório movido pela Chesf, atinente em área desapropriada, por faltar sua assinatura e de sua esposa no livro onde a procuração foi extraída, que não repercute no presente feito, visto não ser a Chesf parte na reintegração de posse intentada, além do fato já se encontrar prescrito.

- Em suma, 1) não foi produzida qualquer prova pelo demandante, ora apelante, com relação à

ocupação/invasão de área de sua propriedade pelo Movimento dos Sem Terra, a mando do INCRA; 2) qualquer discussão referente à nulidade de procuração, quando do acordo efetuado com a Chesf, nos autos da desapropriação tramitada na Justiça Estadual, não pode ser discutida aqui neste feito, nem tampouco solucionada.

- Improvimento do apelo.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a egrégia 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.

Recife, 3 de dezembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Trata-se de apelação interposta por Geraldo Magalhães Barbosa de Albuquerque contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 18ª Vara Federal de Pernambuco, que julgou improcedente o pedido de reintegração de posse em face do Movimento dos Sem Terra, representado por Expedito Miguel Monteiro.

O recorrente alega, em preliminar, a nulidade da sentença por falta de intimação pessoal da parte autora para se manifestar sobre o laudo, ou mesmo a possibilidade de manifestar-se sobre o processo apenso, que reproduz procedimento de desapropriação de uma outra área de terra do apelante e não a Fazenda Cipó, tampouco lhe foi dada a oportunidade de apresentar alegações finais. No mérito, busca a discussão sobre a indenização, recebida ou não, relativa à área de terra em questão e sobre o objeto da desapropriação, uma vez que o mandado de imissão de posse diz

respeito à Fazenda denominada Pocinhos/Caraíbas, e não Fazenda Cipó, sendo esta o objeto desta ação.

Não houve resposta ao recurso.

Parecer da digna Procuradoria da República opinando pelo improvimento da apelação [fls. 345-351].

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

O apelo do autor, ante a sentença que lhe foi desfavorável, fls. 313-324, não lhe reconhecendo o direito à reintegração em uma área de 426 hectares, localizada na Fazenda Cipó, em Itacuruba, se calca, em todo o seu conjunto de argumentos, em dois, especificamente delineados:

É no sentido de esclarecer se o requerente indenizou ou não a área de terra em questão a CHESF - Companhia Hidroelétrica do São Francisco; a segunda é no sentido de sabermos se esta fora ou não objeto de desapropriação, e sendo estas as únicas discussões, afirma o apelante mais uma vez que nada disto aconteceu. Vejamos:

A desapropriação referente ao processo em apenso, conforme documento de fls. 2/6, e mandado de imissão de posse de fl. 19, dizem respeito à Fazenda denominada Pocinhos/Caraíbas, e não Fazenda Cipó, esta, objeto desta ação.

No que diz respeito também à decisão prolatada de que a área em discussão fora adquirida pela CHESF junto ao requerente através de processo de indenização, inclusive informando que a transação foi chancelada através de instrumento procuratório supostamente outorgado pelo requerente Geraldo Magalhães Barbosa de Albuquerque e sua esposa, documento de fl. 188 do processo em apenso, também improcede, pois que, tanto neste documento como documento no livro onde esta foi lavrada, não há qualquer assinatura do apelante e de sua esposa, e se este não assinou o objeto da presente ação lhes presente, de modo que deve ser o mesmo imediatamente reintegrado na pos-

se, medida sem dúvida da mais inteira justiça, fls. 333-334.

A situação factual trazida na peça recursal, no trecho citado, não foi a mesma constante da inicial. Nesta, se faz menção à Fazenda Cipó, com 840 hectares, dos quais 414 foi objeto de desapropriação pela Companhia Hidroelétrica do São Francisco. Ocorre que nem toda a área ficou submersa, fazendo com que a Chesf doasse ao Instituto Nacional de Reforma Agrária, que, por seu turno, repassou-a ao Movimento dos Sem Terra, que, na suposição de que a área restante, isto é, a área do autor, ora apelante, também estava incluída na que foi passada pelo INCRA, fl. 03, dela se apossou.

Este o fato da inicial, que só grifa a existência de 160 (sessenta e cinco) hectares, fl. 3.

Cotejando essa situação factual com a que foi embrenhada na peça recursal, e, neste voto já destacada, observa-se que uma não se encaixa na outra, porque, enquanto a da inicial menciona a invasão, pelo Movimento dos Sem Terra, no espaço de 165 hectares, a peça recursal destaca a distinção entre a Fazenda Pociños/Caraíbas da Fazenda Cipó, esta sim, objeto da presente ação, destacando um dado não consignado na inicial, ou seja, a aquisição da Fazenda Cipó pela Chesf, *através de processo de indenização*, enfatizando a denúncia de ter nesse processo sido utilizada uma procuração, outorgada pelo apelante e sua esposa, porque, *no livro onde esta foi lavrada não há qualquer assinatura do apelante e de sua esposa, e se este não assinou o objeto da presente ação lhes presente [deve ser: lhes pertence], de modo que deve ser o mesmo imediatamente reintegrado na posse*, fl. 334.

Pois sim.

No mapa de fl. 13, do processo em apenso, há registro dos nomes Poçinhos e Caraíbas, mapa que é exatamente igual ao de fl. 275, destes autos.

Já no mapa de fl. 276, reprodução em menor escala do de fl. 275, há menção a seis áreas, das quais, cinco foram objetos de desapropriação e uma, a restante, recebe a anotação de não ter sido objeto da desapropriação referida.

Nas cinco desapropriadas, colhe-se: *área correspondente à ação de desapropriação nº 3.177/87 = 2.602.5000 ha; 2) área incluída no objeto do Processo 3.177/87 pertencente a Geraldo Magalhães, repassada ao INCRA para a formação do PA Paulo Freire = 440.4799 ha; 3) área incluída no objeto da matrícula nº 5.111 e Processo 3.177/87 pertencente a Everaldo e Geraldo Magalhães repassada ao INCRA para formação do PA Paulo Freire = 197.0508 ha; 4) área incluída no objeto da matrícula nº 5.111 de propriedade de Everaldo e Geraldo Magalhães repassada ao INCRA, e não utilizada para formação do PA Paulo Freire = 212.2722 ha; 5) área incluída no objeto da matrícula nº 5.111 pertencente a Everaldo e Geraldo Magalhães repassada ao INCRA para formação do PA Paulo Freire = 1.070.4325 ha.*

Na área não desapropriada, a anotação: área não desapropriada = 188,1940 ha.

A área total, menos a que não foi desapropriada, foi objeto de dois processos desapropriatórios, fls. 264 e 269.

A área não desapropriada é remanescente da Fazenda Cipó, com o total de 190.1950 ha, segundo o assistente técnico do INCRA, e/ou 188.1940 ha, cf. o perito, fl. 292.

Essa área, ainda conforme o assistente técnico do INCRA, pertence a Everaldo Magalhães, e não ao autor-apelante, fl. 293, esclarecendo, por fim, ter ocorrido invasão e ocupação de terras do Agrovila PA Paulo Freire no total de 89,0816 ha, fl. 293.

Toda a situação factual exibida evidencia que não há área alguma, de parte do demandante, que tenha sido ocupada pelos integrantes do Movimento Sem Terras, a mando do INCRA.

Neste sentido, nenhuma prova foi produzida pelo autor, ora apelante, nem o desenho de fl. 12 pode ser levado a sério, sobretudo quando reflete forma geométrica que não encontra harmonia com nenhum dos croqui produzido pela perícia, fls. 271-277.

Esse um aspecto, traduzido, em suma, na falta de demonstração da ocupação/invasão de terras do demandante, ora apelante. Depois, na própria inicial, há uma omissão com relação ao número de hectares. Vejamos.

O autor admite que tinha uma propriedade com 840 ha. Desse, 414 ha foram desapropriados pela Chesf. Sobraria para o autor o total de 426 ha (840-414: 426). No entanto, a inicial, a invasão foi apenas de 160 ha, fl. 3, não esclarecendo o destino dos demais hectares que não foram objetos da desapropriação.

O outro aspecto ainda é mais grave a exhibir que o autor, ora apelante, em verdade, se rebela com o fato de não ter assinado, ao lado da senhora sua esposa, procuração alguma para fazer acordo com a Chesf, como insere na peça recursal, fl. 334.

Ora, o problema relativo à falta de assinatura no livro, onde foi lavrada a procuração, é matéria que escapa ao presente feito, vez que, se por qualquer nulidade ocorreu no acordo feito pelo apelante com a Chesf, não repercute no presente feito, nem pode aqui ser sanado, porque, a Chesf não é parte na demanda em curso, como também o prazo para qualquer discussão a respeito, pelo tempo passado, não existe mais a favor do autor.

Em suma, 1) não foi produzida qualquer prova pelo demandante, ora apelante, com relação a ocupação/invasão de área de sua propriedade pelo Movimento dos Sem Terra, a mando do INCRA; 2) qualquer discussão referente a nulidade de procuração, quando do acordo efetuado com a Chesf, nos autos da desapropriação tramitada na Justiça Estadual, não pode ser discutida aqui neste feito, nem pode aqui ser discutida, nem tampouco solucionada.

Por este entender, nego provimento ao apelo do autor, mantendo a condenação em honorários advocatícios, fl. 324.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 560.035-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelante: MARCOS ANTÔNIO LUNA DA SILVA (ESPÓLIO)
Inv./Sind.: MARIA JOSÉ LUNA DA SILVA
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. RENATA TRIGUEIRO FREITAS E OUTROS

EMENTA: CIVIL E TRIBUTÁRIO. CÉDULA DE CRÉDITO RURAL. BENEFÍCIO DE ORDEM. ART. 827 DO CC/02. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES À SUA CONCESSÃO. ENCARGOS LEGAIS. POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO. APLICAÇÃO DO CDC. DL 167/1967. PRECEDENTES.

- A sentença julgou improcedentes embargos à execução fiscal.***
- A cédula rural juntada aos autos atesta que a responsabilidade dos embargantes, em relação à dívida exequenda, não se qualifica como subsidiária, mas sim, de natureza solidária, em face de constarem do título executivo na qualidade de avalistas do devedor principal, e não fiadores.***
- Não há que se falar, portanto, em benefício de ordem, já que “o avalista equipara-se àquele cujo nome indicar; na falta de indicação, ao emitente ou devedor final”, estando o avalista, assim, no mesmo patamar que o devedor principal no cumprimento das obrigações assumidas perante terceiro. Não há que se questionar a responsabilidade solidária do avalista. O credor tem total liberalidade em proceder com a execução em face de qualquer uma das partes.***
- O benefício de ordem previsto para os fiadores no art. 827 do Código Civil, não trata de direito certo e irrestrito, pois possui limitações e requer a verificação de alguns requisitos. A teor do próprio artigo, o direito ao benefício de ordem deve ser exigido pelo fiador demandado até a contes-***

tação da lide, devendo, ainda, ao alegar o benefício de ordem, nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito.

- Com a edição da MP nº 2.155/2001 (atualmente MP nº 2.196-3), a União foi autorizada a adquirir/receber os créditos pertencentes aos bancos públicos federais, relacionados às operações de crédito rural alongadas ou renegociadas com base na Lei nº 9.138/95. Assim, com a publicação da MP nº 2.196/2001, os créditos rurais adquiridos pelo Banco do Brasil foram repassados à União, classificando-se como dívida ativa não tributária. Por sua vez, a LEF autoriza a constituição em dívida ativa da Fazenda Pública de crédito não tributário (art. 2º).

- Tem-se, portanto, que os créditos rurais renegociados com fundamento na Lei nº 9.138/95, e cedidos à União em razão da MP nº 2.196/2001, podem ser inscritos como dívida ativa não tributária e podem ser cobrados por meio de execução fiscal. Precedentes do STJ: (AGRESP nº 1.073.556. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima DJe 27/08/10).

- Contudo, o fato de o crédito constante de cédula de crédito rural pignoratícia, cedida à União, tornar-se, por esta razão, passível de cobrança via ação executiva fiscal, não altera a essência do crédito, de forma que, sendo contrato bancário, firmado por instituição financeira, a ele se aplica a Lei nº 8.078/90. Incidência da Súmula 297/STJ: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

- Os arts. 5º e 71 do DL nº 167/67 fixam multa de 10% sobre o valor do débito e juros moratórios de 1% ao mês e 12% ao ano, admitindo-se a capitalização em caso de previsão expressa (Súmula nº 93/STJ).

- Apelação não provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 14 de novembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Cuida-se de apelação interposta contra sentença que julgou improcedentes embargos à execução fiscal.

Nas razões recursais, a parte autora alega que o juiz *a quo* não observou o benefício de ordem em seu favor, visto que, antes mesmo de se verificar a possibilidade fática de se promover a satisfação do crédito da Fazenda Nacional ante a averiguação de bens livres e desembaraçados de propriedade do devedor primário, o Estado determinou a prática de medidas executivas em face dos devedores subsidiários, em manifesta discrepância com o art. 827 e seu parágrafo único do CC/02. Aduz que é impossível a inclusão de qualquer outra taxa, comissão de permanência ou encargo na cédula de crédito rural, pois o Decreto nº 167/1967 limita a aplicação dos juros a 1% ao ano (art. 5º, parágrafo único). Afirma que há de ser observado o princípio da menor onerosidade para o executado.

Contrarrazões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Em exame apelação interposta contra sentença que julgou improcedentes embargos à execução fiscal.

Nas razões recursais, a parte autora alega que o juiz *a quo* não observou o benefício de ordem em seu favor, visto que, antes mesmo de se verificar a possibilidade fática de se promover a satisfação do crédito da Fazenda Nacional ante a averiguação de bens livres e desembaraçados de propriedade do devedor primário, o Estado determinou a prática de medidas executivas em face dos devedores subsidiários, em manifesta discrepância com o art. 827 e seu parágrafo único do CC/02. Aduz que é impossível a inclusão de qualquer outra taxa, comissão de permanência ou encargo na cédula de crédito rural, pois o Decreto nº 167/1967 limita a aplicação dos juros a 1% ao ano (art. 5º, parágrafo único). Afirma que há de ser observado o princípio da menor onerosidade para o executado.

Não lhe assiste razão.

As bem-elaboradas motivações esposadas pelo ilustre Magistrado singular, em sua r. sentença às fls. 173/178, encontram-se em perfeita harmonia com a posição deste relator, pelo que as transcrevo como razões de decidir:

2.1 - DO BENEFÍCIO DE ORDEM AO FIADOR

(...)

Os embargantes alegam a posição de fiadores no contrato firmado por JOÃO BATISTA VELOSO DA SILVEIRA e o Banco do Brasil, haja vista que, para perfeição do negócio, havia necessidade de que alguém se comprometesse a assumir a dívida em caso de eventual inadimplemento do devedor principal.

Em análise à cédula rural, juntada às fls. 165/170, verifico que a responsabilidade dos embargantes em relação à dívida exequenda não se qualifica como subsidiária, e sim responsabilidade de natureza solidária, tendo em vista constarem do título executivo na qualidade de avalistas do devedor principal, e não fiadores.

Dessa forma, não haveria que se falar em benefício de ordem, já que “o avalista equipara-se àquele cujo nome indicar; na falta de indicação, ao emitente ou devedor final”, estando o avalista, assim, no mesmo patamar que o devedor principal no cumprimento das obrigações assumidas perante terceiro.

Não há que se questionar a responsabilidade solidária do avalista, o que permite concluir que o credor tem total liberdade em proceder com a execução em face de qualquer uma das partes.

Por fim, vale ressaltar que o benefício de ordem previsto para os fiadores e inserto na norma do art. 827 do Código Civil, trazido à baila pelas embargantes, não se trata de direito certo e irrestrito, vez que possui limitações e requer a verificação de alguns requisitos, já que, a teor do próprio artigo, o direito ao benefício de ordem deve ser exigido pelo fiador demandado até a contestação da lide, devendo, ainda, ao alegar o benefício de ordem, nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito.

2.2 - DA POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DE ENCARGOS

Com a edição originária da MP nº 2.155, de 22.06.2001 (atualmente MP nº 2.196-3), foi a União Federal autorizada a adquirir/receber os créditos pertencentes aos bancos públicos federais, relacionados às operações de crédito rural alongadas ou renegociadas com base na Lei 9.138/95 – este último diploma legal autorizou que as instituições financeiras procedessem a um alongamento das dívidas originárias de crédito rural, mediante um processo chamado de securitização.

O art. 2º da MP nº 2.196-3 dispõe que:

Art. 2º Fica a União autorizada, nas operações originárias de crédito rural, alongadas ou renegociadas com base na Lei nº 9.138, de 29 de novembro de 1995, pelo BB, pelo BASA e pelo BNB, a:

I - dispensar a garantia prestada pelas referidas instituições financeiras nas operações cedidas à União;

II - adquirir, junto às empresas integrantes do Sistema BNDES, os créditos decorrentes das operações celebradas com recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador ou com outros recursos administrados por aquele Sistema;

III - receber, em dação em pagamento, os créditos contra os mutuários, correspondentes às operações a que se refere o inciso II;

IV - adquirir os créditos correspondentes às operações

celebradas com recursos das referidas instituições financeiras; e

V - receber, em dação em pagamento, os créditos correspondentes às operações celebradas com recursos do Tesouro Nacional.

§ 1º As operações a que se referem os incisos II a V serão efetuadas pelo saldo devedor atualizado.

§ 2º Os valores honrados pelas instituições financeiras, por força de garantia nos créditos cedidos à União, de que trata o inciso I, serão ressarcidos pela União às respectivas instituições à medida em que recebidos dos mutuários.

Assim, com a publicação da MP nº 2.196/2001, os créditos rurais adquiridos pelo Banco do Brasil foram repassados à União Federal, classificando-se como dívida ativa não tributária.

Por sua vez, a Lei 6.830/80 – Lei de Execução Fiscal – autoriza a constituição em dívida ativa da Fazenda Pública de crédito não tributário:

Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Assim, tem-se que os créditos rurais renegociados com fundamento na Lei 9.138/95, e cedidos à União em razão da MP nº 2.196/2001, podem ser inscritos como dívida ativa não tributária e, portanto, podem ser cobrados por meio de execução fiscal.

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CESSÃO DE CRÉDITO RURAL. MP 2.196-3/2001. POSSIBILIDADE. OFENSA AOS ARTS. 535 E 458 DO CPC. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. INCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. INCIDÊNCIA. ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A Primeira Seção deste Tribunal, no julgamento do REsp 1.123.539/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 1º/2/2010, me-

diante pronunciamento sob o rito do art. 543-C do CPC, decidiu **que a ação executiva fiscal é o meio hábil à cobrança de dívida oriunda de crédito rural cedido pelo Banco do Brasil à União Federal, nos termos da MP 2.196-3/2001.**

2. Há contrariedade ao disposto no art. 535 do CPC, hábil a ensejar a declaração de nulidade do acórdão recorrido, quando o órgão julgador, não obstante a interposição de embargos de declaração, deixa de sanar omissão, contradição ou obscuridade que se refiram a questão de fato ou jurídica relevante para o julgamento da lide.

3. Agravo regimental improvido.

(STJ. AGRESP nº 1.073.556. Relator: Arnaldo Esteves Lima. Primeira Turma. DJe 27.08.2010) – grifos acrescentados.

Contudo, o fato de o crédito constante de cédula de crédito rural pignoratícia, cedida à União Federal, tornar-se, por esta razão, passível de cobrança via ação executiva fiscal, não altera a essência do crédito, de forma que, sendo contrato bancário, firmado por instituição financeira, a ele se aplica a Lei 8.078/90.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 297, que assim dispõe: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Neste diapasão, deve-se aplicar à execução do título não o regramento previsto para os executivos fiscais, mas as normas atinentes ao próprio título em execução, uma vez que possui regramento próprio.

O disposto nos arts. 5º e 71 do Decreto-Lei nº 167/67, fixa multa de 10% sobre o valor do débito e juros moratórios de 1% ao mês e 12% ao ano, admitindo-se a capitalização em caso de previsão expressa (Súmula nº 93 do STJ). Sobre o tema, é pacífica a jurisprudência atual quanto a inadmissibilidade da exigência de comissão de permanência.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUPPOSTA VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÕES GÊNICAS DA FAZENDA NACIONAL. SÚMULA 284/STF. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO RURAL CEDIDO PELO BANCO DO BRASIL À UNIÃO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. POS-

SIBILIDADE. SÚMULA 297/STJ. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. DESCABIMENTO. ILEGITIMIDADE DA COBRANÇA DE MULTA MORATÓRIA DE 10%. INCIDÊNCIA DA LEI 9.298/96. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. Inicialmente, quanto à suposta violação ao art. 535 do CPC, o recurso especial fazendário é inadmissível por incidência analógica da Súmula 284 do STF, do seguinte teor: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

2. A Súmula 297/STJ aplica-se quando se trata de uma operação inicialmente realizada sob a forma de contrato bancário, ou seja, créditos rurais originários de operações financeiras, que, posteriormente, foram cedidos à União, tornando legítima a incidência da Lei nº 8.078/90 aos contratos de cédula de crédito rural.

3. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a comissão de permanência não deve ser aplicada às cédulas de crédito rural, tendo em vista possuir regramento próprio.

4. Esta Corte Superior firmou sua jurisprudência no sentido de que é legítima a cobrança da multa de 10% prevista no contrato, no caso de inadimplemento da obrigação, apenas quando firmado antes da vigência da Lei nº 9.298/96, que modificou o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que a redução da multa para 2% (tal como definida na Lei nº 9.298/96) é cabível nos contratos celebrados após sua vigência.

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

(1326411 PR 2012/0111556-8, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 05/02/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/02/2013) - grifos acrescidos.

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO QUE NÃO LOGRA INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. CÉDULA DE CRÉDITO RURAL. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. JUROS DE MORA. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO. ART. 1.714 DO CC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS NºS 282 E 356 DO STF. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL INATACADO. SÚMULA Nº 126 DO STJ.

1. Mantém-se na íntegra a decisão agravada quando não infirmados seus fundamentos.
2. **É descabida a pactuação da comissão de permanência nas cédulas de crédito rural.**
3. **A taxa de juros em caso de mora, poderá ser elevada no máximo a 1% a.a., nos termos do parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 167/67.**
4. Os juros remuneratórios que incidirem nas cédulas de crédito rural estão limitados ao patamar de 12% ao ano, nos termos do art. 1º do Decreto nº 22.626/33 (Lei da Usura).
5. O prequestionamento dos dispositivos legais tidos como violados é requisito indispensável à admissibilidade do recurso especial.
6. “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infra-constitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário” - Súmula nº 126 do STJ.
7. Agravo regimental improvido.
(STJ, AgRg no Ag 884.703/MG, 4ª Turma, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, julgado em 20.11.2007, DJ 11.02.2008) - grifos acrescidos.

In casu, a cédula de crédito rural anexada às fls. 165/170 prevê: a aplicação de juros de 3% ao ano e, em caso de inadimplemento, além da comissão de permanência, juros moratórios a taxa efetiva de 1% (um por cento) ao ano e multa de 10% sobre o valor do débito.

ENCARGOS FINANCEIROS - Sobre o valor deste Título incidirão, a partir de 30.11.95, juros à taxa efetiva de 3% (três por cento) ao ano, calculados e exigidos juntamente com as amortizações de principal. O valor de cada prestação exigível principal mais juros será atualizado pela variação do que ocorrer no(s) valor(es) do(s) preço(s) mínimo(s) básico(s) do(s) produto(s) retro estipulados(s), a partir de 30.11.95 até o efetivo pagamento,.

INADIMPLEMENTO - Na falta de pagamento, na data prevista para o vencimento de qualquer parcela, ou na hipótese de vencimento antecipado, na forma do artigo 11 do Decreto-Lei 167, de 14 de fevereiro de 1967, incidirão de sobre o saldo devedor, apurado mediante a multiplicação

de quantidade devida do produto pelo preço mínimo oficial do mesmo produto, vigente na data do vencimento da parcela ou na data do vencimento antecipado, os seguintes encargos:

A - comissão de permanência à taxa de mercado, conforme faculta a Resolução 1.129, de 15.05.86, do Conselho Monetário Nacional;

B - juros moratórios à taxa efetiva de 1% (um por cento) ao ano;

C - multa de 10% (dez por cento) incidente, nas datas das amortizações sobre os valores amortizados e, na liquidação final, sobre o saldo devedor apresentado naquela data.

Os encargos de que tratam os itens A e B retro serão calculados, debitados e capitalizados no último dia de cada mês e na liquidação final da dívida, exigíveis, juntamente com as parcelas de principal amortizadas/liquidadas, proporcionalmente aos seus valores nominais. A multa de que trata o item C retro, será calculada, debitada/capitalizada e exigível nas datas das amortizações e na liquidação final da dívida.

O embargante/executado alega que a União, no momento de inscrever em dívida ativa o débito oriundo de cédula de crédito rural, fez incidir cumulativamente a comissão de permanência com os demais encargos oriundos da mora. A Fazenda Nacional, por seu turno, alega que a incidência deu-se em caráter substitutivo, ou seja, não houve incidência cumulativa.

A base normativa que autoriza a cobrança da comissão de permanência às instituições financeiras é a Resolução do Conselho Monetário Nacional 1.129, de 15/05/1986. Compulsando os autos do processo de execução fiscal apenso (00000 224120104058307, fl. 4), verifica-se que na CDA que o instrui não é relacionado esse ato normativo. Vale ressaltar que no momento em que a certidão da dívida ativa é confeccionada, deve conter os mesmos elementos inseridos no termo de inscrição (art. 2º, § 6º, da Lei 6.830/1980). Um dos elementos que deve estar presente no termo de inscrição é “o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato” (art. 2º, § 5º, II, da Lei 6.830/1980).

Ora, se a CDA que aparelha a execução fiscal não traz como fundamento normativo para o cômputo dos consectários legais oriundos da mora a Resolução do Conselho Monetário Nacional 1.129/1986, é porque a comissão de permanência não foi utilizada como encargo moratório, motivo pelo qual resta prejudicada a impugnação levantada pelo embargante/ executado.

Vale ressaltar que uma das normas indicadas na CDA (Resolução Conselho Monetário Nacional 2.220, de 06/12/1995) dispunha que no momento do alongamento da dívida seriam expurgados “os débitos relativos a multa, mora, taxa de inadimplemento e honorários advocatícios de responsabilidade da instituição financeira”, o que permite concluir que a comissão de permanência foi afastada no momento de se calcular o montante devido.

Ainda no que diz respeito aos demais consectários legais oriundos da mora e respectivos índices, bem como critérios de correção monetária impugnados, a alegação é genérica, assim como o pedido (item c, da fl. 16), o que impede até mesmo o conhecimento dos embargos quanto a esse aspecto, revelando-se aplicável o art. 739-A, § 5º, do CPC, pois o fundamento é o excesso de execução, não havendo indicação de qual seria o excesso, qual seria a quantia devida, nem indicação das ilegalidades cometidas e apresentação de memória de cálculo.

(...)

3. DISPOSITIVO

Diante de todo o exposto, JULGO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS formulados nos presentes embargos, nos termos do art. 269, I, do CPC.

Deixo de arbitrar honorários advocatícios, tendo em vista tratar-se de execução fiscal ajuizada pela Fazenda Nacional (Súmula 168, antigo TFR).

Assim, corroboro, na íntegra, as assertivas desenvolvidas no decisório supra, sendo, pois, desnecessários quaisquer acréscimos ao acima delineado.

Diante disso, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 562.045-RN

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelantes: ROBINSON MESQUITA DE FARIA E OUTRO E FAZENDA NACIONAL
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. ESEQUIAS PEGADO CORTEZ NETO E OUTROS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ANULAÇÃO DE LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO E DE ARROLAMENTO ADMINISTRATIVO DE BENS. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA COM PERMUTA. INEXISTÊNCIA DE COMPRA E VENDA. PROVIMENTO DA APELAÇÃO DOS PARTICULARES E IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO DA UNIÃO/FAZENDA NACIONAL.

- No contrato de incorporação imobiliária com permuta por unidades habitacionais construídas no terreno negociado, só se apresenta o fato gerador do Imposto de Renda quando são entregues os apartamentos aos originários donos do terreno. Nulidade do procedimento fiscal e conseqüente lançamento tributário realizado apontando fato gerador ad futurum.

- Reconhecimento da essência do contrato de incorporação com permuta por área construída, notadamente se o pacto adjeto de compra e venda do mesmo terreno foi nulificado através de sentença cível transitada em julgado.

- Determinada a insubsistência do arrolamento administrativo de bens incidente sobre o patrimônio dos particulares, à míngua da demonstração, cabal e objetiva, da necessidade dessa medida constritiva.

- Apelação dos particulares provida e apelação da União/Fazenda Nacional desprovida.

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 dos particulares e em negar provimento à apelação da União/Fazenda Nacional, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 17 de dezembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
- Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

1. Apelação pelos particulares.

Cuida-se de apelação da parte autora contra sentença que julgou improcedente o pedido formulado nos autos de uma ação ordinária que promoveu perante a 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, contra a União - Fazenda Nacional, objetivando a desconstituição de auto de infração contra si lavrado no âmbito da Receita Federal do Brasil.

Apresentaram, em resumo, a seguinte argumentação: a) celebraram com a empresa MRV Engenharia e Participações S/A um Contrato Particular de Permuta e Incorporação Imobiliária que tem por objeto a permuta de um terreno de sua propriedade; b) tal imóvel foi adquirido por meio de Escritura Pública de Compra e Venda em 30/11/2005, registrada sob o nº R.1-39.347, em 01/06/2006, pelo valor de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); c) em 26/06/2009, assinaram, juntamente com essa empresa, Escritura Pública de Compra e Venda com Confissão de Dívida, quando o correto seria Contrato Particular de Permuta e Incorporação Imobiliária; d) eivados de boa-fé e confiantes em idêntica reciprocidade, assinaram a escritura absolutamente diversa do negócio efetivamente pactuado, não percebendo, naquele mo-

mento, as significativas diferenças entre o contrato e as cláusulas ali inseridas; e) a súbita mudança perpetrada pela Construtora não pôde ser facilmente explicada e deu ensejo à lavratura do auto de infração pela Receita Federal em desfavor dos ora recorrentes; f) ingressaram com ação contra a Construtora MRV, objetivando a correção da referida escritura pública, a fim de que passasse a constar Permuta e não Compra e Venda, além de inserir a cláusula de resolução estabelecida no Contrato de Permuta; g) as partes chegaram a um acordo no sentido de restabelecer a verdade real do negócio; h) mesmo com a correção da escritura pública, o Fisco Federal deu prosseguimento ao lançamento efetivado e à constrição dos bens dos autores.

Mesmo tendo a necessidade de dilação probatória para clarificar os aspectos acima listados, os apelantes não puderam fruir desse direito, já que o juiz indeferiu a produção de prova testemunhal e pericial, contentando-se apenas com a juntada dos processos em que litigaram os recorrentes/autores e a Construtora MRV Engenharia e Participações S/A, o que foi feito, ficando assente que essas duas demandas, havias no âmbito da Justiça Estadual, foram concluídas, tendo trânsito em julgado devidamente certificado.

Ainda assim – dizem os particulares recorrentes – o pedido de desconstituição do ato atacado foi julgado improcedente, tendo o juiz *a quo* assim entendido:

Diante disso, revogo a antecipação de tutela anteriormente concedida, e JULGO IMPROCEDENTE a pretensão, excluindo do polo ativo da demanda a Sra. Julianne Dantas Bezerra de Faria.

Condeno a parte autora ao pagamento da verba honorária advocatícia, que arbitro em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), dada a simplicidade da causa, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil.

O pedido dos particulares apelantes é no sentido de que seja reconhecido erro de fato na sentença, com fundamento no art. 485, IX, § 1º, do Código de Processo Civil, pois foi tomado em consideração fatos inexistentes, quais sejam, a) que o autor e a MRV teriam acertado a emissão de nota promissória *pro soluto*; b) que “é irrelevante para a autoridade fiscal a convença particular que obje-

tive alterar a estrutura e nome do negócio”. É que, segundo os apelantes, “jamais existiu em nenhum negócio jurídico que conste desse, ou de qualquer outro processo entre as partes aqui envolvidas, o cumprimento de contrato através de uma nota promissória”, bem como “nunca houve e nem haverá o pagamento posterior de qualquer parcela em dinheiro” (fl. 561).

Além do mais, segundo os apelantes, não houve qualquer avença para a modificação do *nomen juris* e a forma de pagamento do contrato, mas sim um acordo judicial devidamente homologado e com trânsito em julgado, “não modificando absolutamente nada, mas APENAS restaurando a verdade dos fatos e do contrato originalmente celebrado pelas partes, anulando-se o negócio eivado de vícios” (fl. 562).

Afirmam também os particulares que o juízo *a quo* não tomou em conta que a decisão que redefiniu a realidade do contrato celebrado com a MRV, através da anulação do negócio levado a registro cartorário, transitou em julgado, tendo o condão de desconstituir o fato gerador que embasou o Auto de Infração impugnado (fl. 566), não podendo ser tida como “irrelevante para a autoridade fiscal” como disse a sentença (fl. 567).

Pedem o provimento da apelação, confirmando-se a tutela antecipada já deferida, mas com a reforma da sentença, advindo a anulação do auto de lançamento tributário em questão.

2. Apelação pela Fazenda Nacional.

Pela Fazenda Nacional também foi interposta tempestiva apelação, com pedido de efeito suspensivo da antecipação da tutela (que desobrigou os recorrentes particulares do arrolamento do seu patrimônio), reiterado em sede de embargos declaratórios (fls. 653 e seguintes). Alega o ente público que a desconstituição do arrolamento administrativo fundamenta-se em fato estranho ao discutido nos presentes autos e que o particular não precisaria se submeter ao arrolamento administrativo realizado pela Fazenda, bastando que fizesse o depósito integral e atualizado do tributo devido.

Alega ainda a Fazenda Nacional que é nula a decisão proferida nos embargos de declaração com efeitos infringentes de fls. 548 a 550, pois não foram apresentados quaisquer dos vícios tra-

tados no art. 543 do Código de Processo Civil. Afirma também que o arrolamento administrativo do patrimônio do autor não foi controvertido na exordial e assim não poderia ser analisado quando do julgamento dos aclaratórios. (fl. 657), pois “o autor exprime uma situação de fato que lhe é prejudicial, sem daí tirar maiores ilações jurídicas, em momento algum adentrando sobre vícios próprios de ato administrativo de arrolamento levado a cabo pela Autoridade Fiscal.” (Fl. 658)

3. Das contrarrazões.

Tanto os particulares como a Fazenda Nacional apresentaram respostas tempestivas aos recíprocos recursos, pugnando pelo improvimento das apelações manejadas pelos adversários e pelo sucesso das suas próprias apelações.

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

É o relatório.

Inclua-se o feito em pauta para julgamento.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Apelam os autores para que seja reformada a sentença, que julgou improcedente o pedido formulado nos autos de uma ação ordinária promovida perante a 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, contra a União – Fazenda Nacional, objetivando a desconstituição de auto de infração contra si lavrado no âmbito da Receita Federal do Brasil.

Há apelação, em sentido inverso, pela União/Fazenda Nacional, inclusive deduzindo questões que devem ser de logo enfrentadas, como é o caso “do pedido de efeito suspensivo ao presente recurso nos termos do art. 558, parágrafo único, do CPC” (fls. 654 e seguintes). O dispositivo invocado assim está redigido:

Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil re-

paração, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto neste artigo as hipóteses do art. 520.

Como visto, para lograr sucesso na suspensividade é necessário que a parte demonstre a imprescindibilidade dessa medida excepcional. No caso em análise, a indicação foi a de que “ora se impugna decisão que provoca prejuízo ao interesse público, à Fazenda Nacional, enquanto se aguarda a decisão final” (fl. 654).

Trazer expressões vagas, como “provoca prejuízo ao interesse público”, sem apresentar fatos que conduzam a situação a um perfeito encaixe nas hipóteses do art. 558 do CPC, acima transcrito, leva ao insucesso da postulação, que por isso mesmo é recusada no presente recurso.

Quanto à declaração de nulidade dos embargos declaratórios com efeitos infringentes expedidos pelo juízo *a quo* (fl. 656), vejo que melhor sorte não tem a União/Fazenda Nacional com esse pedido. Não prospera o argumento de que teria o juízo de base acolhido aclaratórios sem que presentes situações previstas no art. 535 do Código de Processo Civil. Consultando-se os autos, vê-se que o juiz singular indeferiu o pedido formulado pela parte autora no sentido de modificar a sentença, pois não encontrou suporte para fazer valer as exceções dispostas no art. 463 do Código de Processo Civil (fls. 548/550). Mas encontrou base para restabelecer a antecipação da tutela que havia sido concedida no início do processo, aí já nos termos do art. 273, § 4º, do CPC, que assegura que a tutela pode ser modificada a qualquer tempo, “por meio de decisão fundamentada”.

A tutela antecipada, que no presente caso foi concedida no início e revogada na sentença, é um pronunciamento de jurisdição autônomo em relação à sentença e se submete ao autorizativo do § 4º do art. 273 do CPC (que reclama uma decisão fundamentada e a permanência dos requisitos dos incisos I e II do mesmo art. 273 do CPC).

Na hipótese em análise, a interlocutória de fls. 548/550 está suficientemente fundamentada, tendo o juiz destacado que “a sua

revogação trará para a parte demandada risco de dano irreparável ou de difícil reparação”, consistente na permanência do arrolamento administrativo (é dizer, indisponibilidade material e jurídica) dos bens patrimoniais dos particulares recorrentes. Assim, desacolho o pedido de declaração da nulidade da decisão de fls. 548/550.

Prossegue-se no rumo do que se pode chamar de *merito causae*.

Aduz a União/Fazenda Nacional que a desconstituição do arrolamento administrativo perseguido pelos apelantes particulares “fundamenta-se em um fato estranho ao discutido nos presentes autos” (fls. 657 e seguintes), pois a questão referente à relação percentual entre o débito tributário e o patrimônio da parte autora, não foi tornada litigiosa, “à míngua de qualquer impugnação específica na petição inicial da presente ação”. Entretanto, a própria União destaca que esses requisitos (dentre os quais a proporcionalidade entre o débito tributário e o patrimônio do devedor) estão previstos em lei.

Ora, tanto os apelantes particulares se voltaram contra o arrolamento que, além da argumentação posta na fundamentação da exordial, há pedido específico para “a imediata desconstituição do arrolamento dos bens efetivado pela ré” (fl. 25, item “a”).

Assim, não houve transbordo, pelo juiz singular, do que foi fundamentadamente pedido.

A alegação dos apelantes particulares é de que a Receita Federal laborou em equívoco ao autuá-los como infratores fiscais ao argumento de que houve omissão no recolhimento do Imposto de Renda, decorrente a ganho de capital obtido na alienação de bens e direitos, referente aos meses de maio e agosto de 2009, conforme está no auto de infração acostado à inicial, especificamente à fl. 56.

Sustentam que o trato principal celebrado com a empresa MRV Engenharia e Participações S/A foi um “contrato particular de permuta e incorporação imobiliária”, através do qual cediam à construtora um terreno, com as dimensões e confrontações descritas na peça de fls. 30 e seguintes, mediante contraprestação de cento e oitenta e sete unidades imobiliárias, à medida que essas ficas-

sem prontas e aptas à comercialização. Dizem que receberam, como uma espécie de sinal do negócio, o mesmo valor que haviam desembolsado quando adquiriram o terreno, três anos antes, em 2005, isto é, R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), em duas parcelas de R\$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil reais).

Argumentam que o recebido em espécie (R\$ 1.500.000,00) não cobriu sequer o que os recorrentes pagaram pelo imóvel há três anos, considerando a desvalorização natural da moeda nesse período. Logo, segundo os apelantes particulares, não há que se falar em lucro nessa parte da operação, de modo a caber a incidência do Imposto de Renda.

Alegam também que todo o trato celebrado com a construtora tem a natureza de permuta: deu o terreno e recebeu, para quitação *ad futurum*, cento e oitenta e sete apartamentos.

Ao que transparece dos autos, assiste razão aos apelantes particulares. Com efeito, nenhuma das duas partes da operação que eles sustentaram com a MRV Engenharia e Participações S/A dão base à incidência da tributação sobre renda, a título de lucro, como pretende a Fazenda Nacional. Na primeira fase do contrato em questão (o pagamento, pela MRV, do que se convencionou chamar no campo das obrigações tributárias de “torna”), tem-se que os apelantes receberam o mesmo valor que haviam desembolsado quando compraram o terreno, três anos antes, e ainda mais em duas parcelas. Isso não é controvertido mesmo pela União/Fazenda Nacional, que assim considera, à fl. 233:

Os autores são confessos quanto ao fato de que imóvel de propriedade conjunta de ambos os autores, cônjuges, foi adquirido por eles pelo valor de R\$ 1.500.000,00 e até a total conclusão do contrato firmado com a empresa Construtora MRV receberão em contrapartida mais de 22 milhões de reais, sendo claro e cristalino o ganho de capital resultante da transação. Receberão mais de 14 vezes o valor inicialmente desembolsado na aquisição do imóvel pelos Autores em 2005.

Sem um lucro efetivo, não existe como cobrar imposto de renda a esse título. Logo, não pode prevalecer a autuação fiscal defla-

grada contra os apelantes, tampouco o arrolamento administrativo de bens decorrente.

Quanto ao segundo momento da satisfação do preço do contrato – a entrega aos apelantes, pela MVR, de cento e oitenta e sete apartamentos – tem-se que a ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda só pode acontecer à medida que cada unidade dessas for negociada com terceiro, momento em que o valor obtido terá ingresso no patrimônio dos recorrentes. Aí sim, deverá ser cobrado o tributo e caso haja omissão, deverá ser deflagrado o procedimento infracional correspondente.

A propósito do tema, esclarece Lilian M. Marteleto Barros¹:

Instrumento cada vez mais comum nas operações imobiliárias, a permuta de imóveis é o preferido entre as empresas de incorporação imobiliária para aquisição de terrenos para o lançamento de novos empreendimentos.

O termo “permuta” significa troca e para fins tributários o conceito vem descrito na Instrução Normativa nº 107/88 da Receita Federal, como toda e qualquer operação que tenha por objeto a troca de um ou mais unidades imobiliárias por outra ou outras unidades, ainda que ocorra, por parte de um dos contratantes, o pagamento de parcela complementar em dinheiro, o que chamamos de “torna”.

Para efeito de aplicação deste tratamento tributário, entende-se como unidade imobiliária: o terreno adquirido para venda, com ou sem construção; cada lote oriundo de desmembramento de terreno; cada terreno decorrente de loteamento; cada unidade distinta resultante de incorporação imobiliária; o prédio construído para venda como unidade isolada ou autônoma ou cada casa ou apartamento construído ou a construir.

Em relação ao Imposto de Renda, seja de Pessoa Física ou Jurídica, a permuta de unidades imobiliárias prontas, sem pagamento de torna, o contribuinte atribuirá ao bem

¹ Questões tributárias sobre a permuta de imóveis, disponível na Internet em <http://ibeinstituto.webnode.com.br/products/quest%25C3%25B5es%2520tributarias%2520sobre%2520a%2520permuta%2520de%2520imoveis/>. Acesso a 22 nov.2013.

que receber, o mesmo valor contábil do bem baixado em sua escrituração. Logo, não haverá resultado tributável a apurar. Já na hipótese de haver pagamento de torna na permuta de unidades imobiliárias prontas, as permutantes observarão o seguinte tratamento:

a) Permutante que Receber a Torna: deverá computar a torna recebida como receita, podendo deduzir dessa receita a parcela do custo da unidade imobiliária dada em permuta que corresponder à torna recebida ou a receber.

b) Permutante que Pagar a Torna: a pessoa que pagar ou prometer pagar a torna não apurará lucro na operação, devendo, no entanto, considerar como custo do bem adquirido, a soma do valor contábil do bem dado em permuta com o valor da torna.

Havendo torna, ou seja, o recebimento de parcela complementar em dinheiro haverá apuração de lucro inflacionário que deve ser tributado no mesmo período-base. No entanto, quando se tratar de venda de imóveis a prazo, a parcela do lucro contida na torna poderá ser tributada à medida de seu recebimento.

Não havendo a torna, a legislação do Imposto de Renda exclui da tributação o ganho de capital decorrente de permuta exclusivamente de unidades imobiliárias, desde que este fato conste em Escritura Pública e que a operação seja de igual valor.

Não há espaço, portanto, para a autuação fiscal dos apelantes por suposta omissão de declaração (e conseqüente pagamento) de Imposto de Renda por ingressos *ad futurum*, decorrentes da paulatina venda dos apartamentos oriundos da incorporação por permuta. Só a cada efetivo negócio, de cada um dos apartamentos, é que será gerado o fato autorizador do imposto sobre renda.

O deslinde da questão se pauta também pela definição do tipo de negócio que foi celebrado entre os recorrentes particulares e a Construtora MRV. E o foco da análise desse trato há que ser feito a partir da essencialidade do negócio e não do *nomem juris* que se lhe dê.

Com efeito, há notícia nos autos de que os particulares celebraram com a MRV um contrato de compra e venda do imóvel

descrito na exordial, onde a construtora ergueria prédios de apartamentos para venda a terceiros, pagáveis em prestações. O pagamento do preço desse terreno seria feito através de unidades residenciais, repassadas aos ora apelantes particulares, tão logo erguidos e concluídos os prédios.

Pelo que solta, patente que os particulares não receberam um preço pelo terreno que repassaram à MRV, mas sim unidades residenciais, ao fim das construções, o que só reafirma a essencialidade de um contrato de incorporação com permuta, assim definido na Instrução Normativa 107, Receita Federal, de 14 de julho de 1988:

1.1 Para fins desta instrução normativa, considera-se permuta toda e qualquer operação que tenha por objeto a troca de uma ou mais unidades imobiliárias por outra ou outras unidades, ainda que ocorra, por parte de um dos contratantes o pagamento de parcela complementar em dinheiro aqui denominada torna.

Vale a lição de Denise de Cássia Daniel²:

Prática comum nas relações mercantis, a permuta é sinônimo de troca e como tal não produz efeitos tributários.

Porém, nem todas as operações que envolvem troca são consideradas permuta para fins de tributação. No âmbito do Direito Tributário somente ocorre a permuta quando, nos termos da Instrução Normativa SRF nº 107/88, se dá a troca de uma unidade imobiliária por outra ou outras unidades imobiliárias. O conceito de unidade imobiliária é fornecido pela Instrução Normativa 84/79.

As operações quitadas de compra e venda de terreno, seguidas de confissão de dívida e promessa de dação em pagamento, de unidade imobiliária construída ou a construir, podem ser consideradas como permuta, aplicando-se a este tipo de operação as regras constantes da IN 107/88. Deve-se entender aqui, também como unidade a construir o desmembramento e o loteamento de terreno.

² Permuta: consequências tributárias. Disponível na Internet em <http://incorporacaoimobiliaria.com/2010/12/06/permuta-consequencias-tributarias/> Acesso a 21 nov.2013.

Por não ser considerada como uma operação comercial, à permuta, no âmbito do imposto de renda, é dispensado tratamento tributário diferenciado. Tratando-se especificamente de pessoa jurídica, o tratamento diferenciado é estendido também à contribuição social sobre o lucro líquido.

Embora, em algumas situações, se verifique um acréscimo no patrimônio de um dos permutantes, tendo em vista a valoração de mercado do imóvel recebido, não se apura resultado tributável na permuta. O que se tem, para fins de tributação, é a mera substituição física do imóvel entregue pelo imóvel recebido, sem qualquer modificação valorativa dos patrimônios envolvidos. Não se verificando acréscimo patrimonial ou lucro, não há resultado a ser tributado, exceto quando houver torna. Ou seja, quando um dos permutantes entrega, além da coisa prometida, uma parte em dinheiro.

Sobre a existência de uma “escritura de compra e venda de imóvel” celebrada pelos apelantes com a MRV, é fácil notar ser uma espécie de pacto adjeto ao contrato de incorporação com permuta, que se vincula ao primado de Direito Civil segundo o qual o acessório segue sempre o principal, desimportando o *nomem juris* que seja dado a esse contrato adicional. E mesmo que se tivesse por plenamente existente o tal pacto adjeto, ainda assim não estaria invalidado o contrato principal, o de incorporação com permuta. Mas, no caso concreto, nem mais existe esse contrato de compra e venda, em razão de sentença proferida no juízo cível estadual, com trânsito em julgado, que teve por desfeito esse ajuste (v. fls. 45/46).

A propósito do erro que foi consertado na ação ordinária que teve curso perante a 7ª Vara Cível da Comarca de Natal (uso inadequado da compra e venda quando em verdade o trato era de incorporação com permuta, opina José Hildor Leal³:

³ Dação em pagamento - Uso equivocado. Disponível na Internet em <http://www.notariado.org.br/blog/?link=visualizaArtigo&cod=119>. Acesso a 21 nov.2013.

Há uso inadequado do instituto da dação em pagamento no meio notarial e de registros, na formação de diversos contratos imobiliários, em especial nas hipóteses que envolvem **a entrega de terreno, pelo proprietário, para receber do incorporador, em troca, área construída no local.**

Alguns tabeliães têm formalizado tais acordos por meio de escritura pública de compra e venda com promessa da dação em pagamento, a ser cumprida na conclusão do empreendimento, quando compra e venda não pode ser, e sendo troca, o instituto que melhor reflete o negócio entabulado pelos contratantes é a permuta.

Não pode ser compra e venda porque esta exige pagamento em dinheiro, conforme dispõe o Código Civil brasileiro, art. 481: “Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”.

Há, pois, que ser reformada a sentença, inclusive para estabelecer a permanência de Julianne Dantas Bezerra de Faria no polo ativo da demanda, em razão de ser casada civilmente com o recorrente Robinson Mesquita de Faria, o que a legitima para a causa, por sofrer afetação no patrimônio de meação, decorrente do arrolamento administrativo dos bens.

Diante do exposto, voto pelo conhecimento de ambas as apelações, nego provimento à apelação da União/Fazenda Nacional e dou provimento à apelação dos particulares, reformando a sentença e confirmando a tutela antecipada que lhes foi dada no juízo *a quo*, determinando a invalidação do processo administrativo fiscal nº 10496.726967/2011-32 e a desconstituição do arrolamento de bens dos autores recorrentes, referente ao processo administrativo nº 10469.727355/2011-67, advindo a inversão do ônus da sucumbência, com honorários advocatícios fixados em dez por cento do valor da causa.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 562.979-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Apelante: WANDERLEY, MONTEIRO, ROCHA E UCHOA CAVALCANTI ADVO.
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ HENRIQUE WANDERLEY FILHO E OUTROS (APTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. COFINS. SOCIEDADE CIVIL DE ADVOGADOS. CRÉDITO QUE FORA ANTERIORMENTE EXTINTO POR DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. PARCIAL PROCEDÊNCIA DE AÇÃO RESCISÓRIA, COM EFEITOS PROSPECTIVOS. RETIRADA DE TAIS EFEITOS EM RECLAMAÇÃO AJUIZADA NO STF. COBRANÇA DA EXAÇÃO NO PERÍODO ABRANGIDO PELA SENTENÇA RESCINDENDA. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NA SEARA ADMINISTRATIVA. NECESSIDADE DE APURAÇÃO DO QUANTUM RESIDUAL COM A INTIMAÇÃO DO CONTRIBUINTE. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

- O presente feito cuida de mandado de segurança impetrado pelo Escritório de Advocacia WANDERLEY, MONTEIRO, ROCHA E UCHOA CAVALCANTI ADVO. contra carta de cobrança emitida pela Receita Federal que estabeleceu o prazo de 30 (trinta) dias para o pagamento de crédito tributário.

- Sustenta o impetrante que o referido crédito tributário fora extinto por acórdão transitado em julgado que, em mandado de segurança impetrado pela OAB, reconheceu a isenção conferida pela Lei Complementar nº 70/91 em relação à exação objeto da cobrança.

- Posteriormente, o acórdão que teria extinguido o crédito tributário objeto da cobrança impugnada foi rescindido pelo Pleno deste Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que modulou os efeitos da rescisão do multicitado acórdão. Inconformada, a União ajuizou reclamação perante o Supremo Tribunal Federal contra a modulação dos efeitos, na qual o relator, Ministro Joaquim Barbosa, concedeu liminar para suspender o acórdão reclamado na parte em que conferiu efeitos meramente prospectivos ao acórdão que julgou procedente a ação rescisória.

- Neste mandamus, o impetrante se insurge contra a cobrança do aludido crédito tributário defendendo que, nos termos do art. 156, X, do CTN, uma vez extinto o crédito tributário por decisão passada em julgado, não haveria possibilidade de restabelecer tais créditos, ainda que haja eventual anulação do julgado por ação rescisória. Esta tese encontra respaldo em decisões jurídicas sobre a matéria, não se tratando de uma aventura jurídica. Precedente: AR 310/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO, Pleno, JULGAMENTO: 08/09/1999, PUBLICAÇÃO: DJ 08/10/1999 - Página 964.

- Não obstante, a jurisprudência sobre o assunto é expressivamente contrária à tese do impetrante. Precedentes: RESP 333.258, 200100890669, GARCIA VIEIRA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA: 12/08/2002 PG:00172 DTPB; EDcl no REsp 524.335/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/09/2007, DJ 06/12/2007, p. 298; AR 199701000419652, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS FERNANDO MATHIAS, TRF1 - QUARTA SEÇÃO, DJ DATA: 27/04/2007, PÁGINA: 9; AC 225.666, 20000 2010050240, Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES, TRF2 - QUARTA TURMA ESPE-

CIALIZADA, DJU - Data: 26/02/2009 - Página: 109; AR 2.486, 00382917920024030000, DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, TRF3 - SEGUNDA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1, DATA: 27/06/2013.

- Nessa esteira, penso que realmente não deve prevalecer a tese defendida pelo apelante no sentido de extinção dos créditos tributários, e a consequente impossibilidade de restabelecimento dos mesmos, pois se tal linha de raciocínio fosse adotada acarretaria a inutilidade da ação rescisória.

- No caso concreto, os efeitos retroativos ou prospectivos do acórdão proferido na ação rescisória estão a depender do julgamento da reclamação que tramita no Supremo Tribunal Federal.

- Independentemente do ponto de vista pessoal deste relator, no momento, prevalece a liminar do STF que afastou a modulação dos efeitos realizada por este TRF da 5ª Região.

- Com a decisão do STF, a Fazenda Nacional tem a possibilidade de restabelecer a cobrança dos créditos questionados. Por tal razão não pode prevalecer a liminar anteriormente concedida por esta Turma que suspendeu a exigibilidade de tais créditos. Sem dúvida, os créditos subsistem e não há como prevalecer a tese de que haveria a necessidade de novos lançamentos, até porque se assim acontecesse provavelmente se configuraria a decadência dos referidos créditos, consequência, manifestamente contrária ao interesse público no caso examinado.

- No entanto, percebe-se que a inicial do mandado de segurança invoca como fundamento, entre outros argumentos, os princípios do contraditório e da ampla defesa que teriam sido vulnerados com a cobrança nos termos em que foi apresentada pela Receita Federal. Por isso, é

possível entender que no pedido de suspensão de exigibilidade dos créditos pode estar abrangida providência destinada à observância dos citados princípios constitucionais e legais.

- No caso concreto, observa-se que a carta de cobrança faz referência a um saldo residual das citadas contribuições, com referências a depósitos realizados e levantados de modo que parece necessário harmonizar a cobrança em questão com os princípios já explicitados. Isso porque, a hipótese examinada não é a de mera cobrança de um crédito declarado e não pago, que poderia realizar-se pela simples emissão de uma carta de cobrança sem qualquer oportunidade para pronunciamento do contribuinte sobre os valores envolvidos. Trata-se, como visto, de valores que foram informados pelo contribuinte, tão somente para que não lhe fosse imputada omissão, mas com a nota de que não havia a intenção de pagar, em face do amparo de medida judicial então em vigor.

- É certo que não há expressa previsão na legislação do procedimento da execução fiscal para este tipo de manifestação. No entanto, conforme o art. 69 da Lei nº 9.784/99, que rege o processo administrativo em geral, a referida norma é aplicável subsidiariamente a todas as leis que contemplam processos administrativos específicos. Logo, é inegável que tal lei, em caráter subsidiário, se aplica ao processo administrativo fiscal. Precedente: AgRg no REsp 1.143.129/ES, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 25/11/2009.

- Nos termos do art. 28 da Lei nº 9.784/99, devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse. Evidentemente, a in-

timação tem o objetivo de permitir que o administrado ofereça as possíveis impugnações que tiver em relação à exigência que lhe está sendo formulada. Dessa forma, concretiza os princípios constitucionais citados, na presente hipótese, o oferecimento de oportunidade ao contribuinte para se manifestar tão somente em relação à quantificação do saldo residual que está sendo cobrado. De modo que possível encaminhamento à Procuradoria da Fazenda Nacional para inscrição em dívida ativa somente se faça após a determinação do quantum, realizada com a prévia audiência do interessado.

- Apelação parcialmente provida, para conceder a ordem, em parte, suspendendo os efeitos da carta de cobrança noticiada, devendo a Receita Federal oferecer ao impetrante oportunidade de, no prazo de 10 dias (art. 44 da Lei 9.784/99), exercer o contraditório sobre o valor do saldo residual que lhe está sendo cobrado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AC 562.979-PE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por maioria, em dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 14 de novembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Trata-se de apelação interposta por WANDERLEY, MONTEIRO, ROCHA E UCHOA CAVALCANTI ADVOGADOS E CON-

SULTORES contra sentença do Juiz Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, Dr. Marcos Fratezzi Gonçalves, que denegou a segurança, objetivando a suspensão da exigibilidade do crédito fiscal vinculado ao Processo Administrativo nº 10480.724.927/2012-89, por considerar que, apesar da decisão judicial transitada em julgado ser uma das formas de extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156, inciso X, do CTN, sendo a ação rescisória ajuizada pela Fazenda Nacional julgada procedente, o crédito tributário em questão retorna ao *status quo ante*, bem como por entender que não há ofensa à ampla defesa, vez que esta foi oportunizada à impetrante, ora agravante, por ocasião da ação rescisória.

2. Alega a parte apelante que: (a) recebeu a Carta de Cobrança nº 246/2012, extraída do Processo Administrativo nº 10480.724.927/2012-89, a qual assinalava o prazo de 30 dias para que fosse recolhido suposto débito, no valor de R\$ 295.601,30, sob pena de encaminhamento do processo para cobrança executiva; (b) tal cobrança pressupunha a lavratura de lançamento fiscal (art. 142 do CTN), sendo-lhe assegurados o contraditório e a ampla defesa, mormente porque a decisão do STF, que afastou os efeitos prospectivos da ação rescisória julgada em desfavor da agravante, apenas autorizou “novos lançamentos”; (c) o ato coator ofende o art. 156, inciso X, do CTN, segundo o qual a sentença transitada em julgado extingue o crédito tributário; e (d) o referido ato também viola o art. 146 do CTN, segundo o qual o critério jurídico adotado pela autoridade tributária em razão da sobrevinda de modificação jurisprudencial apenas pode ser aplicado a fatos geradores futuros, em prol da segurança jurídica.

3. Contrarrazões da Fazenda Nacional, às fls. 575/584.

4. É o relatório.

VOTO

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

1. O presente feito cuida de mandado de segurança impetrado pelo Escritório de Advocacia WANDERLEY, MONTEIRO, ROCHA E UCHOA CAVALCANTI ADVO. contra carta de cobrança

emitida pela Receita Federal que estabeleceu o prazo de 30 (trinta) dias para o pagamento de crédito tributário.

2. Sustenta o impetrante que o referido crédito tributário fora extinto por acórdão transitado em julgado que, em mandado de segurança impetrado pela OAB, reconheceu a isenção conferida pela Lei Complementar nº 70/91 em relação à exação objeto da cobrança.

3. Posteriormente, o acórdão que teria extinguido o crédito tributário objeto da cobrança impugnada foi rescindido pelo Pleno deste Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que modulou os efeitos da rescisão do multicitado acórdão. Inconformada, a União ajuizou reclamação perante o Supremo Tribunal Federal contra a modulação dos efeitos, na qual o relator, Ministro Joaquim Barbosa, concedeu liminar para *suspender o acórdão reclamado na parte em que conferiu efeitos meramente prospectivos ao acórdão que julgou procedente a ação rescisória*.

4. Neste *mandamus*, o impetrante se insurge contra a cobrança do aludido crédito tributário defendendo que, nos termos art. 156, X, do CTN, uma vez extinto o crédito tributário por decisão passada em julgado, não haveria possibilidade de restabelecer tais créditos, ainda que haja eventual anulação do julgado por ação rescisória.

5. Esta tese merece ser cuidadosamente analisada, pois encontra respaldo em decisões judiciais. Destarte, já foi prestigiada pelo Pleno deste Tribunal em acórdão da lavra do Desembargador Federal Geraldo Apoliano, em 1999. Confira-se:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. LEI Nº 7.689/88.

1. PRETENSÃO DE SE FAZER RESCINDIR ACÓRDÃO QUE, COM BASE EM JULGAMENTO PROFERIDO NO TRIBUNAL PLENO, NEGOU PROVIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL DESAFIADAS CONTRA A SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO DE SEGURANÇA, NA QUAL SE RECONHECEU A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 1º A 8º DA LEI Nº 7689/88, EM FACE DO POSTERIOR PRONUNCIAMENTO DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE PROCLAMOU SER

INCONSTITUCIONAL, APENAS, O ARTIGO 8º DA REFERIDA LEI.

2. Extinção do crédito tributário em disputa, por decorrência da decisão judicial passada em julgado que se intenta rescindir (inciso X do artigo 156 do Código Tributário Nacional - CTN).

3. Cuidando-se de interpretação de norma tributária, nem mesmo a ação rescisória enverga aptidão para revigorar um crédito tributário já extinto, eis que a própria relação jurídico-tributária (a obrigação) já não mais existe. Impossibilidade da alteração de disposições veiculadas em lei nacional complementar (o CTN) por lei federal ordinária. Limite material que, no caso, conduz à improcedência, pelo mérito da ação rescisória, desvestindo-se de significado a indagação acerca dos efeitos de uma eventual rescisão do acórdão rescindendo.

4. Decisão rescindenda que foi proferida antes do pronunciamento do colendo Supremo Tribunal Federal acerca da matéria trazida à apreciação. Recurso extraordinário que, desafiado, não foi conhecido. Embora as decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade genéricas devam ter eficácia *erga omnes* e surtir efeitos *ex tunc*, hão de respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, eis que nem mesmo a lei poderá prejudicá-los (CF, artigo 5º, XXXVI).

5. Ação rescisória manejada ao feitiço de um super-recurso ordinário. Improcedência.

(Processo: 9405227041, AR 310/PE, Relator: Desembargador Federal Geraldo Apoliano, Pleno, julgamento: 08/09/1999, publicação: DJ08/10/1999 - página 964)

6. No mesmo sentido, também se pronunciou o Ministro Eros Grau, do Supremo Tribunal Federal, em voto proferido no RE 594.477/AgRDF, cujo julgamento não foi concluído:

Em divergência, o Min. Eros Grau, em voto-vista, deu provimento ao agravo. Esclareceu que haveria de ser considerada a alegação da agravante da preexistência de decisão em mandado de segurança, dado que o CTN define, em seu art. 156, X, que a decisão judicial passada em julgado extingue o crédito tributário. Asseverou que a ação rescisória não teria o condão de fazer renascer crédito tributário extinto, na medida em que o preceito veiculado pelo art. 156, X, do CTN o impediria. Destacou que o credor – a

União – não seria titular do direito a lançar o tributo, em relação à agravante, até o momento da procedência da ação rescisória e que o objeto da execução fiscal de que se cuida respeitaria a valores exigidos anteriormente à propositura da ação rescisória. Salientou que a desconstituição, pela rescisória, da decisão transitada em julgado que afirmara a inexistência da obrigação tributária não conferiria à União o direito de restabelecer créditos tributários que a primeira, a decisão no mandado de segurança, declarara inexistirem, haja vista que estes créditos tributários, objeto da execução fiscal, porque inexistentes nos termos do que estabelece o CTN, seriam irrecuperáveis. Afirmou que os créditos tributários objeto da execução estariam extintos, daí porque à agravante não poderia, pois, ser imposta sanção alguma. Ressaltou não se estar em debate o cabimento de ação rescisória, mas unicamente de seus efeitos em face do art. 156, X, do CTN, à luz dos primados da segurança jurídica e da boa-fé. Após, pediu adiamento do feito a Min. Ellen Gracie.

(RE 594.477 AgR/DF, rel. Min. Ellen Gracie. 9.2.2010. Informativo STF nº 574, de 8 a 12 de fevereiro de 2010.)

7. Não obstante, a jurisprudência sobre o assunto é expressivamente contrária à tese do impetrante, inclusive é de se ressaltar, que o julgamento do RE 594.477/AgRDF encontra-se empataado, posto que o voto da relatora, Ministra Ellen Gracie, foi em sentido contrário àquele proferido pelo Ministro Eros Grau:

A Turma retomou julgamento de agravo regimental interposto contra decisão da Min. Ellen Gracie que provera recurso extraordinário, do qual relatora, por reputar que o acórdão impugnado divergira da orientação firmada pelo STF no sentido da constitucionalidade da revogação da isenção relativa às sociedades civis prestadoras de serviço, ante a inexistência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária. Sustenta a empresa agravante que a União deixara de trazer ao conhecimento da Corte informação tida como prejudicial ao julgamento do recurso extraordinário, aduzindo a existência, em seu favor, de decisão anterior proferida em mandado de segurança, na qual assentado o seu direito de não recolher o tributo. Alega que, somente a partir da procedência de ação rescisória intentada pela Fazenda Nacional em face de ordem con-

cedida no referido *writ*, revigorara-se a exigibilidade da execução. Destarte, pleiteia o reconhecimento, na espécie, da proteção do manto da coisa julgada. Na sessão de 31.3.2009, a Min. Ellen Gracie, relatora, manteve a decisão agravada. Consignou, ainda, não proceder a alegação, neste momento processual, da existência de decisão favorável à impetrante em mandado de segurança, até porque a agravante sequer apresentara contrarrazões ao recurso extraordinário da União.

(RE 594.477 AgR/DF, rel. Min. Ellen Gracie. 9.2.2010. Informativo STF nº 574, de 8 a 12 de fevereiro de 2010.)

8. Nesse mesmo sentido, trago à baila os seguintes julgados do egrégio STJ e dos Tribunais Regionais da 1ª, 2ª e 3ª Regiões:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO DAS EMPRESAS. AÇÃO RESCISÓRIA. DESCONSTITUIÇÃO DE DECISÃO QUE RECONHECEU A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXAÇÃO PREVISTA NA LEI 7.689/88. MATÉRIA ESSENCIALMENTE CONSTITUCIONAL E JURISPRUDÊNCIA EM CONSONÂNCIA COM O ACÓRDÃO RECORRIDO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. NÃO CONHECIMENTO DO ESPECIAL SOB TAIS ASPECTOS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. RESCINDIDA A SENTENÇA O CRÉDITO TRIBUTÁRIO FICA INTACTO; VOLTA-SE AO *STATUS QUO ANTE*. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 156, X, DO CTN.

I - Não cabe conhecer do recurso especial na parte em que o Tribunal *a quo* decidiu a questão em bases essencialmente constitucionais, estando o acórdão em consonância com jurisprudência do STJ, ausente o prequestionamento de dispositivo legal apontado como malferido.

II - A decisão judicial transitada em julgado extingue o crédito tributário, a teor do disposto no art. 156, inciso X, do Código Tributário Nacional. Julgada procedente rescisória, na espécie, volta-se ao *status quo ante*, resurgindo o crédito tributário, que pode ser exigido novamente do contribuinte, eis que, com a procedência da ação, desaparece a decisão judicial passada em julgado e fica sem efeito a extinção, porquanto deixou de existir a coisa julgada.

III - Recurso especial parcialmente conhecido, mas improvido.

(RESP 333.258, 200100890669, GARCIA VIEIRA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA:12/08/2002 PG:00172 DTPB).

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. ART. 156, X, DO CTN. SÚMULA 456/STF. ART. 515, § 2º, DO CPC. APLICAÇÃO ANALÓGICA.

1. Os embargos de declaração, cujos pressupostos estão expressamente relacionados no art. 535 do CPC, são perfeitamente cabíveis quando o acórdão que provê o recurso especial deixa de se manifestar sobre questão expressamente impugnada nas contrarrazões da parte *ex adversa* que, até então, não tinha interesse em recorrer. Entendimento que se mostra coerente com o disposto no art. 515, § 2º, do CPC, aplicado à hipótese em exame por analogia, e com o enunciado da Súmula n. 456/STF.

2. Para fins de extinção do crédito tributário com base na hipótese do art. 156, X, do CTN, há de se entender como decisão transitada em julgado aquela que não comporta mais recurso de natureza ordinária ou extraordinária.

3. Embargos de declaração acolhidos parcialmente, sem alteração do julgado.

(EDcl no REsp 524.335/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/09/2007, DJ 06/12/2007, p. 298)

AÇÃO RESCISÓRIA. PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. FINSOCIAL. DL N. 1.940/92, ART. 1º, § 2º. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO. LEI N. 7.738/89, ART. 28. CONSTITUCIONALIDADE. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. CONSTITUCIONALIDADE DAS ALTERAÇÕES PELAS LEIS N. 7.787/89 (ART. 7º); N. 7.894/89 (ART. 1º) E N. 8.147/90 (ART. 1º) EM RELAÇÃO ÀS EMPRESAS PÚBLICAS E PRIVADAS EXCLUSIVAMENTE PRESTADORAS DE SERVIÇOS - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343 DO STF. PEDIDO RESCISÓRIO PROCEDENTE.

I. Persiste o interesse de agir da Fazenda Nacional, não subsistindo a alegação de óbice à propositura da rescisória, em face da extinção do crédito tributário por força do disposto no art. 156, X, do CTN, uma vez que o acórdão rescisório apaga os efeitos da coisa julgada, inclusive o do inciso X do aludido artigo.

II. Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, não se aplica a Súmula 343/STF quando a matéria controvertida tiver índole constitucional.

III. A contribuição ao FINSOCIAL instituída pelo DL n. 1.940/82, na modalidade prevista pelo § 2º do seu art. 1º (como adicional do imposto de renda) a cargo das empresas públicas e privadas exclusivamente prestadoras de serviço à alíquota de 5% sobre o IRPJ devido (ou como se devido fosse), foi recepcionada pela própria CF 88 (art. 153, III), mas “implicitamente” revogada pela Lei n. 7.689/88 (q.v. STF, RE n. 150.755-1-PE).

IV. Com a criação, pelo art. 28 da Lei nº 7.738/89, de contribuição social no percentual de 0,5% sobre a receita bruta, a ser devida pelas empresas exclusivamente prestadoras de serviços, encerrou-se a situação de privilégio em que se encontravam, uma vez que, embora estivessem sujeitas, como as demais empresas, à nova contribuição incidente sobre o lucro (art. 1º e 8º da Lei 7.689/88), não estavam alcançadas pela contribuição incidente sobre a receita bruta, ou faturamento, como as empresas comerciais e mistas, tendo o STF, no julgamento do RE 150.755/PE, considerado constitucional a contribuição criada pela Lei nº 7.738/89.

V. Pacificou-se a jurisprudência (STF, STJ e desta Corte) no sentido de que as empresas públicas e privadas exclusivamente prestadoras de serviços passaram a contribuir para o FINSOCIAL à alíquota de 0,5% sobre a receita bruta, por força do art. 28 da Lei n. 7.738/89, a partir de Junho de 1989 (STF, RE n. 150.755-1-PE) e até a LC n. 70/91 (COFINS), observadas, entretanto, as majorações de 0,5% para 1% (art. 7º, Lei n. 7.787/89); de 1% para 1,2% (art. 1º, Lei n. 7.894/89); e de 1,2% para 2% (art. 1º, Lei n. 8.147/90).

VI. Preliminares rejeitadas. Pedido rescisório procedente.

VII. Custas e honorários advocatícios devidos pela autora. (AR 199701000419652, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS FERNANDO MATHIAS, TRF1 - QUARTA SEÇÃO, DJDATA: 27/04/2007 PÁGINA: 9.)

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA COM SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. APLICAÇÃO DO ART. 156, X, DO CTN E ART. 5º, XXXVI, DA CF.

1 - A modalidade de extinção, prevista no art. 156, X, do CTN, foi naturalmente incluída por mera questão de método da codificação, pois a coisa julgada é de efeito absoluto. Nem mesmo a lei poderá prejudicar a coisa julgada, proclamada no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal.

2 - Somente a rescisão da decisão judicial transitada em julgado que extingue o crédito tributário, a teor do disposto no art. 156, inciso X, do Código Tributário Nacional, resulta no retorno ao *status quo ante*, conforme se depreende do informativo nº 0129, de 8 a 12 de abril de 2002, da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: “AR. EXTINÇÃO. CRÉDITO. EFEITOS. Conforme dispõe o art. 156, X, do CTN, a decisão judicial transitada em julgado extingue o crédito tributário. Contudo, sendo a rescisória admitida e julgada procedente, o crédito ressurgue e pode ser cobrado do contribuinte, uma vez que se volta ao *status quo ante*, tornando sem efeito a extinção do crédito, porque deixou de existir a coisa julgada. REsp 333.258-DF, Rel. Min. Garcia Vieira, julgado em 9/4/2002”.

3 - *In casu* o Poder Judiciário, através do mandado de segurança passado em julgado, impetrado pela apelada, reconheceu o direito: “A licença de 120 (cento e vinte) dias tem natureza híbrida, direito previdenciário pelos 84 dias previstos na CLPS e o direito trabalhista pelos restantes 36 dias, para os quais não se instituiu fonte de custeio previdenciário”. E ainda, “As informações objetam que faltaria fonte de custeio, desconhecendo que quando a regra é trazida pela própria Constituição, a previsão de fonte de custeio é ônus do legislador ordinário, e não resultado de qualquer poder discricionário”, de acordo com as decisões às fls. 52/54 e 60.

4 - Apelação e remessa improvidas.

(AC 225.666, 200002010050240, Desembargador Federal LUIZ ANTÔNIO SOARES, TRF2 - QUARTA TURMA ESPECIALIZADA, DJU - Data: 26/02/2009 - Página: 109.)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA - ART. 485, V, DO CPC. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. PRELIMINARES DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR E CARÊNCIA DE AÇÃO AFASTADAS. CORREÇÃO MONETÁRIA DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS.

INCISO I DO ART. 3º DA LEI 8.200/91. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA NO RE 201.465/MG.

- Ação rescisória ajuizada ao fundamento de que houve violação a literal dispositivo de lei (art. 485, inciso V, do CPC), de maneira que a controvérsia é exclusivamente de direito. A constatação de inexistência de eventuais créditos em favor do fisco, decorrentes da rescisão do acórdão, é questão que extrapola os limites da causa em exame, daí porque desnecessária a produção de prova nesse sentido. Decisão agravada, no sentido da desnecessidade de produção probatória, mantida.

- A decisão procedente da ação rescisória produz efeitos *ex tunc* e, se for o caso, implica novo julgamento da causa, conforme o artigo 494 do CPC, de maneira que restaura a situação anterior à lide. Assim, a extinção do crédito tributário pela coisa julgada (artigo 156, inciso X, do CTN) é desfeita juntamente com sua rescisão.

- *In casu*, a procedência da ação resultaria simplesmente no reconhecimento da relação jurídico-tributária objeto do *mandamus*, de modo que eventuais valores pretendidos pela Receita ensejariam as ações próprias cabíveis, uma vez que o mandado de segurança não pode ostentar caráter de ação de cobrança. Irrelevante o debate quanto à possibilidade de cobrança dos créditos tributários nesta sede (decadência ou inexistência de créditos), matéria que deverá ser discutida em eventual procedimento exacional. Preliminar de falta de interesse de agir rejeitada.

- Nas situações em que se discute a interpretação de dispositivo da Constituição Federal, deve prevalecer o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais com soberania do entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal (STJ, AgRg no REsp 1.281.397/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 04/02/2013), afastada a aplicação da Súmula nº 343/STF. Preliminar de carência de ação rejeitada.

- O c. STF, no julgamento do RE 201.465/MG reconheceu a constitucionalidade do inciso I do art. 3º da Lei nº 8.200/91, decisão esta que, por ser posterior, tornou sem efeito a declaração de inconstitucionalidade anteriormente afirmada pelo Órgão Especial desta Corte no MS 94.03.047561-7.

- Ainda que o tema esteja sendo revisto pelo c. Supremo Tribunal Federal no RE 201.512/MG, enquanto não encer-

rado o julgamento deste, prevalece o entendimento firmado no RE 201.465-6/MG, ainda que pendente de julgamento embargos de declaração opostos contra o v. acórdão.

- Agravo regimental desprovido.

- Preliminares rejeitadas e ação rescisória julgada procedente. Honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00.

- Em juízo rescisório, apelação da autora improvida, restabelecendo-se a r. sentença denegatória.

(AR 2.486, 00382917920024030000, DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, TRF3 - SEGUNDA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 27/06/2013)

9. Nessa esteira, penso que realmente não deve prevalecer a tese defendida pelo apelante no sentido de extinção dos créditos tributários, e a conseqüente impossibilidade de restabelecimento dos mesmos, pois se tal linha de raciocínio fosse adotada acarretaria a inutilidade da ação rescisória.

10. No caso concreto, os efeitos retroativos ou prospectivos do acórdão proferido na ação rescisória estão a depender do julgamento da reclamação que tramita no Supremo Tribunal Federal.

11. Independentemente do ponto de vista pessoal deste relator, no momento, prevalece a liminar do STF que afastou a modulação dos efeitos realizada por este TRF da 5ª Região.

12. Com a decisão do STF, a Fazenda Nacional tem a possibilidade de restabelecer a cobrança dos créditos questionados. Por tal razão não pode prevalecer a liminar anteriormente concedida por esta Turma que suspendeu a exigibilidade de tais créditos.

13. Sem dúvida, os créditos subsistem e não há como prevalecer a tese de que haveria a necessidade de novos lançamentos, até porque se assim acontecesse provavelmente se configuraria a decadência dos referidos créditos, conseqüência, manifestamente contrária ao interesse público no caso examinado.

14. No entanto, percebe-se que a inicial do mandado de segurança invoca como fundamento, entre outros argumentos, os princípios do contraditório e da ampla defesa que teriam sido vulnerados com a cobrança nos termos em que foi apresentada pela Receita Federal.

15. Por isso, é possível entender que no pedido de suspensão de exigibilidade dos créditos pode estar abrangida providência destinada à observância dos citados princípios constitucionais e legais.

16. No caso concreto, observa-se que a carta de cobrança faz referência a um saldo residual das citadas contribuições, com referências a depósitos realizados e levantados de modo que parece necessário harmonizar a cobrança em questão com os princípios já explicitados.

17. A hipótese examinada não é a de mera cobrança de um crédito declarado e não pago, que poderia realizar-se pela simples emissão de uma carta de cobrança sem qualquer oportunidade para pronunciamento do contribuinte sobre os valores envolvidos.

18. Trata-se, como visto, de valores que foram informados pelo contribuinte, tão somente para que não lhe fosse imputada omissão, mas com a nota de que não havia a intenção de pagar, em face do amparo de medida judicial então em vigor.

19. É certo que não há expressa previsão na legislação do procedimento da Administração Fiscal para este tipo de manifestação. No entanto, conforme o art. 69 da Lei nº 9.784/99, que rege o processo administrativo em geral, suas disposições são aplicáveis subsidiariamente a todas as leis que contemplam processos administrativos específicos. Logo, é inegável que tal lei, em caráter subsidiário, se aplica ao processo administrativo fiscal. Precedentes:

TRIBUTÁRIO. PRAZO RAZOÁVEL PARA APRECIÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 49 DA LEI N. 9.784/99. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. O STJ, em homenagem aos princípios da eficiência e moralidade previstos na Constituição Federal, tem admitido, na falta de previsão legal, a possibilidade de se estabelecer prazo para o encerramento da instrução do processo administrativo quando sua apreciação se mostrar morosa e injustificada. Precedentes.

2. Não está o Poder Judiciário apreciando o mérito administrativo, apenas dando interpretação sistemática ao or-

denamento jurídico, daí não se há falar em ofensa ao princípio da separação de poderes.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.143.129/ES, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 25/11/2009)

20. Nos termos do art. 28 da Lei nº 9.784/99, *devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse*. Evidentemente, a intimação tem o objetivo de permitir que o administrado ofereça as possíveis impugnações que tiver em relação à exigência que lhe está sendo formulada.

21. Dessa forma, entendo que concretiza os princípios constitucionais citados, na presente hipótese, o oferecimento de oportunidade ao contribuinte para se manifestar tão somente em relação à quantificação do saldo residual que está sendo cobrado.

22. De modo que possível encaminhamento à Procuradoria da Fazenda Nacional para inscrição em dívida ativa somente se faça após a determinação do *quantum* realizada com a prévia audiência do interessado.

23. Posto isso, dou parcial provimento à apelação, concedendo a ordem, em parte, para suspender os efeitos da carta de cobrança noticiada, devendo a Receita Federal oferecer ao impetrante oportunidade de, no prazo de 10 dias (art. 44 da Lei 9.784/99), exercer o contraditório sobre o valor do saldo residual que lhe está sendo cobrado.

24. É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 564.693-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Apelante: PROSEGUR BRASIL S/A - TRANSPORTADORA DE VALORES E SEGURANÇA
Apelado: BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN
Repte.: PROCURADOR REGIONAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL
Advs./Procs.: DRS. GABRIEL MACIEL FONTES, BRUNO MOURY FERNANDES E IZABEL CRISTINA MOREIRA DOS SANTOS E OUTROS (APTE.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONTRATO. ACRÉSCIMO SALARIAL. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. TEORIA DA IMPREVISÃO E REVISÃO CONTRATUAL. NÃO APLICAÇÃO. REPACTUAÇÃO. DECRETO Nº 2.271/97 E INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 2, DE 30 DE ABRIL DE 2008, DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO (COM A REDAÇÃO ALTERADA PELA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 3, DE 15 DE OUTUBRO DE 2009). OBSERVÂNCIA. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO.

- Apelação da sentença que julgou improcedente a pretensão autoral que consiste na cobrança do valor de R\$ 1.183.373,76, postulada a título de manutenção do equilíbrio da cláusula econômico-financeira – objeto de contrato de prestação de serviços de vigilância, proteção e segurança ostensiva armada, firmado com o Banco Central do Brasil –, em razão de acréscimo salarial gerado por dissídio coletivo no período de setembro/2011 a agosto/2012.

- A equação econômico-financeira dos contratos dentre os quais se inserem aqueles firmados pela Administração, é relação de adequação entre o objeto contratado e o preço estipulado no mo-

mento em que se firma a avença, com previsão constitucional (art. 37, inciso XXI, da CF). Esta é a regra e, por consequência, em havendo o desequilíbrio financeiro do contrato deve-se procurar formas de possível restabelecimento.

- Dentre as possíveis formas de reajustamento do preço para fins de restabelecimento do equilíbrio contratual estão a teoria da imprevisão, a revisão, o reajuste e a repactuação.

- A teoria da imprevisão tem aplicação quando disser respeito a fatos novos, imprevisíveis e extraordinários, que causam desequilíbrio do contrato e refletem na economia e na sua execução, tornando exageradamente onerosa a prestação de uma das partes.

- A revisão contratual, por sua vez, embora também tenha por objetivo a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da avença, deriva da ocorrência de um fato superveniente, suposto, imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe. No âmbito administrativo, a revisão encontra-se regulada no artigo 65, inciso II, alínea d, da Lei nº 8.666/93.

- A revisão difere do reajuste, este previsto no art. 55, III, da Lei 8.666/93, e que se caracteriza por ser uma forma preventiva, com vistas a preservar os contratos dos efeitos inflacionários.

- A repactuação do contrato, como forma de reajustamento do preço dos contratos de prestação de serviços continuados, encontra-se prevista no art. 5º do Decreto nº 2.271/1997. Destina-se à alteração do contrato de prestação de serviços continuado com o fim de adequá-lo aos preços de mercado, em decorrência de fatos ordinários supervenientes, sendo requisitos para sua utilização os seguintes: a) previsão no edital; b) interregno mínimo de um ano; c) demonstração

analítica da variação dos componentes dos custos do contrato.

- O reajustamento do preço dos contratos, como forma de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, sob qualquer das modalidades legalmente previstas, somente se autoriza quando presentes os pressupostos fáticos previstos em lei.

- O simples aumento do custo dos serviços (a exemplo dos salários decorrentes das Convenções Coletivas de Trabalho da Categoria; alíquotas do PIS, retenções de IR e CSSL; acréscimo pessoal; vale-transporte; vale-refeição; cesta básica, horas extras) não é suficiente para que se aplique a teoria da imprevisão, que necessita de fatos novos, imprevisíveis e extraordinários. Nem mesmo a revisão dos encargos ou a resolução contratual seriam suficientes para aquele desiderato, eis que a mudança deve ser significativa o bastante, de forma que, se tivesse sido prevista, impediria a formação do contrato nos termos em que celebrado. Note-se que as convenções coletivas de trabalho têm prazo certo ou mesmo data provável a se realizarem, sendo, portanto, do conhecimento da contratada, o possível reajuste do salário da categoria. Precedentes desta Corte: AC 00021017020124058000, Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, TRF5 - Quarta Turma, DJe - Data: 22/08/2013 - Página: 403 e AC 00012972220104058308, Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, TRF5 - Primeira Turma, DJe - Data: 28/09/2012 - Página: 125.

- Em conformidade com o Decreto nº 2.271/1997 e Instrução Normativa nº 2/08 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (com a redação alterada pela Instrução Normativa nº 3, de 15 de outubro de 2009), deve ser considerado como “datas dos orçamentos aos quais a pro-

posta se refere”, para fins de primeira repactuação, a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta, contando-se, nas repactuações posteriores, o prazo de 1 (um) ano após a última repactuação.

- Mesmo sendo possível a repactuação dos preços contratuais para atualização desses valores e compatibilidade com os valores definidos nas CCT's posteriores, a repactuação exige a observância do interregno mínimo de 1 (um) ano entre as datas dos orçamentos aos quais se refere a proposta e o termo aditivo, sendo que este foi editado dentro desse lapso temporal, como bem observou o julgador sentenciante.

- No caso, o contrato inicial, assinado em 13.08.2010, com planilha de Composição de Custos constante da proposta da contratada em 26.05.2010, sendo a primeira repactuação em 19.04.2012, com base no reajuste do custo da mão de obra, com vigência a partir de 1º.07.2011. Logo, novo reajuste, com efeitos desde 1º.09.2011, não observará a regra da anualidade.

- Não procede o argumento da parte recorrente no sentido de que o interregno a que se refere a cláusula décima segunda do Contrato firmado deve ser contado da data-base (que no caso é 1º de julho), independente do interregno de um ano. Esta possibilidade somente seria possível, a teor do § 3º da Instrução Normativa nº 2/08 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (com a redação alterada pela Instrução Normativa nº 3, de 15 de outubro de 2009), se a contratação envolvesse mais de uma categoria profissional, com datas-base diferenciadas, o que não é o caso.

- Constatado, nos termos da sentença recorrida, que não está preenchido o requisito legal da

***anualidade, consoante a legislação de regência, mantém-se a sentença de improcedência, em todos os seus termos.
- Apelação improvida.***

ACÓRDÃO

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

Recife, 19 de novembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de apelação da sentença que julgou improcedente a pretensão autoral que consiste na cobrança do valor de R\$ 1.183.373,76, postulada a título de manutenção do equilíbrio da cláusula econômico-financeira – objeto de contrato de prestação de serviços de vigilância, proteção e segurança ostensiva armada, firmado com o Banco Central do Brasil –, em razão de acréscimo salarial gerado por dissídio coletivo no período de setembro/2011 a agosto/2012.

As razões do recorrente aduzem, em síntese, assistir-lhe o direito vindicado, notadamente quando na cláusula décima primeira do contrato firmado há expressa imposição para efetivação da repactuação, respeitando-se a data-base da categoria, independente do interregno da anualidade. Aduz ainda, que o próprio contrato (cláusulas 11ª e 12ª) admite expressamente a possibilidade de modificação dos termos inicialmente pactuados e que a Administração deve manter as condições efetivas da proposta de modo a impedir o enriquecimento sem causa. Afirma que o item 12.1 do Termo de Referência do Edital de Licitação, que integra o contrato,

prevê a possibilidade de repactuação dos preços contratuais para atualização desses valores e compatibilidade com os valores definidos nas CCT's posteriores. Transcreve precedente desta Corte favorável ao seu entendimento (AGTR 117.818) e, ao final, requer o provimento do recurso, com a reforma da sentença de modo que o pedido seja julgado procedente.

Contrarrrazões apresentadas.

É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

No caso em apreço, objetiva-se o reequilíbrio do contrato administrativo de prestação de serviços de vigilância, proteção e segurança ostensiva armada, firmado entre as partes, com fundamento em acréscimo salarial procedido por força de Convenção Coletiva de Trabalho 2011/2012, alterada com efeitos retroativos a 1º.09.2011, por meio de Termo Aditivo datado de 25.07.2012.

A equação econômico-financeira dos contratos (dentre os quais se inserem aqueles firmados pela Administração), é relação de adequação entre o objeto contratado e o preço estipulado no momento em que se firma a avença, com previsão constitucional (art. 37, inciso XXI, da CF). Esta é a regra e, por consequência, em havendo o desequilíbrio financeiro do contrato deve-se procurar formas de possível restabelecimento.

Dentre as possíveis formas de reajustamento do preço para fins de restabelecimento do equilíbrio contratual estão, a teoria da imprevisão, a revisão, o reajuste e a repactuação. Vejamos.

Em matéria de contrato, a imprevisão opõe-se ao princípio da força vinculante dos contratos (*pacta sunt servanda*) e deu origem à chamada teoria da imprevisão ou *rebus sic stantibus*.

A teoria da imprevisão tem aplicação quando a questão disser respeito a fatos novos, imprevisíveis e extraordinários, que causam desequilíbrio do contrato e refletem na economia e na sua execução, tornando exageradamente onerosa a prestação de uma das partes.

A revisão contratual, por sua vez, embora também tenha por objetivo a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da avença, deriva da ocorrência de um fato superveniente, suposto, imprevisível ou previsível, mas de consequências incalculáveis, ou ainda, nas hipóteses de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe.

No âmbito administrativo, a revisão encontra-se regulada no artigo 65, inciso II, alínea *d*, da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(*omissis*)

II - por acordo das partes:

(*omissis*)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobreviverem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94) (grifos nossos)

Insta frisar que a revisão difere do reajuste, este previsto no art. 55, III, da Lei 8.666/93, e que se caracteriza por ser uma forma preventiva, com vistas a preservar os contratos dos efeitos inflacionários.

A repactuação do contrato, por sua vez, como forma de reajustamento do preço dos contratos de prestação de serviços continuados, encontra-se prevista no art. 5º do Decreto nº 2.271/1997, nos seguintes termos:

Art . 5º Os contratos de que trata este Decreto, que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua poderão, **desde que** previsto no edital, admitir repactuação visando a adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e a demonstrarão analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.

De acordo com a legislação de regência, pode-se concluir que a repactuação destina-se à alteração do contrato de prestação de serviços continuado com o fim de adequá-lo aos preços de mercado, em decorrência de fatos ordinários supervenientes, sendo requisitos para a sua aplicação: a) previsão no edital; b) interregno mínimo de um ano; c) demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato.

Ademais, não se pode olvidar a Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (com a redação alterada pela Instrução Normativa nº 3, de 15 de outubro de 2009), que, ao regulamentar o Decreto, tratou em seu art. 37 da repactuação, nos seguintes termos:

Art. 37. A repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir, conforme estabelece o art. 5º do Decreto nº 2.271, de 1997.

§ 1º A repactuação para fazer face à elevação dos custos da contratação, respeitada a anualidade disposta no *caput*, e que vier a ocorrer durante a vigência do contrato, é direito do contratado, e não poderá alterar o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos, conforme estabelece o art. 37, inciso XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo assegurado ao prestador receber pagamento mantidas as condições efetivas da proposta.

§ 2º A repactuação poderá ser dividida em tantas parcelas quanto forem necessárias em respeito ao princípio da anualidade do reajuste dos preços da contratação, podendo ser realizada em momentos distintos para discutir a variação de custos que tenham sua anualidade resultante em datas diferenciadas, tais como os custos decorrentes da mão de obra e os custos decorrentes dos insumos necessários à execução do serviço.

§ 3º Quando a contratação envolver mais de uma categoria profissional, com datas-base diferenciadas, a repactuação deverá ser dividida em tantas quanto forem os acordos, dissídios ou convenções coletivas das categorias envolvidas na contratação.

§ 4º A repactuação para reajuste do contrato em razão de novo acordo, dissídio ou convenção coletiva deve repassar integralmente o aumento de custos da mão de obra decorrente desses instrumentos.

Nesta esteira, tem-se que o reajustamento do preço dos contratos, como forma de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, sob qualquer das modalidades legalmente previstas, somente se autoriza quando presentes os pressupostos fáticos previstos em lei.

Com efeito, o simples aumento do custo dos serviços (a exemplo dos salários decorrentes das Convenções Coletivas de Trabalho da Categoria; alíquotas do PIS, retenções de IR e CSSL; acréscimo pessoal; vale-transporte; vale-refeição; cesta básica, horas extras) não é suficiente para que se aplique a teoria da imprevisão, que necessita de fatos novos, imprevisíveis e extraordinários, nem mesmo a revisão dos encargos ou a resolução contratual, eis que a mudança deve ser significativa o bastante, de forma que, se tivesse sido prevista, impediria a formação do contrato nos termos em que celebrado. Note-se que as convenções coletivas de trabalho têm prazo certo ou mesmo data provável a se realizarem, sendo, portanto, do conhecimento da contratada, ora requerente, o possível reajuste do salário da categoria.

Neste sentido assim se houve a jurisprudência desta Corte:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO. CONVENÇÃO COLETIVA DO TRABALHO. TEORIA DA IMPREVISÃO. INAPLICABILIDADE.

1. Apelação de sentença que julgou improcedente ação ajuizada com o fim de repactuação de preço ajustado em termo aditivo de contrato assinado em 30 de junho de 2010, sob o argumento de que houve majoração da passagem de ônibus e Convenção Coletiva de Trabalho, que aumentou o custo na ordem de 7%, e, finalmente, ao novo regime tributário a que se sujeitou, sob o fundamento de que para a repactuação dos preços é necessário o transcurso de pelo menos um ano, nos termos do art. 5º do Decreto nº 2.271/97.

2. Observa-se dos autos que a apelante assinou termo aditivo em 30/06/2010, com vigência até 29/06/2011, havendo requerido repactuação/atualização de preços com o

fim de alegado equilíbrio econômico-financeiro em 26/07/2010, ou seja, menos de um mês após a assinatura do referido aditivo.

3. A repactuação contratual entre a administração e seus contratantes pode se dar nas hipóteses em que os fatores econômicos modifiquem as condições razoáveis de adimplemento do contrato em razão de situações imprevistas, consubstanciadas no caso fortuito e nas situações decorrentes da teoria do fato do príncipe, ou se prevista no edital a consideração da majoração dos custos contratuais que tenham caráter de prestação contínua.

4. A álea administrativa para a revisão contratual está adstrita a situações que modifiquem substancialmente os custos contratuais, não se destinando a pequenas flutuações de preços, que não só carecem do condão de inviabilizar o cumprimento do contrato, como também são notoriamente previsíveis. (AC 549.441, Des. Fed. Ivan Lira de Carvalho, *DJe* em 22/11/2012)

5. Consta, ainda, da letra e da Cláusula Terceira do Contrato nº 003/2009, que a cabe à contratada aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem necessárias até 25% do valor inicial atualizado do contrato (fl. 235).

6. Cabe à empresa tão somente a alocação de mão de obra, visto que recebido e aceito o profissional pelo contratante, dar-se-á início à contagem do tempo de disponibilidade para fins de faturamento, ou seja, os custos salariais advindos da contratação de empregados são absolvidos pela administração, em nada onerando a empresa.

7. Os aumentos de passagens, por outro lado, são previsíveis e ocorrem periodicamente, custo a mais que deveria ter sido levado em consideração na assinatura do termo aditivo, no qual a apelante demonstrou aquiescência com os termos contratuais, e, que, no tocante ao alegado novo regime tributário imposto à empresa, não houve qualquer demonstração de tal fato.

8. Improvimento da apelação.

(AC 00021017020124058000, Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, TRF5 - Quarta Turma, *DJe* - Data: 22/08/2013 - Página: 403.)

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE DIGITAÇÃO. CONVENÇÃO COLETIVA DE

TRABALHO. AUMENTO DO PISO SALARIAL DA CATEGORIA. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. FATO PREVISÍVEL. ART. 65, II, *D*, DA LEI Nº 8.666/93. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. REPACTUAÇÃO. DECRETO Nº 2.271/97. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO.

1. Apelação interposta em face de sentença proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 8ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, que julgou improcedente o pedido que objetivava o reajustamento de preços de contrato administrativo celebrado com o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA).

2. Dá-se lugar à aplicação da teoria da imprevisão, quando fatos novos, imprevisos ou imprevisíveis, ou ainda previsíveis, mas de consequências incalculáveis, estranhos à vontade das partes, causam desequilíbrio do contrato e refletem na economia e na execução do mesmo, importando sua alteração a fim de restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente.

3. As convenções coletivas de trabalho têm prazo certo ou mesmo data provável a se realizarem, sendo, portanto, do pleno conhecimento da requerente o possível reajuste da categoria profissional, a refletir no preço ofertado, de forma que caberia à empresa formular proposta, tendo em conta as circunstâncias previsíveis, não se podendo imputar à Administração o ônus de arcar com possíveis prejuízos causados pela omissão da própria contratada.

4. “É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que eventual aumento de salário proveniente de dissídio coletivo não autoriza a revisão do contrato administrativo para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, uma vez que não se trata de fato imprevisível – o que afasta, portanto, a incidência do art. 65, inc. II, *d*, da Lei nº 8.666/93” (STJ, AgRg no REsp 957.999/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 22/06/2010, *DJe* 05/08/2010).

5. No que se refere à repactuação, destina-se à alteração do contrato de prestação de serviços continuado com o fim de adequá-lo aos preços de mercado, em decorrência de fatos ordinários supervenientes, sendo requisitos para sua utilização os seguintes: (a) previsão no edital; (b) interregno mínimo de um ano; (c) demonstração analítica da

variação dos componentes dos custos do contrato; (d) ocorrência na vigência do contrato.

6. No caso dos autos, os requisitos não foram preenchidos, conforme bem ressaltado no parecer ofertado pelo Procurador Regional da República Wellington Cabral Saraiva, que destacou: “15. O pedido foi realizado administrativamente pela empresa em 12 de março de 2010, considerando o advento da convenção coletiva da categoria funcional no ano base 2009-2010, e é relativo ao contrato nº 7/2006. Consoante cópia do pedido administrativo, o reajuste do salário dos digitadores ocorreu em 1º de maio de 2009, e a partir dessa data se pediu a repactuação (fls. 113-122). 16. Firmou-se, em 24 de dezembro de 2009, o sétimo termo aditivo para prorrogação do contrato nº 7/2006, com vigência para o ano de 2010 (fls. 153-154). Apesar de registrada no Ministério do Trabalho e Emprego apenas em 11 de fevereiro de 2010, já vigia na data de prorrogação do contrato a convenção coletiva de trabalho que majorava a remuneração dos digitadores (de 1º de maio de 2009 a 30 de abril de 2010, fls. 65-84). 17. Dessa forma, relativamente ao período de prorrogação, a convenção coletiva de trabalho não é evento superveniente que fundamenta repactuação do contrato, pois a empresa já conhecia o custo para pagamento de seus trabalhadores e concordou em prorrogá-lo. Quanto ao período anterior, a repactuação não pode ser efetuada, porque não requerida na vigência do contrato, nos termos do art. 37, parágrafo 1º, da IN MPOG nº 2/2008 (*vide supra*). Ainda que fosse permitida a repactuação, não poderia abranger data anterior ao requerimento administrativo, ocorrido em 12 de março de 2010, pois não deve ter efeitos retroativos. 18. Deferir o pedido de repactuação, nesse caso, implicaria evidente prejuízo à administração, a qual teria deixado de analisar propostas melhores, que já previssem o impacto de possível acréscimo referente à majoração de salários. A empresa, por outro lado, concorreria em melhores condições, com valor inferior da proposta, mas já ciente de que poderia renegociar as condições sob a alegação de alta dos custos devido à convenção coletiva de trabalho. Impedir a repactuação, em casos como o dos autos, é também preservar a lisura do procedimento licitatório, a fim de evitar manobras que desvirtuem a competitividade. [...] Ademais, o pedido de repactuação ocorreu menos de três meses

depois da assinatura do termo aditivo, de modo que o prazo mínimo de um ano da contratação não foi observado para fins de utilização desse instituto [...]”.

7. Apelação improvida.

(AC 00012972220104058308, Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, TRF5 - Primeira Turma, *DJe* - Data: 28/09/2012 - Página: 125.)

No entanto, no que se refere à repactuação, deve-se observar se estão presentes ou não os requisitos para sua utilização, quais sejam: a) previsão no edital; b) interregno mínimo de um ano; c) demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato. Quanto a esse aspecto, transcrevo as razões de decidir da sentença recorrida:

[...] Diante do teor do referido acordo entre os sindicatos que representam as categorias profissionais envolvidas, impõe-se verificar se tal pacto daria ensejo à repactuação pretendida pela parte autora.

O contrato celebrado entre as partes disciplinou a repactuação, o que restou acordado expressamente na cláusula décima segunda. Assim, reza:

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA - Poderão ser admitidas repactuações deste contrato, como espécie de reajuste contratual em contratações com dedicação exclusiva de mão de obra, desde que observado o intervalo mínimo de 1 (um) ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir.

(...)

PARÁGRAFO QUARTO - A repactuação para reajuste do contrato em razão de novo acordo, dissídio ou convenção coletiva deve repassar integralmente o aumento de custos da mão de obra decorrentes desses instrumentos. (fl. 84)

Portanto, o referido contrato administrativo contém cláusula excepcional diante da expressa possibilidade de repactuação em razão de convenção coletiva de trabalho que determina novos parâmetros salariais.

Interessante destacar que o contrato administrativo revela comando que não espelha os julgados do Tribunal Regional

da 5ª Região, que sinalizam que descabe revisão contratual nestes casos. Isso, tendo em vista que estaria dentro da esfera de previsibilidade do contratado o ônus de se submeter a convenções coletivas de trabalho durante a execução de pacto com a Administração Pública. Assim, por se tratar de fato previsível, o contratado deveria incluir na proposta tal majoração salarial que, ordinariamente, ocorre anualmente.

Malgrado a benevolência da referida cláusula contratual, no caso em apreço, não restou atendido o prazo para a sua aplicação. É que no *caput* observa-se que se condicionou a repactuação à observância do interregno mínimo de 1 (um) ano entre as datas dos orçamentos aos quais a proposta se refere. Ora, o termo aditivo foi editado dentro desse lapso temporal, portanto não se perfez a condição para que possa produzir efeitos a mencionada regra. Observe-se que a convenção coletiva foi protocolada em 19/08/2011, ao passo em que o termo aditivo, em 25/07/2012.

Em conformidade com o Decreto nº 2.271/1997 e Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (com a redação alterada pela Instrução Normativa nº 3, de 15 de outubro de 2009), entendo que deve ser considerado como “datas dos orçamentos aos quais a proposta se refere”, para fins de primeira repactuação, a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta, contando-se, nas repactuações posteriores, o prazo de 1 (um) ano após a última repactuação.

No caso concreto, a primeira proposta da contratada decorreu da participação no Pregão Eletrônico de nº 63/2010 (fls. 213/268), com abertura da sessão pública em 26.05.2010 (fl. 232).

No entanto, do Edital, na parte relativa ao ENVIO DAS PROPOSTAS COMERCIAIS, item 7.2, consta textualmente que “A licitante deverá ainda informar sua proposta de preço global anual para a prestação dos serviços licitados (art. 21, *caput*, do Decreto 5.450/2005). Consta ainda do item 7.4.1, *verbis*:

no preço cotado estarão incluídas todas as despesas com a mão de obra (salário, auxílio-alimentação ou refeição, vales-transporte e quaisquer outras vantagens fixadas para cada categoria através de acordo, dissídio ou convenção

coletiva de trabalho, sentença normativa ou outra forma prevista em lei), transportes e fretes, combustível, lubrificantes, material de consumo [...]

Consta ainda, do mesmo Edital, na parte que cuida da remuneração e forma de pagamento dos salários, item 12.1:

A remuneração mínima dos empregados dos postos contratos previstos no item 3 destas especificações básicas, bem como qualquer outro benefício, devem estar em conformidade com a Convenção Coletiva de Trabalho 2009/2010, celebrada entre o SIN EMP EMPRE SV TRAB TRANVA SV EMPR PESS C FO ESP SV PE e o SIND. DAS EMPRESAS DE SEGURANÇA E VIGILÂNCIA DO ESTADO DE PERNAMBUCO, conforme registro no MTE Nº PE 000629/2009, de 28.8.2009, considerando, para tal o desempenho da função do ESCOLTEIRO.

Merece ainda destaque o teor do PARÁGRAFO QUINTO, II, e PARÁGRAFO SEXTO, da CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA DO CONTRATO (fl. 84), onde se lê:

PARÁGRAFO QUINTO - o interregno mínimo de 1 ano para a primeira repactuação será contado a partir: [...]

II - da data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, vigente à época da apresentação da proposta, quando a variação dos custos for decorrente de mão de obra e estiver vinculado às datas-bases destes instrumentos.

PARÁGRAFO SEXTO - Nas repactuações subsequentes à primeira, a anualidade será contada a partir da data do fato gerador que deu ensejo à última repactuação.

No caso, o contrato inicial foi assinado em 13.08.2010, com planilha de Composição de Custos constante da proposta da contratada em 26.05.2010.

Assim, para fins de primeira repactuação, consideram-se “datas dos orçamentos aos quais a proposta se refere” a repactuação assinada entre as partes em 19.04.2012, com base no reajuste do custo da mão de obra, com vigência a partir de 1º.07.2011. Logo, novo reajuste, com efeitos desde 1º.09.2011, não observará a regra da anualidade.

Assim, a despeito de entender pela possibilidade de repactuação dos preços contratuais para atualização desses valores e compatibilidade com os valores definidos nas CCT's posteriores, a repactuação exige a observância do interregno mínimo de 1 (um) ano entre as datas dos orçamentos aos quais se refere a proposta e o termo aditivo, sendo que este foi editado dentro desse lapso temporal, como bem observou o julgador sentenciante.

Das razões expostas, não há que se falar, como pretende a parte recorrente, que o interregno a que se refere a cláusula décima segunda do contrato firmado deve ser contado da data base (que, no caso, é 1º de julho – fl. 101), independente do interregno de um ano, acrescentando-se que esta possibilidade somente seria possível, a teor do § 3º da Instrução Normativa referida, se a contratação envolvesse mais de uma categoria profissional, com datas-base diferenciadas, o que não é o caso.

Deste modo, constatado, nos termos da sentença recorrida, que não está preenchido o requisito legal da anualidade, consoante a legislação de regência, mantenho a sentença de improcedência, em todos os seus termos.

Nestes termos, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.884-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO TEIXEIRA DE PAIVA (AUXILIAR)
Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, EDILSON PIRES DA SILVA E ROBERTO CARNEIRO DA SILVA (RÉU PRESO)
Apelados: OS MESMOS E MARIA PATRÍCIA RIBEIRO MATA
Advs./Procs.: DRS. JOÃO OLYMPIO VALENÇA DE MENDONÇA, ADMILTON FREITAS E JOÃO OLYMPIO VALENÇA DE MENDONÇA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECEPTAÇÃO QUALIFICADA. ATIVIDADE COMER-

CIAL. QUADRILHA. ESTABILIDADE E ÂNIMO ASSOCIATIVO. COMPATIBILIDADE COM O CRIME CONTINUADO. PECULATO. NÃO PARTICIPAÇÃO. DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RETRATAÇÃO.

- A história que se extrai dos autos reporta investigação policial deflagrada nos idos de 2005, com objetivo de apurar a notícia da existência de organização criminosa constituída com a finalidade de subtrair medicamentos de hospitais e materiais hospitalares do Sistema Único de Saúde. No curso das investigações, constatou-se a existência do esquema delituoso, cujo funcionamento consistiu na integração e participação de funcionários de hospitais públicos integrantes do SUS, na região metropolitana de Recife.

- Os servidores envolvidos (enfermeiros, auxiliares de enfermagem, servidores ou funcionários desses hospitais) agiam como captadores, consistindo suas condutas em subtrair os medicamentos de dependências dos referidos hospitais. A partir daí, eles repassavam a outras pessoas, os atravessadores, que, em seguida, vendiam para terceiros receptadores os medicamentos subtraídos, a custo muito inferior aos preços praticados no mercado. Na referida dinâmica criminosa, estes últimos (pessoas físicas, farmácias e hospitais da rede privada) comercializavam ilicitamente os medicamentos objeto do desvio aos consumidores finais, valendo-se para tanto de notas fiscais frias e embalagens confeccionadas como se fossem originais. A atuação da organização criminosa, de modo recorrente e em continuidade, causou vultosos prejuízos ao erário público, diretamente, bem como à rede pública de saúde e, sobretudo, à própria sociedade, com a indisponibilidade dos medicamentos desviados.

- No caso dos autos, relata a denúncia que os acusados, agindo em unidade de desígnios com outros acusados¹, de forma consciente e voluntária, agiam como atravessadores e revendedores dos produtos farmacêuticos no referido esquema criminoso. Os réus ROBERTO CARNEIRO DA SILVA e EDILSON PIRES DA SILVA foram condenados nas penas dos arts. 180, § 1º, c/c art. 71, e art. 288, todos do Código Penal, e absolvidos da acusação da prática do crime do art. 312, § 1º, do mesmo diploma legal, tendo sido MARIA PATRÍCIA RIBEIRO MATA absolvida da acusação dos crimes de receptação qualificada e formação de quadrilha.

- No que toca à condenação quanto à receptação qualificada, os diálogos interceptados deram conta de que o réu Edilson Pires da Silva, bem como o réu Roberto Carneiro da Silva, adquiriram medicamentos sabendo de sua origem criminosa, pelo que não há razão para reformar a sentença quanto à condenação pela receptação qualificada. Cumpre registrar que a interceptação telefônica e a apreensão dos medicamentos apontam que a aquisição dos medicamentos se dava em virtude de atividade comercial, o que dá azo à caracterização da receptação qualificada, nos moldes do art. 180, § 1º, do CP. Nesse sentido, pelo próprio teor das conversas telefônicas interceptadas (p. 162/163 e 174), bem como pela diversidade dos fármacos, cuja revenda era

¹ Segundo a denúncia: Marcelo Fernando da Silva, Maria Ivânia Barbosa, Ananias Ferreira da Costa, James Lucas Carlos Borba Chaves, Lúcio Pedro Alves da Silva, Roberto Felício Oliveira, Antônio Carlos Valença Ferreira Júnior, Édson Luiz de França, Edvan Carneiro da Cunha e Roberto Carneiro, entre outros, e revendendo para Francisco de Assis, Fábio Correia, Luciana Correia, Armando Chaves Filho, Flávio Marinho, Moacir Ribeiro Dias Júnior, Márcio Dias e Edmar Barbosa.

expressamente proibida, e do laudo de apreensão, tem-se que a aquisição não se deu de forma isolada, ou em razão de ocasião única, mas sim como resultado de atividade profissional, notadamente pela reiteração da conduta delituosa e pela própria organização da empreitada criminosa.

- Também não merece reforma a condenação pelo delito de quadrilha. Para a consumação do crime de quadrilha, exigível a vinculação subjetiva de mais de três agentes que se unem para o cometimento de delitos. No caso, a instrução probatória, especialmente a interceptação telefônica legalmente autorizada evidenciou o permanente contato dos réus Edilson Pires da Silva e Roberto Carneiro da Silva com outros comparsas, diálogos estes cujo teor apontou de forma cabal a existência de um verdadeiro esquema destinado ao cometimento de crimes.

- Diversamente do que pretende o recorrente Edilson Pires, não há qualquer incompatibilidade entre tal crime e a continuidade delitiva. O crime continuado constitui-se em um modo de execução do crime reconhecido pela lei e que tem o condão de ensejar uma aplicação mais branda da pena. Assim, a continuidade delitiva diz respeito ao modus operandi de um delito e não obsta a realização de outra autônoma conduta delituosa.

- Não há provas para se impor condenação à ré Maria Patrícia Ribeiro Mata. A esse respeito, os demais denunciados sequer citaram sua participação nos ilícitos, sem contar que os diálogos interceptados não foram suficientes para se chegar a uma conclusão da contribuição da ré no cometimento dos crimes. Com efeito, o mero fato de ser esposa do réu Edilson Pires da Silva e de ter ciência ou desconfiar da realização de atividade ilícita de seu cônjuge são insuficientes

para se admitir sua participação nos fatos. Quanto a esta, portanto, impõe-se a absolvição, nos termos da sentença.

- No que tange à acusação por crime de peculato, para o reconhecimento da participação respectiva, torna-se necessário que o agente tenha, de alguma forma, concorrido para a subtração ou desvio do bem cuja posse pertencia ao funcionário público em razão de seu cargo. Entretanto, se o agente, tão somente, recebe o bem sem que tenha contribuído para a consumação do peculato, não há motivo para lhe imputar a prática do aludido crime contra a administração pública.

- Quanto à pena base da receptação qualificada, foi esta fixada em 5 anos de reclusão para ambos os réus, sendo que as penas de tal delito, consoante art. 181, § 1º, do CP, são estipuladas entre 3 e 8 anos de reclusão. Assim, ainda que cinco das oito circunstâncias judiciais tenham sido valoradas negativamente, não me pareceu descabida a fixação da pena base em 5 anos de reclusão. Ademais, tem-se por errônea a valoração da personalidade, eis que não há nada nos autos que possa permitir uma conclusão firme a esse respeito, sem contar que se mostrou de todo descabida a menção da possibilidade de que os réus voltassem a delinquir como motivo que indicasse o caráter negativo de sua personalidade. Por certo, considerando que houve valoração negativa de quatro circunstâncias judiciais, não me pareceu desproporcional o quantum de pena então fixado.

- É cediço que a retratação em juízo da confissão prestada extrajudicialmente não impede que o juízo condenatório se fundamente em seu conteúdo, desde que não se configure como prova isolada da autoria. Entretanto, no caso, conside-

rando que a materialidade delitiva foi constatada independente da confissão do réu, tem-se que não subsiste razão para manutenção da circunstância atenuante.

- Apelo dos réus não providos.

- Apelo MPF provido, em parte, para afastar a circunstância atenuante da confissão espontânea quanto ao réu Edilson Pires da Silva.

ACÓRDÃO

Decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações dos réus e dar parcial provimento à apelação do MPF, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 3 de dezembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO TEIXEIRA DE PAIVA
- Relator Auxiliar

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO TEIXEIRA DE PAIVA (Auxiliar):

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, ROBERTO CARNEIRO DA SILVA e EDILSON PIRES DA SILVA interpuseram apelação contra sentença (fls. 152/80), que condenou os réus-apelantes nas penas dos arts. 180, § 1º, c/c art. 71, e art. 288, todos do Código Penal, absolvendo-os, nos termos do art. 386, VII, do CPP, da acusação relativa ao crime de peculato, e igualmente absolvendo a apelada MARIA PATRÍCIA RIBEIRO MATA da acusação da prática do crime de receptação qualificada. Os réus-apelantes foram condenados (o primeiro) a 10 anos e 4 meses de reclusão e (o segundo) a 8 anos, 11 meses e 10 dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, e também, respectivamente, ao pagamento de 400 dias-multa e de 280 dias-multa, cada um no valor de um décimo do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

O *Parquet* Federal requereu (a) o aumento das penas-base impostas aos corréus Roberto Carneiro da Silva e Edilson Pires da Silva, pela prática de receptação qualificada; (b) a exclusão da circunstância atenuante de confissão aplicada a Edilson Pires da Silva; (c) o aumento da pena de multa aplicada a este réu; (d) a condenação dos referidos corréus pela prática do crime de peculato (art. 312, § 1º, c/c arts. 29 e 30 do CP), por existir lastro probatório de que eles não apenas compravam o objeto de desvio (fármacos) em relação a todos os seus fornecedores, mas, em alguns casos, influenciavam e incitavam os servidores públicos (técnicos e auxiliares de enfermagem) a subtraírem os medicamentos dos hospitais; e (e) a condenação de Maria Patrícia Ribeiro Malta, pela prática dos crimes de receptação e formação de quadrilha, com base na prova dos autos, sobretudo, a testemunhal.

O réu Roberto Carneiro da Silva requereu a reforma parcial da sentença, (a) pela manutenção da absolvição quanto ao crime de peculato; (b) pela absolvição da prática do crime de formação de quadrilha, por não restar efetivamente caracterizada a acusação desse crime, à falta de ânimo associativo prévio, sendo a sua conduta, comprovadamente, de mero partícipe; e (c) pela desclassificação do crime de receptação qualificada para a modalidade simples (art. 180, *caput*, do CP), por falta de prova contundente do comércio de objeto de origem pública.

O réu Edilson Pires da Silva requereu o provimento do apelo, para excluir a condenação imposta pela prática do crime de formação de quadrilha, por incompatibilidade havida entre este e a figura do crime continuado (fl. 266).

Contrarrrazões dos corréus apresentadas às fls. 220/25, 226/32 e 234/40, e do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, às fls. 241/45v e 269/74.

Em parecer (fl. 277), a Procuradoria Regional da República da 5ª Região opinou pelo provimento do recurso interposto pelo MPF e não provimento das apelações dos corréus.

É o relatório.

Ao eminente revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO TEIXEIRA DE PAIVA (Relator Auxiliar):

Os fatos noticiados dão conta da investigação da Polícia Federal, denominada “OPERAÇÃO DESVIO”, deflagrada, nos idos de 2005, com objetivo de apurar a notícia da existência de organização criminosa constituída com a finalidade de subtrair medicamentos de hospitais e materiais hospitalares do Sistema Único de Saúde. No curso das investigações, constatou-se a existência do esquema delituoso, cujo funcionamento consistiu na integração e participação de funcionários de hospitais públicos integrantes do SUS, na região metropolitana de Recife².

Os servidores envolvidos (enfermeiros, auxiliares de enfermagem, servidores ou funcionários desses hospitais) agiam como **captadores**, consistindo suas condutas em subtrair os medicamentos de dependências dos referidos hospitais. A partir daí, eles repassavam a outras pessoas, os **atravessadores**, que, em seguida, vendiam para terceiros **receptadores** os medicamentos subtraídos, a custo muito inferior aos preços praticados no mercado. Na referida dinâmica criminosa, estes últimos (pessoas físicas, farmácias e hospitais da rede privada) comercializavam ilicitamente os medicamentos objeto do desvio aos consumidores finais, valendo-se para tanto de notas fiscais frias e embalagens confeccionadas como se fossem originais.

No caso dos autos, relata a denúncia que os acusados, agindo em unidade de desígnios com outros acusados³, de forma cons-

² Dentre os quais se identificaram o Hospital Agamenon Magalhães, o Hospital da Restauração, o Hospital Otávio de Freitas, o Hospital Oswaldo Cruz, o Hospital Getúlio Vargas e o Hospital Miguel Arraes.

³ Segundo a denúncia: Marcelo Fernando da Silva, Maria Ivânia Barbosa, Ananias Ferreira da Costa, James Lucas Carlos Borba Chaves, Lúcio Pedro Alves da Silva, Roberto Felício Oliveira, Antônio Carlos Valença Ferreira Júnior, Édson Luiz de França, Edvan Carneiro da Cunha e Roberto Carneiro, entre outros, e revendendo para Francisco de Assis, Fábio Correia, Luciana Correia, Armando Chaves Filho, Flávio Marinho, Moacir Ribeiro Dias Júnior, Márcio Dias e Edmar Barbosa.

ciente e voluntária, agiam como atravessadores e revendedores dos produtos farmacêuticos no referido esquema criminoso. Os réus ROBERTO CARNEIRO DA SILVA e EDILSON PIRES DA SILVA foram condenados nas penas dos arts. 180, § 1º, c/c art. 71, e art. 288, todos do Código Penal, e absolvidos da acusação da prática do crime do art. 312, § 1º, do mesmo diploma legal, tendo sido MARIA PATRÍCIA RIBEIRO MATA absolvida da acusação dos crimes de receptação qualificada e formação de quadrilha.

As apelações dos réus não merecem provimento.

No que toca à condenação quanto à receptação qualificada, os diálogos interceptados deram conta de que o réu Edilson Pires da Silva, bem como o réu Roberto Carneiro da Silva adquiriram medicamentos sabendo de sua origem criminosa, pelo que não há razão para reformar a sentença quanto à condenação pela receptação qualificada.

Cumprir registrar que a interceptação telefônica e a apreensão dos medicamentos apontam que a aquisição dos medicamentos se dava em virtude de atividade comercial, o que dá azo à caracterização da receptação qualificada, nos moldes do art. 180, § 1º, do CP. Nesse sentido, pelo próprio teor das conversas telefônicas interceptadas (pp. 162/163 e 174), bem como pela diversidade dos fármacos, cuja revenda era expressamente proibida, e do laudo de apreensão, tem-se que a aquisição não se deu de forma isolada, ou em razão de ocasião única, mas sim como resultado de atividade profissional, notadamente pela reiteração da conduta delituosa e pela própria organização da empreitada criminosa⁴.

Segundo consta da Denúncia e restou provado sob o crivo do contraditório, **Edilson Pires da Silva** atuou como atravessador

⁴ Nesse ponto, o juiz sentenciante assim assevera: “Sendo assim, no que toca à materialidade e autoria dos crimes de receptação qualificada, entendendo-a perfeitamente caracterizada através das declarações prestadas pelo denunciado (fls. 2982/2988 do vol. 12 do IPL nº 992/2006); pelo auto de apreensão dos medicamentos de fls. 1949/1952 do vol. 8 do IPL nº 992/2006; além do laudo nos medicamentos apreendidos (fls. 3620/3629 do v. 15 do IPL), pelas declarações prestadas por integrantes confessos do esquema criminoso e demais documentos que instruíram a denúncia e este feito”.

no esquema ilícito, desde 2005; ele adquiria medicamentos desviados de hospitais públicos dos captadores ou atravessadores Marcelo Fernando da Silva, Maria Ivânia Barbosa, Ananias Ferreira da Costa, James Lucas Carlos Borba Chaves, Lúcio Pedro Alves da Silva, Roberto Felício Oliveira, Antônio Carlos Valença Ferreira Júnior, Édson Luiz de França, Edvan Carneiro da Cunha e Roberto Carneiro, entre outros, e revendendo para Francisco de Assis, Fábio Correia, Luciana Correia, Armando Chaves Filho, Flávio Marinho, Moacir Ribeiro Dias Júnior, Márcio Dias e Edmar Barbosa. Consta, ademais, que este réu, tendo por finalidade ocultar a origem dos medicamentos e facilitar a comercialização dos mesmos, agindo em conluio com Fábio de Melo Correia – réu na Ação Penal 0008023-36.2010.4.05.8300 (ACR 7.919) –, suprimia os carimbos indicativos da proveniência pública dos fármacos, alterando as embalagens com a solução de água sanitária e éter, além de eventuais rasagens.

O réu **Roberto Carneiro da Silva** adquiriu e revendeu os medicamentos objeto do desvio dos hospitais públicos, que sabia serem provenientes de peculato, pois, inclusive, instigava funcionários públicos ao cometimento do crime. A respeito, ainda, tem-se o fato de haver sido este réu preso em flagrante, no dia 2/12/2009, quando recebia da auxiliar de enfermagem Valdilene Guimarães Santiago Leão, ré na Ação Penal 0009018-49.2010.4.05.8300 (ACR 9.169), medicamentos subtraídos do Hospital Agamenon Magalhães.

Assim, no que toca à condenação quanto à receptação qualificada, os diálogos interceptados deram conta de que o réu Edilson Pires da Silva, bem como o réu Roberto Carneiro da Silva, adquiriram medicamentos sabendo de sua origem criminosa⁵, pelo que não há razão para reformar a sentença quanto à condenação pela receptação qualificada.

⁵ Nesse aspecto, *vide* a seguinte conclusão sentencial, a qual encampo como razão de decidir: “O laudo pericial nos medicamentos apreendidos concluiu pela origem pública dos fármacos, havendo, quanto ao medicamento Surgicel, carimbo no verso contendo a seguinte inscrição “Material de uso exclusivo do Hospital Getúlio Vargas - Proibido comercialização”, e quanto ao medicamento Clexane as inscrições “HR” e “HGV” (fls. 1942/1952 do vol. 8 e

A esse respeito, insta ressaltar que a presente ação envolve apenas os recorrentes e a ré Maria Patrícia Ribeiro Malta, não obstante, em outros feitos, tenham sido denunciados e condenados diversos outros agentes por fatos similares aos aqui investigados e que apontam a existência de verdadeira organização criminosa.

Nesse ponto, não merece reforma a condenação pelo delito de quadrilha. Para a consumação do crime de quadrilha, exigível a vinculação subjetiva de mais de três agentes que se unem para o cometimento de delitos. No caso, a instrução probatória, especialmente a interceptação telefônica legalmente autorizada evidenciou o permanente contato dos réus Edilson Pires da Silva e Roberto Carneiro da Silva com outros comparsas, diálogos estes cujo teor apontou de forma cabal a existência de um verdadeiro esquema destinado ao cometimento de crimes.

Ainda sobre o delito de quadrilha, diversamente do que pretende o recorrente Edilson Pires, não há qualquer incompatibilidade entre tal crime e a continuidade delitiva. O crime continuado constitui-se em um modo de execução do crime reconhecido pela lei e que tem o condão de ensejar uma aplicação mais branda da pena. Assim, a continuidade delitiva diz respeito ao *modus operandi* de um delito e não obsta a realização de outra autônoma conduta delituosa.

Assim, no caso, o fato de ter havido continuidade delitiva quanto à receptação qualificada não guarda qualquer dissonância em relação à formação de quadrilha, máxime quando são distintos os bens jurídicos tutelados pelas normas penais violadas.

fls. 3620/3629 do v. 15, ambos do IPL). Patente, pois, a ciência do denunciado quanto à origem pública do medicamento. O fato de terem sido encontrados na residência do denunciado medicamentos com prazo de validade vencido não afasta o ilícito de receptação qualificada por ele perpetrado ao adquirir tais fármacos. As inscrições "Material de uso exclusivo do Hospital Getúlio Vargas - Proibido comercialização", "HR" e "HGV" também demonstram a prática do ilícito de peculato ou de furto anterior, deixando evidente a ciência do agente quanto à origem criminosa do medicamento. Patente, pois, a ciência do denunciado quanto à origem pública do medicamento, a afastar a tese de receptação culposa".

Rejeitadas as alegações dos réus recorrentes, passo ao exame da apelação do MPF.

Não há provas para se impor condenação à ré Maria Patrícia Ribeiro Mata. A esse respeito, os demais denunciados sequer citaram sua participação nos ilícitos, sem contar que os diálogos interceptados não foram suficientes para se chegar a uma conclusão da contribuição da ré no cometimento dos crimes. Com efeito, o mero fato de ser esposa do réu Edilson Pires da Silva e de ter ciência ou desconfiar da realização de atividade ilícita de seu cônjuge são insuficientes para se admitir sua participação nos fatos.

Também não merece subsistir a alegação de que houve também a prática de peculato pelos denunciados. Para o reconhecimento da participação no peculato, torna-se necessário que o agente tenha, de alguma forma, concorrido para a subtração ou desvio do bem cuja posse pertencia ao funcionário público em razão de seu cargo.

Entretanto, se o agente, tão somente, recebe o bem sem que tenha contribuído para a consumação do peculato, não há motivo para lhe imputar a prática do aludido crime contra a administração pública. É o caso dos autos, eis que os réus não concorreram para o peculato, notadamente por sua conduta cingir-se à aquisição dos medicamentos, tendo ciência da origem criminosa, sem ter havido qualquer interferência sobre a infração penal anterior.

No que toca à dosimetria, entretantes, penso que merece correção a sentença. Ainda que tenha havido proporcionalidade na fixação da pena-base e da pena de multa, deve ser afastada a circunstância atenuante da confissão quanto ao réu Edilson Pires.

Quanto à pena-base da receptação qualificada, foi esta fixada em 5 anos de reclusão para ambos os réus, sendo que as penas de tal delito, consoante art. 181, § 1º, do CP, são estipuladas entre 3 e 8 anos de reclusão. Assim, ainda que seis das oito circunstâncias judiciais tenham sido valoradas negativamente⁶, não me pa-

⁶ Eis a conclusão da sentença: “(a) Culpabilidade: como circunstância judicial, a culpabilidade deve ser analisada em sentido lato, entendida como a reprovação social que o crime e o autor merecem. Nesta fase, cabe ao juiz

receu descabida a fixação da pena-base em 5 anos de reclusão. **Ademais, tem-se por errônea a valoração da personalidade, eis que não há nada nos autos que possa permitir uma conclusão firme a esse respeito, sem contar que se mostrou de todo descabida a menção da possibilidade de que os réus voltassem a delinquir como motivo que indicasse o caráter negativo de sua personalidade.**

Por certo, considerando que houve valoração negativa de quatro circunstâncias judiciais, não me pareceu desproporcional o *quantum* de pena então fixado.

Assim, penso não haver razões para se agravar a pena-base, cujo montante reputo por adequado, embora tenha havido erro na valoração da conduta social e da personalidade do agente.

Da mesma forma, a pena de multa fixada não se mostrou desproporcional às penas aplicadas e às condições financeiras dos réus, pelo que também não merece reparos tal ponto.

avaliar não mais a presença dos pressupostos acima declinados, sem os quais não há crime, mas o grau de censura social que incide sobre o agente e sobre o fato cometido. No caso dos autos, os acusados, agindo em unidade de desígnios com atravessadores de medicamentos desviados de hospitais públicos e revendedores de tais produtos, de forma consciente, voluntária e permanente, também agiam como atravessadores do referido esquema criminoso, causando prejuízo financeiro ao Sistema Único de Saúde e, ainda, à saúde dos pacientes, que deixavam de receber os medicamentos. Sobre suas condutas, pois, incide reprovação social de grau intenso. (b) Antecedentes, conduta social e personalidade: os réus não possuem antecedentes criminais. Dos autos também não consta qualquer indicação de que os réus possuam conduta social desregrada. Quanto à personalidade, entendida esta como as qualidades morais dos réus, o antagonismo com a ordem social e a possibilidade de voltar a delinquir, observo que os réus possuem predisposição para a prática de infrações de natureza semelhante. (c) Motivos, circunstâncias e consequências do crime: a motivação do crime foi o intento de lucro fácil em detrimento da saúde da população. A montagem de esquemas com vigias de hospitais e enfermeiros, em detrimento da saúde dos pacientes, são as circunstâncias aviltantes em que o delito foi possibilitado. O atendimento precário à população num momento de fragilidade física ou psíquica são as consequências graves de ilícitos dessa natureza. (d) Comportamento da vítima: pela própria qualidade da vítima, não há que se aludir a qualquer circunstância a ela atribuída que pudesse ter concorrido para a prática do crime em apreço.

Todavia, como dito alhures, deve ser afastada a circunstância atenuante da confissão espontânea em favor de Edilson Pires, **então reconhecida no tocante ao delito de receptação qualificada.**

Não obstante o réu, em sede de inquérito, tenha confessado a prática dos crimes, na audiência de instrução e julgamento, seu depoimento foi categórico em não reconhecer as acusações que lhe foram imputadas, tendo, inclusive, destacado que na oitiva policial, assinou documentos sem sequer saber o conteúdo e confessou sob pressão.

É cediço que a retratação em juízo da confissão prestada extrajudicialmente não impede que o juízo condenatório se fundamente em seu conteúdo, desde que não se configure como prova isolada da autoria. Entretanto, no caso, considerando que a materialidade delitiva foi constatada independente da confissão do réu, e dada a retratação em Juízo, tem-se que não subsiste razão para manutenção da circunstância atenuante.

Nesse sentido, trago o seguinte precedente:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. CONEXÃO. ABSOLVIÇÃO PELO CRIME QUE ATRAIU A COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL. IRRELEVÂNCIA. ART. 81 DO CPP (*PERPETUATIO JURISDICTIONIS*). AUSÊNCIA DE INCOMPETÊNCIA POR PREVENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 154 DO CP. *MUTATIO LIBELLI*. OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO *ULTRA PETITA*. REDUÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. REVISÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MAJORAÇÃO DA PENA. REINCIDÊNCIA. REGIME DE CUMPRIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE ESTABELEECER REGIME INICIAL SEMIABERTO.

1. Correta a fixação da competência para Quarta Turma dessa Corte, nos termos do art. 62, parágrafo 5º, do RITRF e das informações prestadas pelo setor de Distribuição.

2. Estabelecida a competência da Justiça Federal em face da conexão entre crimes da competência estadual e federal, encerrada a instrução criminal, a absolvição ou a desclassificação quanto ao delito que atraiu a competência

para a Justiça Federal não retira a sua competência para apreciar as demais imputações. Art. 81 do CPP.

3. Ademais disso, quando estabelecida a competência da Justiça Federal, em face da conexão entre crimes da competência estadual e federal, após o encerramento da instrução criminal, a absolvição ou a desclassificação quanto ao delito que atraiu a competência para a Justiça Federal não retira a sua competência para apreciar as demais imputações. Art. 81 do CPP.

4. Impossibilidade de aplicação da Lei nº 12.737, a qual acrescentou o art. 154-A ao CP, haja vista que a conduta atribuída ao réu não constitui delito informático, mas sim crime patrimonial, bem como a supracitada norma ainda se encontra em *vacatio legis*.

5. A imputação de fatos novos não contidos explícita ou implicitamente na denúncia (*mutatio libelli*) que possa agravar a pena exige aditamento da denúncia pelo Ministério Público, nos termos do artigo 384, parágrafo único, do CPP, anteriormente à redação dada pela Lei nº 11.719/2008. Não tendo sido postulada a anulação da sentença pela defesa, a condenação deve ser reduzida aos limites dos fatos imputados na denúncia, sob pena de *reformatio in pejus* e malferimento aos princípios da economia e celeridade processuais, sem prejuízo de que seja oferecida nova acusação.

6. Hipótese em que as alegações da defesa não foram suficientes para refutar o robusto acervo probatório produzido com a prisão em flagrante, depoimento de testemunhas, e perícias realizadas no aparato computacional apreendido com o acusado, utilizado na captura de dados bancários dos clientes constantes em cartões magnéticos e confecção de outros cartões, nos quais eram inseridos os dados obtidos ilicitamente, dispositivo conhecido como “chupa-cabras”. Cometimento de furto qualificado, em continuidade delitiva, com a subtração reiterada de numerário em contas bancárias por meio de cartões magnéticos fraudados (cartões clonados).

7. Confissão espontânea não caracterizada. Em qualquer caso, a retratação em juízo da confissão na esfera policial faz desaparecer essa causa de atenuação, sobretudo quando se considera que a condenação do apelante não dependia nem foi embasada exclusivamente nela, valendo-

-se de vários outros elementos de convencimento colhidos ao longo na instrução.

8. Revisão da dosimetria da pena que resulta na majoração para 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, aplicando-se regime inicial fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade, pela reincidência (réu condenado em sentença transitada em julgado pelo crime de homicídio).

9. Apelações do réu e do Ministério Público Federal parcialmente providas.

(ACR 200783080010654, Desembargador Federal Edilson Nobre, TRF5 - Quarta Turma, DJe - Data: 01/04/2013 - Página: 214.)

Assim, considerando o afastamento da circunstância atenuante da confissão espontânea, fixo a pena definitiva do delito de receptação qualificada em 5 anos de reclusão.

Isto posto, nego provimento ao apelo dos réus e dou parcial provimento ao apelo do MPF para afastar a circunstância atenuante da confissão espontânea quanto ao réu Edilson Pires, **no tocante ao delito de receptação qualificada, pelo que fixo sua pena definitiva em 5 anos de reclusão.**

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 9.878-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA

Apelante: ROBERTO FERNANDO DE AMORIM JÚNIOR

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Advs./Procs.: DRS. TEREZAMELIA COSTA MEDEIROS DE OLIVEIRA E OUTRO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (CP, ART. 337-A). CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. (DILIGÊNCIAS REQUERIDAS EXTEMPORANEAMENTE). AUTORIA E MATERIALIDADE COM-

PROVADAS. DOLO ESPECÍFICO. NÃO EXIGÊNCIA (PRECEDENTES DO STJ). CRIME CONTINUADO. TEMPO DO CRIME PROTRAI-SE PELO PERÍODO DA PERMANÊNCIA. MAIORIDADE ATINGIDA À ÉPOCA DA ÚLTIMA PRESTAÇÃO SONEGADA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA BENESSE PRECONIZADA NO ARTIGO 115 DO CP (REDUÇÃO DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS À METADE) E DA ATENUANTE DA MENORIDADE. PRECÁRIA CONDIÇÃO FINANCEIRA DA EMPRESA. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUITA DIVERSA. NÃO COMPROVAÇÃO. INAPLICABILIDADE DA EXCLUDENTE AO DELITO DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (PRECEDENTE DO STF). DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. VALORAÇÃO. REDUÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. ALTERAÇÃO PARA MENOS GRAVOSO (ABERTO). POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE RECLUSÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE.

- Instrução criminal que positivou a participação do acusado nos fatos narrados na denúncia, mormente no que se refere ao fato de ter deixado de informar na Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP os dados cadastrais, bem como fatos geradores de contribuições previdenciárias decorrentes de remunerações pagas, devidas e creditadas a seus segurados empregados, relativamente ao período de setembro de 2004 a dezembro de 2008.

- No crime de sonegação de contribuição previdenciária, os comportamentos incriminados são suprimir (omitir, passar em silêncio) ou reduzir (tornar menor, restringir) tributo.

- Em virtude da omissão de informações, foram gerados os autos de infração relativos à contribuição previdenciária devida (fls. 110/120 – do IPL – apenso I).

- Acusado, sócio administrador da empresa Multifardas Indústria e Comércio de Confecções Ltda., à época dos fatos (fls. 25/28). Documento de fls. 182/185 (Apenso I – do IPL) que comprova que figurava como único administrador da empresa, em virtude da sua assinatura no Termo de Alteração Contratual nº 03 da Sociedade Dois Irmãos Indústria e Comércio de Confecções Ltda. ME. Presença de que possuía o domínio de fato e agia por intermédio da referida pessoa jurídica.

- Afasta-se o argumento de que as omissões das GFIP's ocorriam por culpa do contador da empresa, quando os autos comprovam que o acusado era o único responsável pela administração burocrática e financeira da citada empresa, ou seja, detinha o domínio da conduta (domínio da ação final).

- O Supremo Tribunal Federal entendeu que “tal como ocorre quanto ao delito de apropriação indébita previdenciária, basta que seja demonstrado o dolo genérico, consistente na intenção de concretizar a evasão tributária, para tipificar a conduta delituosa no art. 337-A do Código Penal, sendo irrelevante a demonstração do animus específico de fraudar a Previdência Social”. (STF, AP 516, Relator(a): MINISTRO AYRES BRITTO, TRIBUNAL PLENO, DJe: 03/12/2010; republicação: DJe: 19/09/2011, pub: 20/09/2011).

- Não deve o réu ser beneficiado com a benesse da redução prevista no artigo 115 do Código Penal, tampouco da atenuante da pena prevista no artigo 65, I, do Código Penal (menoridade). Fatos delitivos perpetrados durante o período de setembro de 2004 a dezembro de 2008, quando,

neste último período já contava com mais de vinte e um anos de idade. Nos crimes permanentes, cuja consumação se protraí no tempo enquanto perdura a ofensa ao bem jurídico, o tempo do crime se dilatará pelo período de permanência.

- Não procede o pleito de ocorrência de cerceamento de defesa, pelo fato de não ter sido deferido pedido de expedição de ofícios aos bancos onde o acusado possuía contas-correntes, porquanto, além de não ter havido inércia do judiciário ou mesmo desídia a ensejar cerceamento (prejuízo) à defesa do apelante, o pedido de diligências foi extemporâneo. Na nova sistemática do código de processo penal, o momento oportuno para se requerer diligências ou mesmo arrolar testemunhas, não é mais o final da instrução, como antes previsto (anterior e revogado artigo 499 do CPP), mas no momento da resposta preliminar, atual artigo 396-A do CPP. Inocorrência de cerceamento de defesa.

- Fragilidade na tese de ocorrência de ruína financeira da empresa em virtude do advento da Lei eleitoral que proibiu venda de brindes eleitorais, tais como bonés e camisetas (área de atuação da empresa do acusado), para fins de propaganda eleitoral.

- Os fatos foram perpetrados entre setembro de 2004 a dezembro de 2008, época, inclusive, em que havia grandes estímulos no ramo empresarial do acusado, em virtude do fervor das eleições municipais do ano de 2004. Ademais, a proibição para a confecção de bonés e camisetas para fins de propaganda eleitoral somente veio a ocorrer, na verdade, no ano de 2006 com a edição da Resolução nº 22.205/2006 do Tribunal Superior Eleitoral (sic da sentença recorrida – fl. 225).

- Sopesa, ainda, o fato de que se a empresa administrada pelo réu dependia quase que exclusivamente da comercialização de material para propaganda eleitoral, uma vez que proibida, no ano de 2006, a confecção destes produtos, não se mostraria razoável a continuidade da atividade empresarial por mais 2 anos, vez que perdurou até 2008.

- Consoante o Supremo Tribunal Federal “Não é possível a aplicação da referida excludente de culpabilidade ao delito do art. 337-A do Código Penal, porque a supressão ou redução da contribuição social e quaisquer acessórios são implementadas por meio de condutas fraudulentas – incompatíveis com a boa-fé – instrumentais à evasão, descritas nos incisos do caput da norma incriminadora”. (STF, AP 516, Relator(a): MINISTRO AYRES BRITTO, TRIBUNAL PLENO, DJe: 03/12/2010; republicação: DJe: 19/09/2011, pub: 20/09/2011).

- Na mesma esteira, o eg. TRF-3ª Região entende ser “inaplicável a figura da inexigibilidade de conduta diversa ao delito do art. 337-A do CP, porquanto o tipo penal demanda a execução de condutas fraudulentas, violadoras da boa-fé subjetiva”. (TRF-3ª REGIÃO, ACR 402.407, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, SEGUNDA TURMA, 28/05/2013)

- Autoria e materialidade comprovadas.

- Revisão da dosimetria da pena em virtude da valoração de algumas das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal.

- Sentença que valorizou com acerto no que tange ao reconhecimento do lucro fácil e prejuízo sofrido pela entidade pública como elementares do próprio tipo penal, não se prestando para valorar negativamente (os motivos e as consequências do crime).

- Por afronta ao princípio constitucional da presunção da não culpabilidade, afasta-se da sentença a valoração negativa acerca da culpabilidade, ao argumento de ter sido mais grave do que a inerente ao tipo penal ao fundamento de que o acusado se evadiu do seu domicílio fiscal, realizando dissolução irregular da empresa. A Jurisprudência sinaliza que a gravidade abstrata do crime não seria argumento idôneo a justificar a exasperação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, com base na valoração negativa da culpabilidade. (STJ, REsp Nº 1.255.559/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 25/06/2013)

- Redimensionamento das penas com suas respectivas reduções. Ante a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, deve a pena-base ser fixada no seu mínimo legal (2 anos de reclusão).

- Mantém-se a majoração da pena pela causa especial de aumento em face da continuidade delitiva (CP, art. 71) na mesma fração estabelecida na sentença (de metade da pena), uma vez que o delito (omissão de informação nas GFIP'S) foi perpetrado por 52 (cinquenta e duas vezes) no período de setembro de 2004 a dezembro de 2008, estando a sentença recorrida em harmonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que entende que a fração de aumento em razão da continuidade delitiva se deve em razão do número de infrações cometidas. (STJ, AgRg no REsp nº 1.217.274/RS, relatora a Ministra LAURITA VAZ, DJe 13/03/2013)

- Em face do quantum da pena, ora revista, 3 (três) anos de reclusão, com espeque ao disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal, e considerando a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (CP, art. 59), altera-se para o regime aberto

(CP, art. 33, § 2º, c), menos gravoso daquele fixado na sentença, como sendo o inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.

- Tendo em vista o redimensionamento do quantum da pena privativa de liberdade e ainda que fundado nos mesmos critérios, levando em conta as circunstâncias judiciais, reduz-se a pena de multa para o mínimo legal (10 dias-multa) à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

- Considerando o quantum da pena, ora reduzido, e não tendo sido o crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, e atendendo os requisitos objetivos e subjetivos elencados no artigo 44 do Código Penal, concede-se ao réu a substituição da pena por duas restritivas de direitos (CP, art. 44, § 2º), a serem definidas pelo juízo das execuções penais, que deverá dirimir as condições de seu cumprimento pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade.

- Apelação do réu parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 12 de novembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de apelação criminal interposta pela defesa do acusado ROBERTO FERNANDO DE AMORIM JÚNIOR (fls. 235/251)

contra sentença proferida pelo Juízo Federal da 10ª Vara/RN (Mos-soró), que julgou procedente a denúncia e o condenou pela prática de crime previsto no artigo 337-A c/c 71 do Código Penal (sonega-ção de contribuição previdenciária) à pena final de 4 anos e 6 me-ses de reclusão, em regime semiaberto, e 126 dias-multa.

Não houve condenação do réu à reparação de prejuízos, ten-do em vista a ocorrência de lançamento dos créditos tributários referentes às contribuições previdenciárias sonegadas.

Foi facultado ao réu o direito de apelar em liberdade.

Narra a denúncia que o acusado, na condição de administra-dor da empresa Multifardas Indústria e Comércio de Confecções Ltda., deixou de informar na Guia de Recolhimento do FGTS e In-formações à Previdência Social (GFIP) os dados cadastrais, bem como os fatos geradores de contribuições previdenciárias decor-rentes de remunerações pagas, devidas ou creditadas a seus se-gurados empregados, relativamente ao período compreendido en-tre setembro de 2004 a dezembro de 2008, compreendendo 50 (cinquenta) competências (mensais), no valor originário de R\$ 45.109,24 (quarenta e cinco mil e cento e nove reais e vinte e qua-tro centavos).

O Ministério Público Federal imputou ao acusado a prática de crime previsto no artigo 337-A c/c 71 do Código Penal.

Para fins de reforma da sentença condenatória, a defesa pug-na pela absolvição, aos seguintes argumentos: (i) ausência de dolo; (ii) que era menor de idade à época dos fatos, o que ensejaria a benesse de redução dos prazos prescricionais e da atenuante da menor idade; (iii) cerceamento de defesa, em virtude de indeferi-mento de diligências (expedição de ofícios aos bancos em que o réu teve contas correntes); (iv) inexigibilidade de conduta diversa (ruína da empresa).

Alternativamente, aduz ter havido excesso na dosimetria, que entende merecer reforma, sobretudo no *quantum* da pena-base e do patamar fixado da causa especial de aumento pela continua-da delitiva.

Contrarrazões pela acusação (fls. 256/266).

No parecer de fls. 272/280, o Exmo. Sr. Procurador Regional da República, Dr. João Bosco Araújo Fontes Júnior, opinou pelo não provimento do recurso de apelação interposto pelo réu.

É o que havia de relevante para relatar.

Ao eminente revisor, nos termos do Regimento Interno desta Corte.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

O apelante foi condenado em face do crime previsto no artigo 337-A c/c 71 do Código Penal (sonegação de contribuição previdenciária) à pena final de 4 anos e 6 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 126 dias-multa, em virtude de, na condição de administrador da empresa Multifardas Indústria e Comércio de Confecções Ltda., deixou de informar na Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP os dados cadastrais, bem como os fatos geradores de contribuições previdenciárias decorrentes de remunerações pagas, devidas ou creditadas a seus segurados empregados, relativamente ao período compreendido entre setembro de 2004 a dezembro de 2008, compreendendo 50 (cinquenta) competências (mensais), no valor originário de R\$ 45.109,24 (quarenta e cinco mil, cento e nove reais e vinte e quatro centavos).

Para fins de reforma da sentença condenatória, a defesa pugna pela absolvição aos seguintes argumentos: (i) ausência de dolo; (ii) que era menor de idade à época dos fatos, o que ensejaria a benesse de redução dos prazos prescricionais e da atenuante da menor idade; (iii) cerceamento de defesa, em virtude de indeferimento de diligências (expedição de ofícios aos bancos em que o réu teve contas correntes); (iv) inexigibilidade de conduta diversa (ruína da empresa).

Alternativamente, aduz ter havido excesso na dosimetria, que entende merecer reforma, sobretudo no *quantum* da pena-base e do patamar fixado da causa especial de aumento pela continuidade delitiva.

Passo à análise

O deslinde da questão exige a análise do dispositivo legal em cotejo, qual seja, o art. 337-A do Código Penal, incluído pela Lei nº 9.983/2000, que dispõe:

Art. 337-A Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

II - deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

III - omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000).

(...).

Com efeito, enxerga-se que no crime de sonegação de contribuição previdenciária, os comportamentos incriminados são suprimir (omitir, passar em silêncio) ou reduzir (tornar menor, restringir) tributo.

Consoante aresto que trago a lume, o Supremo Tribunal Federal entendeu que “tal como ocorre quanto ao delito de apropriação indébita previdenciária, basta que seja demonstrado o dolo genérico, consistente na intenção de concretizar a evasão tributária, para tipificar a conduta delituosa no art. 337-A do Código Penal, sendo irrelevante a demonstração do *animus* específico de fraudar a Previdência Social”. Confira-se:

ACÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CRIMES DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA E SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (INCISO I DO § 1º DO ART. 168-A, E INCISO III DO ART. 337-A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). CONTINUIDADE DELITIVA E CONCURSO MA-

TERIAL. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. DOLO ESPECÍFICO. NÃO EXIGÊNCIA PARA AMBAS AS FIGURAS TÍPICAS. (...).

(...)

3. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, para a configuração do crime de apropriação indébita previdenciária, basta a demonstração do dolo genérico, sendo dispensável um especial fim de agir, conhecido como *animus rem sibi habendi* (a intenção de ter a coisa para si). Assim como ocorre quanto ao delito de apropriação indébita previdenciária, o elemento subjetivo animador da conduta típica do crime de sonegação de contribuição previdenciária é o dolo genérico, consistente na intenção de concretizar a evasão tributária (...).

(...)

(STF, AP 516, Relator(a): MINISTRO AYRES BRITTO, TRIBUNAL PLENO, DJe: 03/12/2010; republicação: DJe: 19/09/2011, pub: 20/09/2011)

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo a esteira do precedente acima, consolidou:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ELEMENTO SUBJETIVO DO CRIME. DOLO ESPECÍFICO. COMPROVAÇÃO DESNECESSÁRIA. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O elemento subjetivo do crime de sonegação de contribuição previdenciária é o dolo genérico, consistente na evasão tributária, sendo dispensável, para a subsunção típica, demonstrar o *animus* específico de fraudar a Previdência Social. Precedente.

2. Recurso Especial provido.

(STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 1.294.681-PE, RELATORA MINISTRA LAURITA VAZ, DJe: 02/10/2013)

Sabe-se que o dolo, enquanto elemento integrante do tipo penal, deve ser comprovado pela acusação para que o acusado seja condenado, não bastando, por si só, o fato de o agente ser o diretor da empresa para que se lhe impute a prática de sonegação de contribuição previdenciária, sendo necessária a efetiva demonstração que este contribuiu dolosamente com sua conduta à perpetração do crime.

Destaque-se, ainda, que o sujeito ativo dos crimes contra a ordem tributária não é necessariamente a pessoa que pratica o comportamento descrito na lei penal, mas sim aquele que possui o domínio do fato, ou seja, sem executar diretamente a conduta típica, controla a atividade de outro que a realiza.

Buscando reforço em abalizada doutrina de *JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR*, em *CRIMES FEDERAIS*, 8ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2012, página 537: “autor é quem detém o domínio da conduta, ou seja, o domínio da ação final, de acordo com a teoria do domínio do fato ou domínio da organização, porque é este quem decide se o fato vai acontecer ou não, independentemente dessa pessoa ter ou não realizada a conduta material”.

Nessa esteira, no âmbito das empresas, o administrador possui o domínio de fato de todas as atividades realizadas por estas (age por intermédio da pessoa jurídica), por isso é que a jurisprudência sinaliza no sentido de apontar, nessas espécies de crimes federais, a responsabilidade penal do diretor da empresa, desde que comprovada a gerência de fato.

AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS

A representação fiscal para fins penais (fls. 25/28 do IPL – Apenso I) comprova que o acusado deixou de informar na GFIP (Guia de Recolhimento do FGTS e informações à Previdência Social) dados cadastrais, bem como fatos geradores de contribuições previdenciárias decorrentes de remunerações pagas, devidas ou creditadas a seus segurados empregados, referentes ao período de setembro de 2004 a dezembro de 2008.

Em virtude da omissão de informações foram gerados os autos de infração relativos à contribuição previdenciária devida (fls. 110/120 – do IPL – apenso I).

Vê-se que o acusado era o sócio administrador da empresa Multifardas Indústria e Comércio de Confecções Ltda. à época dos fatos (fls. 25/28) e o documento de fls.182/185 (Apenso I – do IPL) dá conta de que o acusado figurava como único administrador da empresa, em virtude da sua assinatura no Termo de Alteração Contratual nº 03 da Sociedade Dois Irmãos Indústria e Comércio de Confecções Ltda. ME.

Ou seja, conforme destacado acima, o acusado possuía o domínio de fato e agia por intermédio da referida pessoa jurídica.

Na audiência de instrução e julgamento (mídia de fl. 99), o acusado afirmou que começou a trabalhar aos 10 (dez) anos de idade com seus pais no ramo de confecções.

Por sua vez, na mesma audiência, a testemunha arrolada pela acusação, JAIR CLAUDIANO DE AZEVEDO, Auditor Fiscal da Receita Federal, que subscreveu a Representação Fiscal, confirmou ter verificado a irregularidade no preenchimento da GFIP através da análise comparativa da RAIS (Relação Anual de Informações Sociais), afirmando que somente foi verificada a ocorrência da sonegação previdenciária ante a falta de documentação referente às folhas de pagamento, não ficando cabalmente constatada a suposta ocorrência de apropriação indébita previdenciária, crime, inclusive, não imputado na denúncia.

AUSÊNCIA DE DOLO

Consoante os precedentes acima colacionados, o dolo no tipo em questão é o genérico, consistente na evasão tributária, sendo dispensável, para a subsunção típica, demonstrar o *animus* específico de fraudar a Previdência Social.

Ademais, não merece guarida o argumento da defesa de o acusado ser inexperiente no ramo empresarial, não tendo conhecimento da fraude. O próprio depoimento do acusado no seu interrogatório atesta a sua experiência, uma vez que começou a trabalhar no ramo aos 10 (dez) anos de idade com seus pais, também do ramo de confecções.

Não convence ainda o argumento de que as omissões das GFIP's ocorriam por culpa do contador da empresa, quando os autos comprovam que o acusado era o único responsável pela administração burocrática e financeira da citada empresa, ou seja, detinha o domínio da conduta (domínio da ação final).

IDADE INFERIOR A 21 (VINTE E UM ANOS DE IDADE) À ÉPOCA DO CRIME

Outro argumento trazido pela defesa é o fato de o apelante possuir idade inferior a 21 (vinte e um anos), na data dos fatos, o

que levaria à benesse da redução dos prazos prescricionais à metade, a teor do artigo 115 do Código Penal.

Aqui, impõe-se a ressalva de que os fatos delitivos foram perpetrados durante o período de setembro de 2004 a dezembro de 2008, quando, neste último período já contava com mais de vinte e um anos de idade.

Como é sabido, nos crimes permanentes, cuja consumação se protraí no tempo enquanto perdura a ofensa ao bem jurídico, o tempo do crime se dilatará pelo período de permanência. Assim, se o autor, menor, durante a fase de execução do crime vier a atingir a maioridade, responderá segundo o Código Penal e não segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei nº 8.069/90).

Ademais, quanto aos crimes continuados, que em verdade são vários crimes (concurso material de crimes), mas tratados como se fosse crime único (tratamento próprio do concurso formal), atendendo a conveniência político-criminal (CP, art. 71), o Supremo Tribunal Federal, acompanhando a doutrina majoritária, editou a Súmula 711, com o seguinte teor: “a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência”, razão pela qual passaram a ter tratamento idêntico ao dos crimes permanentes.

Assim, se o agente comete crime continuado durante meses seguidos, a continuação delitiva será regida, no caso de sucessão de normas, não pela lei que vigora à época do primeiro crime, mas do último, isto é, da cessação da continuidade, ainda que seja a mais gravosa.

Nessa senda, não deve o réu ser beneficiado com a benesse da redução prevista no artigo 115 do Código Penal, tampouco da atenuante da pena prevista no artigo 65, I, do Código Penal.

INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Outro ponto controvertido seria a aplicação de inexigibilidade de conduta diversa.

Inicialmente, a defesa aduz que houve cerceamento de defesa em virtude de ter sido indeferido os pleitos atinentes à expedi-

ção de ofícios às instituições bancárias em que o acusado teve contas correntes.

Consoante os autos, a defesa somente trouxe notícia de que não estava conseguindo obter as informações dos seus extratos bancários quando a instrução criminal já estava próxima do seu encerramento, tendo a magistrada, em decisão proferida em audiência, consignado que a defesa “teve bastante tempo hábil para a produção de tais provas” (*sic* – sentença fl. 223).

Nessa esteira, não se pode afirmar que houve inércia do judiciário ou mesmo desídia a ensejar cerceamento à defesa do apelante, quando, na verdade, se sabe que, na nova sistemática do código de processo penal, o momento oportuno para se requerer diligências ou mesmo arrolar testemunhas, não é mais o final da instrução, como antes previsto (anterior e revogado artigo 499 do CPP), mas no momento da resposta preliminar, atual artigo 396-A do CPP.

Improcede, pois, o pleito de ocorrência de cerceamento de defesa.

No que se refere ao argumento de ocorrência de inegixibilidade de conduta diversa (em face de crise financeira atravessada pela empresa), tenho sustentado, nos julgados proferidos, a possibilidade de seu reconhecimento, nas hipóteses concretas em que haja a efetiva comprovação documental e testemunhal de tais dificuldades, aliadas, sem dúvida, à boa-fé da sua comprovação por parte da defesa, uma vez que lhe compete tal ônus (CPP, art. 156).

No caso sob exame, a tese da defesa de ocorrência de ruína financeira da empresa em virtude do advento da Lei eleitoral que proibiu venda de brindes eleitorais, tais como bonés e camisetas (área da sua atuação), para fins de propaganda eleitoral, não convence.

Os fatos foram perpetrados entre setembro de 2004 a dezembro de 2008, época, inclusive, em que havia grandes estímulos no ramo empresarial do acusado, em virtude do fervor das eleições municipais do ano de 2004, aclamadas e esperadas no País inteiro em virtude da Eleição do Presidente “Lula” no ano de 2002 (mandato: 2003 a 2006), com reeleição em 2006 (mandato: 2007 a 2011).

Ademais, a proibição para a confecção de bonés e camisetas para fins de propaganda eleitoral somente veio a ocorrer, na verdade, no ano de 2006 com a edição da Resolução nº 22.205/2006 do Tribunal Superior Eleitoral (*sic* da sentença recorrida – fl. 225).

Outro ponto, como bem salientado na sentença singular (fl. 225), é a circunstância de que: “se a empresa administrada pelo réu dependia quase que exclusivamente da comercialização de material para propaganda eleitoral, uma vez que proibida a confecção destes produtos, não se mostraria razoável a continuidade da atividade empresarial por mais 2 anos”, destaco, que perdurou até dezembro de 2008.

A despeito de não terem sido comprovadas referidas dificuldades financeiras, o arcabouço probatório não socorre a defesa, porquanto não é nítido neste aspecto.

Não posso deixar de trazer à colação, inclusive, que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento proferido pelo Tribunal Pleno, tem sinalizado pela não aplicação da inexigibilidade de conduta diversa ao crime previsto no Artigo 337-A do Código Penal, como é o caso destes autos. Confira-se:

ACÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CRIMES DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA E SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (INCISO I DO § 1º DO ART. 168-A E INCISO III DO ART. 337-A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). CONTINUIDADE DELITIVA E CONCURSO MATERIAL. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. DOLO ESPECÍFICO. NÃO EXIGÊNCIA PARA AMBAS AS FIGURAS TÍPICAS. (...). PRECÁRIA CONDIÇÃO FINANCEIRA DA EMPRESA. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUITA DIVERSA. NÃO COMPROVAÇÃO. INAPLICABILIDADE AO DELITO DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (...).

(...)

3. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, para a configuração do crime de apropriação indébita previdenciária, basta a demonstração do dolo genérico, sendo dispensável um especial fim de agir, conhecido como *animus rem sibi habendi* (a intenção de ter a coisa para si). Assim como ocorre quanto ao delito de apropriação indébita previdenciária, o elemento

subjetivo animador da conduta típica do crime de sonegação de contribuição previdenciária é o dolo genérico, consistente na intenção de concretizar a evasão tributária (...). (...)

8. No âmbito dos crimes contra a ordem tributária, tem-se admitido, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, como causa supralegal de exclusão de culpabilidade a precária condição financeira da empresa, extrema ao ponto de não restar alternativa socialmente menos danosa que não a falta do não recolhimento do tributo devido. Configuração a ser aferida pelo julgador, conforme um critério valorativo da razoabilidade, de acordo com os fatos concretos revelados nos autos, cabendo a quem alega tal condição o ônus da prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. Deve o julgador, também, sob outro aspecto, aferir o elemento subjetivo do comportamento, pois a boa-fé é requisito indispensável para que se confira conteúdo ético a tal comportamento.

9. Não é possível a aplicação da referida excludente de culpabilidade ao delito do art. 337-A do Código Penal, porque a supressão ou redução da contribuição social e quaisquer acessórios são implementadas por meio de condutas fraudulentas – incompatíveis com a boa-fé – instrumentais à evasão, descritas nos incisos do *caput* da norma incriminadora.

10. Hipótese em que o conjunto probatório não revela, em absoluto, a precária condição financeira da empresa. Nítida é a deficiência da prova de tal condição, não havendo nos autos um só documento que permita concluir por modo diverso. De mais a mais, a posterior atuação da empresa, referente ao período de setembro de 2002 a abril de 2004, demonstra a plena continuidade dos seus negócios, de maneira a patentear que os elementos de convicção constantes dos autos caminham em sentido contrário à tese defensiva.

(...).

(STF, AP 516, Relator(a): MINISTRO AYRES BRITTO, TRIBUNAL PLENO, *DJe*: 03/12/2010; republicação: *DJe*: 19/09/2011, pub: 20/09/2011)

Adotando referido entendimento, o egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região vem se posicionando no mesmo sentido de não aplicar a excludente de inexigibilidade de conduta diversa ao

delito do art. 337-A do Código Penal, porquanto demanda a execução de condutas fraudulentas, violadoras da boa-fé subjetiva. Valem as seguintes transcrições:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 337-A DO CÓDIGO PENAL. PRESCRIÇÃO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO. *ANIMUS REM SIBI HABENDI*. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. LEGÍTIMA DEFESA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA.

(...)

7- É inaplicável a figura da inexigibilidade de conduta diversa ao delito do art. 337-A do CP, porquanto o tipo penal demanda a execução de condutas fraudulentas, violadoras da boa-fé subjetiva.

(...).

(TRF-3ª REGIÃO, ACR 402.407, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, SEGUNDA TURMA, 28/05/2013)

PENAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. SONEGAÇÃO. ART. 337-A, INCISO I E III, DO CP. AUTORIA E MATERIALIDADE E DOLO. COMPROVAÇÃO. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. INAPLICÁVEL. PROVIMENTO DA APELAÇÃO MINISTERIAL.

(...)

3- É necessária a presença de boa-fé subjetiva para o reconhecimento da excludente de culpabilidade consistente na inexigibilidade de conduta diversa, o que não se verifica no caso vertente, pois, a conduta prevista no art. 337-A, I e III, do CP configura-se com a fraude.

4- Apelação Ministerial provida.

(TRF-3ª REGIÃO, ACR 44.847, QUINTA TURMA, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, 22/04/2013)

Com tais considerações, rejeito as teses atinentes à ausência de dolo, de possibilidade de aplicação da benesse prevista no artigo 115 do CP (redução dos prazos prescricionais à metade) ou mesmo na atenuante do artigo 65, I, (menor de vinte e um anos de idade à época do crime), bem como a de ocorrência de cercea-

mento de defesa por indeferimento de diligências e de inexigibilidade de conduta diversa.

Confirmo, pois, a procedência da denúncia em face do crime de sonegação de contribuição previdenciária.

Passo aos pleitos alternativos do recurso, que dizem respeito à dosimetria da pena.

DOSIMETRIA DA PENA

Alternativamente, a defesa aduz ter havido excesso na dosimetria, que entende merecer reforma, sobretudo no *quantum* da pena-base e do patamar fixado da causa especial de aumento pela continuidade delitiva.

A Exma. Sra. Juíza Federal da 10ª Vara/RN, atenta ao comando do artigo 59 do Código Penal, individualizou a pena do acusado da seguinte forma (sentença recorrida – fls. 227/228):

(...) **A culpabilidade** mais grave do que inerente ao tipo, haja vista que o acusado se evadiu de seu domicílio fiscal, realizando a dissolução irregular da empresa;

que o acusado goza de **bons antecedentes**; que a **conduta social** do acusado é favorável, à míngua de elementos nos autos que melhor possibilite a análise dessa circunstância;

que a **personalidade** do acusado é favorável, à míngua de elementos nos autos que melhor possibilite a análise dessa circunstância;

o motivo para cometimento do crime seria reprovável, pois a omissão de fatos geradores de contribuições previdenciárias enseja a obtenção de “lucro fácil”, porém, tal motivo é intrínseco ao tipo penal, não permitindo sua valoração para fins de majoração da pena;

que **as circunstâncias** se encontram relatadas nos autos, nada tendo que se valorar;

que **as consequências** não lhes são desfavoráveis, pois a sonegação de contribuições previdenciárias resultou no não recolhimento de R\$ 45.109,24 em contribuições previdenciárias, montante que não pode ser considerado elevado;

que a **conduta da vítima** não influenciou na prática do crime (...).

Dessa forma, FIXO a **pena-base em 3 (três) anos de reclusão** e 126 (cento e vinte e seis) dias-multa.

Não concorrendo circunstância atenuante ou agravante, ou mesmo das causas de aumento ou diminuição, mante-nho provisoriamente a pena em 3 (três) anos de reclusão e 126 dias-multa.

Conforme exposto na fundamentação, a continuidade deli-tiva implica no aumento da pena em 1/2 ficando a pena fixada definitivamente em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 301 dias-multa (...) à razão de 1/10 do salá-rio mínimo vigente ao tempo do último fato delitivo imputa-do (dezembro/2008). (...)

A pena privativa de liberdade deve ser cumprida em regime inicial **semiaberto (art. 33, § 2º, b)**.

(...) Não preenchidos os requisitos para substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos (...)

Desnecessária a condenação do réu à reparação de preju-ízos, haja vista que já houve lançamento dos créditos tri-butários referentes às contribuições previdenciárias sone-gadas. (...)

Ou seja, foi desfavorável ao acusado uma única circunstância judicial – a culpabilidade.

Conforme jurisprudência pacífica do Superior Tribunal, “não é dado à Corte de origem, em recurso exclusivo da defesa, agregar nova fundamentação ao *decisum* condenatório, sopesando, para fins de elevação da pena-base, fatos desconsiderados pelo Juízo singular para, assim, proceder à valoração negativa das conse-quências do crime, sob pena de incidir na inadmissível *reformatio in pejus*”. (STJ, HC nº 252522/MG (2012/0179377-1), 6ª TURMA, RELATOR MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe: 13/05/2013)

Entendo que a sentença agiu com acerto no que tange ao re-conhecimento do lucro fácil e prejuízo sofrido pela entidade públi-ca como elementares do próprio tipo penal, não se prestando para

valorar negativamente, não somente os motivos (como bem entendeu a magistrada *a quo*), mas também as consequências do crime.

No que se refere à culpabilidade como circunstância judicial tida como desfavorável, sabe-se que somente será aferida, tal circunstância, como sendo adversa quando há exacerbada reprovabilidade.

Considerar que a culpabilidade foi mais grave do que a inerente ao tipo penal, ao fundamento de que o acusado se evadiu do seu domicílio fiscal, realizando dissolução irregular da empresa, afronta o princípio constitucional da presunção da não culpabilidade.

A culpabilidade, “como juízo de censura que analisa a relação entre o autor e o fato praticado, indagando se ele tinha possibilidade de realizar a *conduta na direção da ordem jurídica e de evitar o mal cometido*” (Flávio Augusto Monteiro de Barros, *Direito Penal, Parte Geral, Saraiva, vol. 1, p. 285*) restou evidenciada, eis que o denunciado teve vontade direta e livre quando da prática do crime.

Contudo, deve-se observar que a existência de vontade direta e livre quando da prática do crime não justifica a exasperação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria. Isso porque tais elementos dizem respeito à culpabilidade em sentido estrito – parte integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida –, e não à culpabilidade em sentido lato, assim entendida como a maior ou menor reprovabilidade do agente pela conduta delituosa praticada.

A Jurisprudência é pacífica ao sinalizar que a gravidade absoluta do crime não seria argumento idôneo a justificar a exasperação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, com base na valoração negativa da culpabilidade. Confira-se:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO E EXTORSÃO. CONDUTAS DIVERSAS. CONCURSO MATERIAL. SÚMULA 96/STJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE, MOTIVOS E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ANTECEDENTES, PERSONALIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MANUTENÇÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO.

FRAÇÃO DE AUMENTO. CRITÉRIO MERAMENTE MATEMÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. A conduta do agente, consistente em subtrair bens pertencentes à vítima mediante grave ameaça e, ainda, em exigir a entrega do cartão bancário e senha, embora realizada no mesmo contexto, caracteriza, de forma autônoma, os delitos de roubo e de extorsão. Precedentes.

2. A afirmação da Corte *a quo* de que não se chegou a realizar a retirada de dinheiro em caixa eletrônico, com o uso da senha da vítima, é irrelevante para a configuração do crime de extorsão, nos termos da Súmula 96/STJ.

3. A existência de vontade direta e livre, quando da prática do crime, bem como a sua gravidade abstrata não são argumentos idôneos a justificar a exasperação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, com base na valoração negativa da culpabilidade. Precedentes.

4. Por se tratar de elementar do delito, a busca pelo lucro fácil não é apta para agravar a pena. Precedentes.

5. Quando o comportamento da vítima não contribui para o cometimento do crime, ou é considerado “normal à espécie”, não há falar em consideração desfavorável ao acusado. Precedentes.

6. Ostentando o acusado mais de uma condenação anterior definitiva, é possível a utilização de parte delas na primeira etapa da dosimetria, para caracterizar os maus antecedentes, e de outra, para valorar negativamente a personalidade, sem que isso implique a ocorrência de *bis in idem*. Precedente.

7. Deve ser mantida a valoração negativa a título de consequências do crime, uma vez que foi utilizada fundamentação que desborda da figura típica do delito.

8. Na segunda fase da dosimetria, uma vez reconhecida pelo Tribunal de origem a atenuante da confissão espontânea, impõe-se, conforme pacificado entendimento desta Corte (EREsp nº 1.154.752/RS, da minha relatoria, *DJe* 4/9/2012), a sua compensação com a agravante da reincidência.

9. Não se admite, no crime de extorsão, com base em critério puramente aritmético, a aplicação de fração de aumento superior à mínima. Precedente.

10. Recurso especial parcialmente provido. *Habeas corpus* concedido de ofício.

(STJ, REsp nº 1.255.559/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 25/06/2013)

HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE ELEVADA. UTILIZAÇÃO DE ELEMENTARES DO TIPO. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DESFAVORABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM PARTE JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL PARCIALMENTE EVIDENCIADO.

1. Não há como admitir como elevada a culpabilidade dos agentes ao argumento de terem cometido fraude contra a fiscalização tributária como meio de auferir maiores lucros, pois são circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal violado (art. 1º, II e V, da Lei 8.137/90).

2. As consequências do crime, considerado o prejuízo da vítima, no caso o Fisco, é justificativa suficiente para elevar a pena na primeira etapa da dosimetria. Precedentes deste STJ.

3. Ordem concedida parcialmente para, afastada a valoração negativa da circunstância judicial da culpabilidade, redimensionar a pena de cada paciente definitivamente para 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, e pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença condenatória e do acórdão impugnado.

(STJ, HC 154.729/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 08/03/2012)

Dessa forma, entendo que a culpabilidade foi ínsita ao tipo penal, quando se tem, consoante os arestos trazidos a lume no início do voto, que o delito do art. 337-A do Código Penal demanda a execução de condutas fraudulentas, violadoras da boa-fé subjetiva, não se podendo presumir que a culpabilidade, no caso concreto, foi mais grave do que a inerente ao tipo penal, uma vez que o acusado se evadiu do seu domicílio fiscal realizando dissolução irregular da empresa.

Dessa forma, afastada parte da fundamentação utilizada pelo Juízo de primeiro grau, afasto a avaliação negativa da culpabilidade, pelo que, ante a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, deve a pena-base ser fixada no seu mínimo legal (2 anos de reclusão).

Mantenho a majoração da pena pela causa especial de aumento em face da continuidade delitiva (CP, art. 71) na mesma fração estabelecida na sentença (de metade da pena), uma vez que o delito foi perpetrado por 52 (cinquenta e duas vezes) no período de setembro de 2004 a dezembro de 2008, estando a sentença recorrida em harmonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que entende que a fração de aumento em razão da continuidade delitiva se deve em razão do número de infrações cometidas. Nesse sentido, confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. DOLO GENÉRICO. DESNECESSÁRIA DEMONSTRAÇÃO DO *ANIMUS REM SIBI HABENDI*. EXCLUDENTE DE CRIMINALIDADE. FALTA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO INFRACONSTITUCIONAL SUPOSTAMENTE VIOLADO. VERBETE SUMULAR Nº 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REDUÇÃO DO *QUANTUM* DA PENA DE MULTA E DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. ÓBICE DO VERBETE SUMULAR Nº 7 DESTA CORTE SUPERIOR. FRAÇÃO DE AUMENTO PELA CONTINUIDADE DELITIVA. NÚMERO DE INFRAÇÕES. LEGALIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O dolo do crime de apropriação indébita de contribuição previdenciária é a vontade de não repassar à previdência as contribuições recolhidas, dentro do prazo e das formas legais, não se exigindo o *animus rem sibi habendi*, sendo, portanto, descabida a exigência de se demonstrar o especial fim de agir ou o dolo específico de fraudar a Previdência Social, como elemento essencial do tipo penal.

(...)

4. É firme a jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de que o aumento operado em face da continuidade delitiva deve levar em conta o número de infrações cometidas. No caso, considerando que foram praticadas 27 condutas delitivas, como reconheceu o Tribunal *a quo*, mostra-se adequado o acréscimo pela continuidade delitiva na fração máxima de 2/3. No entanto, diante da inexistência de recurso ministerial, se restabelece a fração de 1/2, fixada pelo Juízo de primeiro grau.

5. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no REsp nº 1.217.274/RS, relatora a Ministra LAURITA VAZ, DJe 13/03/2013)

Por conseguinte, a pena em definitivo resulta fixada no patamar de **3 (três) anos de reclusão**.

Considerando a redução do *quantum* da pena, altero o regime inicial de cumprimento da pena como sendo **aberto**, menos gravoso ante a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a teor dos artigos 59 do Código Penal em conjugação com o artigo 33, § 2º, c, do CP.

Adotando a fundamentação acima, a pena de multa fica reduzida para o mínimo legal 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Considerando o *quantum* da pena, ora reduzido, e não tendo sido o crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, e atendendo aos requisitos objetivos e subjetivos elencados no artigo 44 do Código Penal, concedo ao réu a substituição da pena por duas restritivas de direitos (CP, art. 44, § 2º), a serem definidas pelo juízo das execuções penais, que deverá dirimir as condições de seu cumprimento pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação do réu para reduzir a pena para 3 (três) anos de reclusão, em regime aberto, substituída por restritivas de direitos, e 10 dias-multa.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 10.232-RN

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA (CONVOCADA)
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelados: WILSON DANTAS SOBRINHO E MARCELO ARAÚJO MENDES
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PENAL E PROCESSUAL PENAL. PECULATO. EQUIPARAÇÃO DE DIRIGENTES DE ONG A FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS. APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE RECURSOS ORIUNDOS DE TER-

MO DE COOPERAÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PROVIMENTO DA APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

- Os dirigentes de ONG APOLOS - Associação Potiguar pela Livre Orientação Sexual, que firmou convênio com a UNODC (em colaboração com o Ministério da Saúde), podem ser equiparados a funcionário público para fins penais.

- In casu, restou comprovada a indevida apropriação dos recursos repassados à ONG beneficiária por força do Termo de Cooperação nº 390/06, não tendo sido realizado o Seminário objeto do Convênio, de forma a caracterizar o delito de peculato, previsto no art. 312 do Código Penal.

- Aumento de pena decorrente da continuidade delitiva.

- Apelação 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 provimento à apelação, nos termos do relatório, do voto da Relatora e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 26 de novembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA - Relatora Convocada

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA (Convocada):

Cuida-se de apelação interposta contra sentença que julgou improcedente a pretensão punitiva, absolvendo os acusados Wilson Dantas Sobrinho e Marcelo Araújo Mendes do crime previsto no art. 168, *caput*, do Código Penal (apropriação indébita).

A denúncia relata que os apelados, na condição de dirigentes da ONG APOLOS - Associação Potiguar pela Livre Orientação Sexual, teriam desviado as verbas repassadas para a aludida organização em razão de Convênio firmado com o Ministério da Saúde, para realização do “I Seminário Nordestino - Ativismo em AIDS e Controle Social - SUS”.

O Juízo monocrático absolveu os réus, alegando não visualizar elementos que demonstrem enriquecimento ilícito ou a indevida apropriação dos valores referidos na denúncia.

Nas razões recursais, o MPF sustentou, inicialmente, a inaplicabilidade da *emendatio libelli*, devendo os réus responderem pelo crime de peculato (art. 312 do Código Penal). No mérito, afirmou que resta comprovada a apropriação dos valores por parte dos apelados, ou, caso assim não se entenda, o desvio dos referidos valores em proveito alheio.

Contrarrazões da Defensoria Pública da União, pugnando pela manutenção do *decisum*.

Parecer do Ministério Público Federal, como fiscal da lei, pelo provimento do recurso de apelação.

É o relatório.

Ao revisor.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA (Relatora Convocada):

De início, analiso a aplicação do instituto da *emendatio libelli* pelo Juízo *a quo*.

O art. 327 do Código Penal estabelece que deve ser considerado funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública (*caput*), sendo equiparado a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal (§ 1º).

Alinhavada a definição constante no Diploma Penal, impende destacar que a função pública pode ser entendida como qualquer

atividade que realiza fins próprios do Estado, ainda que exercida por pessoas estranhas à administração pública. Vê-se que, para fins penais, “não é mister, assim, que a pessoa seja funcionário público; o que é indispensável é que exerça função pública”¹.

A partir de uma averiguação teleológica a respeito da definição penal de funcionário público, disposta no retromencionado art. 327 do Código Penal, conclui-se que a intenção do legislador foi “deixar claro que basta o simples exercício de uma função pública para caracterizar, para os efeitos penais, o funcionário público”². Portanto, ainda que a pessoa não seja empregada nem tenha cargo no Estado, ela estará incluída no conceito penal de funcionário público, desde que exerça, de algum modo, função pública³.

Ademais, Maria Sylvia Zanella Di Pietro classifica as organizações sociais como expressão das entidades paraestatais. Em que pese a discordância dos administrativistas sobre o conceito de entidade paraestatal, para uma compreensão lógica, é de se qualificar como paraestatal a entidade que atua em direta colaboração com o Estado por força de vínculo jurídico formal⁴.

Com efeito, as entidades paraestatais podem abranger as pessoas privadas que colaboram com o Estado desempenhando atividade não lucrativa, havendo, assim, correspondência com as organizações sociais, que podem ser definidas como pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não ex-

¹ E. Magalhães Noronha *apud* CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, volume 3: parte especial: dos crimes contra os costumes e dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H) - 5ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2007, p. 386.

² Heleno Fragoso *apud* DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado - 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 928

³ DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado - 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 928.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo - 23ª ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 501.

clusivos do Estado, com incentivo e fiscalização pelo Poder Público⁵.

Desta forma, os denunciados, na qualidade de legítimos representantes da ONG APOLOS (entidade paraestatal), ao desempenharem os projetos de cunho social da entidade (financiados com recursos públicos), devem ser considerados funcionários públicos para fins penais.

Neste sentido, segue o seguinte posicionamento doutrinário:

São também atingidas pela extensão conceitual do Código Penal as pessoas que trabalham em entidades paraestatais, atualmente denominadas entidades do terceiro setor, e que se situam, portanto, fora da administração indireta (compreendem os serviços sociais autônomos, entidades de apoio e organizações não governamentais, as chamadas ONGs).⁶

É oportuno trazer à colação precedente do egrégio Tribunal Regional da 4ª Região, que, ao julgar caso de desvio de verbas repassadas a organização não governamental pelo Ministério da Saúde, entendeu pela configuração do delito de peculato, *in verbis*:

DIREITO PENAL. PECULATO. ORGANIZAÇÃO NÃO GOVERNAMENTAL. DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS. FALSIFICAÇÃO DE RECIBOS. EXAME GRAFOTÉCNICO. DESNECESSIDADE. APROPRIAÇÃO DE BENS REMANESCENTES. ESTADO DE NECESSIDADE E INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. INOCORRÊNCIA. AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. CONCURSO MATERIAL. AUSÊNCIA DE RECURSO DA ACUSAÇÃO. READEQUAÇÃO DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

1. A apropriação de verbas repassadas a ONG pelo Ministério da Saúde, destinadas à aplicação em ações relacionadas ao tratamento e prevenção de HIV, configura crime de peculato, nos termos do art. 312 do Código Penal.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo - 17ª Ed. - São Paulo: Atlas, 2004, p. 419.

⁶ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 3, p. 385.

2. A falsificação de recibos de pagamento de funcionários, que negam as assinaturas, comprova a autoria do desvio, uma vez que os valores foram subtraídos e não pagos a quem de direito.
3. O exame grafotécnico das assinaturas se revela desnecessário quando nos autos existem elementos suficientes para embasar a condenação, já que a prova pericial é circunstância subsidiária, não vinculativa ao juízo de convicção formado pelo julgador.
4. A manutenção dos bens na posse do então presidente da ONG, em flagrante violação ao estatuto social, o qual determinava o remanejo a entidade congênere quando encerradas as atividades, configura peculato-apropriação.
5. Não há falar, ainda, em estado de necessidade ou inexigibilidade de conduta diversa do dirigente, pois os bens não foram devolvidos amigavelmente à Secretaria de Saúde do Estado de Santa Catarina, somente se procedendo à entrega mediante ação judicial ajuizada pela Advocacia-Geral da União.
6. O desvio de verbas e a apropriação de bens não foram cometidos continuamente entre si, já que as circunstâncias dos crimes não se enquadram na disposição do art. 71 do CP, sendo caso de aplicação do concurso material.
7. Não havendo recurso do MPF, inviável o agravamento da pena estabelecida em primeira instância, porém, uma vez afastada a continuidade delitiva, a reprimenda deve ser readequada.
8. Reduzida a sanção corporal, possível a substituição por restritivas de direitos.
9. Embora possa ser paga em prestação única, a praxe é o parcelamento da prestação pecuniária, que deve ser fixada em valor próximo a um terço da renda mensal do acusado, o que não pode ser considerado excessivo, tendo em vista que esse é o percentual máximo para desconto em folha de pagamento de valores pagos indevidamente a segurados da previdência social (LBPS, art. 115, § 1º e RPS, art. 154, § 3º).
10. Embora possa ser destinada à vítima, caso em que seu valor será deduzido de eventual reparação do dano, a prestação pecuniária, ao contrário da perda de bens e valores, não está limitada ao valor do dano causado, uma

vez que o limite fixado pela lei é o equivalente 360 salários mínimos (CP, art. 45, §§ 1º e 3º).

(ACR 00020063220094047205, ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO, TRF4 - SÉTIMA TURMA, DE 06/07/2012.)

Entendo, portanto, que os réus deverão responder pelo crime de peculato, previsto no art. 312 do Código Penal.

Passo ao exame do mérito.

A denúncia relata, em síntese, que: (a) a ONG APOLOS - Associação Potiguar pela Livre Orientação Sexual firmou com o Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime - UNODC, em colaboração com o Ministério da Saúde, o Termo de Cooperação nº 390/06, através do qual a mencionada organização se comprometeu a realizar o evento “I Seminário Nordestino - Ativismo em AIDS e Controle Social - SUS”, tendo, para tanto, recebido aportes financeiros no montante de R\$ 32.124,00 (trinta e dois mil, cento e vinte e quatro reais); b) apesar de haver recebido os aludidos valores, a ONG não viabilizou a execução do projeto, tendo decorrido o prazo fixado no convênio; c) o primeiro denunciado, Wilson Dantas, presidente da ONG à época dos fatos, em conluio com o segundo denunciado, Marcelo Araújo, também legítimo representante da entidade, efetuou pessoalmente saques dos valores repassados, no período entre 20.07.2006 a 10.05.2007, caracterizando a apropriação indevida dos recursos provenientes do referido Termo de Cooperação nº 390/2006.

Consoante narrado, as condutas imputadas aos acusados amoldam-se à figura delitiva tipificada no art. 312 do Código Penal, que preceitua o seguinte:

Peculato

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

Para a materialização do delito em questão, na modalidade peculato-apropriação, é necessário que o agente tome para si o objeto material do delito, passando a agir como se fosse o seu dono, ou seja, é necessário que haja um “assessoramento”, no

qual o funcionário público retém, dispõe ou consume o objeto material do crime.

Trata-se de crime funcional impróprio, que, diversamente, do crime de apropriação indébita, não é descaracterizado pela intenção de restituir⁷.

No presente caso, é inconteste que as verbas relacionadas ao Termo de Cooperação nº 390/2006, no valor de R\$ 32.124,00, foram repassadas em favor da ONG APOLOS (cf. fls. 20/24 destes autos e fl. 004 do Apenso I, Volume I). Também é certo que não houve contrapartida por parte da ONG em questão, eis que não foi realizado o seminário objeto do convênio, havendo, no entanto, a total utilização do saldo disponibilizado em favor da entidade (cf. fl. 007 do Apenso I, Volume I).

A fim de justificar a regularidade do emprego das referidas verbas, o denunciado Wilson Dantas indicou as despesas com as quais teve que arcar, visando à realização do seminário em questão. Apontou, então, que os R\$ 32.124,00 foram despendidos para o custeio das seguintes despesas: (i) R\$ 19.200,00, referentes à taxa paga a Praiamar Hotéis e Turismo Ltda., local que iria sediar o evento (fl. 135); (ii) R\$ 2.400,00, referentes à taxa paga pelos serviços de consultoria em relação ao seminário (fls. 136-138); (iii) R\$ 4.410,00, referentes ao serviço de divulgação do evento (fl. 139-140); e (iv) R\$ 250,00, referentes ao serviço de transporte para o evento (fl. 141).

Aqui, algumas considerações merecem ser feitas.

Indene de dúvidas que o Hotel Praiamar, de fato, recebeu da ONG APOLOS o valor de R\$ 19.200,00, constante da Nota Fiscal nº 18146 (fl. 135). Ocorre que esse pagamento somente ocorreu em 01.08.2007, conforme as Declarações Digitais de Serviços (DDS) coligidas aos autos (v. fl. 169), tendo sido confirmada pela Secretaria Municipal de Tributação de Natal/RN a numeração para emissão da referida nota (v. fl. 180).

⁷ DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado - 8ª ed. São Paulo : Saraiva, 2010, p. 891.

Conforme se pode notar, o Termo de Cooperação somente teria vigência de 6 meses, contados a partir do recebimento pelo financiado do pagamento correspondente (fl. 51). Assim, considerando que o saldo referente ao convênio foi depositado em favor da ONG beneficiária em 26.07.2006 (fl. 004 do Apenso I, Volume I), o seminário deveria ter sido realizado até, no máximo, 26.01.2007.

Analisando o extrato bancário da conta nº 4.134-3, agência 3070-8, do Banco do Bradesco S/A, vinculada ao Termo de Cooperação nº 390/2006, vê-se que não há movimentação financeira equivalente ao valor pago ao Hotel Praiamar. O que se vê é uma transferência eletrônica no valor de R\$ 18.000,00, realizada em 03.08.2006, ou seja, praticamente um ano antes do efetivo recebimento da quantia de R\$ 19.200,00 pelo Hotel Praiamar (fl. 004 do Apenso I, Volume I).

Não há notícia de que a referida transação eletrônica, no valor de R\$ 18.000,00, tenha sido destinada para custear despesas relativas ao seminário. Em verdade, não há como imaginar que o referido valor foi utilizado para o pagamento do Hotel (incluída aí as diárias e as contas de alimentação), pois a Nota Fiscal somente foi emitida um ano após o saque da quantia, e, inclusive, extemporaneamente ao prazo para a realização do evento.

Já aqui, pode-se perceber a irregularidade no manejo dos recursos públicos, pois, em 03.08.2006, houve a referida transferência financeira, sem haver comprovação da respectiva contraprestação de serviço em prol da realização do seminário.

É de se estranhar, igualmente, a situação que envolve o pagamento relativo aos serviços gráficos. Deveras, pode-se constatar que, em 10.08.2006, na conta vinculada ao convênio, foi compensado um cheque no valor R\$ 4.410,00 – equivalente à importância paga em favor da empresa “Maná Impressos”. Consta dos autos recibo emitido pela referida empresa datado de 21.08.2006, já a Nota Fiscal referente a tal serviço, com a devida numeração, somente foi emitida em 07.08.2008, frise-se, quase dois anos após o saque do valor correspondente. Ainda, ressalte-se que a comprovação da efetiva realização de tal serviço poderia ter se dado com a simples anexação dos cartazes e cartilhas confeccionados para o seminário, porém, os denunciados não tomaram providência neste sentido.

Em relação ao pagamento de R\$ 250,00, feito a título de “ajuda de transporte para ações do projeto”, também entendo injustificado, pois, repise-se, não tendo ocorrido o evento, não há razão para que tal valor não seja revertido em favor da ONG, e nos autos não consta qualquer informação sobre a existência de crédito para este serviço.

No que diz respeito aos valores pagos a título de consultoria ao projeto, os quais foram recebidos pelo então presidente da associação e ora primeiro denunciado, penso ser oportuno transcrever o seguinte excerto da decisão proferida pelo Juízo de primeiro grau:

A tese ministerial de que o acusado Wilson Sobrinho teria se apropriado desse valor, pois na condição de dirigente da associação responsável pelo evento não poderia ter sido remunerado por este trabalho e, portanto, beneficiado com essa verba, não é plausível. Com efeito, embora a realização de projetos desta natureza esteja, via de regra, contemplada nas atribuições de alguém que assume a função de diretor de uma entidade não governamental, não há impedimento para os serviços assim prestados sejam eventualmente remunerados (...). O fato de a APOLOS ser uma organização não governamental e de os seus diretores não serem assalariados não significa, assim, que estejam impedidos de receber valores na coordenação de projetos que se propõem a realizar. Ressalte-se, inclusive, que restou aprovada verba a este título, isto é, de coordenação do projeto, não cabendo a este julgador incursionar nessa seara e avaliar o mérito do que restou decidido pelo órgão conveniente.

Afigura-me regular, por isso, este pagamento no valor R\$ 2.400,00, alusivos ao serviço de consultoria.

Quanto ao valor restante não justificado, no total de R\$ 5.864,00 (cinco mil, oitocentos e sessenta e quatro reais), não é suficiente a alegação feita pelo acusado Wilson Dantas de que teria sido utilizado para manutenção da ONG. A uma, porque, no âmbito da persecução penal, a prova da alegação caberá a quem a fizer (art. 156 do Código de Processo Penal), não havendo os denunciados se desincumbido deste ônus, e, a duas, porque não se mostra

legítimo dar às verbas destinação distinta daquela prevista no Termo de Convênio.

Se os recursos foram repassados para a realização de determinado evento, somente para este fim deveriam ter sido utilizados, eis que, para a celebração do termo, o órgão conveniente analisa as despesas apresentadas pela instituição, aprovando ou desaprovando cada item solicitado, para, ao final, fixar o montante que deverá ser disponibilizado. Neste caso, não foi diferente (v. fls. 131/132), não sendo plausível o argumento de justificação trazido pelos denunciados.

Certo é que os denunciados somente tiveram poder de gerir a renda oriunda do convênio em razão de serem dirigentes da ONG, e, por terem agido de forma injustificada, efetuando saques e transferências e gastando o saldo financeiro disponível para realização do evento, sem, contudo, viabilizar a realização deste, devem os denunciados serem responsabilizados pelo crime de peculato.

Ainda que se argumente que atualmente existe crédito em favor da ONG perante o Hotel Praiamar e que os denunciados realmente tentaram produzir o seminário objeto do Termo de Cooperação nº 390/06, fato é que tal evento não se realizou, tendo sido as verbas disponibilizadas e esgotadas pela ONG, que é dirigida pelos réus. A ausência da contrapartida por parte da associação, a despeito de haver recebido recursos designados para tanto, reflete a existência de conduta ilícita.

Adequando-se ao caso ora analisado, segue o seguinte precedente do egrégio TRF - 5ª Região, no qual resta cristalizado que havendo a utilização dos recursos públicos como se fossem do agente, há o crime de peculato, independente da intenção de restituir os valores:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PECULATO-APROPRIAÇÃO, ART. 312, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. APROPRIAÇÃO DE NUMERÁRIO DA AGÊNCIA DOS CORREIOS. RESPONSABILIDADE DO GERENTE. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS.

1. O acusado foi condenado pela prática do crime previsto no art. 312, *caput*, do Código Penal, à pena de 2 (dois)

anos e 6 (seis) meses de reclusão, substituída a pena corporal por multa e por uma pena restritiva de direito, esta última consistente em prestação de serviços à entidade pública, a ser designada pelo juízo da execução penal.

2. O apelante, gerente da agência dos CORREIOS do Município de Cedro/PE foi denunciada por ter se apoderado do valor de R\$ 43.140,56 (quarenta e três mil, cento e quarenta reais e cinquenta e seis centavos).

3. Restou demonstrada a materialidade do delito previsto no art. 312, *caput*, do CP – peculato apropriação. Com efeito, os elementos colhidos na instrução processual confirmaram as conclusões do processo administrativo desencadeado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, demonstrando que o acusado se apropriou, em proveito próprio, de valores pertencentes a essa empresa pública.

4. Conclusões reforçadas pelo termo de conferência de numerário lavrado por inspetores daquela empresa pública na presença do acusado, constatando a diferença a menor de R\$ 43.140,56 (quarenta e três mil, cento e quarenta reais e cinquenta e seis centavos).

5. A autoria é delineada no depoimento do acusado, inicialmente no termo de declaração do procedimento administrativo de apuração. Mesmo afirmando a pretensão de restituir o desfalque a declaração é confirmada no depoimento prestado em juízo.

6. Não se sustenta a afirmação de que não teria havido apropriação de dinheiro mas utilização indevida do numerário de forma temporária, não se configurando a conduta do art. 312 do CP, utilizado os valores como seus, incorreu no crime de peculato-apropriação aí exsurgindo o dolo da conduta, sendo despicienda a arguição sobre a intenção de devolução posterior.

7. Não lhe socorre a alegação de que teria sido punido mais severamente na seara administrativa com o procedimento administrativo que culminou com sua demissão diante da independência das instâncias.

8. Entende-se possível a diminuição da pena-base tendo em vista que quase todas as circunstâncias judiciais, a que alude o art. 59 do CP, lhes são favoráveis, devendo ser fixada no patamar mínimo de 2 (dois) anos.

9. Na segunda fase da dosimetria da pena, inexistem circunstâncias agravantes, restando, porém, a atenuante da

confissão que, no entanto, não deve ser aplicada pois esta não pode implicar em diminuição de pena aquém do limite mínimo legal.

10. Inexistindo causas de aumento ou diminuição de pena, torna-se definitiva em 2 (dois) anos de reclusão.

11. Reduz-se a multa para 100 (cem) dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

12. Condena-se o acusado à pena de reclusão de 2 (dois) anos em regime aberto e 100 (cem) dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, mantendo intactas as disposições finais do édito condenatório. Apelação criminal parcialmente provida.

(ACR 00001971020114058304, Desembargador Federal José Maria Lucena, TRF5 - Primeira Turma, *DJe* - Data: 04/07/2013 - Página: 409).

Sobre o peculato-apropriação, Rogério Greco afirma que consiste no ato de “tomar como propriedade, tomar para si, apoderar-se indevidamente de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse ou a detenção, em razão do cargo”⁸, ou seja, circunstância que guarda identidade com o presente caso, em que os denunciados, aproveitando-se da condição de dirigentes da ONG, efetuaram saques de recursos oriundos do convênio firmado com a UNODC e o Ministério da Saúde, sem dar-lhes a destinação devida, havendo o “assenhoramento” de tais valores, passando os acusados a disporem das verbas como se delas fossem donos, o que culminou em desfalque do patrimônio público e na quebra ou abuso da confiança neles depositada pela administração pública.

Portanto, verificam-se presentes os elementos da materialidade delitiva e, da mesma forma, da autoria do crime, bastando observar os cheques assinados por ambos os denunciados, às fls. 018-097 do Apenso I - Volume I, assim como pelo fato de o réu Wilson Dantas Sobrinho haver afirmado ser presidente e gestor da ONG, enquanto o réu Marcelo Araújo Mendes afirmou atuar na

⁸ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume IV - 4ª Ed. Niterói: Rio de Janeiro, Impetus, 208, p. 366.

gestão administrativa, ou seja, serem responsáveis pela gestão da entidade.

Constato, ainda, a continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal), tendo em vista que o Laudo de Exame Financeiro (fls. 120-124 do Apenso II) atesta que os saques/retiradas que zeraram o saldo da conta, esgotando os recursos públicos ali disponíveis, foram realizados entre 20/07/2006 e 10/05/2007, sendo identificados os denunciados como responsáveis pela transação.

Diante do exposto, dou provimento à apelação e julgo **procedente** a denúncia, para condenar os réus Wilson Dantas Sobrinho e Marcelo Araújo Mendes pela prática do crime previsto no art. 312 c/c art. 71 do Código Penal.

Firme nos fundamentos antes esposados, passo a fixar a pena de cada um dos réus, de acordo com o sistema trifásico estabelecido pelo art. 68 do Código Penal:

1. Wilson Dantas Sobrinho.

Para fixação da pena-base, deverão ser avaliadas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

Primeiro, merece consideração o aspecto da culpabilidade, pois o considerável juízo de reprovação que circunda os crimes contra a administração pública fundamenta-se pelo fato de que os danos daí decorrentes atingem indiretamente um número indeterminado de pessoas (no caso, os interessados nas informações básicas sobre ações políticas relativas à pandemia de HIV/AIDS, que seriam discutidas no Seminário).

As demais circunstâncias não desbordam da normalidade da prática delituosa.

Isto posto, fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Não vislumbro a presença de qualquer circunstância agravante ou atenuante.

Por último, deverá ser considerada a causa de aumento de pena atinente à continuidade delitiva. Penso ser o caso de aumentar a pena do réu em 1/6, na forma do art. 71 do Código Penal, alcançando-se o total de 3 (três) anos e 1 (um) mês de reclusão.

Desta forma, presentes os requisitos autorizadores, substituo a pena privativa de liberdade, nos termos do art. 44, § 2º, do Código Penal, por duas penas restritivas de direitos, quais sejam: a) oito horas semanais de serviços prestados a hospital público da localidade, a ser indicado pelo Juízo da Execução Penal, devendo o cumprimento dar-se nos moldes do art. 46, § 3º, do Código Penal Brasileiro e b) prestação pecuniária consistente na doação de dez cestas básicas a entidade de assistência social indicada pelo Juízo da Execução Penal (art. 45, §§ 1º e 2º, do mesmo Diploma Legal).

O descumprimento injustificado da restrição acima exposta importará na conversão para pena privativa de liberdade (art. 44, § 4º, do CPB).

Condeno o réu ao pagamento de multa na proporção de 60 dias-multa, fixando o valor de cada dia-multa na fração de 1/12 do salário mínimo vigente à época do fato.

2. Marcelo Araújo Mendes.

Da mesma forma, em relação às circunstâncias judiciais do art. 59, somente merece valoração a culpabilidade, pelo mesmo fundamento relativo ao primeiro réu, não desbordando as demais circunstâncias da normalidade da prática delituosa. Fixo, assim, a pena-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses.

Igualmente, não visualizo qualquer circunstância agravante ou atenuante.

Em razão da continuidade delitiva, deve ser aumentada em 1/6 a pena do réu, alcançando um total de 3 (três) anos e 1 (um) mês de reclusão.

Assim, presentes os requisitos autorizadores, substituo a pena privativa de liberdade, nos termos do art. 44, § 2º, do Código Penal, por duas penas restritivas de direitos, quais sejam: a) oito horas semanais de serviços prestados a hospital público da localidade, a ser indicado pelo Juízo da Execução Penal, devendo o cumprimento dar-se nos moldes do art. 46, § 3º, do Código Penal Brasileiro e b) prestação pecuniária consistente na doação de dez cestas básicas a entidade de assistência social indicada pelo Juízo da Execução Penal (art. 45, §§ 1º e 2º, do mesmo Diploma Legal).

O descumprimento injustificado da restrição acima exposta importará na conversão para pena privativa de liberdade (art. 44, § 4º, do CPB).

Condeno o réu ao pagamento de multa na proporção de 60 dias-multa, fixando o valor de cada dia-multa na fração de 1/20 do salário mínimo vigente à época do fato.

Após o trânsito em julgado, lancem-se os nomes dos condenados no rol dos culpados (art. 5º, LVII, da Constituição Federal c/c art. 393, II, do CPP).

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 10.252-RN

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelante: ANNY SULAMITA ALMEIDA DANTAS
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIAÇÃO CALUNIOSA. ART. 339 DO CÓDIGO PENAL. IMPUTAÇÃO DE CRIME ELEITORAL. INTEGRANTE DE GRUPO POLITICAMENTE Opositor AO DO IMPUTADO FALSAMENTE. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO PENAL. PRESENÇA. HIPÓTESE DE NÃO AFASTAMENTO. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. MERA ALEGAÇÃO EM JUÍZO E INSUFICIÊNCIA DE PROVA PARA AFASTAR O DOLO DA CONDUTA. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. INADMISSIBILIDADE NOS CRIMES QUE NÃO VISEM O PATRIMÔNIO OU POSSUA EFEITOS PATRIMONIAIS. PRECEDENTES. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INOCORRÊNCIA DA NECESSÁRIA EFICÁCIA SOBRE A PERSECUÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE EFEITO PRÁTICO AO SEU RECONHECIMENTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO

LEGAL. VEDAÇÃO PELA SÚMULA Nº 231/STJ DE CONDUZIR, NESTA FASE DA DOSIMETRIA, A PATAMAR INFERIOR. DESCONHECIMENTO DA LEI. DEMONSTRADA CIÊNCIA DE REPERCUSSÃO NEGATIVA SOBRE A VÍTIMA. PENA DE MULTA. DOSIMETRIA. PROPORCIONALIDADE À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. FIXAÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO. OBSERVÂNCIA DOS LIMITES DO ART. 49 DO CÓDIGO PENAL. REFORMA DA SENTENÇA NESTE PONTO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

- Como é consabido, ainda que acirradas as campanhas eleitorais em municípios menores, é necessário se fazer prova de suposta pressão sofrida pelo agente da denúncia caluniosa para a acusação feita de ocorrência de crime eleitoral, não sendo suficiente mera alegação da defesa em juízo para afastar o dolo da conduta, notadamente quando é claro o prejuízo a ser suportado pela vítima, que integrava grupo político opositor.

- “O c. STJ vem se manifestando pela inadmissibilidade do arrependimento posterior nos crimes da espécie, registrando que para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 16 do Código Penal, exige-se que o crime praticado seja patrimonial ou possua efeitos patrimoniais, sendo incabível na hipótese de crime de uso de documento falso (HC 47.922/PR, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, decisão unânime da Quinta Turma, em 25 de outubro de 2007, publicada no DJ de 10 de dezembro de 2007, p. 401).” (TRF5, 3ª T., ACR-4.135/CE, rel. Des. Federal Vladimir Carvalho, j. 24/04/2008, DJ 29.05.2008, p. 515).

- Para o reconhecimento da confissão espontânea é necessária sua eficácia, esta, repita-se, comprometida com a conclusão lógica decorrente da instrução do processo inquisitorial, antes mesmo das declarações por ela prestadas.

- Ainda que considerada, nenhum efeito prático geraria, a teor da Súmula nº 231/STJ, por fixada a pena-base no mínimo legal de 2 (dois) anos, não podendo a aplicação de atenuantes conduzir a patamar inferior.

- A tese do desconhecimento da lei há de ser afastada, diante da própria defesa formulada, de que agiu por pressão de seus familiares, de grupo político opositor ao da vítima, ou seja, tinha ciência de que aquela ação traria resultados com consequências negativas.

- É pacífica a jurisprudência no sentido de que a pena de multa deve guardar proporcionalidade à pena privativa de liberdade, que no caso concreto foi fixada, em definitivo, no patamar mínimo cominado ao tipo penal, o qual deve ser seguido em observância aos limites do art. 49 do Código Penal.

- Reforma da sentença tão somente para reduzir a pena de multa, fixando-a no patamar de 10 (dez) dias-multa, mantida a valoração consignada pelo douto Magistrado a quo e os demais termos da sentença.

- Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 10 de dezembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
- Relatora

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO (Convocado):

Cuida-se de apelação interposta contra sentença de fls. 168/176, proferida em 26 de fevereiro de 2013, que julgou procedente a denúncia para condenar ANNY SULAMITA ALMEIDA DANTAS, pelo cometimento do tipificado no art. 339 do Código Penal, às penas de 2 (dois) anos de reclusão e de 15 (quinze) dias-multa, cada qual valorado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos (outubro/2008), atualizado quando da execução da pena, substituída a primeira por duas penas restritivas de direitos, consistentes, a primeira, na prestação pecuniária e, a segunda, na prestação de serviços à comunidade ou a entidades pública, sob as condições a serem fixadas pelo juiz da execução.

Diz a denúncia (fls. 3/6) que a acusada, em 14 de outubro de 2008, prestou declarações perante a Promotoria de Justiça da Comarca de Janduís/RN (Ministério Público Eleitoral da 58ª Zona Eleitoral do Rio Grande do Norte) noticiando a prática de crime eleitoral por parte de Karlmarx Gomes Bezerra, à época coordenador de obras daquele município, pelo oferecimento de vantagem patrimonial – crédito no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais) – para que votasse no então candidato a prefeito, Salomão Gurgel.

Notícia, ainda, que restou comprovado que o referido montante tratava-se de uma dívida existente entre Karlmarx Gomes Bezerra e Raimundo Gonçalves Neto, com quem a acusada mantinha envolvimento amoroso, não havendo, assim, qualquer relação com o pleito eleitoral.

Por fim, que perante a autoridade policial confessou que as afirmações prestadas perante à Promotoria Eleitoral deveu-se ao fato de estar envolvida com o grupo opositor naquele pleito, afirmando, ainda, que a referida proposta não ocorrera em troca de votos, não havendo, portanto, fins eleitorais.

Recebida a denúncia em 2 de maio de 2011 (fls. 7/10).

Em suas razões recursais (fls. 182/196), por intermédio da Defensoria Pública da União, aduz a ausência do elemento subjetivo do tipo, pugnando pela absolvição e, subsidiariamente, a redu-

ção da pena pelo arrependimento posterior decorrente da retratação por ela levada a efeito; o reconhecimento da incidência das atenuantes decorrentes da confissão espontânea e do desconhecimento da lei; a exacerbação da dosimetria da pena de multa, pretendendo a diminuição do *quantum* dos dias-multa fixados.

Contrarrazões (fls. 201/208) pela manutenção, em todos os seus termos, do teor da sentença.

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

O *Parquet* Federal, em parecer de fls. 218/221, opina no sentido de ser dado parcial provimento, para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, contudo sem conduzir à redução da pena, por já fixada no patamar mínimo, diante da vedação contida na Súmula nº 231/STJ.

É o relatório.

À revisão.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Pretende a apelante, de início, a sua absolvição, aduzindo a ausência do elemento subjetivo do tipo penal.

Colho da sentença recorrida (fls. 1721/172 – sem destaque no original):

As provas da materialidade delitiva encontram-se nos autos do inquérito, sendo elas as cópias da ação de busca e apreensão, do termo de declarações prestadas pela ré (fl. 8), da decisão que deferiu a liminar (fls. 10/12), do mandado de busca e apreensão (fl. 13) e do auto de busca e apreensão (fl. 23).

Nota-se que as declarações da ré perante a Promotora Eleitoral Kátia Maria Maia de Oliveira deram ensejo à propositura da ação de busca e apreensão, porquanto a ré, no termo de fl. 8 do IPL, afirmou que “foi procurada por Karlmarx, Secretário Municipal; que Karlmarx indagou da depoente o que ela queria para votar no então candidato a

Prefeito, Sr. Salomão Gurgel; que informou que gostaria de receber uma ordem de material de construção; que, dias após, o próprio Karlmarx entregou-lhe uma autorização escrita, dirigida ao Sr. Josenildo, autorizando a entrega de materiais de construção no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais)”.

Além disso, há a confissão feita em juízo (fl. 136v.), em que a ré afirma que sabia da inocência de Karlmarx Gomes Bezerra, tendo dito que sequer houve crime, já que a ordem de compra à qual ela se referira perante o Ministério Público Eleitoral, como prova da corrupção eleitoral praticada por Karlmarx Gomes Bezerra, serviu para o pagamento de dívida que este último tinha com Raimundo Gonçalves de Lima Neto, ex-companheiro da ré.

Todas essas provas supramencionadas também evidenciam a autoria do delito por parte de ANNY SULAMITA ALMEIDA DANTAS, especialmente a confissão judicial.

Com efeito, verifica-se que ANNY SULAMITA ALMEIDA DANTAS, em 14/11/2008, deu causa, por meio de declaração perante o Ministério Público Eleitoral da Comarca de Janduí-RN, à instauração de processo judicial – ação de busca e apreensão – contra Karlmarx Gomes Bezerra, imputando-lhe crime – corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral – de que o sabia inocente.

A defesa alega não ter a ré agido com dolo ao denunciar Karlmarx Gomes Bezerra. Aduz que, “de fato, a acusada sabia que o senhor Karlmarx era inocente, mas não o denunciou por má-fé, isto é, por pura vontade de prejudicá-lo, mas porque estava sendo praticamente forçada por toda a sua família” (fl. 157).

Não procede, porém, tal alegação, porquanto a defesa não se desincumbiu, em momento algum, de demonstrar a ocorrência da pressão exercida sobre a ré por sua família, levando-a a procurar o Ministério Público Eleitoral e praticar o crime em apreço.

Não obstante, como é consabido, sejam as campanhas eleitorais mais acirradas nos municípios menores, não raro delas surgindo intrigas familiares, é indispensável a prova da pressão que a ré diz ter sofrido de sua família para acusar criminalmente Karl-

marx Gomes Bezerra, porquanto terminaria, caso provada tal pressão, por ensejar o reconhecimento de exclusão da culpabilidade, ante a inexigibilidade de conduta diversa na hipótese de coação irreversível (art. 22 do CP), ou de circunstância atenuante, se fosse resistível a coação (art. 65, III, c, do CP).

Assim, a mera alegação feita em juízo pela ré não é suficiente para afastar o dolo de sua conduta.

Como visto, inexistente prova acerca da coação sofrida para a prática do delito, não se tratando de mera alegação.

Ademais, não há como afastar as certezas objetiva e subjetiva da falsidade da acusação, eis que sabia a acusada que a denúncia levada a efeito por ela traria prejuízos à vítima, diante da situação político-partidária por ela mesma descrita, onde integrava grupo opositor àquele por ela falsamente denunciado e, ainda, ter perfeita ciência do seu ato, bem como das consequências dele decorrentes.

Tenho, assim, por superada a questão, com a manutenção do édito condenatório.

Passo aos pedidos subsidiários.

No que diz respeito ao arrependimento posterior, o que se apercebe do inquérito policial em apenso é que só veio a ocorrer em 10 de março de 2010 (cf. fls. 47/49), quando a vítima (Karlmarx Gomes Bezerra) e os já antes nominados Raimundo Gonçalves de Lima Neto, com quem mantinha um relacionamento à época dos fatos, e Josenildo de Souza Araújo, proprietário do depósito de material de construção a quem se destinava o documento objeto da denúncia formulada pela acusada, já haviam prestado suas declarações à autoridade policial, esclarecendo a situação como posteriormente descrito pela própria acusada, o que demonstra que, mesmo levando-se a efeito a persecução penal, ainda que na ausência daquele ato de arrependimento, é de se concluir pelo mesmo desfecho dado, ou seja, inclusive diante do lapso temporal, não se pode entender na reparação do dano.

E, ainda que não se pudesse assim entender, a jurisprudência pátria exige, para albergar o benefício pretendido, que o crime pra-

ticado seja patrimonial ou possua efeitos patrimoniais, consoante se extrai de julgado deste eg. Regional, assim ementado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. USO DE DOCUMENTO FALSO. CRIME FORMAL. INADMISSIBILIDADE DA TENTATIVA. ALEGAÇÃO DE DIFICULDADES FINANCEIRAS. INOCORRÊNCIA DE ESTADO DE NECESSIDADE. INVIABILIDADE DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR.

- O conjunto probatório colhido no curso da instrução confirmou cabalmente os elementos já verificados por ocasião da prisão em flagrante, restando estreme de dúvidas que o réu apresentou documentos falsos à Polícia Federal, no intuito de obter passaporte para identidade fictícia, consumando, destarte, o delito previsto no art. 304 do Código Penal. A jurisprudência é remansosa em avisar que o delito de uso de documento falso é de natureza formal, consumando-se no exato momento da apresentação do documento ilícito, independentemente do resultado naturalístico, razão pela qual inexistente na forma tentada (ACR 199801000233497/DF, rel. des. Eliana Calmon, decisão unânime da Quarta Turma, em 29 de junho de 1999, publicada no *DJ* de 20 de agosto de 1999, p. 349; TRF-3ª Região, ACR 95030662036/SP, rel. des. Célio Benevides, decisão unânime da Segunda Turma, em 19 de novembro de 1996, publicada no *DJ* de 5 de fevereiro de 1997, p. 5136).

- Por outro lado, o fato de o réu estar passando por dificuldades financeiras não pode servir de justificativa para a prática de atos ilegais, sobremaneira se jovem e apto para o trabalho. Tampouco enseja a aplicação da excludente do estado de necessidade, que, à vista do disposto no art. 24 do Código Penal, somente se verifica quando o agente pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. (EINFACR 2.324/PE, rel. des. Paulo Roberto de Oliveira Lima, julgado em 17 de outubro de 2001, publicado no *DJ* de 25 de abril de 2002, p. 644).

- O c. STJ vem se manifestando pela inadmissibilidade do arrependimento posterior nos crimes da espécie, registrando que para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 16 do Código

Penal, exige-se que o crime praticado seja patrimonial ou possua efeitos patrimoniais, sendo incabível na hipótese de crime de uso de documento falso (HC 47.922/PR, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, decisão unânime da Quinta Turma, em 25 de outubro de 2007, publicada no DJ de 10 de dezembro de 2007, pág. 401). Apelo desprovido.

(TRF5, 3ª T., ACR-4135/CE, rel. Des. Federal Vladimir Carvalho, j. 24/04/2008, DJ29.05.2008, p. 515) – sem destaque no original.

De igual sorte o pedido de reconhecimento da confissão espontânea, por necessária sua eficácia, esta, repita-se, comprometida com a conclusão lógica decorrente da instrução do processo inquisitorial, antes mesmo das declarações por ela prestadas.

Neste ponto, é de se observar que, ainda que considerada, nenhum efeito prático geraria, a teor da Súmula nº 231/STJ, por fixada a pena-base no mínimo legal de 2 (dois) anos, não podendo a aplicação de atenuantes conduzir a patamar inferior.

A tese do desconhecimento da lei, da mesma forma, há de ser afastada, pelos fundamentos já expendidos quando da apreciação da alegada ausência do elemento subjetivo do tipo penal, inclusive diante da própria defesa formulada, de que agiu por pressão de seus familiares, de grupo político opositor ao da vítima, ou seja, tinha ciência de que aquela ação traria resultados com consequências negativas.

Por fim, sua insurgência quanto à pena de multa fixada em 15 (quinze) dias-multa.

É pacífica a jurisprudência no sentido de que esta deve guardar proporcionalidade à pena privativa de liberdade, que no caso concreto foi fixada, em definitivo, no patamar mínimo cominado ao tipo penal.

Observando-se o sistema bifásico inerente à fixação da pena de multa, tem-se que na sua primeira fase se impõe a ponderação do *quantum* de dias-multas necessário à reprimenda, ressalte-se em proporcionalidade à pena privativa de liberdade e, na segunda fase, a observância das condições socioeconômicas para a sua

valoração, ou seja, fixada aquela no mínimo legal, igual patamar há de ser observado para esta, nos limites do art. 49 do Código Penal, no caso concreto, então, em 10 (dez) dias-multa, no que há de se concordar, neste ponto, com o apelo.

Posto isso, dou parcial provimento tão somente para reduzir a pena de multa, fixando-a no patamar de 10 (dez) dias-multa, mantida a valoração consignada pelo douto Magistrado *a quo* e os demais termos da sentença.

É como voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 559.398-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: TERESA CRISTINA DA SILVA (INCAPAZ)
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Embte.: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Reptes.: SEVERINA EDINALVA NUNES MOURA (INCAPAZ) E PROCURADORIA DO INSS
Adv./Proc.: DR. MARCOS ANTÔNIO INÁCIO DA SILVA (APTE.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL A DEFICIENTE MENTAL. PRESCRIÇÃO. INCAPACIDADE. INTERDIÇÃO. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE PRESCRIÇÃO CONTRA INCAPAZES. ART. 198 DO CC. JUROS. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS. EFEITOS INFRINGENTES.

- Pela sua própria natureza jurídica, os embargos declaratórios devem referir-se a ponto sobre o qual houver omissão, obscuridade ou contradição da decisão.

- Alega o embargante haver omissão no acórdão, que não teria abordado a questão de ser a apelante incapaz e interditada, de forma que contra

ela não correria a prescrição e nem a decadência, conforme teor do art. 198 c/c art. 208 do CC.

- Deveras, faz-se necessário o enfrentamento da questão. Compulsando os autos, verifica-se que, de fato, a perícia médica constatou transtorno afetivo bipolar de natureza irreversível, encontrando-se a autora judicialmente interdita, conforme se verifica no termo de curatela à fl. 14. Assim, assiste razão à requerente, pois embora a interdição tenha ocorrido apenas no ano de 2010, o laudo pericial esclarece que os registros mais antigos datariam de 1996. Perlustrando o conjunto probatório acostado, observando-se acuradamente a descrição dos antecedentes e o exame do estado geral da paciente, descritos no laudo, percebe-se que a moléstia vem de longa data, tendo se iniciado quando a autora tinha 15 (quinze) anos de idade. Nessa esteira, resta afastada qualquer hipótese de incidência de prescrição ou de decadência ao caso sub examine.

- O benefício de prestação continuada, previsto no art. 20 da Lei nº 8.742/93, é devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 65 anos ou mais (art. 34 da Lei 10.741/2003) que não possam prover sua própria subsistência por si mesmos ou por sua família.

- Resta comprovada, por meio do laudo pericial, deficiência mental grave, comprometidora das atividades laborativas. Conforme consta no laudo médico de fls. 125/128, a requerente padece de transtorno afetivo bipolar (F 31.6), sendo o quadro sério e permanente, necessitando de ajuda direta e constante para as atividades da vida cotidiana. Relata o médico do juízo, que a autora possui discurso totalmente desconexo e sem sentido, já tendo percorrido várias clínicas psiquiátricas sem sucesso, sendo refratária à medicação oferecida.

- Quanto ao estado de miserabilidade para arcar com o seu sustento por si ou por seus familiares, possuindo renda mensal familiar bruta não superior a 1/4 de salário mínimo por pessoa. A autora apresentou às fls. 159/65 comprovantes de seu estado de vulnerabilidade. De acordo com as informações prestadas, sua renda consiste em uma participação no programa federal do Bolsa-Família, além de ajuda mensal de um programa municipal denominado “Programa Renda Mensal Incondicional”, mantido pela prefeitura de Queimadas. Somando-se ambos os rendimentos, o valor auferido não supera R\$ 110,00 (cento e dez reais). Ainda que se considerasse a renda per capita do grupo familiar ligeiramente superior ao limite previsto pelo § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, visto que o filho da apelante perceberia dois salários mínimos, este não é o único critério a ser adotado para se aferir o grau de miserabilidade dos seus integrantes. Podem outros elementos de prova ser considerados, inclusive, as peculiaridades do caso concreto serão determinantes para se reputar o beneficiário carecedor de condições para prover sua própria subsistência ou de tê-la provida por seus familiares a justificar o cumprimento do referido requisito para obtenção do benefício da Assistência Social. Precedentes.

- Direito reconhecido à parte autora à percepção do benefício pleiteado desde a data do requerimento administrativo.

- Os juros moratórios devem incidir a partir da citação à razão de 1% (um por cento) ao mês, sem qualquer adequação aos termos da Lei nº 11.960/09, haja vista a declaração da inconstitucionalidade da expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança” constante do § 12 do art. 100 da CF, através do julgamento das ADI’s nºs 4.357 e 4.425, em

13.03.2013, que, por arrastamento, alcança o art. 1º-F da Lei nº 9.494, com a redação dada pelo art. 5º da citada Lei nº 11.960/09. De igual modo, também se afastam os referidos critérios para a correção monetária, que seguirá a sistemática do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

- Conforme inúmeros precedentes deste e. Tribunal, a verba honorária resta mantida em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, de acordo com o § 4º do art. 20 do CPC, respeitando-se, porém, os termos da Súmula nº 111 do col. Superior Tribunal de Justiça.

- Embargos de declaração providos, com efeitos modificativos.

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 aos embargos de declaração, atribuindo-lhes efeitos infringentes, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que integram o presente julgado.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, apresenta embargos de declaração contra o acórdão de fls. 194/201, consagrado por esta eg. Primeira Turma, nos autos do processo em epígrafe.

Eis a ementa do v. acórdão:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL A DEFICIENTE. PRESCRI-

ÇÃO DE FUNDO DE DIREITO. SÚMULA Nº 85-STJ. AÇÃO JUDICIAL TARDIAMENTE PROPOSTA. INDEFERIMENTO NA VIA ADMINISTRATIVA HÁ MAIS DE CINCO ANOS.

1. Observa-se que a parte autora protocolou junto ao INSS, em 01/06/1998, requerimento de amparo social, fl. 29, somente em 03/03/2011, ingressou com a presente demanda objetivando a concessão do mencionado benefício já ocorrida a prescrição em 01/06/2003.

2. Deveras, ocorreu a fulminação do fundo do próprio direito ao benefício ora postulado, uma vez que a presente ação judicial foi proposta mais de 5 anos após o indeferimento do pleito na via administrativa. Inteligência da Súmula nº 85-STJ.

3. Apelação improvida.

Alega o embargante haver omissão no acórdão, que não teria abordado a questão de ser a apelante incapaz e interditada, de forma que contra ela não correria a prescrição e nem a decadência, conforme teor do art. 198 c/c art. 208 do CC.

Finalmente, requer o provimento dos embargos e a concessão dos efeitos modificativos.

Contrarrazões apresentadas.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Embargos de declaração apresentados pela autora, nos quais encontra-se levantada a questão a respeito de suposta omissão, deste e. Tribunal, relativa à não incidência de prescrição ou decadência no caso *sub oculis*, visto a requerente ser incapaz.

Deveras, faz-se necessário o enfrentamento da questão.

Compulsando os autos, verifica-se que, de fato, a perícia médica constatou transtorno afetivo bipolar de natureza irreversível, encontrando-se a autora judicialmente interditada, conforme se verifica no termo de curatela à fl. 14. Assim, assiste razão à requerente, pois embora a interdição tenha ocorrido apenas no ano de 2010, o laudo pericial esclarece que os registros mais antigos da-

tariam de 1996. Perlustrando o conjunto probatório acostado, observando-se acuradamente a descrição dos antecedentes e o exame do estado geral da paciente, descritos no laudo, percebe-se que a moléstia vem de longa data, tendo se iniciado quando a autora tinha 15 (quinze) anos de idade. Nessa esteira, resta afastada qualquer hipótese de incidência de prescrição ou de decadência ao caso *sub examine*.

Nesse sentido, colho o seguinte julgado:

PREVIDENCIÁRIO. AMPARO SOCIAL. INCAPAZ. ARTIGO 203 DA CF/88. LEI Nº 8.742/93 E DECRETO Nº 1.744/93. NÃO CONFIGURAÇÃO DE DECADÊNCIA. PSICOSE NÃO ORGÂNICA NÃO ESPECIFICADA E TRANSTORNO DE PERSONALIDADE COM INSTABILIDADE EMOCIONAL. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO. TERMO INICIAL. NÃO INCIDÊNCIA DE PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

I. Inicialmente, afasta-se a preliminar de decadência, uma vez que se trata de autora absolutamente incapaz, contra a qual não corre decadência, nos termos do art. 208 do Código Civil.

II. Para a concessão do benefício de amparo social, o requerente deverá comprovar ser deficiente ou idoso, e não possuir meios de prover a sua própria subsistência ou de tê-la provida por sua família, considerando-se como tal, a família que possua renda *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo, nos termos da Lei nº 8.742/93 e Decreto nº 1.744/93.

III. O laudo da perícia médica judicial conclui que o paciente se encontra acometido de psicose não orgânica não especificada (CID 10 F 29) e transtorno de personalidade com instabilidade emocional (CID F 60.3). Afirma o perito que a autora se encontra totalmente incapacitada para qualquer tipo de trabalho, não tendo cura a doença que a acomete.

IV. No que se refere à condição de miserabilidade, o disposto no parágrafo 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, embora não fira a Constituição Federal, conforme assinalado pelo STF, não é o único meio de comprovação da miserabilidade do requerente, devendo a respectiva aferição ser feita, também, com base em elementos de prova colhidos ao longo do processo, observadas as circunstâncias específicas relativas ao postulante do benefício.

V. *In casu*, observa-se que a autora mora com quatro filhos, todos sem renda, e a mesma não tem nem o 1º grau escolar completo, o que dificulta imensamente sua inserção no mercado de trabalho. Ademais, trata-se de absolutamente incapaz que se encontra atualmente sob curatela, estando totalmente incapacitada para exercer a atividade de doméstica (fls. 37 e 54). Além disso, o INSS sequer contestou a condição de miserabilidade da parte autora.

VI. O termo inicial da obrigação deve ser considerado como a data do requerimento administrativo do benefício ou, na sua ausência, a do ajuizamento da ação. No caso em questão, tem-se como termo inicial da obrigação a data do requerimento administrativo.

VII. Não há incidência da prescrição quinquenal, uma vez que se trata de incapaz contra o qual não corre prescrição (art. 198, I, CC).

VIII. A Lei nº 11.960/09, de 29/06/2009, deve ser aplicada para fins de correção monetária e juros de mora a partir de sua publicação, havendo a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. No que tange aos valores referentes a período anterior à entrada em vigor da Lei nº 11.960/09, a correção monetária deve ser realizada de acordo com os índices do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

IX. No tocante aos honorários advocatícios, mantém-se a sucumbência recíproca.

X. Apelação e remessa oficial parcialmente providas, apenas no tocante à incidência da Lei nº 11.960/09 aos juros de mora e à correção monetária.

(PROCESSO: 00034600820104058200, APELREEX26610/PB, RELATORA: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI, Quarta Turma, JULGAMENTO: 22/03/2013, PUBLICAÇÃO: DJe 01/04/2013 - Página 180)

O benefício de prestação continuada, previsto no art. 20 da Lei nº 8.742/93, é devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 65 anos ou mais (art. 34 da Lei 10.741/2003) que não possam prover sua própria subsistência por si mesmos ou por sua família.

Resta comprovada, por meio do laudo pericial, deficiência mental grave, comprometedora das atividades laborativas. Con-

forme consta no laudo médico de fls. 125/128, a requerente padece de transtorno afetivo bipolar (F 31.6), sendo o quadro sério e permanente, necessitando de ajuda direta e constante para as atividades da vida cotidiana. Relata o médico do juízo, que a autora possui discurso totalmente desconexo e sem sentido, já tendo percorrido várias clínicas psiquiátricas sem sucesso, sendo refratária à medicação oferecida.

Quanto ao estado de miserabilidade para arcar com o seu sustento por si ou por seus familiares, possuindo renda mensal familiar bruta não superior a 1/4 de salário mínimo por pessoa. A autora apresentou às fls. 159/65 comprovantes de seu estado de vulnerabilidade. De acordo com as informações prestadas, sua renda consiste em uma participação no programa federal do Bolsa-Família, além de ajuda mensal de um programa municipal denominado “Programa Redenção”, mantido pela prefeitura de Queimadas. Somando-se ambos os rendimentos, o valor auferido não supera R\$ 110,00 (cento e dez reais). Ainda que se considerasse a renda *per capita* do grupo familiar ligeiramente superior ao limite previsto pelo § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, visto que o filho da apelante perceberia dois salários mínimos, este não é o único critério a ser adotado para se aferir o grau de miserabilidade dos seus integrantes. Podem outros elementos de prova ser considerados, inclusive, as peculiaridades do caso concreto serão determinantes para se reputar o beneficiário carecedor de condições para prover sua própria subsistência ou de tê-la provida por seus familiares a justificar o cumprimento do referido requisito para obtenção do benefício da Assistência Social.

Ainda, sobre a questão da renda mensal familiar bruta não superior a 1/4 de salário mínimo por pessoa, a jurisprudência vem se firmando no sentido de relativizar o emprego deste critério, considerando-o como uma das formas de aferição do grau de miserabilidade do beneficiário e não a única. Desta forma, a situação de necessidade poderá ser avaliada, no caso concreto, pelo conjunto dos elementos trazidos à colação.

Eis alguns dos precedentes oriundos do col. STJ e deste Tribunal:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 203, V, DA CF/88. ART. 20, § 3º, DA LEI 8.742/93. INCIDÊNCIA DOS VERBETES SUMULARES 7 E 83/STJ. PRECEDENTES.

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal, no âmbito da Quinta e da Sexta Turma, consolidou entendimento de que a comprovação do requisito da renda familiar *per capita* não superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não exclui outros fatores que tenham o condão de aferir a condição de miserabilidade da parte autora e de sua família, necessária à concessão do benefício assistencial.

2. A reapreciação do contexto fático-probatório em que se baseou o Tribunal de origem para deferir o benefício pleiteado, pela via do recurso especial, esbarra no óbice do enunciado sumular nº 7/STJ.

3. Agravo regimental improvido.

(STJ, AGRESP - 529928/SP, Quinta Turma, Decisão: 06/12/2005, DJData: 03/04/2006, Pg: 389, Relator ARNALDO ESTEVES LIMA)

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. REQUISITO ECONÔMICO. ART. 20, § 3º, DA LEI 8.742/93. RENDA *PER CAPITA* INFERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7-STJ. PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

I - O requisito da renda *per capita* familiar inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não constitui, por si só, causa impeditiva para a concessão do benefício de prestação continuada preconizado na Lei 8.742/93. Fatores outros, relacionados à situação econômico-financeira, devem, também, ser levados em consideração.

II - Tendo o v. acórdão recorrido concluído pela concessão da renda mensal vitalícia, ocasião em que restou aferido o estado de miserabilidade da família, incabível nova discussão quanto ao suporte fático, especialmente em sede de recurso especial. Inteligência da Súmula 7-STJ.

III - É inviável o prequestionamento de matéria constitucional, em sede de recurso especial, em respeito à competência delineada pela Constituição, ao designar o Pretório Excelso como seu guardião. Neste contexto, a pretensão trazida no presente recurso exorbita os limites normativos

do Especial, que estão precisamente delineados no art. 105, III, da Constituição Federal.

IV - Agravo interno desprovido.

(STJ, AGA - 634.150/SP, Quinta Turma, Decisão: 02/12/2004, DJData: 09/02/2005, Pg: 216, Relator GILSON DIPP).

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE AMPARO SOCIAL PARA DEFICIENTE. COMPROVAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA. CAPACIDADE LABORATIVA. JUROS DE MORA DE 1%. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS EM 10% (DEZ POR CENTO).

1. O critério instituído no parágrafo 3º do art. 20 da Lei 8.742/93, ou seja, renda *per capita* inferior a 1/4 do salário-mínimo, não constitui a única forma de apreciação da hipossuficiência do beneficiário. Há de se ponderar se a família é realmente carente, e se não tem condições mínimas de sobrevivência digna.

2. A apreciação do resultado da perícia realizada, deixa claro que a apelada não detinha capacidade para as atividades da vida independente, nem para o exercício de atividade laborativa, privando-a, de acordo com a sua realidade sócio-econômica e cultural, de integração ao mercado de trabalho.

3. Não podendo prover o próprio sustento, impõe-se a concessão do benefício de amparo social, nos termos do art. 20 da Lei nº 8.742/93.

4. Os juros de mora, em se cuidando de verba de natureza alimentar, devem incidir à taxa de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação (Súmula 204 do STJ).

5. Fixação de honorários em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. Apelação e remessa oficial tida por interposta improvidas.

(TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO, AC - 362.250/RN, Terceira Turma, Decisão: 01/06/2006, DJ - Data: 21/08/2006 - Página: 675 - Nº: 160, Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho).

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE AMPARO SOCIAL PARA IDOSO. COMPROVAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA.

1. O critério instituído no PARÁGRAFO 3º do art. 20 da Lei 8.742/93, ou seja, renda *per capita* inferior a 1/4 do salário-mínimo, não constitui a única forma de apreciação da hipossuficiência do beneficiário. Há que se ponderar se, no

caso em tela, a família é realmente carente, isto é, se não tem mesmo condições mínimas de sobrevivência digna.

2. Demandante idosa que não pode prover o próprio sustento.

Concessão do benefício de amparo social, nos termos do art. 20 da Lei nº 8.742/93. Apelação provida.

(TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO, AC - 329.011/PB, Terceira Turma, Decisão: 15/12/2005, DJ - Data: 07/03/2006 - Página: 476 - Nº: 45, Desembargador Federal Geraldo Apoliano)

Pela análise dos elementos trazidos à colação, é visível a precariedade da situação financeira vivenciada pelo grupo familiar da postulante, considerando-se, além da insuficiência do valor do próprio salário-mínimo para atender as necessidades básicas do trabalhador, a peculiaridade do caso: requerente deficiente mental grave, sem renda própria, inserida num grupo familiar de 3 (três) membros, composto por ela, sua curadora e um filho desta, que perceberia dois salários mínimos, conforme extrato de CNIS apresentado. Tal situação é agravada pela pobreza do meio rural em que vivem, pela baixa escolaridade da família e pela própria natureza da enfermidade sofrida, que por certo compromete parte do parco orçamento na compra de remédios e outros cuidados necessários. Ademais, ficou patente a necessidade de acompanhamento por terceiros.

Direito reconhecido à parte autora à percepção do benefício pleiteado desde a data do requerimento administrativo.

Os juros moratórios devem incidir a partir da citação à razão de 1% (um por cento) ao mês, sem qualquer adequação aos termos da Lei nº 11.960/09, haja vista a declaração da inconstitucionalidade da expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança” constante do § 12 do art. 100 da CF, através do julgamento das ADI's nºs 4.357 e 4.425, em 13.03.2013, que, por arrastamento, alcança o art. 1º- F da Lei nº 9.494, com a redação dada pelo art. 5º da citada Lei nº 11.960/09. De igual modo, também se afastam os referidos critérios para a correção monetária, que seguirá a sistemática do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

De acordo com o art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários deverá ser feita consoante apreciação equitativa do juiz, respeitadas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do § 3º, quais sejam: o grau de zelo profissional, o lugar de prestação do serviço e a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Assim, quanto à verba honorária, deve ser fixada à razão de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, conforme exaustiva jurisprudência deste tribunal, com observância dos termos da Súmula nº 111 do STJ.

Embargos de declaração providos, com efeitos modificativos.

Assim voto.

HABEAS CORPUS Nº 5.324-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Impetrantes: EDUARDO ANTÔNIO LUCHO FERRÃO E OUTROS
Impetrado: JUÍZO DA 11ª VARA FEDERAL DO CEARÁ
Pacientes: GENTIL NEWTON EVARISTO LINHARES, ALEXANDRE CARLOS DE ABREU CAMILO E WLADIMIR-MOREIRA DA SILVA

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE IMPRESTABILIDADE DE PROVA. RELATÓRIOS E OUTROS EXPEDIENTES EMANADOS DA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO - CGU E EMBASADORES DA DENÚNCIA PENAL. IMPROPRIIDADE DA PRETENSÃO IMPETRANTE. LISURA DOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DE REUNIÃO DE ELEMENTOS INDICIÁRIOS. FÉ DE OFÍCIO DOS AGENTES PÚBLICOS. PRÁTICA, EM TESE, DE CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA ENVOLVEN-

DO SERVIDORES E GESTORES DO DNIT/CE E PREPOSTOS E RESPONSÁVEIS POR EMPRESAS E EMPREITEIRAS CONTRATADAS. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DEFLAGRAÇÃO E HIGIDEZ DO CONTRADITÓRIO. DECISÃO TÉCNICAMENTE FUNDAMENTADA. PRERROGATIVA E DISCRICIONARIEDADE DO JUÍZO PROCESSANTE. DESCABIMENTO DE INSTAR O JUÍZO ACERCA DA QUALIFICAÇÃO ACADÊMICO-PROFISSIONAL DE AGENTES PÚBLICOS DOS QUADROS DA CGU - CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, SUBSCRITORES DE RELATÓRIOS INTEGRATIVOS DA ACUSAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE CONTRANGIMENTO ILEGAL. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

- Não se divisa a menor incorreção no teor de decisão judicial, notadamente quando existe a possibilidade de o relatório em causa não ser, necessariamente, essencial ao desfecho da ação penal correlata (princípio do livre convencimento).

- Inexiste comprovação de negativa, bem como de retardo injustificado de jurisdição, e, igualmente, de prejuízo ao direito de locomoção dos pacientes. Aplicação do comando inserto no art. 566 do Código de Processo Penal (Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa). É, também, o caso de prevalência do princípio pas de nullité sans grief, alinhado à diretiva da Súmula nº 523/STF: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”

- Segue-se, ademais, a título ilustrativo, que a dicção literal dos arts. 182 e 184 do Código de Processo Penal, em casos outros, bem informa acer-

ca da faculdade de aceitação do julgador, relacionada à prova técnica.

- Não ficou patenteada qualquer forma de sub-sunção da hipótese fático-jurídica narrada aos comandos dos arts. 647, 648 e seguintes do Código de Processo Penal, derivada, tão somente, da integração de peça informativa aos autos, incapaz, por si só, de gerar prejuízo ao exercício pleno do direito de defesa dos processados, notadamente quando não se revela provada – ainda que o seja a posteriori, e se o caso –, por exemplo, a total imprestabilidade técnica do documento produzido por agentes públicos pertencentes aos quadros da Controladoria Geral da União - CGU, subscritores do relatório embasador, em certo grau, da peça acusatória, cuja valia e idoneidade do seu conteúdo revelar-se-ão comprovadas, ou não, ao longo do contraditório penal, não se podendo sequer cogitar acerca da certeza de seu eventual uso como prova exclusiva para eventual decreto condenatório.

- Posicionamento ministerial em tudo contrário à postulação vertida neste mandamus: “Não é cabível, em sede de habeas corpus, a discussão acerca do conjunto probatório embasador da denúncia, cuja apreciação deve se dar no curso da ação penal, onde será garantida a ampla defesa e o contraditório; a fase dos artigos 396, 396-A e 397 do CPP não é de incursão profunda em fatos e teses jurídicas, ou de antecipação de julgamento da causa; Relatório da CGU, como documento público, goza de presunção juris tantum de veracidade; agentes públicos no exercício das funções de controle externo e interno possuem prerrogativa legal de executar trabalhos de fiscalização e auditoria pelo simples fato de integrarem as respectivas carreiras; os argumentos expendidos foram devidamente apreciados pelo Juízo a quo, que registrou ter deferido, logo

após a deflagração da operação ‘mão dupla’, pedido formulado pela autoridade policial, no sentido de compartilhamento com a CGU das informações colhidas na investigação, inclusive daquelas albergadas por sigilo. A CGU não instaurou nem conduziu inquérito policial, por óbvio, mas atuou legitimamente no desempenho de suas funções administrativas de fiscalização e de apuração de irregularidades no manuseio de verba pública, o que, aliás, é a razão de sua existência enquanto órgão público”.
- Ordem denegada, à vista da fundamentação idônea da decisão atacada.

ACÓRDÃO

Decide a Terceira 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 constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 19 de dezembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Pede-se, em suma, nesta petição de *habeas corpus*, “*seja reconhecida a ilicitude do Relatório da CGU e de todas as provas dele derivadas, extirpando-o dos autos, nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal.*”

Insurge-se a impetração, essencialmente, contra ato do juízo monocrático traduzido no indeferimento de pleito idêntico ao ora formulado, entendendo a parte impetrante como inadequada e inidônea a fundamentação utilizada pelo magistrado de piso quando da prolação do *decisum* aqui atacado.

Suscitou-se, dentre outros tópicos, teses de ilicitude do relatório de ação e controle da CGU, que deu embasamento à denúncia, a partir, principalmente, da ausência de documentos que embasaram o Relatório de Inspeção; da realização de perícia de engenharia civil e perícia criminal assinada por quem não detinha nem formação profissional na área, nem responsabilidade técnica; da irregular atuação da CGU como polícia judiciária, etc.

Alega-se, na sequência, cerceamento de defesa, bem como a questionável relevância do relatório antes mencionado, oriundo da Controladoria Geral da União - CGU, para fins de sua utilização como prova, vez que inservível, como aqui se defende, ao deslinde do feito criminal originário.

Juntou-se cópia de documentação (fls. 22/920).

Distribuição por prevenção (Termo de fls. 922/931).

À fl. 932, despacho determinando a prestação de informações do juízo impetrado, bem como oferecimento de parecer ministerial.

As informações do juízo de piso repousam às fls. 935/940.

Parecer ministerial, contrário à concessão da ordem, às fls. 942/948.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Salvante algumas poucas nuances argumentativas, como também a pluralidade de pacientes, para além do Sr. Gentil Newton Evaristo Linhares, fato é que o presente *habeas corpus* renova, quase em sua totalidade, *writ* anteriormente proposto e já devidamente julgado, a saber, o HC nº 4.834-CE, cuja ementa do correspondente Acórdão segue abaixo reproduzida:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PEDIDO DE TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL EM TRÂMITE NA ORIGEM. DENÚNCIA DA PRÁTICA, EM TESE, DE CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DE LAVAGEM DE DINHEIRO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA ENVOLVENDO SERVIDORES E GESTORES DO DNIT/CE

E PREPOSTOS/RESPONSÁVEIS POR EMPRESAS E EMPREITEIRAS CONTRATADAS. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DECISÃO TÉCNICAMENTE FUNDAMENTADA. PRERROGATIVA/DISCRICIONARIEDADE DO JUÍZO PROCESSANTE. DESCABIMENTO DE INSTAR O JUÍZO ACERCA DA QUALIFICAÇÃO ACADÊMICO-PROFISSIONAL DE AGENTES PÚBLICOS DOS QUADROS DA CGU - CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, SUBSCRITORES DE RELATÓRIOS EMBASADORES DA ACUSAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Não se divisa a menor incorreção no teor de decisão judicial, quando o próprio magistrado *a quo* revela a possibilidade de relatório técnico juntado aos autos não ser, necessariamente, essencial ao desfecho da ação penal correlata.

2. A defesa sequer fundamentou, na origem, ainda que minimamente, o requerimento para efetivação da diligência em questão, resultando indeferido tal proposição, tanto em razão de não haver sido comprovada a necessidade da realização do exame pleiteado, como “porque tais informações não são essenciais ao presente processo, seja porque a própria defesa pode requerer diretamente a tal órgão as informações que entender pertinentes.”

3. Segue-se, ademais, a título ilustrativo, que a dicção literal dos arts. 182 e 184 do Código de Processo Penal, em casos outros, bem informa acerca da faculdade de aceitação do julgador, relacionada à prova pericial.

4. Em verdade, não ficou patenteada qualquer forma de subsunção da hipótese fático-jurídica narrada aos comandos dos arts. 647, 648 e seguintes do Código de Processo Penal, derivada, tão somente, da integração de peça informativa aos autos, incapaz, por si só, de gerar prejuízo ao exercício pleno do direito de defesa do processado, notadamente quando não se revela provada – ainda que o seja *a posteriori*, e se o caso –, por exemplo, a total imprestabilidade técnica do documento produzido por agentes públicos pertencentes aos quadros da Controladoria Geral da União - CGU, subscritores do relatório embarador, em certo grau, da peça acusatória, cuja valia e idoneidade do seu conteúdo revelar-se-ão comprovadas, ou não, ao longo do contraditório penal.

5. Parecer do Ministério Público Federal contrário à pretensão, por entender que, além de não ser apropriada a interposição do remédio constitucional eleito, dá-se, ainda, que o mero indeferimento de diligências não configura cerceamento do direito de defesa, porquanto o atendimento ou não de medidas no curso do processo encontra-se na esfera de discricionariedade do juiz, não cuidando, por outro lado, os impetrantes, de demonstrarem que a defesa esgotou todos os meios a sua disposição para conseguir a informação em questão.

6. Precedentes do STF.

7. Ordem denegada, à vista da fundamentação idônea da decisão atacada.

ACÓRDÃO: Decide a Terceira 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 constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Recife, 13 de setembro de 2012. Desembargador Federal MARCELO NAVARRO - RELATOR

Pois bem. Melhor sorte não milita em prol deste novo *mandamus*.

Do conteúdo da denúncia (cópia às fls. 180 e seguintes), observo que foi formulada imputação, em desfavor dos ora pacientes, bem como de outros acusados, da prática, em tese, dos delitos previstos nos artigos 288 (quadrilha) e 333 (corrupção ativa) do Código Penal, sendo a correspondente ementa lavrada nos termos adiante reproduzidos:

PENAL E PROCESSUAL PENAL - CRIMES DE CORRUPÇÃO. LAVAGEM DE DINHEIRO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA, PRATICADOS POR SERVIDORES/GESTORES DO **DNIT/CE** E POR REPRESENTANTES DE **EMPRESAS E EMPREITEIRAS CONTRATADAS** PARA EXECUÇÃO DE OBRAS EM RODOVIAS FEDERAIS - DENÚNCIA ACERCA DOS FATOS CRIMINOSOS NÃO ABRANGIDOS NA AÇÃO PENAL Nº 0011097-19.2010.4.05.8100 - 11ª VARA E NEM PELOS PROCESSOS QUE FORAM DESMEMBRADOS PARA A PERSECUÇÃO PENAL EM SEPARADO. (GRIFOS NO ORIGINAL)

Pois bem. Não diviso a menor incorreção no teor da decisão proclamada pelo juízo de origem (tópicos de nºs 24 a 32, reprodu-

zidos no bojo das informações de fls. 935/940), notadamente quando existe a possibilidade de o relatório em causa não ser, necessariamente, essencial ao desfecho da ação penal correlata (princípio do livre convencimento).

Segue-se, ademais, a título ilustrativo, que a dicção literal dos arts. 182 e 184 do Código de Processo Penal, em casos outros, bem informa acerca da faculdade de aceitação do julgador, relacionada à prova pericial, *verbis*:

Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.

(...).

Art. 184. Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade.

Impõe-se, portanto, a manutenção do *decisum* em comento, dada a ausência de quaisquer atecnias ou desconformidades jurídicas que possam, efetivamente, caracterizar coação ilegal, suscetível de reparo imediato.

Em verdade, não ficou patenteada qualquer forma de subsunção da hipótese fático-jurídica narrada aos comandos dos arts. 647, 648 e seguintes do Código de Processo Penal, derivada, tão somente, da integração de peça informativa aos autos, incapaz, por si só, de gerar prejuízo ao exercício pleno do direito de defesa dos processados, notadamente quando não se revela provada – ainda que o seja *a posteriori*, e se o caso –, por exemplo, a total imprestabilidade técnica do documento produzido por agentes públicos pertencentes aos quadros da Controladoria Geral da União - CGU, subscritores do relatório embasador, em certo grau, da peça acusatória, cuja valia e idoneidade do seu conteúdo revelar-se-ão comprovadas, ou não, ao longo do contraditório penal, não se podendo sequer cogitar acerca da certeza de seu eventual uso como prova exclusiva para eventual decreto condenatório.

Colho, ainda, o magistério erigido pela representação do *parquet*, esgrimido em sede do parecer de fls. 942/948, doravante parte integrante deste pronunciamento, merecendo, pela plausibilidade jurídica de seus argumentos, a transcrição do teor de sua ementa (fl. 942), *verbis*:

PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. QUADRILHA OU BANDO. CORRUPÇÃO ATIVA. ATUAÇÃO DA CGU. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE VENENOSA. DENEGAÇÃO.

1. Não é cabível, em sede de *habeas corpus*, a discussão acerca do conjunto probatório embasador da denúncia, cuja apreciação deve se dar no curso da ação penal, onde será garantida a ampla defesa e o contraditório.
2. A fase dos artigos 396, 396-A e 397 do CPP não é de incursão profunda em fatos e teses jurídicas, ou de antecipação de julgamento da causa.
3. Relatório da CGU, como documento público, goza de presunção *juris tantum* de veracidade.
4. Agentes públicos no exercício das funções de controle externo e interno possuem prerrogativa legal de executar trabalhos de fiscalização e auditoria pelo simples fato de integrarem as respectivas carreiras.
5. Os argumentos expendidos foram devidamente apreciados pelo Juízo *a quo*, que registrou ter deferido, logo após a deflagração da operação “mão dupla”, pedido formulado pela autoridade policial, no sentido de compartilhamento com a CGU das informações colhidas na investigação, inclusive daquelas albergadas por sigilo.
6. A CGU não instaurou nem conduziu inquérito policial, por óbvio, mas atuou legitimamente no desempenho de suas funções administrativas de fiscalização e de apuração de irregularidades no manuseio de verba pública, o que, aliás, é a razão de sua existência enquanto órgão público.
7. Parecer pela denegação da ordem. (Grifos no original)

Inegável, portanto, a fundamentação, em tudo técnica e idônea, da decisão ora fustigada, que deu pela impertinência do pedido de invalidação dos expedientes reunidos pela Controladoria Geral da União - CGU.

Em decorrência da fundamentação idônea da decisão atacada, e à míngua, então, de elementos mínimos, juridicamente aceitáveis, de prova de constrangimento ilegal, **denego** a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA

7184-PE Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior ... 13

AGRAVO DE INSTRUMENTO

134621-PE Rel. Des. Federal Rubens de Mendonça Canuto
(Convocado) 21
135081-SE Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho 28
0802073-76.2013.4.05.0000 (PJe)
Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.33

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA

68-PE Rel. Des. Federal Francisco Wildo (Presidente) .. 40

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

26819-CE Rel. Des. Federal Rubens de Mendonça Canuto
(Convocado) 47
29373-SE Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt 56
0800457-32.2012.4.05.8300 (PJe)
Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães 65

APELAÇÃO CÍVEL

487296-PE Rel. Des. Federal José Maria Lucena 72
524101-AL Rel. Des. Federal Fernando Braga 86
552631-PE Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães 93
552683-PE Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.102
554982-CE Rel.^a. Des.^a. Federal Joana Carolina Lins Pereira
(Convocada) 112
556158-PE Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho 120
560035-PE Rel. Des. Federal Marcelo Navarro 126
562045-RN Rel.^a. Des.^a. Federal Margarida Cantarelli 137
562979-PE Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt 150
564693-PE Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira 167

APELAÇÃO CRIMINAL

7884-PE	Rel. Des. Federal Bruno Teixeira de Paiva (Convocado)	182
9878-RN	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	197
10232-RN	Rel ^a . Des ^a . Federal Joana Carolina Lins Pereira (Convocada)	221
10252-RN	Rel ^a . Des ^a . Federal Margarida Cantarelli	236

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL

559398-PB	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	245
-----------	---	-----

HABEAS CORPUS

5324-CE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	256
---------	---	-----

ÍNDICE ANALÍTICO

A

- Amb Ação civil pública. Código florestal. Margem do Rio São Francisco. Área urbana de Petrolina. Área de proteção ambiental. Construção de empreendimento imobiliário em área degradada. Licenciamento em 2008. Mudança de legislação posterior ao licenciamento e à implantação do loteamento. Sentença que determina a reversão da área ao estado anterior e a recuperação da vegetação nativa. Excesso. AC 552683-PE 102
- Amb Ação civil pública. Dano ambiental. Queimada não autorizada em área de preservação. Inversão do ônus da prova. Obrigação de reparação do dano ambiental objetiva e *propter rem*. AC 487296-PE 72
- PrCv e Cv Ação de reintegração de posse. Alegação de invasão da área pelo Movimento dos Sem Terra, a mando do INCRA. Ausência de prova pelo demandante com relação à ocupação/invasão de área de sua propriedade pelo Movimento dos Sem Terra a mando do INCRA. AC 556158-PE 120
- Prev e PrCv Ação declaratória de inexistência de débito. Nulidade da sentença por violação ao CPC, art. 47. Inocorrência. Descontos realizados pelo INSS na aposentadoria da autora a título de pagamento de empréstimos consignados. Valores descontados a maior. Ilegalidade. Restituição. Possibilidade. APELREEX 26819-CE 47
- Ct e PrCv Ação popular. Pretensão controle de ato administrativo que havia fechado serviço de saú-

	de ineficaz. Tentativa de reabertura ao argumento de carência. Inexistência de provas. Princípio da eficiência do serviço público. Violação. AgRg na SUEXSE 68-PE 40
Trbt	Anulação de lançamento tributário e de arrolamento administrativo de bens. Incorporação imobiliária com permuta. Inexistência de compra e venda. AC 562045-RN 137
Prev	Aposentadoria especial. Tempo de serviço prestado em atividade insalubre. Comprovação parcial dos fatos alegados na inicial. Períodos suficientes para a concessão do benefício. APELREEX 0800457-32 (PJe) .. 65
Ct, Adm, PrCv e Prev	Aposentadoria previdenciária. Cumulação com pensão especial. Condição de ex-combatente. Impossibilidade. AR 7184-PE 13
Prev e PrCv	Auxílio-doença. Concessão. Prova material frágil. Necessidade de laudo pericial judicial. AgTr 134621-PE 21

C

Cv e Trbt	Cédula de crédito rural. Benefício de ordem. Ausência dos requisitos autorizadores para a sua concessão. Encargos legais. Possibilidade de inclusão. Aplicação do CDC. AC 560035-PE 126
Adm	Contrato. Acréscimo salarial. Convenção coletiva de trabalho. Equilíbrio econômico-financeiro. Teoria da imprevisão e revisão contratual. Não aplicação. Repactuação. AC 564693-PE 167

D

Pen e PrPen	Denúncia caluniosa. Imputação de crime eleitoral. Integrante de grupo politicamentepositor ao do imputado falsamente. Elemento subjetivo do tipo penal. Presença. Hipótese de não afastamento. Inexigibilidade de conduta diversa. Mera alegação em juízo e insuficiência de prova para afastar o dolo da conduta. Arrependimento posterior. Inadmissibilidade nos crimes que não visem ao patrimônio ou possuam efeitos patrimoniais. Confissão espontânea. Inocorrência da necessária eficácia sobre a persecução penal. Pena-base fixada no mínimo legal. Pena de multa. Dosimetria. Proporcionalidade à pena privativa de liberdade. Fixação no patamar mínimo. ACr 10252-RN 236
PrCv	Divulgação de notícia em site institucional da AGU. Uso inadequado de expressão. Retirada de circulação. Possibilidade. Aplicação de astreintes contra a Fazenda Pública. Descabimento. AgTr 0802073-76 (PJe) 33

E

Adm e Amb	Edificação em área de preservação permanente. Ausência de licenciamento. Demolição da construção. Efeitos deletérios. Constataçãopor perícia judicial. Multa. Afastamento das sanções. AC 554982-CE 112
Prev e PrCv	Embargos de declaração. Benefício assistencial a deficiente mental. Prescrição. Incapacidade. Interdição. Omissão. Ocorrên-

cia. Impossibilidade de prescrição contra incapazes. ED na AC 559398-PB 245

PrCv Execução. Pedido de bloqueio mensal da margem consignável dos vencimentos do executado. Limite máximo de 30% da remuneração do executado. Ausência de convênio entre a Caixa e o Instituto Nacional do Seguro Social. Falta de autorização e de averbação da Cédula de Crédito Bancário para fins de desconto em folha. Impossibilidade do bloqueio. AgTr 135081-SE 28

H

PrPen *Habeas corpus*. Pedido de reconhecimento de imprestabilidade de prova. Relatórios e outros expedientes emanados da Controladoria Geral da União – CGU e embaixadores da denúncia penal. Impropriedade da pretensão impetrante. Lisura dos procedimentos administrativos de reunião de elementos indiciários. Fé de ofício dos agentes públicos. Prática, em tese, de crimes de lavagem de dinheiro e formação de quadrilha envolvendo servidores e gestores do DNIT/CE e prepostos e responsáveis por empresas e empreiteiras contratadas. Alegação de cerceamento de defesa. Inocorrência. Decisão tecnicamente fundamentada. Prerrogativa e discricionariedade do juízo processante. Inocorrência de constrangimento ilegal. Denegação da ordem. HC 5324-CE 256

P

Pen e PrPen Peculato. Equiparação de dirigentes de ONG a funcionários públicos. Apropriação

indevida de recursos oriundos de termo de cooperação. Materialidade e autoria comprovadas. ACr 10232-RN 221

Adm Pensão por morte. Divórcio. Posterior reconciliação do casal. Óbito do instituidor durante a união estável. Direito ao benefício. APELREEX 29373-SE 56

R

Pen e PrPen Receptação qualificada. Atividade comercial. Quadrilha. Estabilidade e ânimo associativo. Compatibilidade com o crime continuado. Peculato. Não participação. Dosimetria. Afastamento da confissão espontânea. Retratação. ACr 7884-PE 182

Cv Responsabilidade civil. Anticoncepcional. Ineficácia. Ocorrência de gravidez. Bula com informação explícita de que o medicamento pode falhar em 2% das mulheres. Laudo de análise do lote nº 3175/08 aprovado no controle de qualidade. Danos materiais e morais. Não cabimento. AC 524101-AL 86

S

Adm Servidor público federal da FUNDAJ. Ação objetivando revisão de aposentadoria, pagamento de indenização por danos morais, pagamento em dobro de licença especial não gozada e restituição de valores pagos a título de custeio de plano de saúde e contribuição previdenciária. Ilegitimidade da União para figurar no polo passivo da demanda. Prescrição quinquenal. Ocorrência. Assédio moral. Não comprovação. AC 552631-PE 93

Pen e PrPen Sonegação de contribuição previdenciária. Cerceamento de defesa. Inexistência. Autoria e materialidade comprovadas. Dolo específico. Não exigência. Crime continuado. Maioridade atingida à época da última prestação sonegada. Impossibilidade de aplicação da benesse do CP, art. 115 (redução dos prazos prescricionais à metade) e da atenuante da menoridade. Precária condição financeira da empresa. Excludente de culpabilidade. Inexigibilidade de conduta diversa. Não comprovação. Redução da pena. Possibilidade. Regime inicial de cumprimento da pena. Alteração para menos gravoso (aberto). Possibilidade de substituição da pena de reclusão por restritiva de direitos. ACr 9878-RN 197

Trbt Suspensão de exigibilidade de crédito tributário. COFINS. Sociedade civil de advogados. Crédito que fora anteriormente extinto por decisão judicial transitada em julgado. Parcial procedência de ação rescisória com efeitos prospectivos. Cobrança da exação no período abrangido pela sentença rescindenda. Possibilidade. Necessidade de apuração do *quantum* residual com a intimação do contribuinte. AC 562979-PE 150