

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

JURISDIÇÃO

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

Número 112 - Novembro/Dezembro - 2014

R. TRF 5ª Região, nº 112, pp. 1-366, Novembro/Dezembro -
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

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

Desembargador Federal
FRANCISCO ROBERTO MACHADO - 10.12.14

Desembargador Federal
IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)

Desembargadora Federal
JOANA CAROLINA LINS PEREIRA (CONVOCADA)

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 ROBERTO MACHADO

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
Desembargadora Federal JOANA CAROLINA(CONVOCADA)

QUARTA TURMA (terças-feiras)

Desembargador Federal ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Presidente
Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES
Desembargador Federal IVAN LIRA (CONVOCADO)

SUMÁRIO

1. Jurisprudência	13
2. Índice Sistemático	357
3. Índice Analítico	361

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO PENAL Nº 155-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR
Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réus: FERNANDO LIMA COSTA, IVANDI BRILHANTE DE ARAÚJO E BRUNO FISCHER ALMEIDA BRILHANTE
Advs./Procs.: DRS. FABIANO FREIRE FEITOSA E OUTRO, JOSÉ CARLOS FELIZOLA SOARES FILHO E VICTOR PAIM FERRARIO DE ALMEIDA

EMENTA: PENAL. PREFEITO E PARTICULARES. CRIME DE RESPONSABILIDADE. DECRETO-LEI 201/67 (ART. 1º, I). FRUSTAÇÃO DE LICITAÇÃO. LEI 8.666/93 (ART. 90). MATERIALIDADE NÃO COMPROVADA. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO DOLO. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO CONDENATÓRIA.

- Cuida-se de ação penal pública proposta pelo Ministério Público Federal contra Fernando Lima da Costa, à época dos fatos prefeito do Município de Nossa Senhora das Dores/SE, Ivandi Brilhante de Araújo e Bruno Fischer Almeida Brilhante, sócios da empresa Brilhante Construções, Locações e Empreendimentos Ltda., imputando-lhes a prática de crime previsto nos arts. 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/67 e 90 da Lei nº 8.666/93, c/c o art. 69 do Código Penal.

- No tocante à alegação de exigência de capital mínimo e garantia para a celebração do contrato, não há violação a dispositivo de lei, pois há amparo para tal exigência. É o que se vislumbra da leitura dos arts. 31, §§ 2º e 3º, e 56 da Lei 8.666/93. Por outro lado, tais exigências foram estabelecidas em favor do interesse público, bem como, não houve excesso quanto aos percentuais legais.

- No que tange à suposta irregularidade do edital por ausência de sua publicação no Diário Oficial

da União, não vislumbro o elemento subjetivo do dolo na conduta, pois trata-se aqui de mero vício formal.

- Quanto à alegação de que as empresas inexistiam fisicamente, tal entendimento deve ser reafirmado, uma vez que elas existem e encontram-se em funcionamento.

- Por fim, à guisa de reforço, a fiscalização que atesta a execução de parte relevante do objeto do contrato de repasse, ao instante de sua realização, também afirma que a execução da parte restante se encontrava em andamento

- Ação penal cujo pedido foi julgado 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, julgou improcedente a ação penal, nos termos do voto do Relator.

Recife, 24 de setembro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR:

Cuida-se de ação penal pública proposta pelo Ministério Público Federal contra Fernando Lima da Costa, à época dos fatos prefeito do Município de Nossa Senhora das Dores/SE, Ivandi Brilhante de Araújo e Bruno Fischer Almeida Brilhante, sócios da empresa Brilhante Construções, Locações e Empreendimentos Ltda., imputando-lhes a prática de crime previsto nos arts. 1º, inciso II, do

Decreto-Lei nº 201/67 e 90 da Lei nº 8.666/93, c/c o art. 69 do Código Penal.

A inicial acusatória, inicialmente proposta no juízo da 6ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Itabaiana/SE, narra que os réus frustraram, mediante combinação e prévio ajuste, o caráter competitivo da Tomada de Preços nº 003/2008, com o objetivo de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação. Além disso, alega a acusação que os réus se utilizaram indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de rendas públicas federais, pois foi firmado contrato de repasse entre o município de Nossa Senhora das Dores/SE e o Ministério das Cidades, por intermédio da Caixa Econômica Federal, com a finalidade de construir unidades habitacionais.

Denúncia recebida pelo Juízo de 1º grau em 14/06/2012, conforme decisão às fls. 12/15.

Em resposta à citação, os réus reservaram-se no direito de se manifestarem após a instrução probatória (fls. 66/86).

Inquirição da testemunha arrolada pelo réu Ivandi Brilhante de Araújo às fls. 247/248.

Os autos chegaram a esta Corte Regional em virtude de o réu Fernando Lima da Costa ter sido eleito Prefeito do Município de Nossa Senhora das Dores/SE, cuja prerrogativa de foro do cargo está afeta à competência deste Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Interrogatório dos réus às fls. 352/357.

Intimada as partes para requerimento de diligências, nada requereram.

Alegações finais apresentadas pela acusação às fls. 365/369v, tendo a mencionar que o Ministério Público Federal pediu a absolvição.

Os réus, intimados, nada requereram, conforme certidão de fl. 373.

É o relatório.

VOTO

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

O Ministério Público Federal imputa aos réus a prática dos seguintes tipos penais previstos, respectivamente, na Lei nº 8.666/93 e Decreto-Lei nº 201/67:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

(...)

II - utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos;

(...)

§1º Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de dois a doze anos, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos.

Alega que os réus Ivandi Brilhante de Araújo e Bruno Fischer Almeida Brilhante sabiam da condição de prefeito do réu Fernando Lima Costa e, portanto, por ser circunstância de caráter pessoal elementar do tipo, se comunicaria aos referidos réus a prática do crime de responsabilidade anteriormente mencionado.

A acusação alega a materialidade das condutas pelos seguintes fatos:

- a) Irregularidade do edital, por exigência de cláusulas restritivas ao caráter competitivo do certame, em razão da exigência cumulativa, de duas espécies de garantias, quais sejam, exigência de capital social mínimo e prévio depósito financeiro;
- b) Ausência de publicação do edital no Diário Oficial da União, contrariando o art. 21, inciso I, da Lei nº 8.666/93;

c) As empresas participantes do certame inexistem fisicamente.

Todavia, as provas carreadas nos autos não comprovam que os réus praticaram os crimes imputados pela acusação, é o que se verá a seguir.

Primordialmente, no tocante à alegação de exigência de capital mínimo e garantia, não há violação a dispositivo de lei, pois há amparo para tal exigência. É o que se vislumbra da leitura dos arts. 31, §§ 2º e 3º, e 56 da Lei 8.666/93, que assim dispõem:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

(...)

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

Por outro lado, tais exigências foram estabelecidas em favor do interesse público, bem como, não houve excesso quanto aos percentuais legais. Observa-se, ainda, que a própria acusação, em suas razões finais (item 24), expõe que a exigência “não parece ter sido direcionada a frustrar o caráter competitivo, mas cercar a Administração de mais garantias contra eventual descumprimento contratual”.

No que tange à irregularidade do edital por ausência de sua publicação no Diário Oficial da União, não vislumbro o elemento subjetivo do dolo na conduta, pois trata-se aqui de mero vício formal, conforme apontou o MPF em suas razões finais (itens 25/28):

demais disso, embora o edital não tenha sido publicado no Diário Oficial da União, em contrariedade ao disposto no art. 21, inciso I, da Lei nº 8.666/93, houve a publicação no Diário Oficial do Estado de Sergipe, em jornal diário de grande circulação (Correio de Sergipe) e no quadro de avisos da prefeitura.

o réu Fernando Lima Costa, em seu depoimento arguiu que não tem conhecimento profundo do processo licitatório e que a maioria dos membros da Comissão Permanente de Licitação - CPL são servidores públicos efetivos treinados, habilitados e idôneos que fazem o processo corretamente, cabendo ao prefeito homologar e no caso específico da Tomada de Preço 03/2008 havia, ademais, dois pareceres jurídicos, além do parecer do controle interno, todos no sentido da regularidade da licitação. Alegou, ademais, que a caixa Econômica Federal também não detectou qualquer irregularidade e autorizou a ordem de serviço, que foi dada na gestão seguinte. Assim, assevera que não detinha conhecimento técnico para perceber o vício em face da ausência de publicação no Diário Oficial da União. Quanto a esta falha, alega que ao contatar os servidores membros da CPL, estes informaram que no momento de fazer a publicação no *DOU* falhou a conexão com a internet e esqueceram-se de publicar depois. Assim, alegou que esse fato decorreu de um equívoco da comissão e dele não tomou conhecimento na hora de homologar.

Quanto à alegação de que as empresas inexistiam fisicamente, tal entendimento deve ser refutado, uma vez que elas existem e encontram-se em funcionamento, como também atestou o MPF em suas razões finais (item 18/22):

restar comprovado que a Brilhante Construções, Locações e Empreendimentos Ltda. existe de fato e de direito”, uma vez que “o Contrato social da Brilhante Construções, Locações e Empreendimentos Ltda. e suas alterações, fls. 90/114, bem como as cópias de correspondências acostadas às fls. 115/121, dão conta que referida sociedade alterou seu endereço algumas vezes e que sua sede não mais se localizava no endereço visitado pela CGU quando da diligência. Assim, em 05/06/2003, o endereço da sede era na Av. Nossa Senhora da Glória, 985, sala 1, centro,

CEP 49690-000, Monte Alegre Sergipe/SE (endereço no período da Tomada de Preço nº 003/2008), em 11/08/2009, alterou seu endereço para Rua Maria do Carmo Alves, 61, casa, centro, CEP 49690-000, Monte Alegre de Sergipe; por fim, a partir de 07/02/2011, o endereço passou a ser na Rodovia SE 206, s/n, sala 1º andar, bairro Trevo, CEP 49820-000, Canindé de São Francisco/SE. Desse modo, está plenamente justificada a constatação da CGU e do servidor do MPU no que diz respeito à inexistência da sede da Brilhante Construções, Locações e Empreendimentos Ltda. no endereço em que estiveram (Av. Nossa Senhora da Glória, 985, sala 1, centro, CEP 49690-000, Monte Alegre Sergipe/SE). Demais disso, o Sistema Nacional de Pesquisa e Análise - SNP/SINASSPA do MPF, conforme Relatório de Pesquisa nº 079/2014, em anexo, constatou que a empresa iniciou suas atividades em 26/06/2003, está até hoje ativa e regular, bem como havia vários trabalhadores contratados no ano de 2008, indicando a regularidade nas suas atividades. Igualmente, constatou-se que os sócios têm recolhimentos como empresários, o que indica um padrão de normalidade.

Por fim, à guisa de reforço, a fiscalização que atesta a execução de parte relevante do objeto do contrato de repasse, ao instante de sua realização, também afirma que a execução da parte restante se encontrava em andamento. É o que se retira dos fundamentos do MPF em suas razões finais (itens 32/33):

Com efeito, no contrato de repasse, os pagamentos são liberados à medida em que a obra é realizada, segundo o cronograma de execução, após as medições feitas pela Caixa Econômica Federal. Do total de R\$ 502.932,76 (quinhentos e dois mil, novecentos e trinta dois reais e setenta e seis centavos) foram liberados R\$ 328.996,32 (Trezentos e vinte oito mil, novecentos e noventa e seis reais e trinta e dois centavos), isto é, cerca de 65,41% do valor total. A CGU vistoriou 23 casas, o que dá conta de pelo menos 54,76% da obra; porém, há notícia de que havia mais casas em andamento quando da vistoria pela CGU. Tudo isso indica para a execução regular da obra. Ademais, o documento de fl. 268, do volume 2 do apenso, informa que foi realizada 66,72% da obra.

Destarte, não vislumbro a subsunção dos fatos às hipóteses previstas nos arts. 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/67 e 90 da Lei nº 8.666/93, o que afasta a tipicidade da conduta e, consequentemente, a prática dos crimes imputados.

Com tais considerações, julgo improcedente a pretensão punitiva estatal, para absolver os réus com fulcro no art. 386, inciso I, do Código de Processo Penal.

É como voto.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 7.320-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Autora: FRANCISCA IVA SOUZA SILVA
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. HELIO COUTINHO LACERDA E OUTRO

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. ART. 108 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DECISÃO PROFERIDA NO ÂMBITO DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. NÃO CABIMENTO DE RESCISÓRIA. ART. 59 DA LEI Nº 9.099/95. DISPOSIÇÃO APLICÁVEL AOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. ART. 1º DA LEI Nº 10.259/2001. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.
- Ação rescisória visando desconstituir acórdão proferido no âmbito do Juizado Especial Federal, em sede de ação previdenciária, que julgou improcedente o pedido de concessão de aposentadoria especial.
- A Constituição Federal prevê, em seu artigo 108, I, b, que compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar “as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região”.

- Hipótese em que o acórdão rescindendo foi proferido no âmbito de Juizado Especial Federal. Nos termos do artigo 59 da Lei 9.099/95, não cabe rescisória das decisões proferidas nas causas sujeitas ao procedimento instituído por aquela norma, aplicável tal disposição aos Juizados Especiais Federais, a teor do artigo 1º da Lei nº 10.259/2001.

- É entendimento assente nesta Corte Regional que não é cabível ação rescisória das decisões proferidas no âmbito do JEF. Precedentes.

- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de não existir vínculo jurisdicional entre os Juizados Especiais Federais e os Tribunais Regionais Federais, sendo o vínculo entre estes órgãos apenas de ordem administrativa.

- Em nome dos princípios da efetividade e da economia processual, deve ser inadmitida a presente ação rescisória, desde já, por este Tribunal, conforme já tem decidido o Pleno desse e. Tribunal (PJe: 08010916220134050000, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL EMILIANO ZAPATALEITÃO (CONVOCADO), Pleno, JULGAMENTO: 15/01/2014; AR 00145885020114050000, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Pleno, DJe - Data: 03/08/2012 - Página: 131; AR 00121808620114050000, Desembargador Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá, TRF5 - Pleno, DJe - Data: 09/02/2012 - Página: 19; AR 200905000 895082, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 - Pleno, DJe - Data: 14/07/2011 - Página: 182)

- Ação rescisória extinta sem resolução de mérito. Sem condenação na verba sucumbencial por ser a autora beneficiária da assistência judiciária gratuita.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, extinguir a ação rescisória sem resolução de mérito, na forma do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 20 de agosto de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de ação rescisória ajuizada por FRANCISCA IVA SOUZA SILVA visando desconstituir sentença, com fulcro no art. 485, incisos V e VII, do CPC, proferida pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Ceará, nos autos do Processo nº 0503338-61.2012.4.05.8104, que revogou a sentença pelo Juízo da 22ª Vara-CE, que deu provimento à ação e concedeu aposentadoria por idade na condição de segurada especial.

Na defesa de seus argumentos a autora alega, em síntese, que a sentença rescindenda violou literal dispositivo de lei e surgiu documento cuja apresentação não seria possível na fase recursal, que garantiria provimento judicial favorável.

Na contestação, o INSS arguiu, como preliminares: não cabimento de ação rescisória contra sentença proferida em Juizados Especiais, em razão da vedação do art. 59 da Lei nº 9.099/95, bem como a inocorrência das hipóteses previstas no art. 485 do CPC. No mérito, afirmou que os documentos apresentados datam de período imediatamente anterior ao requerimento do benefício perante a Autarquia ré, não alcançando tempo suficiente de atividade agrícola necessário à obtenção de aposentadoria rural e que o CNIS do cônjuge da autora possui diversos vínculos urbanos em extenso período, descaracterizando a atividade rurícola em regime de economia familiar.

Nas razões finais, a parte autora manteve-se silente e o INSS reiterou as razões da peça contestatória.

O Ministério Público, em seu parecer, opinou pela incompetência do TRF 5ª Região para processar e julgar a ação e pela conseqüente declinação em favor da Turma Recursal Federal do Estado do Ceará.

Ao eminente Revisor.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

A hipótese é de ação rescisória ajuizada por FRANCISCA IVA SOUZA SILVA visando desconstituir sentença, com fulcro no art. 485, incisos V e VII, do CPC, proferida pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Ceará, nos autos do Processo nº 0503338-61.2012.4.05.8104, que revogou a sentença pelo juízo da 22ª Vara-CE, que deu provimento à ação e concedeu aposentadoria por idade na condição de segurada especial.

Nos termos do artigo 108, I, *b*, da Constituição Federal, compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar “as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região”.

O acórdão rescindendo que é objeto da presente ação foi proferido no âmbito da Turma Recursal do Juizado Especial Federal do Ceará.

Conforme disposto no artigo 59 da Lei 9.099/95, não cabe rescisória das decisões proferidas nas causas sujeitas ao procedimento instituído por aquela norma, aplicável tal disposição aos Juizados Especiais Federais, a teor do artigo 1º da Lei nº 10.259/2001.

A jurisprudência desta c. Regional tem se firmado no sentido de reconhecer o não cabimento de ação rescisória das decisões proferidas no âmbito dos Juizados Especiais Federais. A respeito, é oportuno transcrever os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA RESCINDENDA PROFERIDA NO ÂMBITO DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. INADMISSIBILIDADE DA RESCISÓRIA. ART. 59 DA LEI 9.099/95. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

- Não se admite ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído pela Lei 9.099/95. Inteligência do artigo 59 do mencionado diploma legal.

- Em homenagem ao princípio da economia processual, nada impede que a inadmissibilidade desta ação rescisória seja reconhecida, desde já, por este Tribunal. Precedente desta Corte Regional de Justiça.

- Ação rescisória extinta sem resolução de mérito.

(AR 00145885020114050000, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Pleno, *DJe* - Data: 03/08/2012 - Página: 131.)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA NO ARTIGO 485, INCISO V, DO CPC. VIOLAÇÃO AO PARÁGRAFO 3º DO ARTIGO 55 DA LEI Nº 8.213/91. DECISÃO RESCINDENDA PROFERIDA NO ÂMBITO DO JUIZADO ESPECIAL DE PEQUENAS CAUSAS. INADMISSIBILIDADE.

- A teor do artigo 59 da Lei nº 9.099/95 (aplicável aos Juizados Especiais Federais, por força do artigo 1º da Lei nº 10.259/01), não é cabível ação rescisória das decisões proferidas pelos Juizados Especiais.

- Embora a jurisprudência venha admitindo que a competência para decidir acerca do cabimento de ação rescisória de sentença proferida no âmbito dos Juizados Especiais Federais não seja do Tribunal Regional Federal, porque não existe vínculo jurisdicional entre os Juizados Especiais Federais e os Tribunais Regionais Federais, tem-se a vedação expressa de ajuizamento de ação rescisória contra decisão sujeita ao procedimento do juizado especial, contida no artigo 59 da Lei nº 9.099/1995.

- Em nome dos princípios da efetividade e da economia processual, deve a inadmissibilidade desta ação rescisória ser reconhecida, desde já, por este Tribunal.

(AR 00112670720114050000, Desembargadora Federal Nilcéa Maria Barbosa Maggi, TRF5 - Pleno, *DJe* - Data: 17/04/2012 - Página: 114.)

Constitucional. Previdenciário. Ação Rescisória. Sentença proferida em sede de Juizado Especial Federal. Art. 1º da Lei 10.259/2001 c/c Art. 59 da Lei 9.099/1995. Impossibilidade jurídica de ajuizamento de rescisória. Precedentes desta Corte Regional. Beneficiário da justiça gratuita. Não condenação em honorários. Ação rescisória julgada extinta, sem resolução do mérito.

(AR 00121808620114050000, Desembargador Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá, TRF5 - Pleno, *DJe* - Data: 09/02/2012 - Página: 19.)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. ART. 108 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DECISÃO PROFERIDA NO ÂMBITO DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. NÃO CABIMENTO DE RESCISÓRIA. ART. 59 DA LEI Nº 9.099/95. DISPOSIÇÃO APLICÁVEL AOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. ART. 1º DA LEI Nº 10.259/2001. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

1. Ação rescisória visando desconstituir sentença proferida no âmbito do Juizado Especial Federal, em sede de ação previdenciária, que determinou a implantação de benefício assistencial de prestação continuada em favor do autor, afastando a condenação da Autarquia demandada no pagamento das parcelas vencidas a contar da citação.

2. A Constituição Federal prevê, em seu artigo 108, I, b, que compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar “as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região”.

3. Hipótese em que a sentença rescindenda foi proferida no âmbito de Juizado Especial Federal. Nos termos do artigo 59 da Lei 9.099/95, não cabe rescisória das decisões proferidas nas causas sujeitas ao procedimento instituído por aquela norma, aplicável tal disposição aos Juizados Especiais Federais, a teor do artigo 1º da Lei nº 10.259/2001.

4. É entendimento assente nesta Corte Regional que não é cabível ação rescisória das decisões proferidas no âmbito do JEF. Precedentes.

5. Ação rescisória extinta sem resolução de mérito.

(AR 200905000895082, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 - Pleno, *DJe* - Data: 14/07/2011 - Página: 182.)

Sabe-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de não existir vínculo jurisdicional entre os Juizados Especiais Federais e os Tribunais Regionais Federais, sendo o vínculo entre estes órgãos apenas de ordem administrativa.

Outrossim, tem-se a vedação expressa de ajuizamento de ação rescisória contra decisão sujeita ao procedimento do juizado especial, contida no artigo 59 da Lei nº 9.099/1995.

Dessa forma, em nome dos princípios da efetividade e da economia processual, deve ser inadmitida a presente ação rescisória, desde já, por este Tribunal, conforme já tem decidido o Pleno desse e. Tribunal, corroborado pelos precedentes acima e pelo recente julgado cuja ementa abaixo se transcreve:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. DECISÃO RESCINDENDA PROFERIDA POR JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. NÃO CABIMENTO. EXTINÇÃO. SEM HONORÁRIOS. JUSTIÇA GRATUITA.

1. Cuida-se de ação rescisória, ajuizada por ALDERIZA ALEXANDRE DA SILVA, visando rescindir a sentença proferida nos autos da Ação Ordinária de nº 0507559-30.2011.4.05.8102 (nº identificador 4050000.125210), em que se julgou improcedente o seu pedido inicial de aposentadoria especial por idade, na condição de trabalhadora rural.

2. Alega a requerente que a declaração é documento hábil a compor o conjunto probatório e de fato constituir o início de prova material, estando suprimido o motivo da improcedência da decisão rescindenda, devendo ser concedido o benefício pleiteado.

3. A decisão rescindenda foi proferida por Juizado Especial Federal, devendo-se assim atentar para a determinação da competência dos Tribunais Regionais Federais, estabelecida pelo artigo 108, inciso I, *b*, da Constituição Federal, no sentido de que compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar, originariamente as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região.

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de não existir vínculo jurisdicional entre os Juizados Especiais Federais e os Tribunais Regionais

Federais, sendo o vínculo entre estes órgãos apenas de ordem administrativa.

5. É vedado o ajuizamento de ação rescisória contra decisão sujeita ao procedimento do juizado especial, conforme dispõe o artigo 59 da Lei nº 9.099/1995, também aplicável aos Juizados Especiais Federais.

6. A despeito de considerar-se incompetente esta Corte para apreciar a presente demanda, e em nome dos princípios da efetividade e da economia processual, deve a inadmissibilidade desta ação rescisória ser reconhecida, desde já, por este Tribunal.

7. Extinta a ação rescisória, sem resolução do mérito, na forma do artigo 267, VI, do CPC.

8. Sem condenação na verba sucumbencial em razão de ser a autora beneficiária da assistência judiciária gratuita. (PJe: 08010916220134050000, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL EMILIANO ZAPATA LEITÃO (CONVOCADO), Pleno, JULGAMENTO: 15/01/2014)

Desta forma, ante a expressa vedação legal de ajuizamento de ação rescisória contra sentença/acórdão proferido por Juiz Federal/ Turma Recursal em sede dos Juizados Especiais Federais, fica patente o não cabimento da presente ação, devendo esta Corte Regional reconhecer a impossibilidade jurídica do pedido rescisório em questão.

Tecidas estas considerações e à luz da jurisprudência supra transcrita, fica evidente que não cabe rescisória no caso em tela, o que impõe a extinção da ação.

Por essas razões, julgo extinta a presente ação rescisória sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

Sem condenação na verba sucumbencial em razão de ser a autora beneficiária da assistência judiciária gratuita.

É como voto.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 7.321-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Autora: JÚLIA CRISTINA DE ARAÚJO LEMOS
Ré: UNIÃO
Advs./Procs.: DRS. MARIA CATARINA BARRETO DE ALMEIDA VASCONCELOS E OUTRO (AUTORA)

EMENTA: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, INC. IX, DO CPC. ALEGAÇÃO DE ERRO DE FATO. INOCORRÊNCIA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. UTILIZAÇÃO COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO ESPECÍFICO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

- Ação rescisória proposta com o desiderato de desconstituir acórdão prolatado pela Primeira Turma deste Tribunal Regional Federal, quando do julgamento da AC nº 372841/PE interposta nos autos da Ação Ordinária tombada sob o nº 0021036-25.1998.4.05.8300, que concluiu por negar provimento ao recurso aviado pela autora, no qual almejava obter ascensão funcional, assim como indenizações a título de danos material e moral.

- A teor do disposto no art. 485 do CPC, a sentença de mérito, trânsita em julgado, somente poderá ser rescindida via ação rescisória, nas hipóteses elencadas nos incisos de I a IX.

- Defende a parte autora que a presente ação encontra-se respaldada no inciso IX do artigo 485 do CPC, uma vez que, segundo alega, a decisão judicial rescindenda abriga erro de fato, dada a circunstância de não ter se pronunciado quanto ao dano patrimonial que alegou ter suportado, por ocasião da sua aposentadoria, em vista ao decesso remuneratório sofrido a partir do seu ingresso na inatividade.

- Ressalta-se que a parte autora, ao propor a ação rescisória em tela, inovou na sua argumentação, trazendo à baila a cogitação de pleito diverso daqueles esposados na inicial da ação ordinária, na qual se buscou a ascensão funcional, bem assim indenizações a pretexto de danos material e moral. Sucede que, na presente ação rescisória, diz ter pleiteado a revisão do valor do seu benefício de aposentadoria.

- Do cotejo feito entre teor da petição inicial da ação ordinária e o conteúdo da decisão rescindenda, constata-se que todos os pedidos formulados pela autora, nos termos como apresentados, foram efetivamente objeto de análise na decisão judicial, de modo que não subsiste a ventilada omissão apta a caracterizar, segundo a percepção da autora, o erro de fato referenciado no inciso IX do art. 485 do CPC.

- Erro de fato haveria se o julgador desconsiderasse um fato existente nos autos ou considerasse fato inequivocamente inexistente, consoante dispõe o artigo 485, parágrafo 1º, do CPC, o que não ocorreu no caso sub examine, tendo havido, inclusive, pronunciamento judicial sobre o fato, tal como enuncia o parágrafo 2º do artigo 485 do CPC.

- Ação rescisória improcedente.

- Sem honorários, em razão do deferimento da justiça gratuita.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória, na forma do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 13 de agosto de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de ação rescisória ajuizada por JÚLIA CRISTINA DE ARAÚJO LEMOS, qualificada na exordial, postulando por meio de advogado(a) constituído(a), em face da UNIÃO, visando desconstituir acórdão prolatado pela Primeira Turma deste Tribunal Regional Federal, nos autos da Ação Ordinária tombada sob o nº 0021036-25.1998.4.05.8300, cujo trâmite desenvolveu-se perante a 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco.

A antecitada ação foi aforada pela autora, enquanto servidora inativa do quadro de pessoal do Ministério da Saúde, com o propósito de revisar o ato administrativo concessório da sua voluntária aposentadoria, com veiculação de pedido cristalizado no sentido de que a União fosse compelida a proceder a sua ascensão funcional, do nível médio para o nível superior, dado o exercício da sua atividade em desvio de função, bem como condená-la na reparação do dano material, consistente no pagamento da diferença apurada entre os valores dos cargos de nível médio e nível superior, assim como na compensação do dano moral que alega ter sofrido.

A Primeira Turma deste Tribunal, em Sessão realizada no dia 15/10/2009, com votos proferidos pelos eminentes Desembargadores Federais Francisco Cavalcante, Manoel Erhardt e Emiliano Zapata (Relator), este último convocado, à unanimidade, negou provimento à Apelação Cível nº 372841/PE¹ interposta pela autora, em face da sentença monocrática de improcedência. A ementa do julgado revela o conteúdo a seguir transcrito:

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. EXERCÍCIO DE FUNÇÕES DE CHEFIA E ASSESSORAMENTO. PRESUNÇÃO DE PERCEPÇÃO DE REMUNERAÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E/OU MORAIS. NÃO CABIMENTO.

¹ Acórdão publicado no *DJe* de 06/11/2009, p. 211.

1. Os documentos existentes nos autos (fls. 28/65) demonstram que a autora exerceu, durante vários períodos de sua vida funcional, funções de chefia e assessoramento no setor de comunicação social do INAMPS e de órgãos públicos estaduais aos quais colocada à disposição, razão pela qual a conclusão da sentença apelada de que já fora remunerada por essas atividades pela retribuição recebida pelo exercício dos cargos de chefia e assessoramento, não fazendo, assim, jus a outra indenização, por danos materiais e/ou morais, em virtude do desvio de função alegado na inicial, está fundamentada na presunção legal de que o exercício desses cargos se dá de forma remunerada, aplicando-se, assim, ao caso, a inversão do ônus probatório prevista no art. 334, inciso IV, do CPC, e não a regra de ônus da prova do art. 333, inciso II, do CPC.
2. Desse modo, não tendo a autora demonstrado, por exemplo, através de seus contracheques, que não recebeu retribuição pelas funções de chefia e assessoramento exercidas, não merece reparo a sentença apelada que entendeu que o desvio de função alegado não dava ensejo a reparação civil por danos materiais e/ou morais.
3. Não provimento da apelação.

A autora pretende desconstituir o julgado proferido pela 1ª Turma desta eg. Corte, respaldando a sua pretensão no inciso IX do artigo 485 do Código de Processo Civil. Para tanto, estriba o seu pleito suscitando a existência de erro de fato, segundo as seguintes razões, estas transcritas *ipsis litteris*:

- a) Os danos pleiteados não estão entrelaçados com reconhecimento ou não do pedido declaratório ou vinculados aos valores recebidos a título de remuneração pela função exercida.
- b) Apesar de narrar os fatos da petição inicial da ação indenizatória, a MM Julgadora *a quo* não se pronunciou quanto à questão pertinente ao dano patrimonial emanado por ocasião da aposentadoria da autora, assim como sobre a questão moral no tocante ao desvio de função, em evidente erro de interpretação no tocante ao pedido.
- c) Os documentos juntados foram tão somente para provar o alegado pela Autora, em relação ao desvio de função e, por conseguinte, da verba que deixou de ser inserida no cálculo de sua aposentadoria.

Ao final, a autora pugna pela procedência da ação rescisória.

Junta, à inicial, os documentos constantes das fls. 16/250 (primeiro volume) e 253/285 (segundo volume), dentre os quais, instrumento de mandato e cópia dos autos do Processo nº 0021036-25.1998.4.05.8300.

O pedido de justiça gratuita formulado pela autora foi apreciado e deferido no ato judicial exarado à fl. 288 dos autos.

Citada, a União apresentou peça de defesa às fls. 289/314, na qual suscita, em sede preliminar, a incompetência deste Juízo para processar e julgar a presente ação, alegando que o acórdão rescidendo foi prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça, como também o não cabimento da ação rescisória, haja vista a inocorrência da mencionada violação literal de disposição de lei. No mérito, em síntese, aduz que:

- a) a parte autora utilizou-se da ação rescisória como substitutivo de recurso, já que, na verdade, o seu intento é obter um novo julgamento da causa;
- b) não demonstrou, na inicial, qualquer dos requisitos previstos na legislação processual, para fins de infirmar a autoridade da decisão trânsita em julgado;
- c) não houve a efetiva configuração da ocorrência de erro de fato, nos termos conforme previsto no inciso IX do art. 485 do CPC, de sorte que resta caracterizada a inadequação da ação rescisória;
- d) o acesso aos cargos públicos, por expressa previsão constitucional, dá-se somente mediante aprovação em concurso público, de modo que, ressalvada a nomeação para cargo em comissão, outras modalidades de provimento, dentre elas a ascensão, não foram recepcionadas. No passo seguinte, fez referência ao enunciado de Súmula nº 685 do STF, vazada nos seguintes termos: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”;
- e) não restou comprovado nos autos que as funções exercidas pela autora, no decorrer da sua vida laboral, seriam privativas de profissional com formação em curso superior.

Instada a se pronunciar acerca das preliminares suscitadas, a parte autora ocorreu ao chamado, peticionando às fls. 318/326.

Apesar de não ter havido instrução processual, dada a sua prescindibilidade, as partes em litígio apresentaram razões finais escritas, sendo a autora às fls. 330/334, e a ré à fl. 336.

Em suas razões finais, a autora refuta a suscitada prefacial de incompetência do juízo, aduzindo não ter o STJ apreciado o mérito do agravo. Na seara do mérito, justifica ser-lhe de direito a compensação pelo dano moral, este sofrido em virtude de ter sido posta para trabalhar em desvio de função, enquanto o dano material emerge do fato de estar percebendo benefício previdenciário em valor inferior à sua remuneração quando se encontrava na ativa. Alfim, requer a procedência da demanda.

Por sua vez, a ré, em sucinta petição, reitera os argumentos já expostos em sua peça de contestação.

O Ministério Público Federal apresentou o parecer às fls. 340/347, opinando, em sede preliminar, pelo não conhecimento da ação rescisória, haja vista o nítido intento manifestado pela autora em revolver a prova constante da ação ordinária. Assim, argumenta não se encontrarem presentes os pressupostos para a propositura da ação rescisória. Quanto ao mérito, disse ser indevida a perseguida indenização, a pretexto de danos moral e material, uma vez que não restou reconhecido o alegado desvio de função. Ressalta, ademais, não ser verídica a afirmação dirigida no sentido de que o julgado rescindendo abriga ponto omissivo, já que, pelo que se infere do conteúdo do decisum hostilizado, há expresso pronunciamento judicial acerca do pedido indenizatório. Destaca, outrossim, que, em razão de a autora ter sido investida em cargo comissionado (direção, chefia e assessoramento), aponta-se desnecessária a perseguida reparação pecuniária, porquanto já devidamente recompensada pela própria remuneração da função que exercera. Por fim, opina pela improcedência do pedido rescisório.

É o relatório.

Ao Desembargador Federal Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Trata-se de ação rescisória ajuizada pela autora em epígrafe, com fundamento no inciso IX do artigo 485 do Código de Processo Civil, com o propósito de rescindir acórdão exarado nos autos da Ação Ordinária nº 0021036-25.1998.4.05.8300, na qual foi julgado improcedente o pedido deduzido pela autora, este vocacionado no sentido de que fosse concedido édito judicial de natureza mandamental, com expedição de ordem para que a ré procedesse a sua ascensão funcional, do nível médio para o nível superior, em decorrência do exercício da sua atividade em desvio de função. De igual modo, restou judicialmente negado o pedido de natureza condenatória, voltado ao pagamento de indenização por supostos danos material e moral.

A princípio, deve ser reconhecida a tempestividade da ação. A rescisória foi ajuizada dentro do prazo decadencial de 2 (dois) anos, uma vez que a decisão rescindenda transitou em julgado em novembro de 2011 e a presente ação foi proposta em outubro de 2013.

De início, convém analisar a matéria preliminar esgrimida pela ré e pelo *Parquet*.

A União, em sua peça de defesa, agita duas preambulares, a primeira vetorizada no sentido de este Tribunal ser incompetente para processar e julgar a presente ação rescisória, enquanto a segunda voltada à alegação do não cabimento da ação rescisória.

No tocante à alegada incompetência deste Juízo, a ré lançou mão do argumento de que o acórdão rescidendo foi prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Entrementes, de logo, percebe-se não prosperar a referida preliminar, frente ao evidente equívoco perpetrado pela União.

No caso presente, pelo que se infere dos autos, mormente da fl. 262, o recuso especial aviado pela autora não foi conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, de sorte que a decisão judicial trãnsita em julgado é o acórdão proferido pela Primeira Turma deste eg. TRF - 5ª Região.

Sob este umbral, a teor do disposto no art. 108, inc. I, alínea *b*, da CRFB², não sobrepaira dúvida alguma quanto a competência desta Corte para processar e julgar a ação rescisória *sub examine*. Preliminar de incompetência rechaçada.

Igualmente, a segunda preliminar afigura-se desprovida de pertinência, porquanto o argumento trazido a cabo pela parte requerida, no sentido do “não cabimento da ação rescisória, em vista à incorrência da mencionada violação literal de disposição de lei”, encontra-se totalmente divorciado do fundamento no qual a parte autora estriba a presente ação.

Compulsando-se a peça inaugural, vê-se facilmente que a autora arrima o seu pedido rescisório no inciso IX do artigo 485 do CPC, que versa sobre o erro de fato, diverso, portanto, da disposição inserta no inciso V do artigo 485 do CPC, que trata da violação literal à disposição de lei.

Assim sendo, não versando a presente ação sobre violação literal de disposição de lei, outro caminho não há que ser trilhado, senão o que leva, também, à rejeição dessa segunda preliminar.

O Ministério Público Federal, por seu turno, em parecer ofertado às fls. 340/347, opina, de início, pelo não conhecimento da ação rescisória, segundo o fundamento de não se encontrarem presentes os pressupostos para o ajuizamento da ação rescisória, frente, segundo argumenta, ao manifesto propósito da requerente em revolver a prova produzida nos autos da ação ordinária.

No caso presente, a parte requerente almeja desconstituir julgado exarado pela 1ª Turma deste eg. Tribunal, segundo a alegação de que a sentença proferida pelo juízo monocrático abriga erro de fato, por ter deixado de se pronunciar quanto ao dano patrimonial que alegou ter suportado, a partir do momento da concessão da sua aposentadoria, uma vez que passou a auferir proventos

² CF, art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I - processar e julgar, originariamente:

(...);

b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região;

(...).

em valor bem inferior aos vencimentos percebidos na atividade. Nesta senda, deduz a sua pretensão rescisória com estribo no art. 485, inc. IX, do CPC, esculpido nos termos seguintes:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...);

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

Impende aduzir não se revelar verdadeira a afirmação feita pela autora, na proemial desta ação, de que a sentença monocrática teria sido omissa no tocante ao dano patrimonial que diz ter sofrido, quando do ato da sua aposentação.

Não custa reiterar que, nos autos da Ação Ordinária nº 0021036-25.1998.4.05.8300, a autora vindicou a revisão do ato administrativo concessório da sua aposentadoria, com o propósito de galgar ascensão funcional, com base na alegação de que teria exercido as suas atribuições do cargo de nível médio em desvio em função, pugnando, ainda, como consectário deste pedido, pela condenação da ré na reparação do dano material, consistente no pagamento da diferença apurada entre os valores dos cargos de nível médio e nível superior, assim como na compensação do dano moral que diz ter sido vítima, em decorrência dos desvios das suas atribuições funcionais.

Pois bem. Ao se compulsar o teor da sentença monocrática, inserta às fls. 145/149 destes autos, constata-se que o pedido de ascensão funcional foi de pronto rejeitado, isso em função do disposto no art. 37, inc. II, da CRFB, que prevê que a investidura em cargo ou emprego público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, depende de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, não se fazendo possível, portanto, nenhuma forma de provimento derivado.

Depois de negado o pedido de ascensão funcional, a eminente Juíza Federal prolatora da sentença passou a se debruçar sobre o exame do pleito indenizatório formulado pela requerente, conforme evidenciam as fls. 147, *in fine*, e 148 destes autos.

A douta julgadora fez assentar que, a despeito de o servidor público, desviado das funções inerentes ao seu cargo, não ter direito ao reenquadramento, faz jus, no entanto, às diferenças remuneratórias resultantes entre o cargo, de fato exercido, e o cargo do qual efetivamente é titular. Entretanto, logo em seguida, assentou o seguinte:

(...). No entanto, no caso em tela, não há comprovação de que a atividade efetivamente desempenhada pela parte autora, durante todos estes 18 anos alegados, se enquadra em função privativa de bacharel, de modo a ensejar a necessidade de profissional com formação em curso superior e pagamento de vencimentos diferenciados.

A simples alegação de que laborou no setor de comunicação social, muitas vezes com função de chefia e assessoramento, conduz, tão somente, à ideia de que a autora já foi, à evidência, ressarcida pelo desempenho de suas atividades. Os cargos de direção, chefia e assessoramento têm remuneração específica, por serem de livre provimento e exoneração, de modo que a informação de que exerceu tais funções demonstra a desnecessidade de qualquer reparação.

Muitos dos documentos coligidos aos autos e firmados pela demandante se relacionam apenas a atividades ordinárias de repartições públicas, tais como, aprovações de orçamentos, consertos de equipamentos, pedido de materiais de almoxarifado. Saliento, ainda, que alguns desses documentos se referem apenas ao tempo em que a parte autora laborou no Hemope. Além disso, um dos cargos arrolados pela autora como de provável enquadramento reclama, como forma de experiência, “3 anos de efetivo exercício na classe ‘A’ de Técnico em Comunicação Social” (fl. 70), requisito este que não se pode inferir dos autos.

Assim, diante da impossibilidade de ascensão funcional e da desnecessidade de pagamento de diferenças salariais,

tenho que o pleito autoral de indenização por danos materiais em morais sofridos não merece acolhida.

Como se vê, inegavelmente todos os pedidos constantes da peça primaz da ação ordinária foram efetivamente enfrentados na fundamentação da sentença monocrática, de modo que, evidentemente, não subsiste a ventilada omissão hábil a caracterizar, segundo a percepção da autora, o erro de fato referenciado no inciso IX do art. 485 do CPC.

Assinala-se que haveria o erro de fato se o julgador desconsiderasse um fato existente nos autos ou considerasse fato inequivocamente inexistente, consoante dispõe o artigo 485, § 1º, do CPC, o que não ocorreu. Destaca-se, ainda, conforme já dito linhas atrás, ter havido pronunciamento judicial sobre o fato, tal como enuncia o § 2º do artigo 485 do CPC.

A doutrina, reportando-se às decisões pretorianas, chancela a posição ora empunhada. Theotônio Negrão, a propósito, anota, a esse respeito, os seguintes escólios: *“O erro autorizador da rescisória é aquele decorrente da desatenção ou omissão do julgador quanto à prova, não, pois, o decorrente do acerto ou desacerto do julgado em decorrência da apreciação dela”*. (Bol. AASP 1.678/supl., p. 6, com farta jurisprudência). No mesmo sentido: RF 331/330.)” (cf. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 33ª ed., p. 513, Saraiva, São Paulo, 2002).

Assim sendo, tem-se como não caracterizado o cogitado erro de fato.

Outrossim, convém aduzir que o título objeto da pretendida rescisão, in casu, é o acórdão proferido pela 1ª Turma deste eg. Tribunal, uma vez que, interposto o recurso de apelação pela autora em face da sentença de improcedência, o acórdão desta Corte passou a ostentar caráter substitutivo do ato judicial monocrático. Neste diapasão, o ato judicial combatido pela autora deveria ser o acórdão, e não a sentença, como o fez na inicial desta ação rescisória.

De toda a exposição dos argumentos fáticos e jurídicos inseridos na peça exordial, vê-se que o ato judicial hostilizado pela autora é a sentença, quando, verdadeiramente, o ato judicial apto a ser

efetivamente combatido seria o acórdão, por constituir o título judicial acobertado pelo manto da coisa julgada.

Há que ser ressaltado, ademais, que a autora, ao propor a ação rescisória em tela, inovou na sua argumentação, trazendo à baila pleito diverso daqueles esposados na inicial da ação ordinária.

Em prol da sua pretensão, diz a parte requerente que não houve expressa pronúncia do Poder Judiciário no tocante ao pedido revisional do valor da sua aposentadoria, já que, ao passar para a inatividade, passou a auferir proventos em valor bem inferior aos vencimentos percebidos quando se encontrava na ativa.

Afigura-se sobremaneira evidente a tentativa envidada pela autora de enquadrar a situação fático-jurídica por ela narrada à hipótese legal contemplada no inciso IX do art. 485 do CPC, ainda que para isso lhe custe lançar mãos de argumentos inverídicos, pois, conforme já alhures referido, o que se buscou obter na ação ordinária foi a ascensão funcional, bem assim indenizações a pretexto de danos material e moral, e não, como agora afirma a autora, que teria pleiteado a revisão do valor do seu benefício de aposentadoria.

Sob este pórtico, assiste razão ao Ministério Público Federal quando, em seu parecer, afirma que a intenção da autora é ver reexaminadas as provas do processo originário, valendo-se, assim, da ação rescisória como uma espécie de sucedâneo de recurso.

De fato, a ação rescisória não pode ser utilizada como substitutivo recursal, tampouco fora das hipóteses elencadas nos incisos I a IX do artigo 485 do Código de Processo Civil. Assim, para se rescindir sentença ou acórdão, segundo a alegação de erro de fato, deve-se sempre ter em vista que a ação rescisória não é a via adequada para a verificação do acerto ou da injustiça da decisão judicial rescindenda.

Exsurge nítido que o propósito da autora, com o manejo desta rescisória, outro não é, senão a de utilizá-la como sucedâneo de recurso. Todavia, consoante frisado anteriormente, a ação rescisória não é substituta de recurso; não é recurso ordinário, com

prazo bienal; não é super-recurso, e não se presta para suprir ou colmatar a eventual contumácia das partes nos casos em que estas não tenham feito desafiar contra os julgados havidos por danosos aos respectivos interesses, e a tempo e modo compatíveis, os recursos pertinentes (STJ, AR nº 3219/RS, Rel. Min. Jorge Scartezini, Segunda Seção, julgado em 14/02/2007, DJ de 11/10/2007, p. 282).

Posto isso, entendendo que o acórdão rescindendo não incorreu em erro de fato, voto no sentido de julgar improcedente o pedido deduzido na presente ação rescisória.

Sem honorários, em razão do deferimento da justiça gratuita à fl. 288 dos autos.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 112.927-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA
Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Agravados: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA, MUNICÍPIO DE FORTALEZA (CE), UNIÃO E SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DO CEARÁ SINDUSCON/CE
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. FERNANDA MARIA DIÓGENES DE MENEZES OLIVEIRA E OUTROS E ANTÔNIO CLETO GOMES E OUTROS

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. PRELIMINAR DA UNIÃO PREJUDICADA. PREFACIAIS DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA/CE REJEITADAS. APARÊNCIA DO BOM DIREITO E PERIGO DA DEMORA DEMONSTRADOS PELO PARQUET FEDERAL. REFORMA DA DECISÃO COMBATIDA.

- Inicialmente, registre-se que, nessa primeira análise, não se pode aderir à tese da ilegitimidade passiva da UNIÃO haja vista que a presente ação civil pública visa à defesa de bioma localizado à margem do Cocó, próximo à sua foz, o que implica que, ao menos em parte, se encontra em terreno da UNIÃO (Decreto-Lei nº 9.760/46 – 2, a). Ademais, neste momento, a questão acerca da permanência ou não da UNIÃO no feito não alterará a sorte do processo, uma vez que: a) ela não será diretamente afetada pelos efeitos da liminar pleiteada, até porque, como bem aduzido em suas contrarrazões, nenhum pedido liminar foi contra ela direcionado; b) a ação também foi ajuizada em face do IBAMA, o que fixa a competência da Justiça Federal.

- Por sua vez, a preliminar de intempestividade do agravo de instrumento, suscitada nas contrarrazões do MUNICÍPIO DE FORTALEZA/CE, deve ser rejeitada, visto que o MPF foi intimado do teor do decisum combatido em 9/12/2010 e o termo ad quem do prazo recursal, já considerando o disposto nos arts. 184, 188 e 522, todos do CPC e a suspensão dos prazos processuais por ocasião do recesso forense, foi o dia 17/1/2011. Assim, tendo sido o presente recurso interposto em 11/1/2011, não se há de falar em intempestividade do agravo de instrumento.

- Por outro lado, não prospera a prefacial de ilegitimidade do MPF para propor o feito originário, aduzida pelo município agravado, visto que o Parquet Federal, por força do disposto no art. 129, III, da Constituição Federal (CF/88), c/c o art. 5º, I, da Lei nº 7.347/85, é parte legítima para ajuizar ação civil pública em defesa do meio ambiente (notadamente) em face da UNIÃO e do IBAMA.

- A seu turno, melhor sorte não tem a preliminar de inépcia da inicial, aventada pelo município recorrido, uma vez que não restaram configura-

dos os requisitos previstos no parágrafo único, do art. 295 do CPC.

- Também não merece guarida a prefacial de necessidade de conversão deste recurso em agravo retido, arguida pelo MUNICÍPIO DE FORTALEZA/CE, visto que a possibilidade de degradação de biomas especialmente protegidos, com implicações negativas para a própria sociedade, caso se tenha de aguardar a realização de perícia judicial para fins de verificação se o polígono objeto da ação civil pública originária seria ou não Área de Preservação Permanente (APP) em sua totalidade ou se conteria ou não área enquadrada como Zona Costeira, já se mostra suficiente para consubstanciar o risco de lesão grave e de difícil reparação, a justificar a interposição do presente recurso por instrumento.

- No caso em tela, tem-se que o MPF conseguiu demonstrar, de plano, a aparência do bom direito (verossimilhança das alegações) em relação à caracterização do polígono delimitado pela Av. Santos Dumont, pela margem esquerda do Rio Cocó, pelo Conjunto Habitacional “Cidade 2000” e pela Av. Dioguinho, nas cercanias da Praia do Futuro, no MUNICÍPIO DE FORTALEZA/CE, como APP, até porque foram juntados aos autos originários cinco laudos periciais, sendo quatro elaborados pelos técnicos do IBAMA e um deles, por peritos criminais do Departamento de Polícia Federal (DPF), nos quais se atesta que parte significativa da área apontada pelo MPF se encontra inserida no conceito de APP, nos termos da legislação vigente à época (Lei nº 4.771/65 - antigo Código Florestal, Lei nº 7.661/88 - Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, Lei nº 9.636/98 - Bens Imóveis da União, Lei nº 9.605/98 - Lei de Crimes Ambientais, Resolução CONAMA nº 303/02 - Áreas de Preservação Permanente).

- Ademais, o parágrafo único, do art. 2º da Lei nº 7.661/88, define Zona Costeira como sendo o espaço geográfico de interação do ar, do mar e da terra, incluindo seus recursos renováveis ou não, abrangendo uma faixa marítima e outra terrestre, que serão definidas pelo Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro (PNGC). Com efeito, a delimitação do que se considera Zona Costeira foi estabelecida pelo Decreto nº 5.300/04, em seus arts. 3º e 4º. Nesse passo, com base nos dispositivos retromencionados, há plausibilidade na alegação do MPF de que a área objeto da ação civil pública esteja inserida em Zona Costeira, especialmente quando se observa que: i) o Laudo Técnico nº 046/08 NLA/SUPES/IBAMA/CE demonstra terem sido encontradas unidades geomorfológicas (dunas) pertencentes à Planície Litorânea na área avaliada; ii) o Laudo Técnico nº 1693/08 do IBAMA expressamente assevera que área contida no polígono objeto da ação civil pública originária integra a Zona Costeira do MUNICÍPIO DE FORTALEZA/CE; iii) o Laudo nº 119/2009 - SETEC/SR/DPF/CE informa que o local examinado está situado na faixa litorânea da Praia do Futuro, no MUNICÍPIO DE FORTALEZA/CE; e iv) o Laudo de Vistoria Técnica nº 730/09 do IBAMA constatou que as áreas vistoriadas também se localizam em ambiente dunar. Tal circunstância, por força do art. 6º, § 2º, da Lei nº 7.661/88, exigiria, a princípio, para fins de licenciamento ambiental, a elaboração pelo empreendedor de Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e apresentação do respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA). O município agravado admitiu, nas suas contrarrazões, conceder licenças ambientais, relativas à área objeto da lide originária, sem a realização do EIA e do RIMA, confirmando-se a verossimilhança das alegações do MPF.

- Ressalte-se, por oportuno, que, ainda que não se tenha certeza de que toda área poligonal se enquadra na conceito de APP, tal fato não poderia constituir óbice ao deferimento do provimento antecipado, uma vez que, em se tratando do meio ambiente, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, nos termos do art. 225, caput, da CF/88, existindo dúvida, ainda que mínima, quanto ao real enquadramento da referida área, ou mesmo quanto ao potencial lesivo de uma determinada atividade ou empreendimento sobre o meio ambiente, deve ser adotada a decisão mais conservadora, de forma a sobrestar a(s) ação(ões) impugnada(s), conferindo efetividade aos incisos I, V e VII do § 1º do dispositivo constitucional anteriormente aduzido.

- O receio de degradação de biomas especialmente protegidos, caso se tenha de aguardar a realização de perícia judicial para fins de verificação se o polígono objeto da ação civil pública originária seria ou não APP em sua totalidade ou se conteria ou não área enquadrada como Zona Costeira, consubstancia o risco de lesão grave e de difícil reparação.

- Dessa forma, presentes a aparência do bom direito e o perigo da demora, com base no art. 273, § 7º, do CPC, o deferimento parcial do pedido de natureza cautelar, formulado na inicial da ação civil pública, constante da alínea a, é providência que se impõe, constituindo, de per si, medida bastante para assegurar o resultado útil do processo.

- Saliente-se, entretanto, que não restou consubstanciado o perigo da demora em relação ao pedido que pretendia impor ao IBAMA, liminarmente ou a título de providência cautelar, a obrigação de realizar estudo/relatório no tocante à área poligonal objeto da ação civil pública originária, nos termos formulados na alínea e da inicial da ação originária, de modo que a referida

pretensão do MPF poderá ser apreciada pelo magistrado de origem, quando da prolação da sentença, sem qualquer prejuízo para o ora recorrente.

- Precedente desta Corte: APELREEX 25.635/CE.

- Determinação para que o MUNICÍPIO DE FORTALEZA/CE, por meio da Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Controle Urbano (SEMAM), tão somente se abstenha de outorgar quaisquer novas licenças ambientais (prévia, de instalação ou de operação) para qualquer obra ou atividade localizada na área em litígio, abstendo-se ainda de dar sequência a qualquer procedimento de licenciamento ambiental, até o julgamento do mérito da ação civil pública originária.

- Agravo de instrumento parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 28 de outubro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA:

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de atribuição de efeito suspensivo ativo, interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF) contra decisão, às fls. 27/34, integrada pelo *decisum* às fls. 35/37, proferida pelo juiz federal da 10ª Vara Federal, da Seção Judiciária do Ceará (SJCE), que, na Ação Civil Pública nº 0012819-25.2009.4.05.8100, indeferiu os pedidos liminares, sob o fundamento de que não teria sido consubstanciada a verossimilhança das alegações do ora recorrente.

Aduz o MPF, após um breve relato dos fatos, que: i) estaria comprovada a existência de áreas de preservação permanente (APP) no polígono objeto da ação civil pública originária, o que deveria impedir a concessão de licenças ambientais para a construção de residências e empreendimentos imobiliários, em razão dos efeitos danosos a biomas especialmente protegidos; ii) a área do referido polígono se caracterizaria sim como zona costeira e, ainda que houvesse dúvida acerca de tal condição, deveria ser aplicado o princípio da precaução, a fim de cessar as atividades degradantes ao meio ambiente; e iii) estariam presentes a plausibilidade do direito e o perigo da demora, o que autorizaria a concessão da liminar requerida para fins de manter a integridade ambiental dos ecossistemas costeiros ameaçados pelas intervenções indevidas praticadas com o aval irregular de órgão ambiental municipal, de modo a dar efetividade ao princípio da precaução/prevenção.

Requer a antecipação dos efeitos da tutela recursal, nos termos lançados na inicial da ação originária, para:

a) determinar que o MUNICÍPIO DE FORTALEZA (CE), por meio da Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Controle Urbano (SEMAM), se abstenha de outorgar quaisquer novas licenças ambientais (prévia, de instalação ou de operação) para qualquer obra ou atividade localizada na área em litígio, abstendo-se ainda de dar sequência a qualquer procedimento de licenciamento ambiental, até a resolução da lide, com a imposição de suspensão dos efeitos das licenças porventura já outorgadas e cujas obras não tenham sido iniciadas ou estejam em andamento;

b) determinar que o IBAMA assuma qualquer licenciamento ambiental que venha a ser realizado para a área em litígio, sempre mediante a exigência de EIA-RIMA, bem como a atuação administrativa de fiscalização, e paralise todas as obras e atividades em andamento e as que porventura sejam iniciadas após a concessão da liminar, até o julgamento de mérito da ação originária;

c) caso não seja reconhecida a competência do IBAMA, originária ou supletiva, para o licenciamento das obras e atividades na área em litígio, que seja determinada a imediata suspensão de qualquer nova intervenção na região em conflito, até que a SEMAM comprove que tais licenciamentos ambientais foram realizados com a apresentação de EIA-RIMA;

d) visando proteger terceiros de boa-fé, potenciais adquirentes das unidades a serem comercializadas em empreendimentos que possam vir a ser edificados na área litigiosa, caso estas atividades não venham a ser suspensas conforme requerido na letra *b*, que o órgão ambiental passe a exigir, como condicionantes dos licenciamentos, que os respectivos empreendedores sejam obrigados a incluir, em cada contrato de compra e venda realizado, uma cláusula informando que a obra encontra-se sob questionamento judicial, indicando o número do processo e a respectiva vara, o que deverá ser imposto, ademais, para toda e qualquer publicidade referente a estes empreendimentos;

e) visando individualizar e quantificar os danos já causados, para que os mesmos possam ser recompostos, determinar que o IBAMA realize, no prazo de noventa dias, um estudo na área objeto da lide, especificando: - quais os tipos de intervenções presentes na área; - se tais intervenções contam com licença ambiental, devendo esclarecer qual(ais) o(s) tipo(s) de licença(s) e o órgão expedidor, bem como o respectivo prazo de validade; - se o licenciamento ambiental foi realizado com ou sem a exigibilidade de EIA-RIMA; - se a intervenção está, ou não, em Área de Proteção e, estando, se há, ou não, em cada caso analisado, fundamento legal para a ocupação de APP, conforme as situações definidas na Resolução CONAMA 36/06; - quem são as pessoas físicas e/ou jurídicas responsáveis pelas intervenções detectadas; - quais os danos ambientais gerados por cada intervenção, seu grau de reversibilidade e suas propriedades sinérgicas ou cumulativas; - quais as medidas compensatórias necessárias para cada intervenção e para o conjunto de todas elas, quando a reversão da situação, com o restabelecimento dos atributos ambientais dos ecossistemas danificados for inviável.

Pugna, ao final, pelo provimento do agravo de instrumento, confirmando-se a liminar porventura concedida.

Contrarrrazões da UNIÃO às fls. 152/160. Contrarrrazões do MUNICÍPIO DE FORTALEZA (CE) às fls. 162/215. Contrarrrazões do SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DO CEARÁ SINDUSCON/CE às fls. 217/229. Contrarrrazões do IBAMA às fls. 239/242.

Parecer da Procuradoria Regional da República pelo provimento do recurso, às fls. 247/266.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA (Relator):

Inicialmente, registro, nessa primeira análise, que não se pode aderir à tese da ilegitimidade passiva da UNIÃO haja vista que a presente ação civil pública visa à defesa de bioma localizado à margem do Cocó, próximo à sua foz, o que implica que, ao menos em parte, se encontra em terreno da UNIÃO (Decreto-Lei nº 9.760/46 – 2, a). Ademais, neste momento, a questão acerca da permanência ou não da UNIÃO no feito não alterará a sorte do processo, uma vez que: a) ela não será diretamente afetada pelos efeitos da liminar pleiteada, até porque, como bem aduzido em suas contrarrazões, nenhum pedido liminar foi contra ela direcionado; b) a ação também foi ajuizada em face do IBAMA, o que fixa a competência da Justiça Federal.

Por sua vez, a preliminar de intempestividade do agravo de instrumento, suscitada nas contrarrazões do MUNICÍPIO DE FORTALEZA/CE, deve ser rejeitada, visto que o MPF foi intimado do teor do *decisum* combatido em 9/12/2010 e o termo *ad quem* do prazo recursal, já considerando o disposto nos arts. 184¹, 188² e 522³, todos do CPC e a suspensão dos prazos processuais por

¹ Art. 184. Salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

² Art. 188. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.

³ Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento. (Redação dada pela Lei nº 11.187, de 2005)

Parágrafo único. O agravo retido independe de preparo. (Redação dada pela Lei nº 9.139, de 30.11.1995)

ocasião do recesso forense (fl. 25), foi no dia 17/1/2011. Assim, tendo sido o presente recurso interposto em 11/1/2011 (fl. 2), não se há de falar em intempestividade do agravo de instrumento.

Por outro lado, não prospera a prefacial de ilegitimidade do MPF para propor o feito originário, aduzida pelo município agravado, visto que o *Parquet* Federal, por força do disposto no art. 129, III⁴, da Constituição Federal (CF/88), c/c o art. 5º, I⁵, da Lei nº 7.347/85, é parte legítima para ajuizar ação civil pública em defesa do meio ambiente (notadamente) em face da UNIÃO e do IBAMA.

A seu turno, melhor sorte não tem a preliminar de inépcia da inicial, aventada pelo município recorrido, uma vez que não restaram configurados os requisitos previstos no parágrafo único⁶ do art. 295 do CPC, ou seja, não falta à exordial pedido ou causa de pedir, dos fatos nela narrados decorre logicamente a conclusão, os pedidos formulados são juridicamente possíveis e não existem pleitos incompatíveis entre si.

Por fim, também não merece guarida a prefacial de necessidade de conversão deste recurso em agravo retido, arguida pelo MUNICÍPIO DE FORTALEZA (CE), visto que a possibilidade de degradação de biomas especialmente protegidos, com implicações negativas para a própria sociedade, caso se tenha de aguardar a

⁴ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

⁵ Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

⁶ Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

I - lhe faltar pedido ou causa de pedir; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

II - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

III - o pedido for juridicamente impossível; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

IV - contiver pedidos incompatíveis entre si. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

realização de perícia judicial para fins de verificação se o polígono objeto da ação civil pública originária seria ou não APP em sua totalidade ou se conteria ou não área enquadrada como Zona Costeira, a meu sentir, já se mostra suficiente para consubstanciar o risco de lesão grave e de difícil reparação, a justificar a interposição do presente recurso por instrumento.

Prejudicada a prefacial da UNIÃO e rejeitadas as preliminares do MUNICÍPIO DE FORTALEZA (CE), passo a análise do mérito recursal.

Ora, ao contrário do que entendeu o juiz *a quo*, tenho que o MPF conseguiu demonstrar, de plano, a aparência do bom direito (verossimilhança das alegações) em relação à caracterização do polígono delimitado pela Av. Santos Dumont, pela margem esquerda do Rio Cocó, pelo Conjunto Habitacional “Cidade 2000” e pela Av. Dioguinho, nas cercanias da Praia do Futuro, no MUNICÍPIO DE FORTALEZA (CE), como APP, até porque foram juntados aos autos originários cinco laudos periciais, sendo quatro elaborados pelos técnicos do IBAMA (fls. 86/93, 94/96, 100/113 e 131/143) e um deles (fls. 114/130), por peritos criminais do Departamento de Polícia Federal (DPF), nos quais se atesta que parte significativa da área apontada pelo MPF se encontra inserida no conceito de APP, nos termos da legislação vigente à época (Lei nº 4.771/65 - antigo Código Florestal, Lei nº 7.661/88 - Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, Lei nº 9.636/98 - Bens Imóveis da União, Lei nº 9.605/98 - Lei de Crimes Ambientais, Resolução CONAMA nº 303/02 - Áreas de Preservação Permanente).

Ademais, o parágrafo único⁷, do art. 2º da Lei nº 7.661/88, define Zona Costeira como sendo o espaço geográfico de interação

⁷ Art. 2º Subordinando-se aos princípios e tendo em vista os objetivos genéricos da PNMA, fixados respectivamente nos arts. 2º e 4º da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, o PNGC visará especificamente a orientar a utilização nacional dos recursos na Zona Costeira, de forma a contribuir para elevar a qualidade da vida de sua população, e a proteção do seu patrimônio natural, histórico, étnico e cultural.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei, considera-se Zona Costeira o espaço geográfico de interação do ar, do mar e da terra, incluindo seus recursos renováveis ou não, abrangendo uma faixa marítima e outra terrestre, que serão definidas pelo Plano.

do ar, do mar e da terra, incluindo seus recursos renováveis ou não, abrangendo uma faixa marítima e outra terrestre, que serão definidas pelo Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro (PNGC). Com efeito, a delimitação do que se considera Zona Costeira foi estabelecida pelo Decreto nº 5.300/04, em seus arts. 3º e 4º, *in verbis*:

Art. 3º A zona costeira brasileira, considerada patrimônio nacional pela Constituição de 1988, corresponde ao espaço geográfico de interação do ar, do mar e da terra, incluindo seus recursos renováveis ou não, abrangendo uma faixa marítima e uma faixa terrestre, com os seguintes limites:

I - faixa marítima: espaço que se estende por doze milhas náuticas, medido a partir das linhas de base, compreendendo, dessa forma, a totalidade do mar territorial;

II - faixa terrestre: espaço compreendido pelos limites dos Municípios que sofrem influência direta dos fenômenos ocorrentes na zona costeira.

Art. 4º Os Municípios abrangidos pela faixa terrestre da zona costeira serão:

I - defrontantes com o mar, assim definidos em listagem estabelecida pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE;

II - não defrontantes com o mar, localizados nas regiões metropolitanas litorâneas;

III - não defrontantes com o mar, contíguos às capitais e às grandes cidades litorâneas, que apresentem conurbação;

IV - não defrontantes com o mar, distantes até cinquenta quilômetros da linha da costa, que contemplem, em seu território, atividades ou infra-estruturas de grande impacto ambiental na zona costeira ou ecossistemas costeiros de alta relevância;

V - estuarino-lagunares, mesmo que não diretamente defrontantes com o mar;

VI - não defrontantes com o mar, mas que tenham todos os seus limites com Municípios referidos nos incisos I a V;

VII - desmembrados daqueles já inseridos na zona costeira.

§ 1º O Ministério do Meio Ambiente manterá listagem atualizada dos Municípios abrangidos pela faixa terrestre da

zona costeira, a ser publicada anualmente no Diário Oficial da União.

§ 2º Os Estados poderão encaminhar ao Ministério do Meio Ambiente propostas de alteração da relação dos Municípios abrangidos pela faixa terrestre da zona costeira, desde que apresentada a devida justificativa para a sua inclusão ou retirada da relação.

§ 3º Os Municípios poderão pleitear, junto aos Estados, a sua intenção de integrar a relação dos Municípios abrangidos pela faixa terrestre da zona costeira, justificando a razão de sua pretensão.

Nesse passo, com base nos dispositivos retromencionados, entendo que há plausibilidade na alegação do MPF de que a área objeto da ação civil pública esteja inserida em Zona Costeira, especialmente quando observo que: i) o Laudo Técnico nº 046/08 NLA/SUPES/IBAMA/CE (fl. 90) demonstra terem sido encontradas unidades geomorfológicas (dunas) pertencentes à Planície Litorânea na área avaliada; ii) o Laudo Técnico nº 1693/08 do IBAMA (fl. 102) expressamente assevera que área contida no polígono objeto da ação civil pública originária integra a Zona Costeira do MUNICÍPIO DE FORTALEZA/CE; iii) o Laudo nº 119/2009 - SETEC/SR/DPF/CE (fl. 116) informa que o local examinado está situado na faixa litorânea da Praia do Futuro, no MUNICÍPIO DE FORTALEZA/CE; e iv) o Laudo de Vistoria Técnica nº 730/09 do IBAMA (fl. 139) constatou que as áreas vistoriadas também se localizam em ambiente dunar. Tal circunstância, por força do art. 6º, § 2º, da Lei nº 7.661/88, exigiria, a princípio, para fins de licenciamento ambien-

⁸ Art. 6º O licenciamento para parcelamento e remembramento do solo, construção, instalação, funcionamento e ampliação de atividades, com alterações das características naturais da Zona Costeira, deverá observar, além do disposto nesta Lei, as demais normas específicas federais, estaduais e municipais, respeitando as diretrizes dos Planos de Gerenciamento Costeiro.

§ 1º A falta ou o descumprimento, mesmo parcial, das condições do licenciamento previsto neste artigo serão sancionados com interdição, embargo ou demolição, sem prejuízo da cominação de outras penalidades previstas em lei.

§ 2º Para o licenciamento, o órgão competente solicitará ao responsável pela atividade a elaboração do estudo de impacto ambiental e a apresentação do respectivo Relatório de Impacto Ambiental - RIMA, devidamente aprovado, na forma da lei.

tal, a elaboração pelo empreendedor de Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e apresentação do respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA). O município agravado admitiu, nas suas contrarrazões, conceder licenças ambientais, relativas à área objeto da lide originária, sem a realização do EIA e do RIMA, confirmando a verossimilhança das alegações do MPF.

Ressalto, por oportuno, que, ainda que não se tenha certeza de que toda área poligonal se enquadra na conceito de APP, tal fato não poderia constituir óbice ao deferimento do provimento antecipado, uma vez que, em se tratando do meio ambiente, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, nos termos do art. 225⁹, *caput*, da CF/88, existindo dúvida, ainda que mínima, quanto ao real enquadramento da referida área, ou mesmo quanto ao potencial lesivo de uma determinada atividade ou empreendimento sobre o meio ambiente, deve ser adotada a decisão mais conservadora, de forma a sobrestar a(s) ação(ões) impugnada(s), conferindo efetividade aos incisos I, V e VII, do § 1^o¹⁰, do dispositivo constitucional anteriormente aduzido. No mesmo sentido, colaciono o seguinte aresto, *in verbis*:

AMBIENTAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO. LICENÇA. PRECARIEDADE. PECULIARIDADE DO DIREITO AMBIENTAL. POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO.

⁹ Art. 225 Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

¹⁰ § 1^o - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (Regulamento)

(...)

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (Regulamento)

(...)

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Regulamento)

EMPREENHIMENTO. ABRANGÊNCIA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DÚVIDA. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. APELAÇÕES PROVIDAS.

1. Trata-se de apelações interpostas pela União, IBAMA e SEMACE, contra sentença proferida por Juiz da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, cujo teor fez prevalecer licença anteriormente concedida pela SEMACE, a fim de viabilizar a realização de empreendimento imobiliário, sem restrições quanto à área de preservação permanente. A União requereu sua exclusão da lide. A SEMACE postula que as empresas recorridas sejam proibidas de intervir nas áreas de preservação permanente, de forma que deve haver uma readequação no projeto. Do mesmo modo, e com os mesmos fundamentos, também recorreu o IBAMA.

2. Deve se proceder à exclusão da União no feito, na medida em que não subsiste qualquer interesse de sua parte. Decerto, além de não se litigar acerca de atividades ou serviços prestados por tal ente político, também não se discute sobre bens que componham seu patrimônio. Não é porque a licença envolve zona costeira que haverá interesse da União, na medida em que esta não se constitui em bem de ente político algum, mas sim em patrimônio nacional, consoante previsão do parágrafo 4º, art. 225, da Constituição Federal.

3. Considerando a competência da SEMACE, e sua vinculação à proteção do meio-ambiente, não se pode tolhê-la de revisar a licença anteriormente concedida, sobretudo diante da ocorrência de fato superveniente.

4. Se tanto o IBAMA como o SEMACE apontam a necessidade de um melhor exame quanto ao deferimento das licenças ambientais, não vejo motivo para o acolhimento da pretensão dos autores com amparo no laudo judicial.

5. Tratando-se de licenças de cunho ambiental, avulta o elemento da precariedade, haja vista a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do meio-ambiente. Ademais, a licença ambiental também não ostenta a definitividade típica das licenças concedidas sob o regime jurídico administrativo, consoante o escólio de Paulo Afonso Leme Machado. Decerto, ainda que seja possível a concessão de licenças, considerando as peculiaridades do Direito Ambiental, não se revela de bom tom a adoção in-

tegral do regime jurídico das licenças então adotado na seara do Direito Administrativo.

6. Tendo em conta a essencialidade do bem jurídico tutelado, a despeito do atendimento dos requisitos legais para a concessão da licença, admite-se certa discricionariedade administrativa na edição do ato, e da mesma forma, não há óbice a que haja uma revisão do ato de concessão anterior, e desde que ocorram justos motivos.

7. Foram realizadas vistorias por técnicos do IBAMA e da SEMACE, em que se constatou que o local objeto do empreendimento abrangia área de preservação permanente, pelo que não se vislumbra possível sua exploração, a não ser em hipóteses de utilidade pública ou interesse social, o que não corresponde ao caso concreto.

8. Não pode ser desconsiderada a informação do MPF de possível nulidade do laudo proferido pelo perito nomeado em Juízo, na medida em que há fortes indícios de que a perita seja filha do geólogo que elaborou o laudo utilizado para fundamentar a pretensão dos autores.

9. Se não há certeza quanto à presença ou não de área de preservação permanente, nem de sua extensão, com amparo no princípio da precaução, melhor medida é que se promova a requerida readequação do projeto.

10. Em questão ambiental, por certo, deve-se sempre privilegiar o conhecido princípio da precaução, segundo o qual quando houver o mínimo de dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o meio ambiente, deve-se tomar a decisão mais conservadora, evitando-se, por conseguinte, a ação.

11. Precedentes citados: (AC 200181000099752, Desembargador Federal Marcelo Navarro, TRF5 - Terceira Turma, *DJe* - Data: 12/01/2012 - Página: 185; AG 000829734 20114050000, Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto, TRF5 - Segunda Turma, *DJe* - Data: 18/08/2011 - Página: 126).

12. Reexame necessário e recurso da União providos, e apelações da SEMACE e do IBAMA providas, para, reformando a sentença, determinar o prosseguimento do licenciamento, de acordo com a readequação do projeto a ser realizada. (Negritei)

(TRF5, APELREEX 25.635/CE, Relator: Desembargador Federal BRUNO TEIXEIRA (Convocado), QUARTA TURMA, *DJe*: 25/10/2013)

Outrossim, o receio de degradação de biomas especialmente protegidos, caso se tenha de aguardar a realização de perícia judicial para fins de verificação se o polígono objeto da ação civil pública originária seria ou não APP em sua totalidade ou se conteria ou não área enquadrada como Zona Costeira, já se mostra, como dito, suficiente para consubstanciar o risco de lesão grave e de difícil reparação.

Dessa forma, presentes a aparência do bom direito e o perigo da demora, com base no art. 273, § 7º, do CPC, tenho que o deferimento parcial do pedido de natureza cautelar, formulado na inicial da ação civil pública, constante da alínea a (à fl. 82), é providência que se impõe, constituindo, *de per se*, medida bastante para assegurar o resultado útil do processo.

Saliento, entretanto, que não restou consubstanciado o perigo da demora em relação ao pedido que pretendia impor ao IBAMA, liminarmente ou a título de providência cautelar, a obrigação de realizar estudo/relatório no tocante à área poligonal objeto da ação civil pública originária, nos termos formulados na alínea e (fl. 83) da inicial, de modo que a referida pretensão do MPF poderá ser apreciada pelo magistrado de origem, quando da prolação da sentença, sem qualquer prejuízo para o ora recorrente.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento para tão somente determinar que o MUNICÍPIO DE FORTALEZA (CE), por meio da Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Controle Urbano (SEMAM), se abstenha de outorgar quaisquer novas licenças ambientais (prévia, de instalação ou de operação) para qualquer obra ou atividade localizada na área em litígio, abstendo-se ainda de dar sequência a qualquer procedimento de licenciamento ambiental, até o julgamento do mérito da ação civil pública originária.

É como voto.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0802362-
72.2014.4.05.0000 (PJe)**

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA (CONVOCADA)
Agravante: INSTITUTO BRASILEIRO DE MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Terceiros Int.: UNIÃO, ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE - ADEMA, MUNICÍPIO DE ESTÂNCIA E ESTADO DE SERGIPE
Advs./Procs.: DRS. PAULAGAMAMONTALVÃO E GILBERTO SAMPAIO VILA-NOVA DE CARVALHO

EMENTA: AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ZONA COSTEIRA, ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL (APA), ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (APP) E TERRENO DE MARINHA. OCUPAÇÃO IRREGULAR DE PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO FEDERAL. DANO AO MEIO AMBIENTE. PARALISAÇÃO DE OBRAS E ADOÇÃO DE OUTRAS MEDIDAS PROTETIVAS. RAZOABILIDADE. DEMOLIÇÃO DE CONSTRUÇÕES. SUSPENSÃO DA DECISÃO AGRAVADA. MULTA DIÁRIA. REDUÇÃO.

- Agravo de instrumento interposto pelo IBAMA contra decisão que, nos autos de ação civil pública, deferiu parcialmente a antecipação dos efeitos da tutela, para que os réus (Município de Estância, União, IBAMA, Estado de Sergipe e ADEMA), na medida de suas responsabilidades, exercitem seus poderes de polícia ambiental e tutela do patrimônio público, realizando cadastro da área e dos ocupantes e retirando as construções irregulares e obstáculos ao livre acesso à praia de Boa Viagem, Povoado do Saco, no Município de Estância/SE.

- A concessão de tutela antecipada deve ocorrer quando o direito do requerente se mostre veros-

símil e a demora da decisão venha a provocar dano irreparável ou de difícil reparação.

- “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. (Inteligência do art. 225 da CF)

- O comando inserto no art. 23 da Constituição da República preconiza que se insere na competência comum administrativa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o dever de proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas.

- In casu, tendo sido verificada a ocupação irregular de patrimônio imobiliário federal (inclusive com invasão da linha de praia), em zona costeira, área de proteção ambiental (APA), área de preservação permanente (APP) e terreno de marinha, por parte de casas e empreendimentos privados de elevado padrão, em uma espécie de “privatização” da praia de Boa Viagem/SE, sem qualquer controle por parte do poder público, afigura-se medida escorreita a paralisação de obras e adoção de outras medidas protetivas, nos termos do que preceitua o art. 72 da Lei nº 9.605/98, de modo a salvaguardar o meio ambiente sujeito à degradação.

- Temerária, entretanto, a demolição das edificações, mormente quando em demandas desse jaez há, mais das vezes, necessidade da realização da prova pericial, sendo certo, ainda, que a adoção de tal medida seria de difícil reparação, acarretando prejuízos não só para os ocupantes das áreas como também para a Administração Pública, que se depararia com possível obrigação de reparar o dano.

- Ao fixar multa pecuniária pelo eventual descumprimento de obrigação de fazer/não fazer (art. 461 do CPC e art. 11 da Lei nº 7.347/85), deve o julgador levar em conta a capacidade econômica do infrator, evitando que aquela reprimenda seja instituída em patamar ínfimo, a estimular a transgressão da ordem judicial, tampouco exacerbado, inviabilizando seu posterior adimplemento.

- Caso em que a imposição de multa diária no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em desfavor da agravante mostra-se excessiva, fazendo-se razoável a redução do quantum para R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

- Agravo de instrumento parcialmente provido. Embargos de declaração prejudicados.

ACÓRDÃO

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

Recife, 18 de setembro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA - Relatora Convocada

RELATÓRIO

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

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo IBAMA - INSTITUTO BRASILEIRO DE MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS contra decisão que, nos autos da Ação Civil Pública 0800002-72.2014.4.05.8502, deferiu parcialmente a antecipação dos efeitos da tutela (Identificador), para que os réus (MUNICÍPIO DE ESTÂNCIA, UNIÃO, IBAMA, ESTADO DE SERGI-

PE e ADEMA), na medida de suas responsabilidades, exercitem seus poderes de polícia ambiental e tutela do patrimônio público, realizando cadastro da área e dos ocupantes e retirando as construções irregulares e obstáculos ao livre acesso à praia de Boa Viagem, Povoado do Saco, no Município de Estância/SE.

No que toca ao IBAMA a decisão agravada determinou:

(...) 7.1. Vedação a novas construções e paralisação das que estão em curso:

(...)

7.1.2. Determinar ao Município de Estância, União, ADEMA, IBAMA e Estado de Sergipe, adotem medidas administrativas e judiciais destinadas a paralisar imediatamente eventuais obras de construção de qualquer natureza, ou que venham a ser irregularmente iniciadas no curso desta ação, em toda a extensão da Praia da Boa Viagem, em desconformidade com os parâmetros e exigências legais de tutela do meio ambiente, de ordenamento do uso do solo urbano e de preservação do patrimônio público federal e de Preservação Ambiental Estadual do Litoral Sul. Prazo: 60 dias, com prova bimestral dos progressos nestes autos.

7.2. Liberação do acesso à praia e retirada de veículos automotores:

7.2.1. Determinar que a União, ao IBAMA, ADEMA, Município de Estância e Estado de Sergipe que promovam, se necessário com o auxílio de força policial, a retirada, demolição, desativação das cercas, entulhos, quiosques e demais barreiras físicas que estejam impedindo o acesso à praia; Prazo: 60 dias, com prova bimestral dos progressos nestes autos.

(...)

7.3. Levantamento de dados:

Determinar que os réus, em conjunto, efetuem levantamento atual, em toda a extensão da Praia da Boa Viagem, do seguinte modo:

(...)

- Definição das áreas de preservação permanente: todos os réus, inclusive, a União. Prazo: 60 dias, com apresentação nos autos. Se por conta de documentos como mapas e outros for difícil a digitalização, autoriza-se a entrega do levantamento por meio físico, no cartório da 7ª Vara.

(...)

7.5. Retirada das construções irregulares, com acompanhamento dos órgãos ambientais:

7.5.1. Determinar que os réus, dentro de sua competência específica notifiquem/autuem os adquirentes/ocupantes das áreas *non aedificandi* situadas na Praia da Boa Viagem que não respeitaram a distância legal para as edificações, adotando as demais medidas cabíveis para coibir intervenções ilegais nas áreas de preservação permanente e de terrenos de marinha, encaminhando a este juízo relatório das atividades executadas e das notificações e autuações realizadas. Prazo: 60 dias, a contar do cumprimento do item 7.3.

7.5.2. Determinar que o Município de Estância, Estado de Sergipe e União promovam a retirada/demolição de todas as construções irregulares em toda a extensão da Praia de Boa Viagem, devendo, para tanto, apresentar a esse Juízo, no prazo de 30 (trinta) dias, plano aprovado pela ADEMA e pelo IBAMA, que demonstre, dentre outras medidas:

7.5.2.1. identificação e cadastramento dos proprietários/possuidores das edificações existentes no local;

7.5.2.2. cronograma para demolição de todas as edificações, limpeza e remoção dos escombros, detritos e quaisquer materiais eventualmente acumulados na faixa de praia, terrenos de marinha e acréscidos em decorrência da demolição; e

7.5.2.3. recuperação da área na forma de Plano de Recuperação de Área Degradadas - PRAD, a ser aprovada pela ADEMA; Prazo: 180 dias, a contar do cumprimento do item 7.3, com comprovação via relatórios bimestrais em juízo acerca do andamento das providências.

(...)

7.7. Os réus devem observar a situação concreta de cada um dos ocupantes/invasores, devendo cada caso ser discutido na via e foro adequados.

7.8. Sanções pelo descumprimento das determinações anteriores: multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por réu, por cada dia de atraso, sem prejuízo de outras medidas. (...)

O agravante alega, em síntese, que:

a) sua atuação no caso seria supletiva, já que nele estão agindo dois outros órgãos ambientais, igualmente pertencentes ao SIS-NAMA: o órgão de Meio Ambiente do Município de Estância-SE e a ADEMA – Administração Estadual do Meio Ambiente – Autarquia Ambiental do Estado de Sergipe;

b) quem tem a competência para licenciar é também o competente para autuar e processar administrativamente, em razão de infração ambiental;

c) o art. 7º da Lei Complementar nº 140/2011 discrimina as ações administrativas da União, especificamente exercidas pelo IBAMA, transcrevendo *numerus clausus* as situações em que deve o licenciamento ser realizado pelo Instituto Federal;

d) o deferimento da liminar esgota o pedido formulado na inicial da ação civil pública, o que não é permitido pelo art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.437/1992;

e) o cumprimento da ordem judicial que ora se impugna inviabilizará o planejamento estratégico de suas competências legais;

f) o *periculum in mora* está na cominação da multa diária, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), para o caso de descumprimento das determinações judiciais.

Em face da decisão que indeferiu o pedido de efeito suspensivo, foram interpostos embargos de declaração.

Contrarrrazões.

Parecer da Procuradoria Regional da República, reportando-se aos fundamentos expendidos nas contrarrrazões.

É o relatório.

VOTO

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

Ab initio, importa destacar que a alegação de ilegitimidade passiva da recorrente confunde-se com o próprio mérito da demanda, a ser examinado na sequência.

Feito esse registro, observo que a questão devolvida a esta Corte Regional consiste em aferir a correção do provimento monocrático.

Para a concessão antecipada da tutela é necessário o preenchimento de certos requisitos inscritos no art. 273 do CPC, quais sejam: a) prova inequívoca e verossimilhança das alegações; b) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou caracterização do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Inicialmente, é de bom alvitre ressaltar que, em matéria ambiental, estabelece de forma peremptória o art. 225 da Constituição da República¹ ser o meio ambiente bem comum de todos, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo, para as presentes e futuras gerações.

Bem por isso, há o comando inserto no art. 23 da Constituição da República, o qual preconiza que se insere na competência comum administrativa da União, dos Estados, do Distrito Federal e

¹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (Regulamento)

(...) (Regulamento)

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção. (...) (Regulamento)

dos Municípios o dever de proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, *in litteris*:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; (...)

In casu, tendo sido verificada a ocupação irregular de patrimônio imobiliário federal (inclusive com invasão da linha de praia), em zona costeira, área de proteção ambiental (APA), área de preservação permanente (APP) e terreno de marinha, por parte de casas e empreendimentos privados de elevado padrão, em uma espécie de “privatização” da praia de Boa Viagem/SE, sem qualquer controle por parte do poder público, afigura-se medida esbarrada a paralisação de obras e adoção de outras medidas protetivas, nos termos do que preceitua o art. 72 da Lei nº 9.605/98², de modo a salvaguardar o meio ambiente sujeito à degradação.

Consoante asseverado na decisão agravada, “a Praia da Boa Viagem está sendo ‘privatizada’, ocupada irregularmente sem qualquer controle por parte do Poder Público”, sendo certo que, “em

² Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º:

I - advertência;

II - multa simples;

III - multa diária;

IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;

V - destruição ou inutilização do produto;

VI - suspensão de venda e fabricação do produto;

VII - embargo de obra ou atividade;

VIII - demolição de obra;

IX - suspensão parcial ou total de atividades;

X - (VETADO)

XI - restritiva de direitos. (...)

função da ocupação irregular ao longo dos anos na referida área, houve impactos significativos quanto à alteração da paisagem natural e que o avanço dessa ocupação desordenada poderá acarretar na descaracterização do ambiente natural vigente (dunas, vegetação fixadora, zonas de recarga d'água, vegetação de restinga)".

Cumprido consignar que é legítima a manutenção do *decisum* de 1ª instância no que toca à paralisação de obras e à adoção de outras medidas protetivas, por verificar que o perigo na espécie justifica-se pela necessidade premente de proteger o meio ambiente submetido à deterioração.

Temerária, entretanto, neste momento processual, a demolição das edificações, mormente quando em demandas desse jaez há, mais das vezes, necessidade da realização da prova pericial. A adoção de tal medida seria de difícil reparação, acarretando prejuízos não só para os ocupantes das áreas como também para a Administração Pública, que se depararia com possível obrigação de reparar o dano. Há, ainda, elementos nos autos de que os imóveis foram construídos há décadas, o que evidencia a ausência do requisito do perigo da demora.

Nesse sentido:

DANO AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. DEMOLIÇÃO DE MORADIAS CONSTRUÍDAS EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. Agravo de instrumento manejado em face de decisão que indeferiu o pedido antecipatório de demolição de imóveis construídos na localidade do Sistema Hídrico Curema/Mãe D'água, área de preservação permanente.

2. Para que se conceda a antecipação dos efeitos da tutela, necessário se faz observar, concomitantemente, seus requisitos, quais sejam, a verossimilhança das alegações, o *periculum in mora*, além da reversibilidade do provimento antecipado, conforme disposto no art. 273 do CPC.

3. Afasta-se o *periculum in mora*, na medida em que a área vem sofrendo invasões e construções irregulares há bastante tempo, e só agora o Poder Público achou por bem tomar alguma providência. Tal extemporaneidade da ação pública leva a crer que não há maior dano momentâ-

neo do que já sofreu efetivamente a área legalmente protegida.

4. Ausente também a verossimilhança das alegações, vez que os invasores utilizam os imóveis construídos na área de preservação permanente como moradia.

5. Por fim, a demolição imediata dos imóveis é provimento de caráter irreversível, sendo, portanto, incabível neste momento processual. Agravo de instrumento improvido.

(TRF-5ª R., 3ª T., AG 123.904, rel. Des. Federal Geraldo Apoliano, DJ 16/10/12)

Ressalte-se, por outro lado, que a alegação consistente na inviabilização de cumprimento das determinações judiciais ora atacadas, com fulcro na superposição de atribuições da agravante e dos demais entes públicos atingidos pelo *decisum*, não se sustenta, pois o referido provimento jurisdicional deixou expresso que as ditas determinações deviam ser realizadas, por cada entidade, na medida das suas responsabilidades.

Por oportuno, convém assinalar que a vedação relativa à proibição de concessão de liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação (art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92) não alcança o direito aqui vindicado, cujo caráter peculiar e de indispensabilidade à proteção ao meio ambiente, admite providência jurisdicional satisfativa, sendo certo, ademais, que dita proibição não apresenta natureza absoluta, podendo ser relativizada diante da importância do bem da vida ao qual se busca proteger.

Finalmente, no que concerne à fixação de multa pelo eventual descumprimento da obrigação de fazer/não fazer imposta, sua previsão advém do que consta do art. 11 da Lei nº 7.347/85, o qual assim dispõe:

Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Doutro lado, o artigo 461 do CPC estabelece, com o propósito de promover o imediato atendimento de comandos judiciais, a possibilidade de imposição de astreintes:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(...)

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Resta verificar se, no caso em foco, a imposição de multa diária no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) mostra-se excessiva, para o caso de eventual descumprimento das determinações judiciais.

Acerca do tema, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, no Código de Processo Civil - Comentado artigo por artigo (Ed. Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2011, p. 429), discorrendo sobre a aplicação do art. 461 do CPC, lecionam que: “As astreintes, para convencer o réu a adimplir, devem ser fixadas em montante suficiente para fazer ver ao réu que é melhor cumprir do que desconsiderar a ordem do juiz. Para o adequado dimensionamento do valor da multa, afigura-se imprescindível que o juiz considere a capacidade econômica do demandado.”

De fato, aquela sanção nem deve ser fixada em patamar ínfimo, a estimular a transgressão da ordem judicial, tampouco exacerbado, inviabilizando seu posterior adimplemento (TRF - 5ª R., 2ª Turma, AC 417.417, Relator Desembargador Federal Conv. Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, DJe 05/05/2011).

Nessa esteira, penso ser razoável a redução da reprimenda para o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Em vista das considerações acima expendidas, dou parcial provimento ao agravo de instrumento, para suspender a decisão agravada no que concerne ao comando de demolição de imóveis e reduzir o valor da multa diária para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), julgando prejudicados os embargos de declaração.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 24.371-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelada: USINA SÃO JOSÉ DO PINHEIRO LTDA.
Advs./Procs.: DRS. SÉRGIO ANDRADE HORA JÚNIOR

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÕES PARA O PIS. DECRETOS-LEI 2.445/88 E 2.449/88, DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS. COMPENSAÇÃO. NÃO HOMOLOGADA PREVIAMENTE PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA. MATÉRIA DE DEFESA EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. VEDAÇÃO DO ARTIGO 16, § 3º, DA LEI 6.830/80. IMPOSTO TERRITORIAL RURAL. NÃO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA PELO CONTRIBUINTE. LANÇAMENTO REGULAR. CDA ACOMPANHADA DE MEMÓRIA DE CÁLCULO. PRESCINDIBILIDADE.

- A sentença entendeu por inservíveis os títulos executivos que lastreiam a presente execução

fiscal, com efeito, declarando nulas as CDAs 51 8 1000004-00, referente ao Imposto Territorial Rural, exercício de 2001, 51 7 10000284-20 e 51 7 10000285-01, relativas às contribuições para o PIS. Preambularmente, a decisão favorável à apelação, fl. 121, sob a égide dos Decretos-Lei 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais, destinava-se a compensar seus créditos, decorrentes de contribuição para o PIS, compensando-os de acordo com a LC 07/70, com créditos da mesma exação, parte menor da composição das CDAs 51 7 10000284-20 e 51 7 10000285-01.

- A compensação deferida não se lhe aproveita, eis que, por não demonstrar o concurso da Administração Tributária, em homologá-la, sendo inservível como matéria de defesa em embargos à execução, nos termos do artigo 16, § 3º, da Lei 6.830/80.

- Para regulamentar o disciplinamento do processo de compensação de tributos, a Secretaria da Receita Federal lançou a Instrução Normativa 210/02, que, em seu artigo 21 vaticina: “O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob administração da SRF”. No entanto, a pretensão compensatória em exame foi formulada em período anterior à vigência dessas normas legais, o que autoriza a compensação apenas com tributos da mesma espécie - PIS com PIS, estritamente nos limites da decisão judicial transitada em julgado.

- Por outro lado, a aplicação da compensação tributária não se mostra plausível no caso concreto, sendo inservível como escusa em sede de embargos à execução, diante da não demonstração da simultaneidade três elementos essen-

ciais: 1) a existência de crédito tributário, como produto do ato administrativo do lançamento ou do ato-norma do contribuinte que constitui o crédito tributário; 2) a existência de débito do fisco, como resultado; 3) existência de lei específica, editada pelo órgão competente, que autorize a compensação, a exemplo do artigo 170 do Código Tributário Nacional.

- No caso dos autos, não se logra esmiuçar o débito do Receita Federal, à míngua de homologação prévia da Administração Tributária, mesmo com a decisão judicial favorável, descurose a apelada de requerê-la previamente ao Fisco, que em última instância é dado fazer a contraposição entre os débitos e créditos tributários, jamais podendo aproveitá-la em momento posterior, como nos embargos à execução, por força da vedação prevista no artigo 16, § 3º, da Lei 6.830/80. Precedentes: AC 522.920-AL, Des. Marcos Mairton da Silva; AgRg no REsp 1.372.502/RJ, min. Mauro Campbell Marques; AC 428.975-CE, Des. Cesar Carvalho; REsp 1.008.343/SP, min. Luiz Fux.

- Não vislumbro salubridade nas razões de decidir que decretou a ilegalidade do lançamento do Imposto Territorial Rural, por não considerar a entrega extemporânea do Ato Declaratório Ambiental, descumprido pela pessoa jurídica apelada. Aqui, o fato vai contra a pretensão da apelada, considerando que é ônus do contribuinte – consubstanciado em obrigação acessória que, descumprida, não pode obrigar o fisco –, após instaurada a execução, considerar suas alegações para desconstituir o título executivo regularmente formado.

- A obrigação acessória a cargo da contribuinte, ora apelada, ultimada além do prazo de seis meses previstos para a entrega da DIRT, não tem o condão de infirmar a regularidade do lançamen-

***to, nem de fazer rever a higidez do título judicial.
- Por fim, em relação ao título decorrente do lançamento do Imposto Territorial Rural, como de ordinário ocorre a qualquer CDA, não exige que lhe acompanhe memória de cálculo.
- Apelação e remessa oficial providas.***

ACÓRDÃO

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

Recife, 4 de novembro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Remessa oficial e apelação interposta pela União (Fazenda Nacional), em face da pessoa jurídica Usina São José do Pinheiro Ltda., a desafiar sentença do Juízo de Direito da Comarca Laranjeiras, que em embargos à execução fiscal, julgou procedente o pedido, declarando a nulidade da CDA 51 8 10000004-00, referente ao Imposto Territorial Rural, exercício de 2001, por entender ilegais os lançamentos, e também, das CDAs 51 7 10000284-20 e 51 7 10000285-01, relativas a contribuições para o PIS, diante da ausência de título hábil a fundamentar a execução.

A apelante foi condenada ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios fixado no valor de R\$ 1.200,00.

O édito vergastado reconheceu indevido o executivo fundado nos títulos 51 7 10000284-20 e 51 7 10000285-01, relativos a contribuições para o PIS, entendendo que os referidos créditos foram compensados, mercê de decisão judicial transitada em julgado, e no tocante à CDA representativa do crédito do Imposto Territorial Rural, entendeu válida a demonstração dos requisitos de exclusão

tributária de área de utilização limitada (reserva legal), mesmo considerando ter sido apresentado o Ato Declaratório Ambiental, fora do prazo de seis meses de entrega da DIRT, e também, o fato de a veracidade das informações não foram questionadas pela ora apelante.

A apelante se insurge, fls. 748-758v, alegando, em síntese: 1) que a compensação judicial, deferida sob os influxos da inconstitucionalidade dos Decretos-Lei 2.445/88 e 2.449/88, destina-se a confrontar débitos da pessoa jurídica a título de contribuição para o PIS, compensando-os de acordo com a LC 07/70, sendo que esta exação compõe a menor parte da composição das referidas CDAs, devendo ser mantidos, incólumes, os créditos decorrentes de outros tributos, a exemplo da CONFINS, CSLL, IPI, IRRF, conforme os diversos julgados colacionados; 2) que a compensação ficou restrita, tão somente, aos créditos do PIS, de acordo com a decisão judicial passada em julgada; 3) ainda em relação à referida compensação, que o fato de a compensação ter sido deferida judicialmente não retira a apreciação do encontro de contas da competência da Receita Federal, considerando que a contribuinte apelada não tomou providências a respeito, sendo que os cálculos, acostados às fls. 171-174, não receberam homologação da autoridade judicial e nem tampouco do Fisco, não logrando extinguir a execução aforada, jamais tendo sido alegada a compensação do Processo Judicial 96.001791-3, só vindo a tona depois de constituído o crédito, após a fiscalização; 4) a inércia do contribuinte numa nunca formalizada compensação não pode ser escusa veiculada em sede de embargos à execução diante da vedação explícita do artigo 16, § 3º, da lei 6.830/80; 5) que a compensação é instituto absolutamente formal, exigindo total adequação à legislação vigente; 6) que a regra-matriz do Imposto Territorial Rural incide sobre toda a área, não distinguindo o destino que lhe é dado, salvo quanto à questão das alíquotas, dando conta da sua extrafiscalidade, para desestimular a propriedade improdutiva; 7) que o contribuinte deve cumprir as obrigações acessórias, independentemente, da autuação do Fisco, como no caso do Ato Declaratório Ambiental, entregue extemporaneamente, além do prazo de seis meses previstos para a entrega da DIRT, e da demonstração da averbação da área de reserva legal junto ao cartório competente, de acordo com as

Instruções Normativas 61/01, 67/97, Leis 4.771/65, 9.393/96; 8) por fim, a regra especial da Lei 6.830/80 não exige que memória de cálculo acompanhe a CDA.

Não foram apresentadas contrarrazões, fl. 770.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

Assiste razão à apelante, na esteira no entendimento desta Corte, acompanhando, outrossim a jurisprudência consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Senão vejamos.

A respeitável sentença entendeu por inservíveis os títulos executivos que lastreiam a presente execução fiscal, com efeito, declarando nulas as CDAs 51 8 10000004-00, referente ao Imposto Territorial Rural, exercício de 2001, 51 7 10000284-20 e 51 7 10000285-01, relativas às contribuições para o PIS. Entretanto, suas razões de decidir não prosperam.

Preambularmente, a decisão favorável à apelada, fl. 121, sob a égide dos Decretos-Lei 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais, destinava-se a compensar seus créditos, decorrentes de contribuição para o PIS, compensando-os de acordo com a LC 07/70, com créditos da mesma exação, parte menor da composição da CDAs 51 7 10000284-20 e 51 7 10000285-01.

Entretanto, a compensação deferida não se lhe aproveita, eis que, por não demonstrar o concurso da Administração Tributária, em homologá-la, sendo inservível como matéria de defesa em embargos à execução, nos termos do artigo 16, § 3º, da Lei 6.830/80.

Para regulamentar o disciplinamento do processo de compensação de tributos, a Secretaria da Receita Federal lançou a Instrução Normativa 210/02, que, em seu artigo 21 vaticina: “O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento,

poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob administração da SRF”. No entanto, a pretensão compensatória em exame foi formulada em período anterior à vigência dessas normas legais, o que autoriza a compensação apenas com tributos da mesma espécie - PIS com PIS, estritamente nos limites da decisão judicial transitada em julgado.

Por outro lado, a aplicação da compensação tributária não se mostra plausível no caso concreto, sendo inservível como escusa em sede de embargos à execução, diante da não demonstração da simultaneidade de três elementos essenciais: 1) a existência de crédito tributário, como produto do ato administrativo do lançamento ou do ato-norma do contribuinte que constitui o crédito tributário; 2) a existência de débito do fisco, como resultado; 3) existência de lei específica, editada pelo órgão competente, que autorize a compensação, a exemplo do artigo 170 do Código Tributário Nacional.

No caso dos autos, não se logra esmiuçar o débito da Receita Federal, à míngua de homologação prévia da Administração Tributária, mesmo com a decisão judicial favorável, descuroou-se a apelada de requerê-la previamente ao Fisco, que em última instância é dado fazer a contraposição entre os débitos e créditos tributários, jamais podendo aproveitá-la em momento posterior, como nos embargos à execução, por força da vedação prevista no artigo 16, § 3º, da Lei 6.830/80.

No mesmo sentido os seguintes arestos:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS DE SALÁRIO EDUCAÇÃO. PRESCRIÇÃO PARCIAL DO DÉBITO. (...)

5. Mantida a sentença no sentido de que haja o prosseguimento da Execução Fiscal nº 2005.80.00.7145-9 quanto aos créditos relativos às competências 06/2001 e 06/2003.
6. Quanto à possibilidade de compensação na via dos embargos à execução fiscal, a jurisprudência firmada no STJ é no sentido de admitir a sua análise apenas quando se tratar de compensação prévia, afastando aquela a ser futuramente realizada e ainda não reconhecida adminis-

tratativamente ou judicialmente, por ser vedada pelo art. 16, § 3º, da LEF. Precedentes: AgRg no REsp 1.372.502/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25/06/2013, *DJe* 01/07/2013; REsp 1.305.881/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07/08/2012, *DJe* 14/08/2012.

7. Compulsando os autos, inexistente prova de ter havido pela embargante compensação prévia.

8. Apelação desprovida.

(AC 522.920-AL, Des. Marcos Mairton da Silva, julgado em 23 de janeiro de 2014, publicado em 23 de janeiro de 2014).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL EM SEDE DE EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ALEGAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE ADMITIDA SOMENTE PARA AS COMPENSAÇÕES PRETÉRITAS JÁ RECONHECIDAS ADMINISTRATIVAMENTE OU JUDICIALMENTE. PRETENSÃO RECURSAL EM MANIFESTO CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ.

1. A controvérsia consiste em verificar se o título executivo extrajudicial (CDA) que embasa a execução fiscal carrega débitos que antes do ajuizamento da execução haviam sido objeto de compensação efetivada (administrativa ou judicialmente) ou não. Na primeira hipótese, a execução fiscal há que ser extinta, por se tratar de compensação pretérita. Na segunda hipótese, há que ser aplicado o disposto no art. 16, § 3º, da LEF (Lei nº 6.830/80) a vedar a utilização da compensação como matéria de defesa em sede de execução fiscal e respectivos embargos. Nesse sentido: REsp 1.008.343/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* de 1º.2.2010; REsp 1.073.185/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, *DJe* de 20.4.2009; REsp 1.305.881/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* de 14.8.2012.

2. Nos presentes autos, é fato incontroverso que a compensação pretendida refere-se à segunda hipótese, pois o pedido de compensação somente foi protocolado na instância administrativa em 5 de setembro de 2002, mesma data do ajuizamento desta ação de embargos à execução fiscal, execução que, por sua vez, obviamente já havia sido ajuizada em data anterior a setembro de 2002.

3. Somente é permitido em sede de embargos à execução fiscal o exame da compensação prévia e não daquela a ser futuramente realizada e ainda não reconhecida administrativamente ou judicialmente. O óbice está no art. 16, § 3º, da LEF que impede a própria feitura da compensação em sede de embargos à execução fiscal.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.372.502/RJ, min. Mauro Campbell Marques, julgado em 25 de junho de 2013, publicado em 1º de julho de 2013).

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. PRESCRIÇÃO. ACOLHIMENTO EM PARTE. DECRETOS-LEIS NºS 2.445 E 2.449/88. INCONSTITUCIONALIDADE. COMPENSAÇÃO. LEI 9.430/96, ART. 74, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 10.637/2002. CORREÇÃO MONETÁRIA. CRITÉRIOS. APLICAÇÃO DO ART. 170-A PELA SENTENÇA. MANUTENÇÃO À FALTA DE RECURSO DA PARTE AUTORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO NOS TERMOS DO § 4º DO ART. 20 DO CPC. (...)

3 - Em consonância com o entendimento da Suprema Corte, afiguram-se inconstitucionais os Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, devendo os recolhimentos serem efetuados nos termos da Lei Complementar nº 07/70 e alterações.

4 - Por intermédio do art. 49 da Medida Provisória nº 66, de 29/08/2002 (convertida na Lei nº 10.637, de 30/12/2002), foi alterado o art. 74, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.430/96. O referido art. 74 passou a expor: "O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão".

5 - Disciplinando o citado dispositivo, a Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa nº 210, de 1º/10/2002, cujo art. 21 estatuiu: "O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob administração da SRF". Na espécie, o pedido de compensação foi formulado antes da vigência das

normas legais supracitadas, o que autoriza a compensação apenas com tributos da mesma espécie (PIS com PIS, portanto).

(...)

10 - Preliminar de prescrição acolhida em parte. Apelação e remessa obrigatória parcialmente providas para reconhecer o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de PIS, a serem apurados pela Secretaria da Receita Federal, apenas com parcelas vencidas e vincendas de PIS. Apelação dos autores improvida.

(AC 428.975-CE, Des. Cesar Carvalho, julgado em 28 de julho de 2011, publicado em 28 de julho de 5 de agosto de 2011)

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C DO CPC. PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA PRETÉRITA ALEGADA COMO MATÉRIA DE DEFESA. POSSIBILIDADE. ARTIGO 16, § 3º, DA LEF, C/C ARTIGOS 66 DA LEI 8.383/91, 73 E 74, DA LEI 9.430/96.

1. A compensação tributária adquire a natureza de direito subjetivo do contribuinte (oponível em sede de embargos à execução fiscal), em havendo a concomitância de três elementos essenciais: (i) a existência de crédito tributário, como produto do ato administrativo do lançamento ou do ato-norma do contribuinte que constitui o crédito tributário; (ii) a existência de débito do fisco, como resultado: (a) de ato administrativo de invalidação do lançamento tributário, (b) de decisão administrativa, (c) de decisão judicial, ou (d) de ato do próprio administrado, quando autorizado em lei, cabendo à Administração Tributária a fiscalização e ulterior homologação do débito do fisco apurado pelo contribuinte; e (iii) a existência de lei específica, editada pelo ente competente, que autorize a compensação, ex vi do artigo 170 do CTN.

2. Deveras, o § 3º do artigo 16 da Lei 6.830/80, prescreve, de modo expresse, a alegação do direito de compensação do contribuinte em sede de embargos do executado.

3. O advento da Lei 8.383/91 (que autorizou a compensação entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal) superou o aludido óbice legal, momento a partir do qual passou a ser

admissível, no âmbito de embargos à execução fiscal, a alegação de extinção (parcial ou integral) do crédito tributário em razão de compensação já efetuada (encartada em crédito líquido e certo apurado pelo próprio contribuinte, como sói ser o resultante de declaração de inconstitucionalidade da exação), sem prejuízo do exercício, pela Fazenda Pública, do seu poder-dever de apurar a regularidade da operação compensatória (Precedentes do STJ: EREsp 438.396/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 09.08.2006, *DJ* 28.08.2006; REsp 438.396/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 07.11.2002, *DJ* 09.12.2002; REsp 505.535/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 07.10.2003, *DJ* 03.11.2003; REsp 395.448/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 18.12.2003, *DJ* 16.02.2004; REsp 613.757/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 10.08.2004, *DJ* 20.09.2004; REsp 426.663/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 21.09.2004, *DJ* 25.10.2004; e REsp 970.342/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04.11.2008, *DJe* 01.12.2008). (...)

10. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1.008.343/SP, min. Luiz Fux, julgado em 9 de dezembro de 2009, publicado em 1º de fevereiro de 2010).

Igualmente, não vislumbro salubridade nas razões de decidir que decretou a ilegalidade do lançamento do Imposto Territorial Rural, por não considerar a entrega extemporânea do Ato Declaratório Ambiental, descumprido pela pessoa jurídica apelada.

Aqui, o fato vai contra a pretensão da apelada, considerando que é ônus do contribuinte – consubstanciado em obrigação acessória que, descumprida, não pode obrigar o fisco –, após instaurada a execução, considerar suas alegações para desconstituir o título executivo regularmente formado.

A obrigação acessória a cargo da contribuinte, ora apelada, ultimada além do prazo de seis meses previstos para a entrega da DIRT, não tem o condão de infirmar a regularidade do lançamento, nem de fazer rever a higidez do título judicial.

Por fim, em relação ao título decorrente do lançamento do Imposto Territorial Rural, como de ordinário ocorre a qualquer CDA, não exige que lhe acompanhe memória de cálculo.

Por este entender, dou provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 28.799-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelante: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
Apelado: RAIMUNDO FERREIRA DA COSTA
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Adv./Proc.: DR. ALFREDO NARCISO DA COSTA NETO (APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. APREENSÃO DE PESCADO (CENTO E SETENTA E TRÊS QUILOS DE LAGOSTA) E DE DOCUMENTOS DE EMBARCAÇÃO PESQUEIRA. RECONHECIMENTO POSTERIOR DE APREENSÃO INDEVIDA PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO. POSTERIOR DEVOLUÇÃO DOS DOCUMENTOS E DO PESCADO, ESTE ÚLTIMO, DETERIORADO, SEM CONDIÇÃO DE COMERCIALIZAÇÃO. CONDENAÇÃO DA DEMANDADA EM DANOS MATERIAIS EM OITO MIL, QUATROCENTOS E SETENTA E SETE REAIS E LUCROS CESSANTES QUARENTA E NOVE MIL REAIS. POSSIBILIDADE. ADOÇÃO DA TÉCNICA DA MOTIVAÇÃO REFERENCIADA PER RELACIONEM. AUSÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. APELAÇÃO INTERPOSTA PELO INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO

AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS CONTRA SENTENÇA, PROFERIDA PELO JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA, SEDIADO EM ASSU, QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTE OS PEDIDOS EXPOSTOS NA PETIÇÃO INICIAL.

- O apelado, em 15 de julho de 2010, teve seu barco pesqueiro Gustavo III, abordado por agentes do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis em operação marítima próxima à costa de Guamaré, que procederam à apreensão indevida do pescado contido na embarcação, cerca de cento e setenta e três quilos de lagosta, bem como à documentação de trânsito do barco, sob a alegação de que o documento de autorização de pesca da lagosta daquela nau havia vencido.

- Posteriormente, houve o reconhecimento da própria Administração de que o documento não havia vencido, eis que a Portaria 39, de 18 de maio de 2010, da Secretaria de Monitoramento e Controle da Pesca e Agricultura, prorrogou o prazo da licença por dois meses, fato este ignorado pelos executores da apreensão, após o ajuizamento da Ação Ordinária 0000942-24.2010.4.05.8401, em que pleiteava a devolução do pescado e da documentação apreendida.

- O Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a denominada motivação referenciada, ou per relationem não constitui negativa de prestação jurisdicional, tendo-se por cumprida a exigência constitucional da fundamentação das decisões judiciais. Precedente: Al 855.829 no AgR/RJ.

- Com razão a sentença ao estatuir:

“(...) caracterizado o ato ilícito por parte da ré, consubstanciado em apreensão irregular de lagosta e sua conseqüente inutilização comercial devido ao transporte inadequado do produto, é

devido ressarcimento ao autor pela perda financeira que sofreu (...)”.

“(...) atendendo à determinação deste Juízo, as empresas CELM Aquicultura S/A e Compescal Ltda. trouxeram informação sobre o preço que adquiriam o quilo da lagosta no mês de julho de 2010, apontando os valores de R\$ 49,00 e R\$ 50,00, respectivamente. Convém esclarecer que a declaração anexada pela defesa, com preço variável de R\$ 45,00 e R\$ 35,00, não tem eficácia para o caso em estudo. Isto porque, apesar de a apreensão ter ocorrido em águas norteriograndenses, o fato é que o autor comercializa seus produtos no Estado do Ceará, de forma que a certidão de preços praticados neste Estado não é válida para se aferir o dano sustentado pelo demandante, de forma a se adotar as informações de fls. 138 e 140, fixado o preço do quilo da lagosta em R\$ 49,00, o que perfaz um valor total de R\$ 8.477,00 pelo produto indevidamente inutilizado pela parte passiva.”

“(...) caso o autor viesse realmente a perceber o valor de 1.400 quilos de lagosta, não restam dúvidas de que isso não se traduziria em lucro líquido, pois que ainda haveria despesas referentes ao gasto com tripulação, alimentação, combustível e todo aparato conservador da embarcação e do pescado, de forma que deferir o valor de 1.400 quilos de lagosta de forma líquida seria constituir enriquecimento sem causa para o autor, uma vez que estaria se excluindo da conta toda a despesa que normalmente este teria, de forma que arbitro em 1.000 quilos de lagosta o prejuízo sofrido por lucros cessantes, já considerado o valor das despesas que seriam compensadas no produto final da pesca, totalizando R\$ 49.000,00 de ressarcimento devido.”

- Apelação improvida.

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, 2 de setembro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Trata-se de apelação interposta pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis contra sentença proferida pelo Juízo Federal da 11ª Vara, sediado em Assu, que, julgou parcialmente procedente os pedidos expostos na petição inicial, para condená-lo ao pagamento de oito mil, quatrocentos e setenta e sete reais, referente a danos materiais, pela inutilização do material apreendido irregularmente, e quarenta e nove mil reais, por lucros cessantes.

O apelante foi condenado, ainda, a ressarcir as custas antecipadas pelo autor à fl. 133, no valor de novecentos e cinquenta e oito reais, corrigidas monetariamente.

Segundo os autos, fls. 147-148, *Trata-se de Ação de Reparação por Danos Patrimoniais e Extrapatrimoniais ajuizada por Raimundo Ferreira da Costa, regularmente qualificado na petição inicial, e por meio de advogado devidamente habilitado, contra o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, objetivando ressarcimento material e moral por danos que diz ter suportado por ato ilegal da parte passiva.*

Relata que em 15 de julho de 2010 seu barco pesqueiro Gustavo III, em operação marítima próxima à costa de Guamaré/RN, foi abordado pelos agentes da autarquia federal, que procederam à apreensão do pescado contido na embarcação, consistente em 173 kg de lagosta, bem como à documentação de trânsito do bar-

co, sob a alegação de que o documento de autorização de pesca da lagosta daquela nau havia vencido.

Alega que o documento não havia vencido, uma vez que a Portaria nº 39 de 18 de maio de 2010 de lavra da Secretaria de Monitoramento e Controle da Pesca e Agricultura prorrogou o prazo da licença por dois meses, fato este ignorado pelos agentes do IBAMA. Em vista disso, ajuizou o Processo nº 0000942-24.2010.4.05.8401 requerendo a devolução do pescado e da documentação apreendida, obtendo êxito na demanda, uma vez que a autarquia veio a reconhecer, posteriormente, que a licença do autor para a pesca da lagosta estava, de fato, em dia.

Aduz que, ante o reconhecimento do equívoco, a parte ré procedeu à devolução do crustáceo irregularmente apreendido, após cinco meses do ocorrido. Contudo, alega que a devolução se deu de forma indevida, sem que tivesse havido a refrigeração adequada do produto, de forma que o mesmo se tornou impréstatível para consumo e, conseqüentemente, para comercialização. Requer, por conseguinte, ressarcimento do valor do crustáceo inutilizado, lucros cessantes pela carga de lagosta que deixou de pescar e comercializar em virtude do ato do IBAMA e reparação pelo dano moral in re ipsa que entende ter sofrido.

A recorrente alega, fls. 160-164: a) que, ao contrário do que entendeu a sentença, dos dois autos de infração lavrados contra a apelada, apenas um foi desconstituído, o de nº 697.978, restando incólume o de nº 697.979, justificando, de uma forma ou de outra, que os produtos deveriam ser apreendidos, por causa da ausência de mapa de bordo; b) prova insuficiente quanto às condições das lagostas devolvidas à empresa apelada, considerando a falta de credibilidade das testemunhas, encarregados do setor de controle de qualidade da empresa Compescal, sendo que o laudo da UFC, foi elaborado três dias após a devolução das lagostas; c) não há prova idônea para aferir os lucros cessantes, não sendo certo se deduzir que a empresa apelada deixou de pescar de oitocentos a dois mil quilos de lagosta, indenização baseada em presunções; d) dúvida quanto ao preço do quilo da lagosta, sendo desconsiderada a declaração do IBAMA, considerando que os preços apontados dizem respeito ao mercado northeriograndense e

não ao cearense, não havendo provas que a parte autora, ora apelada, comercialize o pescado no Estado do Ceará e, também, que a variação do preço depende do tamanho da lagosta.

Não foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

Apelação interposta pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis contra sentença, proferida pelo Juízo Federal da 11ª Vara, sediado em Assu, que, julgou parcialmente procedente os pedidos expostos na petição inicial, para condená-lo ao pagamento de oito mil, quatrocentos e setenta e sete reais, referente a danos materiais, pela inutilização do material apreendido irregularmente, e quarenta e nove mil reais, por lucros cessantes.

O apelado, em 15 de julho de 2010, teve seu barco pesqueiro Gustavo III, abordado por agentes do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis em operação marítima próxima à costa de Guamaré, que procederam à apreensão, indevida, do pescado contido na embarcação, cerca de cento e setenta e três quilos de lagosta, bem como à documentação de trânsito do barco, sob a alegação de que o documento de autorização de pesca da lagosta daquela nau havia vencido.

Posteriormente, houve o reconhecimento da própria Administração de que o documento não havia vencido, eis que a Portaria 39, de 18 de maio de 2010, da Secretaria de Monitoramento e Controle da Pesca e Agricultura, prorrogou o prazo da licença por dois meses, fato este ignorado pelos executores da apreensão, após o ajuizamento da Ação Ordinária 0000942-24.2010.4.05.8401, em que pleiteava a devolução do pescado e da documentação apreendida.

Nada a reparar na sentença, devolvida a esta Corte Regional, por via de remessa oficial, pelo que adoto como razões de decidir os seus termos, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal,

consolidou o entendimento de que a denominada motivação referenciada, ou *per relationem* não constitui negativa de prestação jurisdicional, tendo-se por cumprida a exigência constitucional da fundamentação das decisões judiciais, como demonstra o acórdão na AI 855.829 no AgR/RJ:

EMENTA DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. VEICULAÇÃO DE IMAGEM SEM AUTORIZAÇÃO. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. SUPOSTA AFRONTA AOS ARTS. 5º, IV, IX E XIV, 93, IX, E 220 DA CARTA MAIOR. MOTIVAÇÃO REFERENCIADA (*PER RELATIONEM*). AUSÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ACÓRDÃO REGIONAL EM QUE ADOTADOS E TRANSCRITOS OS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA LASTREADA NO CONJUNTO PROBATÓRIO. SÚMULA 279/STF. INTERPRETAÇÃO DE NORMAS DE ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA NÃO VIABILIZA O MANEJO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

- Consoante pacificada jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, tem-se por cumprida a exigência constitucional da fundamentação das decisões mesmo na hipótese de o Poder Judiciário lançar mão da motivação referenciada (*per relationem*). Precedentes.

- Além de a pretensão da recorrente demandar reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, a suposta afronta ao preceito constitucional indicado nas razões recursais dependeria da análise de legislação infraconstitucional, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, portanto, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário, considerada a disposição do art. 102, III, a, da Lei Maior.

- Agravo conhecido e não provido.

(Acórdão unânime no AI 855.829 AgRJ, min. Rosa Weber, julgado em 20 de novembro de 2012, publicado em 10 de dezembro de 2012).

Eis os trechos da sentença, os quais adoto como razão de decidir do meu voto (fls. 150-156):

A tese levantada pela parte passiva, de culpa exclusiva ou concorrente da vítima, é inconsistente. Isto porque, diferentemente do alegado, não é obrigação do autor portar cópia da Portaria Federal para poder comprovar que o pra-

zo de autorização de pesca da lagosta foi estendido, uma vez que se trata de ato público e geral, do qual todos os envolvidos na atividade devem ter conhecimento, especialmente o órgão fiscalizador. Na verdade, o ocorrido demonstra falta grave por parte da autarquia ré, uma vez que é obrigação basilar da mesma instruir seus agentes com as informações pertinentes à sua área de atuação. Registre-se que a Portaria é de 19 de maio de 2010, enquanto a apreensão se deu em 15 de julho daquele ano, de forma que quase dois meses se passaram sem que o efetivo do IBAMA tivesse ciência da prorrogação de prazo de atividade cuja atuação do referido órgão é frequente.

De fato, ante a flagrante irregularidade apontada, o próprio IBAMA desconstituiu o auto de infração anteriormente imposto ao autor, de forma que a alegação da parte ré, de que o ato da apreensão seria válido, ainda, pela ausência de mapas a bordo da embarcação, também não prospera, uma vez que o ato foi anulado em sua inteireza, culminando com a devolução do pescado, de forma que resta inócua a referida alegação.

As impugnações referentes aos laudos e fotos de fls. 35/49 também não convencem. Quanto às fotos juntadas, o estatuído no § 1º do artigo 385 do CPC não encontra mais aplicabilidade nos dias atuais, tendo em vista que, já há tempos, a prática fotográfica não mais inclui a utilização de negativos das fotos, dado que a imensa maioria das máquinas é digital na atualidade, pelo que o referido dispositivo legal resta derogado pela passagem do tempo. Assim, rechaço a alegação defensiva, neste particular, e aceito as fotos anexadas aos autos como fonte regular de prova.

Da mesma forma, as alegações do réu para invalidar os laudos em anexo são inócuas. A ideia de que as lagostas analisadas podem não ter sido as mesmas da carga apreendida não tem cabimento, uma vez que as fotos das fls. 46/47 demonstram a presença dos técnicos do IBAMA na hora da entrega do produto, que já apresentava sinais de putrefação, o que foi confirmado pelas testemunhas em juízo, encarregados do setor de controle de qualidade da empresa Compescal. O fato de os exames realizados pela Universidade Federal do Ceará terem sido confeccionados três dias depois da entrega não faz diferença, uma vez que o produto analisado já se encontrava visivelmente avariado

quando de sua devolução pelo IBAMA, como demonstrado nas fotos e testemunhos anexados aos autos.

Nesse sentido, os testemunhos dos técnicos de controle de qualidade da empresa que adquire o produto pescado pelo autor foram categóricos ao esclarecer que os crustáceos não foram bem acondicionados para o transporte até Aracati, uma vez que a quantidade depositada em cada saco preservador era demasiada para que o gelo conseguisse se manter presente durante o trajeto, dado que o automóvel utilizado para transportar a carga não possuía câmara refrigeradora, o que seria praxe para esse tipo de transporte.

Logo, caracterizado o ato ilícito por parte da ré, consubstanciado em apreensão irregular de lagosta e sua consequente inutilização comercial devido ao transporte inadequado do produto, é devido ressarcimento ao autor pela perda financeira que sofreu. Passo a valorar o material inutilizado.

Tanto o autor como as testemunhas, bem como documentos anexados aos autos, dão conta que 173 quilos de lagosta foram irregularmente apreendidos pela autarquia ré. O valor do preço do quilo da lagosta, na data do fato, gerou controvérsia nos autos, tendo a defesa anexado declaração, de lavra de analista ambiental dos próprios quadros da demandada, certificando que no mês de julho de 2010 o quilo do referido crustáceo valia R\$ 45,00 para lagostas de 14 cm ou mais de cauda e R\$ 35,00 para aquela menores que isso.

Contudo, atendendo à determinação deste Juízo, as empresas CELM Aquicultura S/A e Compescal Ltda. trouxeram informação sobre o preço que adquiriam o quilo da lagosta no mês de julho de 2010, apontando os valores de R\$ 49,00 e R\$ 50,00, respectivamente.

Convém esclarecer que a declaração anexada pela defesa, com preço variável de R\$ 45,00 e R\$ 35,00, não tem eficácia para o caso em estudo. Isto porque apesar de a apreensão ter ocorrido em águas norterio-grandenses, o fato é que o autor comercializa seus produtos no estado do Ceará, de forma que a certidão de preços praticados neste estado não é válida para se aferir o dano sustentado pelo autor, de forma que adoto as informações de fls. 138 e 140 e baseio o preço do quilo da lagosta em R\$ 49,00, o que perfaz um valor total de R\$ 8.477,00 pelo produto indevidamente inutilizado pela parte passiva.

Quanto aos lucros cessantes, entendo que também são devidos. A alegação da defesa de que o barco poderia continuar pescando, uma vez que apenas foram apreendidas cópias dos documentos obrigatórios da embarcação é absolutamente incoerente. Ora, a tripulação tinha acabado de sofrer abordagem da autarquia federal, cuja atuação apreendeu toda a carga da embarcação e confiscou seus documentos de navegação, restando certo que eram cópias autenticadas cujos originais encontravam-se em terra firme, no centro de operações do autor, de forma que não lhes restou outra opção senão retornar à base para regularizar sua situação junto ao IBAMA para que pudessem retornar ao serviço. Pensar diferente, no caso concreto, seria ir de encontro à determinação expressa do órgão responsável pela fiscalização pesqueira, ainda que fruto de irregularidade que, repita-se, é integralmente atribuída à parte passiva.

Assim, encurtada a viagem pesqueira da embarcação do autor de forma irregular, por culpa atribuída à ré, os lucros que deixou de receber pela empreitada são devidos, de forma que passo a valorar a referida omissão.

Há controvérsia sobre a carga que poderia ter sido trazida pelo autor caso a sua viagem tivesse continuado como de costume. A autarquia ré lança dúvida sobre a declaração de fl. 33, que dá conta da média da pesca da lagosta por viagem efetivada pela embarcação Gustavo III, declarando que esta oscila entre 800 a 2.000 quilos. Isto porque a irmã do autor é sócia da pessoa jurídica que adquire a lagosta pescada, conforme fazem prova as fls. 64/66.

Contudo, a declaração não foi assinada pela própria irmã do autor, mas sim pelo Sr. José Reginaldo Guimarães, chefe do controle de qualidade da referida empresa, Compescal Ltda., que inclusive serviu de testemunha no presente processo e, sob juramento, confirmou a média de 800 a 2.000 quilos de lagosta por viagem, de forma que, à míngua de qualquer outra prova produzida pela parte passiva, no intuito de descaracterizar a prova consubstanciada nos autos, ônus que lhe incumbia e não se desvencillou (art. 333, II, do CPC), considero como razoável a média apresentada.

Na impossibilidade de se ter um valor correto do valor que realmente seria pescado pela embarcação Gustavo III na viagem de julho de 2010, o caminho mais lógico seria o

de achar o ponto mediano da oscilação apresentada, ou seja, 1.400 quilos de lagosta. Contudo, é imperioso reconhecer que o autor acabou por não continuar sua viagem, pelos fatos aqui expostos, de forma que não apenas deixou de atingir o lucro desejado, mas também evitou a despesa atrelada à referida viagem que dura, em média, de 35 a 40 dias no mar.

Logo, caso o autor viesse realmente a perceber o valor de 1.400 quilos de lagosta, não restam dúvidas que isso não se traduziria em lucro líquido, pois que ainda haveria despesas referentes ao gasto com tripulação, alimentação, combustível e todo aparato conservador da embarcação e do pescado, de forma que deferir o valor de 1.400 quilos de lagosta de forma líquida seria constituir enriquecimento sem causa para o autor, uma vez que estaria se excluindo da conta toda a despesa que normalmente este teria, de forma que arbitro em 1.000 quilos de lagosta o prejuízo sofrido por lucros cessantes, já considerado o valor das despesas que seriam compensadas no produto final da pesca, totalizando R\$ 49.000,00 de ressarcimento devido.

Finalmente, quanto ao ressarcimento por dano moral requerido, entendo que este não é devido. Com efeito, apesar dos transtornos causados ao autor, não há nada nos autos que demonstre o suposto dano moral sofrido. Caso a embarcação Gustavo III fosse a sua única fonte de renda, revelando que o autor ficou sem receber os valores monetários que seriam necessários para sua sobrevivência, sem dúvida se caracterizaria o dano moral *in re ipsa*, mas o próprio autor reconheceu em seu depoimento que possui mais 6 outras embarcações em atividade, o que lhe garantiu, no período em testilha, alto poder financeiro para superar o referido transtorno, de forma que afasta-se qualquer alegação de dano moral nesse sentido.

Além disso, em que pese o equívoco perpetrado pela parte ré, é fato que a ação não foi absurda, sendo fruto realmente de atividade constante do poder fiscalizatório da administração que, no caso em tela, incorreu em erro por desinformação. Contudo, não houve qualquer abuso no ato da abordagem, até mesmo porque o autor não estava presente no evento, como afirmou em depoimento, apenas sua tripulação, nem houve qualquer alarde ou comoção pública sobre o ocorrido, sem que o nome do autor

tenha sido exposto ao ridículo ao à má fama social, não havendo qualquer abalo à sua reputação comercial, tendo a autarquia, inclusive, posteriormente, reconhecido o próprio engano, de forma que se atribui ao ocorrido, com todas as suas características, *status* de mero aborrecimento, o que não é passível de indenização, pelo que indefiro, neste particular, o pedido contido na peça inaugural.

Registre-se, finalmente, para efeito de honorários sucumbenciais, que o valor do pedido indeferido, referente aos supostos danos morais, alcança o valor mínimo de R\$ 109.000,00 (cento e nove mil reais), conforme indicado na petição inicial, razão pela qual a sucumbência é recíproca.

Do exposto, julgo procedente em parte os pedidos expostos na peça inicial, para condenar a parte ré no pagamento de R\$ 8.477,00 (oito mil, quatrocentos e setenta e sete reais) referente a danos materiais, pela inutilização do material apreendido irregularmente, e R\$ 49.000,00 (quarenta e nove mil reais) por lucros cessantes, conforme fundamentação, e para, no mais, indeferir o pedido de ressarcimento por danos morais, uma vez que inexistentes.

Sem honorários advocatícios ante a sucumbência recíproca apresentada.

A parte ré deverá ressarcir, ainda, as custas antecipadas pelo autor à fl. 133, no valor de R\$ 958,00 (novecentos e cinquenta e oito reais), regularmente atualizadas.

Sentença sujeita à remessa necessária, nos termos do artigo 475 do Código de Processo Civil, de forma que, havendo recurso das partes ou não, após o prazo recursal, subam os autos.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Assú/RN, terça-feira, 28 de maio de 2013

Fábio Luiz de Oliveira Bezerra

Juiz Federal da 11ª Vara/SJRN

Por este entender, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 29.935-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (CONVOCADO)
Apelantes: DJALMA CRISTOVAM NUNES E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Adv./Proc.: DR. DJALMA CORREIA CARNEIRO

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA CONDICIONAL. AUSÊNCIA DE PROVAS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ALMEJADO. APOSENTADORIA POR IDADE OU POR TEMPO DE SERVIÇO. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 515, § 3º, DO CPC.

- Deve ser anulada a sentença incerta, eis que prolatada em dissonância com o disposto no artigo 460, parágrafo único, do CPC.

- Realmente, o objeto do pedido foi a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição e/ou por idade, sendo a última calculada com base nos salários de contribuição constantes da CTPS do postulante, demonstrativo de pagamento de salário e carnê de contribuição individual, tendo o Juízo monocrático concedido aposentadoria por tempo de contribuição ou por idade, conforme a hipótese mais benéfica.

- A sentença teve o seguinte dispositivo: conceder ao autor sua aposentadoria por tempo de contribuição ou por idade, conforme a hipótese mais benéfica, com efeitos financeiros retroativos a 05/05/2011, e, no caso, de aposentação por tempo de contribuição, aplicar o fator previdenciário, determinando, ainda, o ressarcimento das parcelas a partir de 05/05/2011, data do requerimento administrativo, corrigidas monetariamente pelo IPCA, acrescidas de juros de mora, contados a partir da citação, estes nos termos do

art. 1º-F da Lei 9.494/97 (redação da Lei 11.860/2009), a serem calculados em liquidação de sentença, após o seu trânsito em julgado, respeitando-se a prescrição quinquenal, além da condenação em honorários advocatícios no importe de R\$ 1.000,00, de acordo com o artigo 20, § 4º, do CPC.

- Dispõe o art. 460 da Lei Processual Civil:

“Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decidida relação jurídica condicional”;

- Demonstrado que a decisão monocrática violou o dispositivo acima citado, deve ser anulada a sentença, hipótese essa que eiva de nulidade absoluta o processo, podendo ser decretada até mesmo de ofício.

- Não há possibilidade de apreciar o feito, com fulcro no § 3º do art. 515 do CPC, para julgar desde logo a lide.

- O tempo de serviço pretendido pelo autor não restou completamente comprovado, conforme se nota do item 10 da sentença: “percebo, também, que foram efetivadas outras contribuições referentes aos anos de 80 (fls. 49/51), 81 (fls. 52/55), 94 (fls. 116/119), 99 (fl. 144), totalizando 19 anos de contribuição”.

8. Além disso, não foi apreciada relevante questão sobre o direito ao recebimento ou não de 100% do salário de benefício, pelo fato de se aplicar o fator previdenciário e no tocante à aposentadoria por idade, por corresponder a um percentual de 70% do salário de benefício, nos termos da Lei 8.213/91.

- Importante ressaltar, seguindo a esteira da peça do INSS, o recolhimento referente ao período de

junho a dezembro de 1984, somente realizado nos dias 02 de maio de 2011 e 03 de maio de 2011, três dias antes do requerimento administrativo, sendo, portanto, extemporâneo, além de não corresponderem ao valor devido à Previdência Social, não podendo, portanto, serem computados para fins de obtenção do benefício almejado (docs. fls. 58/119);

- O valor informado nos documentos de fls. 120/144 foi realizado pela parte postulante e ora apelada sem respeitar o interstício mínimo exigido por lei para mudar de uma escala para outra do salário base, além do recolhimento referente ao período de janeiro de 1995 até janeiro de 1999 ter sido realizado entre os dias 29 de abril de 2011 e 03 de maio de 2011, sete dias antes do requerimento administrativo, não sendo permitido, em tais circunstâncias, serem computados para concessão do benefício, porque não evidenciados como suficientes para quitação do valor devido à Previdência Social;

- A sentença também não observou o necessário interstício para obtenção do direito subjetivo para poder passar de uma classe para outra, nos termos do artigo 29, com a redação anterior da Lei 9.876/99, que alterou o dispositivo da Lei 8.212/91;

- Remessa oficial e apelação providas, para anular a sentença proferida e baixar os autos à primeira instância, a fim de que seja proferida sentença certa, apreciando os elementos de prova colacionados aos autos.

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 provimento à remessa oficial e à apelação, par anular a sentença,

remetendo-se os autos à instância de origem, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 26 de agosto de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (Convocado):

Trata-se de apelações interpostas pelas partes referenciadas contra sentença proferida pelo juízo da 6ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, que julgou procedentes os pedidos formulados na inicial com a resolução do mérito, nos termos do artigo 269, inciso I, do CPC, ficando reconhecido o direito do autor na demanda proposta, condenando o INSS nos seguintes termos: - conceder ao autor sua aposentadoria por tempo de contribuição ou por idade, conforme a hipótese mais benéfica, com efeitos financeiros retroativos a 05/05/2011, e, no caso, de aposentação por tempo de contribuição, aplicar o fator previdenciário; - ressarcir o autor das parcelas atrasadas a partir de 05/05/2011, data do requerimento administrativo, corrigidas monetariamente pelo IPCA, acrescidas de juros de mora, contados a partir da citação, estes nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (redação da Lei 11.860/2009), a serem calculados em liquidação de sentença, após o seu trânsito em julgado, respeitando-se a prescrição quinquenal; - condenação do réu, em honorários advocatícios de sucumbência em R\$ 1.000,00, de acordo com o artigo 20, § 4º.

Há reexame necessário.

Apelação do segurado pleiteando fixação dos honorários entre 10% e 20%, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC.

Apelação do INSS, postulando anulação da sentença, porque proferida condicionalmente. No mérito, sustenta reforma da sentença pela não comprovação dos requisitos necessários e também pela falta de documentação necessária à concessão do direito subjetivo.

Há contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (Relator Convocado):

A sentença condenou o réu a: - conceder ao autor sua aposentadoria por tempo de contribuição ou por idade, conforme a hipótese mais benéfica, com efeitos financeiros retroativos a 05/05/2011, e, no caso, de aposentação por tempo de contribuição, aplicar o fator previdenciário; - ressarcir o autor das parcelas atrasadas a partir de 05/05/2011, data do requerimento administrativo, corrigidas monetariamente pelo IPCA, acrescidas de juros de mora, contados a partir da citação, estes nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (redação da Lei 11.860/2009), a serem calculados em liquidação de sentença, após o seu trânsito em julgado, respeitando-se a prescrição quinquenal; - honorários advocatícios de sucumbência em R\$ 1.000,00, de acordo com o artigo 20, § 4º.

Sustenta o apelante, que a sentença deve ser anulada porque condicional, uma vez que submeteu seus efeitos a evento futuro e incerto, nos termos do artigo 460, parágrafo único, do CPC.

Realmente, o objeto do pedido foi a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição e/ou por idade, sendo a última calculada com base nos salários de contribuição constantes na respectiva CTPS e demonstrativo de pagamento de salário e carnê de contribuição individual, tendo o Juízo monocrático concedido aposentadoria por tempo de contribuição ou por idade, conforme a hipótese mais benéfica.

Dispõe o art. 460 da Lei Processual Civil:

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decidida relação jurídica condicional.

Desse modo, demonstrado está que a decisão monocrática violou o dispositivo acima citado. Desta forma, deve ser anulada a

sentença, hipótese essa que eiva de nulidade absoluta o processo, podendo ser decretada até mesmo de ofício.

No caso, registre-se que não há possibilidade de apreciar o feito com fulcro no § 3º do art. 515 do CPC, que possibilita julgar desde logo a lide.

Eis o teor do referido dispositivo legal, acrescentado pela Lei nº 10.352/2001: “§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”.

Como se vê, a intenção do legislador ordinário foi a de facilitar a vida do jurisdicionado para proporcionar-lhe maior celeridade na solução do conflito submetido a julgamento. Possibilitou, através do comando do mencionado dispositivo legal, a apreciação da lide, pelo tribunal, de imediato, sem a necessidade de ter de remetê-la à instância inferior para só depois se pronunciar sobre a demanda.

Constata-se, pois, a prevalência dos princípios da economia, celeridade e instrumentalidade processual sobre o formalismo, o que deu maior eficiência e eficácia à atuação jurisdicional, mas se a causa estiver em condições de ser julgada imediatamente, o que não é a hipótese dos autos.

É que o tempo de serviço em debate não restou completamente comprovado, conforme se nota do item 10 da sentença:

“Percebo, também, que foram efetivadas outras contribuições referentes aos anos de 80 (fls. 49/51), 81 (fls. 52/55), 94 (fls. 116/119), 99 (fl. 144), totalizando 19 anos de contribuição”.

Além disso, não foi apreciada relevante questão sobre o direito ao recebimento ou não de 100% do salário de benefício pelo fato de se aplicar o fator previdenciário e no tocante à aposentadoria por idade pela circunstância dela corresponder a um percentual de 70% do salário de benefício, nos termos da Lei 8.213/91.

Importante ressaltar, seguindo a esteira da peça do INSS, que o recolhimento referente ao período de junho de 1984 a dezembro somente foi realizado nos dias 02 de maio de 2011 e 03 de maio de 2011, três dias antes do requerimento administrativo, sendo, por-

tanto, extemporâneo além de não corresponderem ao valor devido à Previdência Social, realmente, não podendo ser computado para fim de obtenção do benefício almejado (docs. fls. 58/119).

O valor informado nos documentos de fls. 120/144, foi realizado pela parte postulante e ora apelada sem respeitar o interstício mínimo exigido por lei para mudar de uma escala para outra do salário base, além do recolhimento referente ao período de janeiro de 1995 até janeiro de 1999 ter sido realizado entre os dias 29 de abril de 2011 e 03 de maio de 2011, sete dias antes do requerimento administrativo, não podendo, em tais circunstâncias, serem computados para fins de concessão do benefício, porque não estão evidenciados como suficientes para quitação do valor devido à Previdência Social.

A sentença também não observou o necessário interstício para obtenção do direito subjetivo para poder passar de uma classe para outra, nos termos do artigo 29, com a redação anterior da Lei 9.876/99, que alterou o dispositivo da Lei 8.212/91.

A peça de contrarrazões, por sua vez, não indica os documentos necessários à comprovação do conjunto de argumentos delineados, consistindo apenas em alegações sem substrato probatório, razão pela qual não devem ser considerados.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 201, § 7º, garante aposentadoria aos segurados do Regime Geral da Previdência Social, nos seguintes termos:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (...).

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. (Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

O benefício pleiteado possui como condições a comprovação de trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e de trinta anos, se mulher, como previsto no dispositivo constitucional acima transcrito, e o cumprimento da carência estabelecida pela Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

A Lei nº 8.213/91 estabelece em seu art. 55 a forma como deverá ser comprovado o tempo de exercício:

Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:

I - o tempo de serviço militar, inclusive o voluntário, e o previsto no § 1º do art. 143 da Constituição Federal, ainda que anterior à filiação ao Regime Geral de Previdência Social, desde que não tenha sido contado para inatividade remunerada nas Forças Armadas ou aposentadoria no serviço público;

II - o tempo intercalado em que esteve em gozo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez;

III - o tempo de contribuição efetuada como segurado facultativo;

(Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

IV - o tempo de serviço referente ao exercício de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não tenha sido contado para efeito de aposentadoria por outro regime de previdência social; (Redação dada pela Lei nº 9.506, de 1997)

V - o tempo de contribuição efetuado por segurado depois de ter deixado de exercer atividade remunerada que o enquadrava no art. 11 desta Lei;

VI - o tempo de contribuição efetuado com base nos artigos 8º e 9º da Lei nº 8.162, de 8 de janeiro de 1991, pelo

segurado definido no artigo 11, inciso I, alínea g, desta Lei, sendo tais contribuições computadas para efeito de carência. (Incluído pela Lei nº 8.647, de 1993)

§ 1º A averbação de tempo de serviço durante o qual o exercício da atividade não determinava filiação obrigatória ao anterior Regime de Previdência Social Urbana só será admitida mediante o recolhimento das contribuições correspondentes, conforme dispuser o Regulamento, observado o disposto no § 2º.

(...)

§ 3º A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.

§ 4º Não será computado como tempo de contribuição, para efeito de concessão do benefício de que trata esta subseção, o período em que o segurado contribuinte individual ou facultativo tiver contribuído na forma do § 2º do art. 21 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, salvo se tiver complementado as contribuições na forma do § 3º do mesmo artigo. (Incluído pela Lei Complementar nº 123, de 2006)

As regras de transição para o novo regime de aposentadoria integral ou proporcional constaram na EC 20/98, que devem ser apreciadas no presente caso.

Dispõe o artigo 9º da EC 20/98:

Art. 9º - Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas para o regime geral de previdência social, é assegurado o direito à aposentadoria ao segurado que se tenha filiado ao regime geral de previdência social, até a data de publicação desta Emenda, quando, cumulativamente, atender aos seguintes requisitos:
I - contar com cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher; e
II - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

§ 1º - O segurado de que trata este artigo, desde que atendido o disposto no inciso I do *caput*, e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode aposentar-se com valores proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições:

I - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) - trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e b) - um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior;

II - o valor da aposentadoria proporcional será equivalente a setenta por cento do valor da aposentadoria a que se refere o *caput*, acrescido de cinco por cento por ano de contribuição que supere a soma a que se refere o inciso anterior, até o limite de cem por cento.

Sabe-se que aos segurados do Regime Geral da Previdência Social, que tenham cumprido todos os requisitos para a concessão de aposentadoria por tempo de serviço, na forma da legislação vigente até a data da publicação da EC 20/98, tiveram seus direitos ressalvados pelo preceito constante do *caput* do art. 3º desta Emenda.

Nos termos da legislação anterior, a aposentadoria por tempo de serviço é devida ao segurado da Previdência Social que completar 25 anos de serviço, se mulher, ou 30 anos, se homem, evoluindo o valor do benefício de um patamar inicial de 70% do salário de benefício para o máximo de 100%, caso completado 30 anos de serviço, se do sexo feminino, ou 35 anos, se do sexo masculino.

Em face do exposto, dou provimento à apelação e à remessa oficial, para anular a sentença proferida e baixar os autos à primeira instância, a fim de que seja proferida sentença certa, apreciando os elementos de prova colacionados aos autos.

É o meu voto.

**APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 0800680-
12.2012.4.05.8000 (PJe)**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelados: TACIANAKELLYTENÓRIO DE ALENCAR (E OUTROS)
Repte.: TACIANA KELLY TENÓRIO DE ALENCAR (PAIS)
Adv./Proc.: DRA. ANA KILZA SANTOS PATRIOTA (APDOS.)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. FILHO PORTADOR DE AUTISMO. PROTEÇÃO À FAMÍLIA. TUTELA DOS INTERESSES DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REMOÇÃO. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO IMPROVIDA.

- Trata-se de apelação interposta pela União contra sentença do douto Juiz Federal da 3ª Vara da SJ/AL que julgou procedente o pedido, determinando que a ré promova a remoção da servidora Taciana Kelly Tenório de Alencar, em caráter definitivo para o TRT da 19ª Região, com fundamento no inciso III, alínea b, do art. 36 da Lei nº 8.112/90, no cargo de analista judiciário, área judiciária, especialidade execuções de mandado e independente de vagas, sendo a mesma lotada de acordo com a conveniência daquele órgão jurisdicional.

- O STF no julgamento do AI 852.520 (AgRedD) entendeu que a fundamentação per relationem pode ser utilizada pelo julgador, sem que isso implique em negativa de prestação jurisdicional. Dessa forma, adotam-se as razões da douta sentença guerreada.

- “A demandante embasou seu pedido de remoção em decorrência do agravamento do estado de saúde do seu filho menor Francisco Rodrigues Pereira Bisneto, justificado na jurisprudência e legislação, conforme disposição do art. 36,

parágrafo único, inciso III, alínea b, da Lei 8.112/90; no Manual de Perícia Oficial em Saúde do Servidor Público (Portaria SRH nº 797, de 22 de março de 2010) que prevê a remoção em casos de doenças preexistentes com constatação de agravamento após a posse, no art. 3º da Lei 8.069/90 (os direitos do menor), na Resolução nº 41 de 13 de outubro de 1995 e nos arts. 5º, 6º, 196, 226 e 227, todos da Constituição Federal”.

- “O princípio da unidade familiar constitui prestigiada garantia constitucional, inserta no artigo 226 da Carta Magna. Ocorre que não pode ser utilizado como supedâneo para remoções em todos os casos em que haja interesse do servidor, tal como uma chave mestra apta a abrir passagens ao alvedrio do agente público. Sabem os postulantes desde quando inscritos nos certames, que suas atividades serão exercidas fora dos estados de origem, situação provocada não por um desígnio administrativo, mas por escolha pessoal”.

- “Ao admitir-se a tese normalmente aventada, deveríamos considerar que os postulantes a cargos públicos poderiam de maneira livre, optar pelo local de exercício de suas atividades em detrimento, inclusive, da legítima opção de outros interessados, os quais labutam, por vários anos ou mesmo em caráter definitivo, longe de seus familiares. O princípio da isonomia é a antítese de situações desse jaez, não podendo ser chanceladas pelo Judiciário. Não se menospreza a importância da instituição familiar e a proteção por ela desfrutada no ordenamento jurídico, mas apenas há o reconhecimento de que as dificuldades familiares dos postulantes resultam de opções pessoais e conscientes dos envolvidos, tribulações, é conveniente ressaltar, comuns a um número significativo de agentes em várias carreiras do serviço público, ora afastados de

seus locais de origem e no aguardo de uma oportunidade – juridicamente admitida – para retornar às suas cidades natais”.

- “A situação da autora, entretanto, é complexa. O motivo principal da mudança de sede é a condição de saúde de seu filho menor de 13 anos, portador de autismo e o papel decisivo do núcleo familiar para o seu desenvolvimento cognitivo, motor e sensorial. A farta documentação trazida aos autos, notadamente o relatório de desenvolvimento da escola do menor – Espaço Educar – permitem antever que já foi possível constatar um agravamento no quadro de evolução do menor”.

- “A remoção por motivo de saúde de dependente de servidor tem previsão legal no artigo 36, III, alínea b, da Lei nº 8.112/90, mas condicionada à comprovação por junta médica oficial”.

- “De um lado, a supremacia do interesse público e de outro, a proteção da família e, em particular, da criança e do adolescente consubstanciados nos artigos 226 e 227 da Lei Maior. Esta tensão existente entre as normas é consequência da própria carga valorativa inserta na Constituição, que desde seu nascedouro, incorpora em uma sociedade pluralista, os interesses das diversas classes componentes do Poder Constituinte Originário. Esses interesses como não poderiam deixar de ser, em diversos momentos, não se harmonizam entre si em virtude de representarem a vontade política de classes sociais antagônicas. Surge, então, dessa pluralidade de concepções, um estado permanente de conflito entre as normas constitucionais”.

- “Na impossibilidade de utilização dos critérios clássicos, nasce uma tormentosa questão para solucionar o impasse. O intérprete, no caso concreto, através de uma análise necessariamente tópica terá que verificar, seguindo critérios obje-

tivos e subjetivos, qual o valor que o ordenamento em seu conjunto deseja naquela situação sempre buscando conciliar os dois princípios em colisão. É a busca na composição”.

- “Nesse sentido, acolho a tese da prevalência da tutela dos interesses da criança e do adolescente sobre o poder discricionário da administração pública e da supremacia do interesse público sobre o privado, este, na verdade, preservado”.

- “Ao estabelecer que a família tem especial proteção do Estado e que este assegurará a sua assistência na pessoa de cada um dos que a integram, a Carta Constitucional impõe um dever e atuação concreta ao Poder Público, não se tratando de mera norma programática”.

- “As disposições constitucionais sobre a criança e o adolescente estão de acordo com a Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela ONU em 20.11.1959, nos seguintes termos: a criança em virtude de sua maturidade física e mental precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada antes e depois do nascimento”.

- “Os demandados mostraram através de documentos, a grande necessidade de acompanhamentos médicos, psicológicos e de educação especial em caráter permanente que o adolescente menor, portador de autismo necessita para possibilitar avanço no seu desenvolvimento global. A interrupção do tratamento com os profissionais que o acompanham de longa data, a retomada do tratamento com outros profissionais que certamente começarão do zero, porque necessitarão fazer todo um procedimento de avaliação para poder reiniciar o tratamento, a mudança de ambiente e dos procedimentos educacionais especiais, acarretará uma mudança brusca

de toda a vida cotidiana, que por certo provocará graves prejuízos ao desenvolvimento neuropsicomotor do filho da servidora”.

- “A toda evidência, a permanência da recorrente no Ceará fere de morte o princípio em comento, sobretudo pela desagregação familiar que se impõe. Verifica-se, in casu, que a remoção da servidora, na forma do disposto no inciso III, b, do artigo 36, atende plenamente ao princípio da legalidade”.

- “Não se perca de vista que a remoção dos mol-des pretendidos pela autora Taciana Alencar depende da comprovação por junta médica oficial do mal que acomete o seu dependente, situação amplamente comprovada nos autos, tendo em vista que no documento de nº 22, consta laudo emitido pela Junta Médica Oficial do TRT 19ª Região que conclui que o menor Francisco é portador de autismo e em virtude das circunstâncias sociais e clínicas do periciando menor, a remoção é justificada, fato igualmente ratificado pelo TRT 7ª Região”.

- “A exigência da não preexistência da doença à admissão do servidor, teve a finalidade de evitar eventuais fraudes, no entanto, não pode em princípio subsistir, pois a lei não a previu. Ainda que se entenda preexistente a doença, não deve prevalecer este motivo frente aos prejuízos que serão causados ao desenvolvimento cognitivo, motor e social do menor”.

- “Não se perca de vista, que para crianças portadoras de necessidades especiais a cada ruptura se acrescenta uma perda irreversível, na maioria das vezes, ao seu desenvolvimento. E não se perca de vista, que esses aspectos são essenciais para uma devida inclusão social no futuro”.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGTR - PJe nº 0800680-12.2012.4.05.8000, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 18 de setembro de 2014. (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 pela União contra sentença do douto Juiz Federal da 3ª Vara da SJ/AL que julgou procedente o pedido, determinando que a ré promova a remoção da servidora Taciana Kelly Tenório de Alencar, em caráter definitivo para o TRT da 19ª Região, com fundamento no inciso III, alínea *b*, do art. 36 da Lei nº 8.112/90, no cargo de analista judiciário, área judiciária, especialidade execuções de mandado e independente de vagas, sendo a mesma lotada de acordo com a conveniência daquele órgão jurisdicional.

2. Alega a União, em apertada síntese, que: (a) a medida de urgência deferida pelo Magistrado *a quo* ofende a continuidade do serviço público, adentrando na seara inerente à discricionariedade do administrador, qual seja, a distribuição e lotação de seus servidores; (b) deve ser determinada a suspensão dos efeitos da sentença até o julgamento final do recurso de apelação; (c) o candidato quando se inscreve em concurso público, se submete às normas que o regem, as quais se aplicam tanto à Administração quanto aos escritos no certame, ficando ambos vinculados às cláusulas estipuladas no edital; (d) o processo de remoção é ato discricionário e *interna corporis*, que disciplina a movimentação dos servidores dentro de uma determinada carreira, ou seja, não se configura direito subjetivo dos servidores, mas uma liberalidade da Adminis-

tração; (e) os requisitos legais não foram devidamente cumpridos, já que a moléstia não pode ser preexistente à posse e exercício do servidor nos quadros da Administração, bem como que dever haver a comprovação da impossibilidade de o tratamento ser realizado na localidade de lotação do servidor; (f) deve ser minorado o valor fixado a título de honorários advocatícios, nos termos do art. 4º do art. 20 do CPC.

3. Apresentadas as contrarrazões.

4. É o relatório.

VOTO

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

1. Trata-se de apelação interposta pela União contra sentença do douto Juiz Federal da 3ª Vara da SJ/AL que julgou procedente o pedido, determinando que a ré promova a remoção da servidora Taciana Kelly Tenório de Alencar, em caráter definitivo para o TRT da 19ª Região, com fundamento no inciso III, alínea *b*, do art. 36 da Lei nº 8.112/90, no cargo de analista judiciário, área judiciária, especialidade execuções de mandado e independente de vagas, sendo a mesma lotada de acordo com a conveniência daquele órgão jurisdicional.

2. O STF no julgamento do AI 852.520 (AgRedD) entendeu que a fundamentação *per relationem* pode ser utilizada pelo julgador, sem que isso implique em negativa de prestação jurisdicional. Dessa forma, adotam-se as razões da douta sentença guerreada.

3. Trago, aqui, a fundamentação da mesma como parte deste voto¹:

¹ Sobre a 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 relationem* 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)

24. A demandante embasou seu pedido de remoção em decorrência do agravamento do estado de saúde do seu filho menor Francisco Rodrigues Pereira Bisneto, justificado na jurisprudência e legislação, conforme disposição do art. 36, parágrafo único, inciso III, alínea *b*, da Lei 8.112/90; no Manual de Perícia Oficial em Saúde do servidor Público (Portaria SRH nº 797, de 22 de março de 2010) que prevê a remoção em casos de doenças preexistentes com constatação de agravamento após a posse, no art. 3º da Lei 8.069/90 (os direitos do menor), na Resolução nº 41 de 13 de outubro de 1995 e nos arts. 5º, 6º, 196, 226 e 227, todos da Constituição Federal.

25. A UNIÃO FEDERAL, por outro lado, destaca que o filho da autora já apresentava o quadro clínico antes do seu ingresso no cargo de Analista Judiciário do TRT da 7ª Região, ao contrário da administração, que não sabia e nem esperava que a necessidade pública estaria prestes a sucumbir diante do interesse particular, preexistente, razão pela qual pugna pelo indeferimento do pedido de remoção.

26. As questões discutidas neste feito já foram suficientemente analisadas na decisão que deferiu a antecipação de tutela, cuja fundamentação, segue adiante transcrita, acrescida de algumas considerações, que adoto como razões de decidir.

27. Observo que o Poder Judiciário vem recebendo inúmeras demandas de aprovados em concursos públicos visando alterar o local de prestação do exercício laboral, principalmente visando deslocamento para seus estados natais. Os pleitos em grande parte dos casos apoiam-se em argumentos de índole familiar como supedâneo às mudanças guerreadas. Porquanto entendo que a opção pelos certames públicos pressupõe a aceitação, pelo servidor, das condições de exercício do cargo/emprego, inclusive e, principalmente, o exercício fora do seu domicílio.

28. O princípio da unidade familiar constitui prestigiada garantia constitucional, inserta no artigo 226 da Carta Magna. Ocorre que não pode ser utilizado como supedâneo para remoções em todos os casos em que haja interesse do servidor, tal como uma chave mestra apta a abrir passagens ao alvedrio do agente público. Sabem os postulantes desde quando inscritos nos certames, que suas atividades serão exerci-

das fora dos Estados de origem, situação provocada não por um designio administrativo, mas por escolha pessoal.

29. Ao admitir-se a tese normalmente aventada, deveríamos considerar que os postulantes a cargos públicos poderiam de maneira livre, optar pelo local de exercício de suas atividades em detrimento, inclusive, da legítima opção de outros interessados, os quais labutam, por vários anos ou mesmo em caráter definitivo, longe de seus familiares. O princípio da isonomia é a antítese de situações desse jaez, não podendo ser chanceladas pelo Judiciário. Não se menospreza a importância da instituição familiar e a proteção por ela desfrutada no ordenamento jurídico, mas apenas há o reconhecimento de que as dificuldades familiares dos postulantes resultam de opções pessoais e conscientes dos envolvidos, tribulações, é conveniente ressaltar, comuns a um número significativo de agentes em várias carreiras do serviço público, ora afastados de seus locais de origem e no aguardo de uma oportunidade – juridicamente admitida – para retornar às suas cidades natais.

30. A situação da autora, entretanto, é complexa. O motivo principal da mudança de sede é a condição de saúde de seu filho menor de 13 anos, portador de autismo e o papel decisivo do núcleo familiar para o seu desenvolvimento cognitivo, motor e sensorial. A farta documentação trazida aos autos, notadamente o relatório de desenvolvimento da escola do menor – Espaço Educar – permitem antever que já foi possível constatar um agravamento no quadro de evolução do menor.

31. Senão vejamos trecho do citado relatório:

... Durante este ano temos percebido algumas mudanças no comportamento de Francisco, tem estado mais ansioso, agressivo e intolerante em algumas situações.

Isto ocorre, principalmente, nos momentos que antecedem a chegada e partida de sua mãe. Não consegue se concentrar nas atividades, fica muito sensível, chorando com facilidade e nervoso nas situações que fogem ao seu controle.

Outra questão que o atrapalha bastante é a mudança de rotina, uma vez que necessita da mesma para que tenha mais tranquilidade na realização de cada atividade.

Quando sua mãe chega, a mudança o deixa muito agitado e isto reflete bastante em sua postura e seu aprendizado em sala ...

32. A remoção por motivo de saúde de dependente de servidor tem previsão legal no artigo 36, III, alínea *b*, da Lei nº 8.112/90, mas condicionada à comprovação por junta médica oficial.

33. No presente caso, a postulação da requerente foi indeferida, ao argumento da ausência de interesse público à concessão da remoção. Ainda que entenda que tal pretensão independa de interesse da Administração, eis que basta tão somente a existência da hipótese legal, em face da complexidade que a demanda ventila, e forte nas razões do indeferimento na via administrativa, necessário se faz tecer algumas considerações acerca de colisão de princípios constitucionais.

34. De um lado, a supremacia do interesse público e de outro, a proteção da família e, em particular, da criança e do adolescente consubstanciados nos artigos 226 e 227 da Lei Maior.

35. Esta tensão existente entre as normas é consequência da própria carga valorativa inserta na Constituição, que desde seu nascedouro, incorpora em uma sociedade pluralista, os interesses das diversas classes componentes do Poder Constituinte Originário. Esses interesses como não poderiam deixar de ser, em diversos momentos, não se harmonizam entre si em virtude de representarem a vontade política de classes sociais antagônicas. Surge, então, dessa pluralidade de concepções, um estado permanente de conflito entre as normas constitucionais.

36. A situação de regras incompatíveis entre si é denominada antinomia, havendo três critérios clássicos apontados por BOBBIO para a sua solução: o cronológico, o hierárquico e o da especialidade. Assim, no caso de duas regras em conflito aplica-se um desses critérios, contudo no caso de colisão de princípios constitucionais, não se trata de antinomia, vez que não se pode simplesmente afastar a aplicação de um deles.

37. Na impossibilidade de utilização dos critérios clássicos, nasce uma tormentosa questão para solucionar o impasse.

38. O intérprete, no caso concreto, através de uma análise necessariamente tópica terá que verificar, seguindo critérios objetivos e subjetivos, qual o valor que o ordenamento em seu conjunto deseja naquela situação sempre buscando conciliar os dois princípios em colisão. É a busca na composição.

39. Nesse sentido, acolho a tese da prevalência da tutela dos interesses da criança e do adolescente sobre o poder discricionário da administração pública e da supremacia do interesse público sobre o privado, este, na verdade, preservado.

40. Ao estabelecer que a família tem especial proteção do Estado e que este assegurará a sua assistência na pessoa de cada um dos que a integram, a Carta Constitucional impõe um dever e atuação concreta ao Poder Público, não se tratando de mera norma programática.

41. As disposições constitucionais sobre a criança e o adolescente estão de acordo com a Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela ONU em 20.11.1959, nos seguintes termos: a criança em virtude de sua maturidade física e mental precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada antes e depois do nascimento.

42. Os demandados mostraram através de documentos, a grande necessidade de acompanhamentos médicos, psicológicos e de educação especial em caráter permanente que o adolescente menor, portador de autismo necessita para possibilitar avanço no seu desenvolvimento global.

43. A interrupção do tratamento com os profissionais que o acompanham de longa data, a retomada do tratamento com outros profissionais que certamente começarão do zero, porque necessitarão fazer todo um procedimento de avaliação para poder reiniciar o tratamento, a mudança de ambiente e dos procedimentos educacionais especiais, acarretará uma mudança brusca de toda a vida cotidiana, que por certo provocará graves prejuízos ao desenvolvimento neuropsicomotor do filho da servidora.

44. A toda evidência, a permanência da recorrente no Ceará fere de morte o princípio em comento, sobretudo pela desagregação familiar que se impõe.

45. De qualquer sorte, cumpre destacar que o conceito de poder discricionário como igualmente de outros princípios de ordem constitucional e administrativa se entrelaçam, se completam e juntos informam o caminho a ser trilhado pela Administração Pública, através de ato ou atos jurídicos que constituem meios para a consecução de tais fins, pois a atividade do administrador público – vinculada ou discricionária – há de estar sempre dirigida para o fim legal, que em última análise colima o bem comum.

46. A discricionariedade administrativa encontra fundamento e justificativa na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar a cada passo e para os quais a lei, por mais casuística que fosse, não poderia prever todas as soluções ou pelo menos a mais vantajosa para cada caso ocorrente.

47. A discricionariedade está – doutrina Feiner, citado por Hely Lopes Meirelles – em permitir o legislador que a autoridade administrativa escolha “entre as várias possibilidades de solução aquela que melhor corresponda, no caso concreto, ao desejo da lei. Mas deverá sempre observância à lei, porque a exorbitância do poder discricionário constitui ato ilícito, como toda ação voluntária carente de direito”.

48. Verifica-se, *in casu*, que a remoção da servidora, na forma do disposto no inciso III, *b*, do artigo 36, atende plenamente ao princípio da legalidade.

49. Observo que de início a remoção foi requerida através de permuta com outro servidor aqui de Alagoas, negada pelo TRT-7ª Região, após o que a servidora requereu a remoção por motivo de saúde de dependente, também negada pelo TRT-7ª Região. De mais, a mais, o TRT daquela região firmou convencimento no sentido de que a lei não autoriza a aplicação do instituto da remoção para atender interesse particular.

50. Por outra banda, registre-se a dificuldade em definir o que seja interesse público dada a amplitude de seu campo de ação.

51. Na preciosa lição de Celso Antônio Bandeira de Melo consta que o “interesse público – como o interesse do todo, nada mais é do que uma forma, um aspecto, uma função qualificada do interesse das partes, ou seja, não há como se

conceber que o interesse público seja contraposto e antinômico ao interesse privado, caso assim fosse, teríamos que rever imediatamente nossa concepção do que seja a função administrativa.”

52. Prossegue o renomado autor em definição do princípio como sendo “o interesse público – como o interesse do todo, nada mais é do que uma forma, um aspecto, uma função qualificada de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem.”

53. Nesta quadra caminha-se no sentido de que é o ente estatal que deve atender e servir aos interesses da coletividade.

54. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. E o administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados a sua guarda e realização. Porém há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela administração é a que melhor atenderá à ultimização deste interesse.

55. Destarte, quando um servidor presta seus serviços em outro regional, por força de remoção àquele órgão, observa-se que o interesse público resta plenamente preservado, porquanto o labor prestado pelo servidor, tanto no órgão de origem como aquele para o qual foi removido tem como destinatário final o jurisdicionado.

56. Assim, se os órgãos do Poder Judiciário têm por finalidade a prestação jurisdicional que levada a efeito de forma célere e eficiente com suporte em todos os seus servidores é o que almeja a sociedade.

57. Não se perca de vista que a remoção dos moldes pretendidos pela autora Taciana Alencar depende da comprovação por junta médica oficial do mal que acomete o seu dependente, situação amplamente comprovada nos autos, tendo em vista que no documento de nº 22, consta laudo emitido pela Junta Médica Oficial do TRT 19ª Região que conclui que o menor Francisco é portador de autismo e em virtude das circunstâncias sociais e clínicas do periciando menor, a remoção é justificada, fato igualmente ratificado pelo TRT 7ª Região.

58. Verifica-se que o réu não se insurge contra os problemas de saúde da menor, ademais, repito, houve constatação pela Junta Médica Oficial, que emitiu parecer taxativo no sentido de que a patologia era preexistente ao ingresso do requerente.

59. Em decorrência disso, a UNIÃO FEDERAL assevera que a remoção pleiteada não é de interesse da Administração, e que, por isso, somente cabe ao administrador verificar a existência de todas as exigências autorizadoras da medida. Por conseguinte, indica que não houve o atendimento do requisito da moléstia do dependente não ser preexistente à posse e exercício da servidora.

60. No entanto, como bem salientou o *Parquet*, em nenhum momento o estatuto, ao prever o instituto da remoção, exige que a doença do dependente de servidor seja posterior ou anterior ao ingresso deste no serviço público.

61. A exigência da não preexistência da doença à admissão do servidor, teve a finalidade de evitar eventuais fraudes, no entanto, não pode em princípio subsistir, pois a lei não a previu.

62. Como já mencionado, a hipótese encontra previsão legal na Lei 8.112/90, que, em seu art. 36 estabelece o seguinte:

Art. 36. Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.

Parágrafo único: Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidade de remoção:

I - (...)

II - (...)

III - a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração:

a) (...)

b) Por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial;

63. Ainda que se entenda preexistente a doença, não deve prevalecer este motivo frente aos prejuízos que serão causados ao desenvolvimento cognitivo, motor e social do menor.

64. Comungo do entendimento de que o servidor público tem direito à remoção a pedido, independentemente do interesse da Administração, desde que seja por motivo de saúde do servidor, do cônjuge, do companheiro ou de dependente que viva às suas expensas, condicionado à comprovação por junta médica oficial.

65. No caso concreto, as provas acostadas aos autos revelam categoricamente a necessidade de acompanhamento médico em relação a filho menor, bem como a presença da genitora, no seio familiar, tem relevância para o desenvolvimento do menor.

66. Se de um lado a superveniência da doença à posse do servidor não a desautoriza como motivo relevante para a remoção, também a preexistência não pode ser obstáculo, principalmente nos casos de agravamento da doença, em razão de que ninguém escolhe quando adoecer, tornando abusiva esta exigência.

67. Sendo assim, não resta espaço para juízo discricionário da Administração, pois o servidor passa a ter direito à remoção, com o simples atendimento dos requisitos exigidos no art. 36, parágrafo único, inc. III, alínea *b*, da Lei 8.112/90.

68. De sorte, diante do preenchimento dos requisitos legais, em face dos pareceres das juntas médicas oficiais do TRT 19ª e 7ª Regiões, bem como dos atestados da equipe multidisciplinar que assiste o menor (neuropediatra – doc. 7, psicólogo – doc.10, fonoaudióloga – doc. 11, terapeuta ocupacional – doc.12, todos são unânimes em afirmar que a ruptura ou modificação na rotina da criança será bastante prejudicial ao estado emocional e psicológico-comportamental dela.

69. Poder-se-ia objetar que o tratamento da criança poderia ser feito em qualquer local do território nacional. Ocorre que a própria equipe que acompanha o menor afirma que a eficiência do tratamento de criança com necessidades especiais depende, em grande parte, da convivência com seus familiares, na situação vertente, residentes nesta cidade. Revelando-se neste caso, em especial, diante do distúrbio que acomete o filho da servidora, um mal mais difícil de tratar do que muitos males físicos, eis que sanar é impossível. É a presença familiar circunstância determinante para o desenvolvimento do menor que precisa, sobretudo, de cuidados afetivos para se desenvolver satisfatoriamente.

70. Não se perca de vista, que para crianças portadoras de necessidades especiais a cada ruptura se acrescenta uma perda irreversível, na maioria das vezes, ao seu desenvolvimento. E não se perca de vista, que esses aspectos são essenciais para uma devida inclusão social no futuro.

71. Conforme parecer da Diretora Pedagógica do PAIE, educadora Maria Emília Soutinho Paiva (doc. 13), a mesma foi categórica ao afirmar em relação ao menor Francisco que "... seria um grande prejuízo para o desenvolvimento cognitivo e intelectual retirá-lo do ambiente em que está familiarizado e conseguindo crescer. Recomendamos que o aluno permaneça sendo acompanhado pelos mesmos profissionais, já que a dificuldade a adaptar-se a coisas novas, característica da síndrome, poderia significar a estagnação ou até mesmo retrocesso de todas as conquistas obtidas ...".

72. Em seu depoimento em Juízo, a referida educadora também asseverou a importância do menor manter o convívio familiar com pai e mãe durante todo o seu tratamento, destacando este fato na sua inclusão escolar.

73. A Lei nº 8.112/90 prevê casos onde o servidor pode mudar de sede em face de problemas de saúde. Embora seja inegável que a lotação dos agentes públicos seja determinada primordialmente, em face de interesse público, casos há em que a situação pessoal é levada em conta de forma prioritária, mercê de razões humanitárias e da própria dignidade da pessoa humana.

74. O preceito tem ganhado ampla aplicabilidade no âmbito jurisprudencial, como revela o seguinte precedente do STJ, recentemente prolatado, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE REMOÇÃO. DOENÇA DE DEPENDENTE. ART. 36 DA LEI Nº 8.112/90. ENFERMIDADE COMPROVADA POR JUNTA MÉDICA OFICIAL. CABIMENTO.

Segundo o artigo 36 da Lei nº 8.112/90, preenchidos os pressupostos estabelecidos no inciso III, a remoção é direito subjetivo do servidor, independente do interesse da Administração e da existência de vaga.

Exige a lei, somente para ser concedida, tão somente dois requisitos: que ela se dê em razão de motivo de saúde do próprio servidor, de cônjuge ou dependente

que viva a suas expensas, e que haja comprovação por junta médica oficial.

Em não havendo óbice para o deferimento da medida e considerando que a remoção a pedido está fundamentada no estado de saúde de sua genitora-devidamente atestada por junta médica oficial, deve a remoção ser deferida para a cidade do Rio de Janeiro, pois tal medida independe do interesse da Administração.

É desaconselhável a desconstituição de situação de fato consolidada há mais de 13 anos, por força de sentença judicial. Pelo período decorrido, se não tivesse havido o provimento judicial, certamente já teria o servidor conseguido se movimentar para a localidade pretendida, o que justifica a manutenção da situação de fato, diante da situação consolidada. Apelação e remessa oficial não providas. (36966 DF. 2000.01.00.036966-5. Relator. Juiz Federal Mark Yshida Brandão. Data da Publicação: 28.02.2012)

4. Do exposto, nego provimento à apelação.

5. É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 0803270-95.2013.4.05.8300 (PJe)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelado: PAULO TADEU GUEDES ESTELITA
Adv./Proc.: DR. LYNDON JOHNSON DE ANDRADE CARNEIRO

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSSIBILIDADE DE SE PERCEBER PROVENTOS DE DUAS APOSENTADORIAS E DE UM CARGO ELETIVO. ART. 37, XVI, E § 10. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA.

- A questão devolvida ao Tribunal diz respeito à possibilidade de acumulação dos vencimentos

de duas aposentadorias – acumuláveis por autorização do permissivo do art. 37, inciso XVI, alínea c, CF – e dos vencimentos do cargo eletivo de prefeito em atividade.

- O que se pode compreender da interpretação sistemática e teleológica dos dispositivos constitucionais é que apenas é possível, nos casos previstos no rol exaustivo do art. 37, XVI, a, b e c, a dupla acumulação de cargos públicos. Não obstante, através da Emenda Constitucional nº 20/1998, que modificou o sistema de previdência social, incluindo o § 10 no art. 37 da Constituição, se atribuiu às aposentadorias a mesma regra de vedação da acumulatividade que os servidores ativos estão sujeitos, respeitadas as questões ontológicas.

- “As hipóteses de permissividade cingem-se exclusivamente a duas fontes remuneratórias. [...] É inadmissível a acumulação remunerada de três ou mais cargos e empregos, ainda que todos sejam passíveis de dupla acumulação, ou mesmo que um deles provenha de aposentadoria” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011).

- No caso concreto, pretende o impetrante continuar recebendo os proventos referentes às duas aposentadorias e ao cargo eletivo; o que se mostra indevido e ilegal na ordem constitucional pátria.

- Apelação e remessa oficial providas.

ACÓRDÃO

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa oficial, 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, 29 de maio de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Trata-se de apelação contra sentença, que julgou procedente o pedido autoral, proferido pelo magistrado da 10ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco em mandado de segurança impetrado por Paulo Tadeu Guedes Estelita contra ato do Presidente da Comissão Permanente de Processo Administrativo Disciplinar para Apuração de Cargos e do Chefe da DIGEP/NEMS/PE.

Na sentença, o magistrado de primeiro grau concluiu:

[...] Equivocou-se a autoridade impetrada na interpretação da norma constitucional. Note-se que a regra do § 10 do art. 37 dispõe expressamente sobre a cumulação de aposentadoria com remuneração de cargos eletivos, inclusive o de prefeito.

Ao contrário do que foi interpretado na referida decisão administrativa, o art.38, inciso II trata de regra diversa, prevista exclusivamente para exercício cumulativo na ativa de cargo, emprego ou função pública com o mandato eletivo de prefeito.

[...]

[...] pela teoria dos motivos determinantes, a Administração Pública fica vinculada à motivação de seus atos, e a decisão administrativa impugnada neste mandado de segurança não mencionou a aplicação do teto remuneratório, mas tão somente se ateve à possibilidade constitucional de cumulação das remunerações de aposentadoria e de mandato eletivo.

O impetrante comprovou através de prova pré-constituída seu direito líquido e certo na cumulação dos proventos de aposentadoria de servidor federal e de remuneração de cargo eletivo de prefeito, conforme ato de concessão de aposentadoria, diploma de prefeito e respectivos comprovantes

de pagamento de proventos (R\$ 5.839,98) e Lei Municipal nº 1.628/2012 (R\$ 12.000,00), que não ultrapassa o teto do subsídio do ministro do STF (R\$ 28.059,29) (art. 37, inciso XI, da CF/88).

O perigo da demora está consubstanciado na notificação recebida em 3 (três) de outubro de 2013, para que renuncie a uma das duas remunerações no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de instauração de processo administrativo disciplinar e até eventual cessação do pagamento dos proventos de aposentadoria.

Não há perigo da demora inverso, caso imposto o teto remuneratório municipal ao somatório das duas remunerações, poderá o Ministério da Saúde reaver futuramente os proventos, mediante descontos mínimos mensais em folha de pagamento.

[...]

Em face do exposto e por tudo mais que dos autos consta, **CONCEDO A SEGURANÇA**, resolvendo o mérito da demanda, nos termos do art. 269, I, do CPC, para determinar às autoridades coatoras que se abstenham de promover qualquer Processo Administrativo Disciplinar (PAD) contra o impetrante em decorrência da acumulação dos proventos de aposentadoria como médico do Ministério da Saúde-MS, com subsídio do Cargo Eletivo de Prefeito do Município de Vicência/PE, ressalvada a possibilidade de abatimento do que, na soma, ultrapassar o teto previsto para o serviço público federal.

Em suas razões de apelação, a União Federal sustenta, preliminarmente, a necessidade de dilação probatória no caso concreto e da sua impossibilidade na via eleita pela parte autora; e, no mérito, aduz as questões relacionadas à carga horária e a inacumulabilidade remuneratória de três vínculos com a Administração.

Sem que tenham sido apresentadas as contrarrazões, subiram os autos, os quais me vieram por prevenção relacionada ao AGTR 0802399-36.2013.4.05.0000.

Determinei a sua inclusão em pauta para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Preliminarmente, faço constar que não foi conhecido do agravo retido por ausência de requerimento da parte, nos termos do art. 523, § 1º.

No que tange à necessidade de dilação probatória no caso concreto, que, consecutivamente inviabilizaria este *mandamus*, entendo que os fatos em si poderiam vir a exigir alguma comprovação, mas, diante da colaboração, tanto da parte autora, como da autoridade coatora, em sua manifestação, se trouxe material mais que suficiente para o deslinde da questão dentro do alcance dos efeitos do Mandado de Segurança; motivo pelo qual afasto a preliminar arguida pela União Federal.

Resolvida esta questão, passo a tratar do mérito.

A questão devolvida ao Tribunal diz respeito à possibilidade de acumulação dos vencimentos de duas aposentadorias – acumuláveis por autorização do permissivo do art. 37, inciso XVI, alínea c, CF – e dos vencimentos do cargo eletivo de prefeito em atividade.

A exordial informa que o impetrante é médico aposentado de dois cargos de médico de vinculação com o Ministério da Saúde, desde dezembro de 2008, e que, atualmente, como o faz desde 2009, exerce o mandato eletivo de prefeito do Município de Vicência, estando em seu segundo mandato sucessivo, cujo termo final se dará em 2016.

Ocorre que o presente *mandamus* pretende que se determine à autoridade coatora sua abstenção em submeter o impetrante à Processo Administrativo Disciplinar em decorrência da mencionada acumulação de proventos e, ainda, que se impeça a Administração de impor ao impetrante que opte por apenas duas de suas três remunerações, sob pena de retenção.

Não se há de discordar, inclusive se é pacífico, da possibilidade de a atividade do cargo eletivo de vereador ser acumulável com a de outra atividade pública, inclusive remunerada, desde que haja compatibilidade de horários.

Embora a condição de prefeito, conforme o art. 38, II, CF, presuponha a incompatibilidade de horários, conquanto a atividade de prefeito exija exclusividade, não se enxerga óbice à percepção de uma aposentadoria cumulativamente à remuneração da atividade efetiva do cargo de prefeito, conquanto seja ontologicamente impossível associar o aposentado à falta de tempo ou horário para exercício de qualquer outra atividade.

Não obstante, o caso do presente *mandamus*, não diz respeito à mera acumulatividade de aposentadoria com vencimentos de cargo eletivo de prefeito, mas da acumulatividade de duas aposentadorias – acumuláveis por autorização do permissivo do art. 37, inciso XVI, alínea c, CF – com os vencimentos de cargo eletivo de prefeito com consequência deste terceiro vínculo com a Administração.

Não há óbice ao aposentado, mesmo com duas aposentadorias acumuláveis na forma da Constituição, exercer o cargo eletivo de prefeito, conquanto tenha disponibilidade de horários para tal. O que se afigura ilegal é a percepção de três vencimentos provenientes de três vínculos com a Administração.

A Constituição Federal veda a acumulação remunerada de cargos públicos, conforme se observa da redação do art. 37, inciso XVI. Tal vedação é relativa aos cargos, empregos e funções se estendendo à Administração Indireta. Acontece que a própria Constituição, como só ela pode, cria situações de permissividade, que são exceções à regra da inacumulatividade.

As hipóteses de permissividade encontram-se em rol exaustivo:

Art. 37 (...).

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.

No que tange à acumulatividade àqueles que exercem cargos eletivos, como já se fez um intróito, é vedada nos termos do art.

38, CF, e seus incisos; com reservas apenas ao vereador, que no inciso III, encontra, desde que haja compatibilidade de horários, a possibilidade, como os demais servidores, de acumular nos termos do art. 37, XVI, a, b e c.

O que se pode compreender da interpretação sistemática e teleológica dos dispositivos constitucionais é que apenas é possível, nos casos previstos no rol exaustivo do art. 37, XVI, a, b e c, a dupla acumulação de cargos públicos. Não obstante, através da Emenda Constitucional nº 20/1998, que modificou o sistema de previdência social, incluindo o § 10 no art. 37 da Constituição, se atribuiu às aposentadorias a mesma regra de vedação da acumulatividade que os servidores ativos estão sujeitos, respeitadas as questões ontológicas, dirimindo a dúvida surgida com a promulgação da atual Carta Magna, que, ao contrário da sua antecessora, não previa a mencionada vedação às aposentadorias.

Ainda como *ratio decidendi*, o magistrado de primeiro grau, que discorda da interpretação que dá a Administração às normas Constitucionais, se utilizou da *ratio decidendi* do Acórdão nº 1199/2009, prolatada pelo Plenário do TCU nos autos do TC 017.351/2005-2.

Ocorre que não pode ser utilizado, se alusão se fizer à noção de precedentes, como parâmetro de interpretação normativa, conquanto a base fática apresente consideráveis distinções, sendo hipótese de *restrictive distinguishing*.

O caso fático do Acórdão do TCU, diz respeito ao “questionamento trazido pelo consulente [então Deputado Federal Antônio Cambraia] a saber desta Casa se é possível a um magistrado, aposentado, que recebe proventos de desembargador, no teto máximo estadual, caso seja eleito Deputado Federal, receber os proventos da aposentadoria cumulativamente com os subsídios do cargo eletivo”.

Dessa forma, quando o TCU se posicionou no sentido de o único obstáculo à acumulação de aposentadoria com cargo eletivo ser o teto constitucional, tratava da acumulação de **UMA** aposentadoria com **UM** vencimento relativo a cargo eletivo, ou seja, **DOIS** vínculos acumulados com remuneração.

O caso do presente *mandamus*, diz respeito, como relatado, à possibilidade de acumulação de **DUAS** aposentadorias, com mais **UM** vencimento relativo a cargo eletivo, ou seja, **TRÊS** vínculos acumulados com remuneração.

É pertinente a colocação do administrativista José dos Santos Carvalho Filho sobre a questão da acumulação de cargos, funções, inclusive aposentadorias:

Vale lembrar, afinal, que **as hipóteses de permissividade de cingem-se exclusivamente a duas fontes remuneratórias**, como é o caso de dois cargos, dois empregos ou um cargo e um emprego. Tais hipóteses são de direito estrito e não podem ser estendidas a situações não previstas. Desse modo, **é inadmissível a acumulação remunerada de três ou mais cargos e empregos, ainda que todos sejam passíveis de dupla acumulação, ou mesmo que um deles provenha de aposentadoria.**

(CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011)

Percebe-se, pois, que não há razão para obstacularizar a atividade da Administração, que é prerrogativa e dever, de promover o Processo Administrativo Disciplinar para averiguar irregularidades e de impedir a percepção indevida e ilegal de proventos; principalmente, frente ao entendimento deste Tribunal, bem como ao entendimento do STJ, no que se refere à irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé.

Com tais considerações, dou provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 500.990-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT

Apelante: DESTILARIA MIRIRI S/A

Apelados: FUNAI - FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI, WALDEMAR PAULO RIBEIRO, ANTÔNIO BARBOSA DOS SANTOS, JOÃO BARBOSA DOS SANTOS, FRANCISCO LOURENÇO MARTINS E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Advs./Procs.: DRS. CARLOS ROGÉRIO MARINHO DIAS E OUTROS (APTE.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ÁREA INDÍGENA. VEDAÇÃO PREVISTA NO PARÁGRAFO 6º DO ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

- Apelação contra sentença que extinguiu a ação de reintegração de posse, sem resolução de mérito, em virtude da carência da ação, ante a impossibilidade jurídica do pedido.

- A Destilaria Miriri S/A pretende a proteção possessória quanto à área encravada na propriedade Arrepiá, área de mais ou menos 30 ha, por considerar ilegal a ocupação por parte dos apelados, desde julho de 2003.

- Ocorre que, no curso da ação de reintegração, sobreveio a Portaria 2.135/2007, do Ministério da Justiça, reconhecendo como integrando a terra indígena Potiguara de Monte-mor, a área objeto do presente feito.

- A referida Portaria foi expedida após a conclusão dos estudos antropológicos que identificaram o imóvel objeto desta reintegração como localizado em terra tradicionalmente ocupada

pela comunidade indígena de Monte-mor, gozando o referido ato administrativo de presunção juris tantum de legalidade e veracidade.

- A Portaria tem natureza declaratória e até que seja impugnada na via própria, tem-se que a posse dos índios sobre a área em apreço é originária, precedendo à dos autores, que não podem opor títulos de propriedade ou o TAC àquela posse, por força do § 6º da CF/88.

- Assim, a partir de sua publicação, fica sem efeito o Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, que regulamentou uma situação temporária, enquanto não definida a questão das terras Monte-mor.

- Apelação da parte autora não provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AC 500.990-PB, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 16 de outubro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Trata-se de apelação cível interposta pela Destilaria Miriri S/A contra a sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Paraíba, que julgou extinto o processo sem resolução de mérito, a teor do art. 267, VI, do CPC.

2. A Magistrada sentenciante reconheceu ser juridicamente impossível a pretensão da ora apelante de ser reintegrada na posse de uma área de aproximadamente 30 ha, denominada “Arrepia”

ou “Rafaella”, por ser localizada dentro dos limites da terra indígena Potiguara de Monte-mor, tal como definido pela Portaria 2.135/07 do Ministério da Justiça.

3. Nas razões recursais alega a apelante que a referida Portaria, além de constituir apenas um dos primeiros passos do processo demarcatório de terras indígenas, não invalidou o Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, firmado em agosto de 2004, entre a Destilaria Miriri e os representantes do Ministério Público Federal, das comunidades indígenas e FUNAI, noutra lide possessória (Proc. 2003.82.00.7842-5), no qual restara admitida a permanência das comunidades indígenas somente dentro de uma área delimitada, até a conclusão da demarcação e de todos os processos judiciais a ela relacionados.

4. Contrarrazões oferecidas pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI, às fls. 959/965.

5. A Procuradoria Regional da República emitiu o parecer, no qual opina pelo não provimento da apelação (fls. 974/997).

6. É o relatório.

VOTO

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

1. Como relatado, cuida-se de apelação contra sentença que extinguiu a ação de reintegração de posse, sem resolução de mérito, em virtude da carência da ação, ante a impossibilidade jurídica do pedido.

2. A Destilaria Miriri S/A pretende a proteção possessória quanto a área encravada na propriedade *Arrepiá*, área de mais ou menos 30 ha, adquirida aos herdeiros dos Lundgren, por considerar ilegal a ocupação por parte dos apelados, desde julho de 2003.

3. Ocorre que, no curso da ação de reintegração, sobreveio a Portaria 2.135/2007, do Ministério da Justiça, reconhecendo como integrando a terra indígena Potiguara de Monte-mor, a área objeto do presente feito.

4. De fato, a Portaria tem natureza declaratória e seus efeitos devem prevalecer enquanto não for invalidada na via própria. A par-

tir de sua publicação, fica sem efeito o Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, que regulamentou uma situação temporária, enquanto não definida a questão das terras Monte-mor.

5. Advindo Portaria Ministerial que reconheceu a qualidade de terra indígena, incide a vedação do art. 231, § 6º, da Constituição Federal, segundo o qual são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas.

6. Assim, verifica-se que, até que a Portaria seja impugnada na via própria, a posse dos índios sobre a área em apreço é originária, precedendo à dos autores, que não podem opor títulos de propriedade ou o TAC àquela posse, por força do referido § 6º do art. 231 da CF/88.

7. Dessa forma, a sentença prolatada pelo Juízo *a quo* que extinguiu a ação de reintegração de posse, sem resolução de mérito, não merece reparos. Trago, aqui, a fundamentação da mesma como motivação deste voto¹:

A FUNAI arguiu em sua contestação que o polo passivo da demanda deve ser constituído pelos índios e suas esposas, como réus; pela FUNAI; pela Comunidade Indígena; pela UNIÃO e pelo MPF, este na função institucional de defesa dos direitos e interesses das populações indígenas, concorrentemente com ela, FUNAI.

Quanto à citação das esposas dos índios apontados como réus, filio-me à orientação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 154.906/MG, segundo a qual, “Tratando-se de ação pessoal, prescindível é a citação dos cônjuges”. (J. 04.05.2004, DJU 02.08.2004)

¹ Sobre a 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 relationem* 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)

No que concerne à citação da Comunidade Indígena, o artigo 232 da CF/88, conferiu a tal comunidade o direito de ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses. Todavia, nada impede que aqueles direitos e interesses sejam defendidos pela FUNAI, a teor do artigo 35 da Lei 6.001/73, *verbis*:

Art. 35. Cabe ao órgão federal de assistência ao índio a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas.

Estando os interesses da comunidade indígena sendo defendidos pela FUNAI, ora litisconsorte passivo necessário, despidiendola a integração daquela comunidade à lide.

Quanto à UNIÃO, reza o artigo 36 da Lei 6.001/73:

Art. 36. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, compete à União adotar as medidas administrativas ou propor, por intermédio do Ministério Público Federal, as medidas judiciais adequadas à proteção da posse dos silvícolas sobre as terras que habitem.

Parágrafo único. Quando as medidas judiciais previstas neste artigo forem propostas pelo órgão federal de assistência, ou contra ele, a União será litisconsorte ativa ou passiva.

Os interesses da comunidade indígena já estão sendo defendidos pela FUNAI. Intimada para se manifestar sobre o pedido de liminar, a UNIÃO alegou caber à Procuradoria da FUNAI tratar de assuntos específicos dos índios (fl. 205), demonstrando, assim, ausência de interesse na demanda.

Quanto ao MPF, como os direitos da comunidade indígena já estão sendo defendidos pela FUNAI, despidiendola que o *Parquet* venha aos autos para exercer idêntica função, não obstante esteja assistindo-os (*vide* despacho de fl. 260).

Feitas tais considerações, rejeito o pedido da FUNAI de admissão, como partes da relação processual, em litisconsórcio, das esposas dos índios réus, da comunidade indígena, da União e do MPF.

No mérito, noticia o *Parquet* que em 17 de dezembro de 2007 foi editada a Portaria nº 2.135, reconhecendo a posse permanente dos indígenas sobre a área objeto da demanda, cons-

tituindo todos os direitos assegurados a estes pela Constituição.

Aduz que, constituídos tais direitos, somente os indígenas podem ter o usufruto da área em questão, e qualquer discussão ou contestação por parte do interessado deverá obrigatoriamente ser feita pela via judicial, pouco importando que ainda não estejam concluídas as fases meramente formais da demarcação definitiva e da homologação presidencial.

Sustenta, outrossim, que o TAC - Termo de Ajustamento de Conduta firmado pelas partes perdeu completamente seu objeto, pois não mais subsiste a realidade fático-jurídica que justificou sua assinatura.

Razão assiste ao *Parquet*. A Constituição Federal, em seu artigo 231, dispõe do seguinte modo:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

(...)

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nela existentes.

(...)

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

(...)

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

A referida Portaria foi expedida após a conclusão dos estudos antropológicos que identificaram o imóvel objeto desta reintegração como localizado em terra tradicionalmente ocupada pela comunidade indígena de Monte-mor, gozando o referido ato administrativo de presunção *juris tantum* de legalidade e veracidade.

Diante disso, até que aquela Portaria seja impugnada na via própria, tem-se que a posse dos índios sobre a área em apreço é originária, precedendo à dos autores, que não podem opor títulos de propriedade ou o TAC àquela posse, por força do § 6º da CF/88.

Registre-se, inclusive, que para o Ministro Ilmar Galvão, do Supremo Tribunal Federal, “A própria Lei nº 6.001/73, do Estatuto do Índio, prevê que a demarcação tem efeito meramente declaratório, e não constitutivo. Ou seja, foi o próprio legislador que fez esta declaração e não há motivo para condicionar-se o exercício da ação pela União a uma prévia demarcação da área”. (Questão de Ordem em Ação Cível Originária nº 312-1/BA, Rel. Ministro Nelson Jobim, *DJU*)

A respeito do tema, colho os precedentes:

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO POSSESSÓRIA. REINTEGRAÇÃO DE PROPRIEDADE RURAL. LAUDO ANTROPOLÓGICO. TERRAS TRADICIONALMENTE INDÍGENAS. DIREITO À POSSE DOS INDÍGENAS É ORIGINÁRIO E NÃO ADQUIRIDO. CONTRAPOSIÇÃO ENTRE O INTERESSE DE GRUPOS INDÍGENAS E O PATRIMÔNIO PARTICULAR DE FAZENDEIROS. DEVE PREVALECER O PRIMEIRO, QUE ENVOLVE O COLETIVO. DIREITO À VIDA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INVASÃO DESCARACTERIZADA. ÍNDIOS NÃO SÃO ABSOLUTAMENTE CAPAZES. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

- Agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que, em ação de reintegração de posse, deferiu liminar aos proprietários e a imediata retirada dos indígenas que haviam ocupado a Fazenda Sombreiro.

- A Constituição Federal garante proteção aos índios, à sua cultura, terras, recursos hídricos e minerais e de removibilidade condicionada à aprovação do Congresso

Nacional, conforme determinam os arts. 231 e 232.

- O relatório antropológico de identificação e delimitação da terra indígena Sombreiro, elaborado por grupo técnico da FUNAI e coordenado pelo antropólogo Roberto Salviani, identifica o imóvel objeto do pedido de reintegração como localizado em terras tradicionalmente ocupadas pelos índios Guarani Nandeva. O documento descreve todo o histórico de ocupação da tribo indígena na região e como seus membros acabaram sendo mortos ou expulsos pelos fazendeiros e colonos. Conclui-se que a posse dos Guarani Nandeva é originária e precedente à dos demandantes, o que descaracteriza a qualificação de esbulho e infirma eventuais títulos existentes. É o que se extrai do art. 231, § 6º, da CF. Ante a situação estabelecida no tocante à ocupação indígena da Fazenda Sombreiro e, em especial, às precárias condições de sobrevivência por que os índios estavam passando, principalmente as crianças, não se deve buscar o uso da força, mas sempre a conciliação. Os indígenas não se furtaram a ela e aguardavam eventual proposta de acordo por parte dos fazendeiros, que desistiram de prosseguir com as negociações, ante o deferimento da expedição de mandado de reintegração de posse.

- Na contraposição entre os valores envolvidos, como o interesse de grupos indígenas e o patrimônio particular de fazendeiros, deve prevalecer o primeiro, que envolve o coletivo. Os conflitos entre os indígenas e fazendeiros têm sido violentos e acarretaram na morte e em tortura de membros da tribo, conforme portaria inaugural de inquérito policial. Não se pode olvidar que o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 5º, *caput* e inc. III, da CF) devem se sobrepor ao direito de propriedade (art. 5º, inc. XXII, da CF). O relacionamento dos índios com a terra não representa a mera exploração econômica. No caso, quase duas centenas de indígenas dependem do cultivo da terra que legitimamente lhes pertence para subsistência dos próprios membros e proteção aos seus costumes e tradições.

- A demarcação da região apenas confirmará a posse que incumbe aos indígenas há séculos e não se caracteriza como título aquisitivo de posse ou de constituição da ocupação. O direito à posse dos indígenas não

é derivado, mas originário, porque a Constituição Federal assim o definiu. Não se aplicam os arts. 1201, parágrafo único, 1210, § 2º, e 1211 do CC nem os art. 926 e 927 do CPC. O processo demarcatório tem como objetivo a fixação dos limites do território pertencente à União, ao qual será dada destinação específica, e culmina com o registro em cartório imobiliário, ato que tem caráter de publicidade e não de legitimação.

(...)

- Agravo de instrumento provido, a fim de reformar a decisão para que seja obstada a retirada dos indígenas Guarani Nandeva da Fazenda Sombreiro. Agravo regimental prejudicado. (AG 200503000632747/MS. TRF 3ª Região, Rel. Des. Federal Suzana Camargo, *DJU* 22.01.2008).

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE CUMULADA COM PERDAS E DANOS. ÁREA INDÍGENA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

1. Conforme dicção do artigo 231, parágrafo 6º, da Constituição da República, pertinente às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, “são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização e ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé” (grifos inexistentes no original).

2. A reintegração de posse, requestada pelo autor da presente ação, constitui pedido juridicamente impossível, autorizando a extinção do processo, sem julgamento de mérito (artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil).

3. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios não são suscetíveis de ocupação, domínio ou posse. Por tal razão, não poderia o pretendo proprietário das mesmas pretender expulsar os indígenas que nas terras se encontrarem.

4. O artigo 231, parágrafo 6º, da Lei Maior somente autoriza o pagamento de indenização pelas benfeitoras realizadas de boa-fé. Tal pagamento já foi recebido pelo autor, descabendo o pleito de indenizações outras, por expressamente vedadas no texto constitucional.

5. Inexistência de direito, da mesma forma, à indenização por benfeitorias alegadamente não compreendidas no pagamento efetuado; não se procedeu à avaliação das mesmas e, nem ao menos, restou comprovada a sua existência. Apelação improvida. (AC 104.399/PE. TRF 5ª Região, Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano, DJU 30.06.2000)

Diante disso, nada resta a esta magistrada senão extinguir o processo, sem resolução do mérito, a teor do artigo 462 do CPC.

Frente ao exposto, JULGO EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, de conformidade com o artigo 267, VI, do CPC, revogando, por conseguinte, a liminar de fls. 581/598.

8. Diante do exposto, nego provimento à apelação da parte autora, mantendo a sentença de origem pelos seus próprios fundamentos.

9. É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 529.294-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelados: MELO ADVOGADOS E ASSOCIADOS E OUTROS
Recte. Ades.: MELO ADVOGADOS E ASSOCIADOS E OUTROS
Advs./Procs.: DRS. JOÃO PAULO DOS SANTOS MELO E OUTROS (APDOS.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA. AGRAVO RETIDO. CONCESSÃO DE CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. TOTALIDADE DE DÉBITOS PARA COM O FISCO NÃO GARANTI-

DA. INOCORRÊNCIA DE CAUSAS DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONDENAÇÃO DA FAZENDA NACIONAL AO PAGAMENTO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. IMPOSSIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO TARDIO OU RESISTIDO DE ORDEM JUDICIAL. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

- O agravo retido apresentado pela Fazenda Nacional impugna a decisão proferida pelo juízo monocrático que assegurou ao particular o direito à emissão de certidão de regularidade fiscal.

- Para que lhe seja concedida a certidão de regularidade fiscal, o contribuinte deve comprovar, cabalmente, que seus débitos para com o Fisco restam, pelo menos, garantidos mediante a realização de depósito ou a penhora de bens ou, ainda, que aqueles foram objeto de uma das hipóteses de suspensão da exigibilidade dos crédito tributário previstas no art. 151 do CTN.

- Na espécie, no entanto, a Fazenda Nacional salientou que, a partir de consulta ao CPF do particular requerente, são constatados dois débitos inscritos em dívida ativa da União, quais sejam, os referentes às CDA's de nº 41.1.07. 000605-05 (período de apuração de 2002/2004) e na de nº 41.1.09.001374-40 (período de apuração de 2003/2002).

- Dessa forma, como a Inscrição de nº 41.1.07. 000605-05 não se insere na pretensão formulada pelos autores em sua peça inaugural, não se mostra possível a concessão de certidão de regularidade fiscal ao requerente, dada a existência, para com o fisco, de débito não só não garantido mas também não acobertado por uma das causas de suspensão de exigibilidade previstas no art. 151 do CTN.

- A interposição de Embargos à Execução (Processo nº 2008.84.00.001992-7) visando à discussão do crédito objeto da aludida inscrição não tem o condão, de per si, possibilitar a emissão da certidão pleiteada, uma vez que o mero ajuizamento de embargos à execução não constitui causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário.

- Não merece acolhida a alegação de que o crédito inscrito na CDA em tela teria sido anulado em setembro de 2010, uma vez que não foi juntado aos autos qualquer documento nesse sentido. Na verdade, em consulta ao Sítio Eletrônico, na internet, da Justiça Federal no Rio Grande Norte, verifica-se que o Processo de nº 2008.84.00.001992-7 tramita em segredo de justiça, de maneira que não é possível ter acesso às informações referentes aos andamentos processuais, em especial a data e o inteiro teor da sentença nele proferida.

- Não se olvide, também, que eventual apelação interposta pela Fazenda Nacional em face da aludida sentença seria recebida com efeito suspensivo, como é a regra geral, já que a possível procedência dos embargos à execução apresentados pelo particular não se enquadra em nenhuma das exceções previstas nos incisos do art. 520 do CPC.

- Apesar de todo contexto desfavorável ao acolhimento da pretensão em tela, o Juízo Monocrático determinou em 17/12/2009, a expedição, em favor do particular, da certidão positiva com efeitos de negativa. Compulsando os autos, verifica-se que foram expedidas duas certidões: a primeira, em 18/12/2009, com validade até 16/06/2010 e a segunda, em 08/07/2010.

- Como se vê, a expedição da primeira certidão teve lugar um dia após proferida a decisão agravada, de maneira que considero inadequada a

condenação da Fazenda Nacional ao pagamento de multa por litigância de má-fé, já que não houve quer o cumprimento tardio quer o descumprimento da ordem judicial em tela.

- Agravo retido provido para tornar sem efeito a decisão proferida pelo Juízo Originário no sentido de assegurar ao particular a emissão de certidão de regularidade fiscal e para afastar a condenação da Fazenda Nacional ao pagamento de multa por litigância de má-fé, a qual não ocorreu na espécie.

- Prejudicado o agravo regimental apresentado pela Fazenda Nacional dada a identidade deste com o mérito do agravo retido.

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA. APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO. PERCEPÇÃO DE RENDIMENTOS POR SOCIEDADE DE ADVOGADOS NÃO REGULARIZADA NO CADASTRO NACIONAL DE PESSOA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE. VALORES RATEADOS ENTRE OS SÓCIOS COLABORADORES. VERBAS RECEBIDAS POR PESSOA FÍSICA. APRESENTAÇÃO DE DECLARAÇÕES EM QUE NÃO CONSTA A PARTE RATEADA. OMISSÃO DE RECEITA. CARACTERIZAÇÃO.

1. Consoante se depreende dos autos, os particulares, nos anos de 2004, 2005 e 2006 apresentaram declarações de rendimentos referentes aos honorários sucumbenciais recebidos da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF por meio de RPV e de precatórios judiciais. Tais valores, juntamente com os honorários de natureza contratual, foram rateados entre aqueles.

2. Ocorre, no entanto, que o Ente Fazendário entendeu que parte das verbas repassadas aos autores pela CEF por meio de RPV e de precatórios judiciais foi omitida das declarações por aqueles apresentadas, vez que a sociedade de advogados da qual fazem parte apenas foi regis-

trada no CADASTRO NACIONAL DE PESSOA JURÍDICA - CNPJ em julho de 2006.

3. De fato, compulsando os autos, verifica-se que as declarações de rendimentos referentes aos anos de 2004 e de 2005 e até o mês de julho de 2006 eram feitas em nome dos sócios colaboradores, assim como em nome destes também eram emitidos os RPV's e precatórios judiciais referentes aos valores a título de honorários sucumbenciais.

4. É que, até julho de 2006, a sociedade de advogados da qual fazem parte os recorrentes, apesar de possuir contrato social lavrado desde 26/06/2004 e registrado perante a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB em 15/09/2004, exercia suas atividades sem o devido registro no CNPJ, o que teve lugar apenas em julho 2006, o que é confirmado pelos particulares em seu recurso adesivo.

5. Nos comprovantes de rendimentos pagos apresentados pela CEF consta apenas o nome de um dos advogados como beneficiário dos rendimentos recebidos da CEF por meio de RPV e de precatórios.

6. Em que pese o fato de nos aludidos comprovantes constar apenas o nome de um dos sócios colaboradores, os rendimentos recebidos foram rateados entre todos os colaboradores da sociedade irregular, de maneira que a parte rateada não constou na Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física - DIRPF apresentada pelo advogado beneficiário dos comprovantes de rendimentos, o que caracteriza a omissão de receita apontada pelo Ente Fazendário.

7. Dessa forma, não merece acolhida a alegação de que seria legítimo o rateio dos rendimentos recebidos da CEF em razão da existência de sociedade de fato entre os autores até o período em que a sociedade de advogados em questão foi registrada junto ao CNPJ.

8. Cotejando o disposto no § 1º do art. 15 da Lei nº 8.096/94 com o previsto no art. 4º da Instrução Normativa nº 1.183 de 19/08/2011, da Secretaria da Receita Federal, conclui-se que, se a sociedade de advogados apenas adquire personalidade jurídica com o registro aprovado de seus atos constitutivos no respectivo Conselho Seccional da OAB e, uma vez adquirida a personalidade jurídica, é obrigatório, antes do início do exercício de suas atividades, a inscrição junto ao CNPJ. Assim, a sociedade de advogados que, embora tenha registrado seu ato constitutivo junto ao Conselho Seccional, não se inscreve no CNPJ, não poderá apresentar declaração dos rendimentos recebidos pela pessoa jurídica.

9. Dessa forma, os rendimentos auferidos, na espécie, pelos sócios colaboradores, discriminados nas declarações referentes aos anos de 2004 e de 2005 e até o mês de julho de 2006, devem ser considerados como recebidos por pessoa física, vez que até o ano de 2006, apesar de constituída desde 2004, a sociedade de advocacia da qual fazem parte não estava inscrita junto ao CNPJ, de maneira que não poderia apresentar declaração de rendimentos pessoa jurídica.

10. Ressalte-se que as procurações dos processos judiciais em que atuaram os advogados recorrentes, no período anterior ao ano de 2006, tinham como outorgados os próprios advogados e não a aludida sociedade.

- “Na forma do art. 15, § 3º, da Lei nº 8.906, de 1994, ‘as procurações devem ser outorgadas individualmente aos advogados e indicar a sociedade de que fazem parte’; se a procuração deixar de indicar o nome da sociedade de que o profissional faz parte, presume-se que a causa tenha sido aceita em nome próprio, e nesse caso o precatório deve ser extraído em benefício do advogado, individualmente”. (STJ, AGRPRC 769)

- Os particulares afirmam que a partir de julho de 2006 até 18/08/2009, apesar da regularização da pessoa jurídica em tela junto ao CNPJ, a CEF continuou a emitir RPV's e precatórios em nome dos advogados pessoa física.

- Tal contexto, no entanto, não poderia ser diferente, uma vez que, analisando as procurações referentes aos processos em que aqueles atuaram no aludido período, verifica-se que aquelas também foram emitidas em nome dos próprios advogados e não da sociedade advocatícia, apesar de devidamente regularizada junto ao CNPJ. Seria, portanto, ônus dos particulares requerer, nos respectivos processos, a emissão dos precatórios e das RPV's correspondentes fosse realizada em nome da sociedade de advogados da qual faziam parte.

- Dessa forma, como, apesar de, a partir de julho de 2006, já estar devidamente regularizada junto ao CNPJ a sociedade de advogados em tela, os advogados recorrentes não requereram que a CEF passasse a emitir os precatórios e RPV's em nome da pessoa jurídica, os rendimentos auferidos entre julho de 2006 e 18/08/2009 foram, tal como os demais, recebidos por aqueles na condição de pessoa física e, posteriormente, rateados entre todos os advogados colaboradores, de maneira que a parte rateada não constou na Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física - DIRPF apresentada pelo advogado beneficiário dos comprovantes de rendimentos, o que caracteriza a omissão de receita apontada pelo Ente Fazendário.

- Recurso adesivo improvido.

- Apelação provida para reformar a sentença e reconhecer que os rendimentos, referentes ao período compreendido entre o ano de 2004 e 18/08/2009, pagos aos particulares pela CEF por meio de RPV e de precatórios judiciais foram por

aqueles recebidos na condição de pessoa física, razão pela qual, dada a verificação da omissão de receita, não merece reparos o lançamento tributário realizado pela autoridade fiscal.

ACÓRDÃO

Decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo retido, julgar prejudicado o agravo regimental, negar provimento ao recurso adesivo e dar 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 outubro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA:

Trata-se de apelação (fls. 348/358) e de recurso adesivo (fls. 361/379) em face de sentença que, com fulcro no inciso I do art. 269 do Código de Processo Civil, julgou parcialmente procedente o pedido autoral.

Entendeu o juízo originário que os rendimentos objeto do lançamento tributário discutido na inicial seriam oriundos do exercício, em sociedade, da advocacia, razão pela qual poderiam ser partilhados pelos sócios em suas respectivas declarações.

Irresignada, apresentou a FAZENDA NACIONAL apelação (fls. 348/358) no escopo de ver reformada a sentença em Primeira Instância proferida, alegando, em síntese, que o crédito objeto do lançamento em tela seria fruto de omissão de receita dada a irregularidade na constituição da sociedade de advogados que ajuizou a presente demanda. Requereu, ainda, a apreciação do agravo retido de fls. 308/314, o qual se insurge contra a decisão de fls. 266/267, a qual assegurou ao particular o direito à emissão de certidão positiva com efeitos de negativa.

Sem contrarrazões.

Em seu recurso adesivo (fls. 361/379), o particular requereu a reforma da sentença para reconhecer que as receitas informadas pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, de julho de 2006 em diante, fossem reconhecidas como da pessoa jurídica da qual os correcorrentes são sócios. Pugnou, ainda, pela imposição de multa ao Ente Fazendário na hipótese de este impor multa fiscal para essa mesma situação. Alternativamente, requereu a procedência do pedido para declarar que os valores informados pela CEF, nos anos de 2004, 2005 e parte de 2006, são honorários advocatícios, razão pela qual poderiam ter sido informados pelo coautor, João Cosme de Melo, como valores recebidos de pessoas físicas, de maneira a excluir a multa aplicada por omissão de receita.

Às fls. 392/393, o particular veio aos autos requerer a expedição da certidão positiva com efeitos de negativa deferida na decisão de fls. 37/44, o que foi deferido à fl. 395.

Em face desta última decisão, a FAZENDA NACIONAL apresentou (fls. 402/406) agravo regimental, alegando a impossibilidade de emissão da aludida certidão, matéria já suscitada no agravo retido de fls. 308/314.

Dispensada a revisão. Peça dia para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA (Relator):

Conheço dos recursos porque presentes os seus pressupostos de admissibilidade intrínsecos (legitimidade, interesse recursal, cabimento e ausência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer) e extrínsecos (tempestividade e regularidade formal).

Consoante ensaiado no relatório, trata-se de apelação (fls. 348/358) e de recurso adesivo (fls. 361/379) em face de sentença que, com fulcro no inciso I do art. 269 do Código de Processo Civil, julgou parcialmente procedente o pedido autoral.

- DO AGRAVO RETIDO E DO AGRAVO REGIMENTAL

Inicialmente, já que reiterado na preliminar da apelação apresentada pela FAZENDA NACIONAL, passo ao julgamento do agravo retido de fls. 308/314, cujo mérito se confunde com o do agravo regimental apresentado às fls. 402/406.

Pois bem. O agravo retido de fls. 308/314 insurge-se contra a decisão de fls. 266/267, a qual assegurou ao particular o direito à emissão de certidão positiva com efeitos de negativa.

Nesse contexto, sabe-se que, para que lhe seja concedida a certidão de regularidade fiscal, o contribuinte deve comprovar, cabalmente, que seus débitos para com o Fisco restam, pelo menos, garantidos mediante a realização de depósito ou a penhora de bens ou, ainda, que aqueles foram objeto de uma das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário previstas no art. 151 do CTN.

Na espécie, no entanto, a FAZENDA NACIONAL salientou que, a partir de consulta ao CPF de JOÃO COSME DE MELO, são constatados dois débitos inscritos em dívida ativa da UNIÃO, quais sejam, os referentes às CDA's de nº 41.1.07.000605-05 (período de apuração de 2002/2004) e na de nº 41.1.09.001374-40 (período de apuração de 2003/2002), consoante se depreende do documento de fl. 292.

Dessa forma, como a inscrição de nº 41.1.07.000605-05 não se insere na pretensão formulada pelos autores em sua peça inaugural (fl. 6, fl. 33), não se mostra possível a concessão de certidão de regularidade fiscal a JOÃO COSME DE MELO, dada a existência, para com o fisco, de débito não só não garantido mas também não acobertado por uma das causas de suspensão de exigibilidade previstas no art. 151 do CTN (fls. 293/295).

Saliente-se, ainda, que a interposição de embargos à execução (Processo nº 2008.84.00.001992-7) visando à discussão do crédito objeto da aludida inscrição não tem o condão, *de per se*, possibilitar a emissão da certidão pleiteada, uma vez que o mero ajuizamento de embargos à execução não constitui causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário.

Ademais, entendo que não merece acolhida alegação de que o crédito inscrito na CDA em tela teria sido anulado em setembro

de 2010, uma vez que não foi juntado aos autos qualquer documento nesse sentido.

Na verdade, em consulta ao Sítio Eletrônico, na internet, da Justiça Federal no Rio Grande Norte, verifica-se que o Processo de nº 2008.84.00.001992-7 tramita em segredo de justiça, de maneira que não é possível ter acesso às informações referentes aos andamentos processuais, em especial a data e o inteiro teor da sentença nele proferida.

Dessa forma, se o particular assevera que o crédito inscrito na CDA de nº 41.1.07.000605-05 foi extinto, diante da impossibilidade de acesso ao teor da sentença proferida nos aludidos embargos à execução, seria daquele o ônus de provar a alegação em tela por força do previsto no inciso I¹ do art. 333 do CPC.

Não se olvide, também, que eventual apelação interposta pela FAZENDA NACIONAL em face da aludida sentença seria recebida com efeito suspensivo, como é a regra geral, já que a possível procedência dos embargos à execução apresentados pelo particular não se enquadra em nenhuma das exceções previstas nos incisos do art. 520² do CPC.

No entanto, apesar de todo contexto desfavorável ao acolhimento da pretensão em tela, o juízo monocrático determinou em 17/12/2009, por meio da decisão de fls. 266/267, a expedição, em favor do particular, da certidão positiva com efeitos de negativa.

¹ Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

² Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que:

I - homologar a divisão ou a demarcação;

II - condenar à prestação de alimentos;

III - julgar a liquidação de sentença;

IV - decidir o processo cautelar;

V - julgar improcedentes os embargos opostos à execução.

V - rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes;

VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem.

VII - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela;

Compulsando os autos, verifica-se que foram expedidas duas certidões: a primeira, em 18/12/2009, com validade até 16/06/2010 (fl. 316) e a segunda, em 08/07/2010 (fl. 317).

Como se vê, a expedição da primeira certidão teve lugar um dia após proferida a decisão agravada, de maneira que considero inadequada a condenação da FAZENDA NACIONAL ao pagamento de multa por litigância má-fé, já que não houve quer o cumprimento tardio quer o descumprimento da ordem judicial em tela.

Diante do acima exposto, entendo que, diante da ausência de preenchimento dos requisitos necessários, não poderia ser concedida a certidão de regularidade fiscal a JOÃO COSME DE MELO.

Com essas considerações, dou provimento ao agravo retido de fls. 308/314 para tornar sem efeito a decisão de fls. 266/267 e afastar a condenação da FAZENDA NACIONAL ao pagamento de multa por litigância de má-fé, a qual não ocorreu na espécie.

Julgo prejudicado o agravo regimental de fls. 402/406 vez que o mérito deste se confunde com o do agravo retido outrora apresentado pela FAZENDA NACIONAL.

- DA APELAÇÃO E DO RECURSO ADESIVO

Passo, agora, ao julgamento da apelação apresentada pela FAZENDA NACIONAL e ao recurso adesivo interposto pelos particulares.

A sentença merece reforma.

Consoante se depreende dos autos, os autores JOÃO PAULO DOS SANTOS MELO e JOÃO COSME DE MELO, nos anos de 2004, 2005 e 2006 apresentaram declarações de rendimentos referentes aos honorários sucumbenciais recebidos da CEF por meio de RPV e de precatórios judiciais. Tais valores, juntamente com os honorários de natureza contratual, foram rateados entre aqueles.

Ocorre, no entanto, que o Ente Fazendário entendeu que parte das verbas repassadas aos autores pela CEF por meio de RPV e de precatórios judiciais foi omitida das declarações por aqueles apresentadas, vez que a sociedade de advogados MELO ADVOGADOS ASSOCIADOS apenas foi registrada no CADASTRO NACIONAL DE PESSOA JURÍDICA - CNPJ em julho de 2006.

De fato, compulsando os autos, verifica-se que as declarações de rendimentos referentes aos anos de 2004 e de 2005 e até o mês de julho de 2006 eram feitas em nome dos sócios JOÃO PAULO DOS SANTOS MELO e JOÃO COSME DE MELO, assim como em nome destes também eram emitidos os RPV's e precatórios judiciais referentes aos valores a título de honorários sucumbenciais.

É que, até o ano de 2006, a sociedade MELO ADVOGADOS ASSOCIADOS, apesar de possuir contrato social lavrado desde 26/06/2004 e registrado perante a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB em 15/09/2004, exercia suas atividades sem o devido registro no CNPJ, o que teve lugar apenas em julho 2006, o que é confirmado pelos particulares em seu recurso adesivo (fl. 372).

Ademais, nos comprovantes de rendimentos pagos apresentados pela CEF consta apenas o nome de um dos advogados (JOÃO COSME DE MELO) como beneficiário dos rendimentos recebidos da CEF por meio de RPV e de precatórios.

Todavia, em que pese o fato de nos aludidos comprovantes constar apenas o nome de JOÃO COSME DE MELO, os rendimentos recebidos foram rateados, de acordo com os documentos anexados em mídia eletrônica (CD ROM - fl. 28) entre todos os advogados colaboradores, de maneira que a parte rateada não constou na Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física - DIRPF apresentada pelo advogado beneficiário dos comprovantes de rendimentos, o que caracteriza a omissão de receita apontada pelo Ente Fazendário.

Nesse contexto, não merece acolhida a alegação de que seria legítimo o rateio dos rendimentos recebidos da CEF em razão da existência de sociedade de fato entre os autores até o período em que a sociedade de advogados em questão foi registrada junto ao CNPJ.

É que, por força do § 1º do art. 15 da Lei nº 8.906/94, “a sociedade de advogados adquire personalidade jurídica com o registro aprovado de seus atos constitutivos no Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial tiver sede”.

Sabe-se, também, que, nos termos do § 3º do art. 15 da Lei nº 8.906/94, “as procurações devem ser outorgadas individualmente aos advogados e indicar a sociedade de que façam parte”.

Ademais, o art. 4º da Instrução Normativa nº 1.183, de 19/08/2011, da Secretaria da Receita Federal, estabelece que (sem grifos no original):

Art. 4º Todas as pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil, inclusive as equiparadas, estão obrigadas a inscrever no CNPJ cada um de seus estabelecimentos localizados no Brasil ou no exterior, antes do início de suas atividades.

Cotejando os dispositivos em destaque conclui-se que, se a sociedade de advogados apenas adquire personalidade jurídica com o registro aprovado de seus atos constitutivos no respectivo Conselho Seccional da OAB e, uma vez adquirida a personalidade jurídica, é obrigatório, antes do início do exercício de suas atividades, a inscrição junto ao CNPJ. Assim, a sociedade de advogados que, embora tenha registrado seu ato constitutivo junto ao Conselho Seccional, não se inscreve no CNPJ, não poderá apresentar declaração dos rendimentos recebidos pela pessoa jurídica.

Dessa forma, os rendimentos aferidos, na espécie, por JOÃO PAULO DOS SANTOS MELO e JOÃO COSME DE MELO, discriminados nas declarações referentes aos anos de 2004 e de 2005 e até o mês de julho de 2006, devem ser considerados como recebidos por pessoa física, vez que até o ano de 2006, apesar de constituída desde 2004, a sociedade de advocacia MELO ADVOGADOS ASSOCIADOS não estava inscrita junto ao CNPJ, de maneira que não poderia apresentar declaração de rendimentos pessoa jurídica.

Saliente-se, ainda, que as procurações dos processos judiciais em que atuaram JOÃO PAULO DOS SANTOS MELO e JOÃO COSME DE MELO, no período anterior ao ano de 2006, tinham como outorgados os próprios advogados e não a aludida sociedade.

Não resta dúvida, portanto, de que os honorários sucumbenciais pagos pela CEF por meio de RPV e de precatórios foram por JOÃO PAULO DOS SANTOS MELO e JOÃO COSME DE MELO

recebidos na condição de pessoa física, dado o descumprimento da determinação do § 3º do art. 15 da Lei nº 8.906/94.

No sentido texto, o seguinte precedente (sem grifos no original):

PRECATÓRIO. SOCIEDADE DE ADVOGADOS. Na forma do art. 15, § 3º, da Lei nº 8.906, de 1994, “as procurações devem ser outorgadas individualmente aos advogados e indicar a sociedade de que façam parte”; se a procuração deixar de indicar o nome da sociedade de que o profissional faz parte, presume-se que a causa tenha sido aceita em nome próprio, e nesse caso o precatório deve ser extraído em benefício do advogado, individualmente.

(STJ, AGRPRC 769, Rel.: Ministro ARI PARGENDLER, Órgão Julgador: CORTE ESPECIAL, Julgado em: 27/11/2008, *DJe*: 22/03/2009)

Ademais, apesar de ter realizado inscrição no CNPJ apenas em julho 2006, JOÃO PAULO DOS SANTOS MELO, na condição de representante, apresentou Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica MELO ADVOGADOS ASSOCIADOS no bojo da qual afirmava que, nos anos-calendário de 2004 e 2005, a aludida sociedade encontrava-se inativa por não ter efetuado qualquer atividade operacional.

Dessa forma, se os próprios representantes admitem que a pessoa jurídica em questão estava inativa nos anos-calendário de 2004 e 2005, intervalo anterior à inscrição daquela junto ao CNPJ (julho de 2006), conclui-se, sem sombra de dúvida, que os honorários sucumbenciais referentes ao exercício da advocacia por JOÃO PAULO DOS SANTOS MELO e JOÃO COSME DE MELO no período em tela correspondem a rendimentos aferidos por pessoa física.

³ Art. 15. Os advogados podem reunir-se em sociedade civil de prestação de serviço de advocacia, na forma disciplinada nesta lei e no regulamento geral.

(...)

§ 3º As procurações devem ser outorgadas individualmente aos advogados e indicar a sociedade de que façam parte.

Caracterizada, portanto, a omissão de receita, uma vez que os particulares não preencheram suas DIRPF's com o total de rendimentos recebidos, na condição de pessoa física, da CEF a título de RPV e de precatórios judiciais referentes ao período compreendido entre os anos de 2004 e de 2005 e até o mês de julho de 2006, momento a partir do qual se passou a declarar a receita auferida em nome da MELO ADVOGADOS ASSOCIADOS.

Prossigo. Os particulares afirmam que a partir de julho de 2006 até 18/08/2009, apesar da regularização da pessoa jurídica em tela junto ao CNPJ, a CEF continuou a emitir RPV's e precatórios em nome dos advogados pessoa física.

Tal contexto, no entanto, não poderia ser diferente, uma vez que, analisando as procurações referentes aos processos em que aqueles atuaram no aludido período, verifica-se que aquelas também foram emitidas em nome dos próprios advogados e não da sociedade advocatícia, apesar de devidamente regularizada junto ao CNPJ.

Seria, portanto, ônus dos particulares requerer, nos respectivos processos, a emissão dos precatórios e das RPV's correspondentes fosse realizada em nome da sociedade de advogados da qual faziam parte.

Dessa forma, como, apesar de, a partir de julho de 2006, já estar devidamente regularizada junto ao CNPJ a MELO ADVOGADOS ASSOCIADOS, os particulares não requereram que a CEF passasse a emitir os precatórios e RPV's em nome da pessoa jurídica, os rendimentos auferidos entre julho de 2006 e 18/08/2009 foram, tal como os demais, recebidos por aqueles na condição de pessoa física e, posteriormente, rateados entre todos os advogados colaboradores, de maneira que a parte rateada não constou na Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física - DIRPF apresentada pelo advogado beneficiário dos comprovantes de rendimentos, o que caracteriza a omissão de receita apontada pelo Ente Fazendário.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso adesivo e dou provimento à apelação da FAZENDA NACIONAL para reformar a sentença e reconhecer que os rendimentos, referentes ao período compreendido entre o ano de 2004 e 18/08/2009, pa-

gos aos particulares pela CEF por meio de RPV e de precatórios judiciais foram por aqueles recebidos na condição de pessoa física, razão pela qual, dada a verificação da omissão de receita, não merece reparos o lançamento tributário realizado pela autoridade fiscal.

Inverta-se o ônus da sucumbência.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 533.845-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: LOURIVAL BELMIRO BATISTA
Apelados: UNIÃO E MUNICÍPIO DE CABEDELO (PB)
Advs./Procs.: DRS. AILTON NUNES MELO FILHO E ANA KAROLINA SOARES CAVALCANTI E OUTROS

EMENTA: AMBIENTAL E ADMINISTRATIVO. OCUPAÇÃO IRREGULAR DE ÁREA DE PRAIA. BEM DE USO COMUM DO POVO. TERMO DE AJUSTAMENTO PROVISÓRIO. CANCELAMENTO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO.

- Cuida-se de apelação interposta de sentença que julgou improcedentes os pedidos, quais sejam, o cancelamento da remoção ou demolição do estabelecimento comercial denominado “Cibelly Bar” até que seja implementado definitivamente o Projeto Orla e se faça a transferência do referido estabelecimento para o local devido.

- Considerando que 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 como razões de decidir os termos da sentença.

- “O requerente, bar de praia situado na Praia do Poço (Cabedelo/PB), objetiva a suspensão dos atos de remoção/demolição do estabelecimento comercial, ou de qualquer ato que importe em interrupção do pleno funcionamento de suas atividades comerciais”.

- “Analisando a questão em sede de liminar, decidi suspender provisoriamente o ato administrativo que determinava a remoção, no aguardo de esclarecimentos acerca do Projeto Orla, de que alegadamente se beneficiaria o requerente”.

- “Acontece que, em audiência ocorrida aos 27.05.2010, às 14:00 horas, que serviu à Ação Cautelar 0002502-22.2010.4.05.8200 e às demais conexas, a verdade aflorou: não havia, até aquela data, nenhum projeto contemplando a área na qual estão instaladas as barracas, perdendo o requerente o sustentáculo maior da causa: a possibilidade de ser beneficiado com o alegado Projeto Orla”.

- “Na realidade, existe uma política pública para a ocupação do litoral brasileiro, a qual é traçada por representantes do setor público e da sociedade civil local. Compete à Comissão Técnica Estadual planejar a ocupação costeira – inclusive nos aspectos dos espaços a serem ocupados e infraestrutura admitida”.

- “No caso em apreço, como dito, não há norma constitucional que obrigue o Poder Executivo a franquear a orla marítima à exploração do comércio”.

- “Os princípios constitucionais da valorização do trabalho e da livre iniciativa não são suficientes para socorrerem a pretensão do autor: a uma, porque tais princípios não impõem prestação positiva a ser ofertada pelo Estado; a duas, porque o exercício do comércio está submetido à função social da propriedade e à defesa do meio ambiente (art. 170, incisos III e VI, da CF/88); ao

passo que, da forma como vem sendo explorado, como se verá, o comércio do autor agride o meio ambiente e impede o uso da praia por todos”.

- “Tendo-se em vista que não existe determinação constitucional para formulação de política pública de exploração de comércio na orla – ou seja, não há omissão do Poder Executivo, a comando constitucional, a ser reparada – resta ao Poder Judiciário, tão somente, aferir se a legislação alberga a permanência do autor no local em que está instalado”.

- “Mister esclarecer que nesta causa não se controverte acerca da definição da área, se de praia ou não, e se de preservação permanente ou não”.

- “Todavia, este Juízo ponderou, em audiência, para evitar futuras e eventuais insurgências em torno do direito de posse, sobre a necessidade de aclarar a situação jurídica de cada terreno envolvido na pendenga, ficando responsáveis os órgãos públicos IBAMA, SUDEMA e SPU pela vistoria e apresentação das respostas aos quesitos formulados”.

- No caso do autor (CIBELLY BAR), essa foi a resposta dada: “O CIBELLY BAR possui duas áreas cobertas de atendimento: uma instalada em área de praia (26,3 m²) e outra sobre área de restinga (103,7 m²), juntamente com a área de apoio (64,5 m²). Com exceção da área localizada sobre a praia, a área coberta com palhas de coqueiros e com piso natural (de areia), conta com uma proteção lateral e frontal, construída de pedra calcária e tijolos, que eleva o nível do piso do mar em relação ao nível da praia”.

- “Fica evidenciada a ocupação dos espaços geográficos (praia, restinga, terrenos de marinha e acrescidos de marinha) com estruturas fixas dos bares”.

- ***“Esclarece-se que os terrenos de marinha ou seus acrescidos sobrepõem-se às áreas de praia e de restinga identificadas com ocupação por estruturas fixas pelos bares”.***
- ***“Ressalta-se, mais uma vez, que todos os bares vistoriados utilizam a região de antepraia (estirâncio) para colocação de mesas e cadeiras durante o dia, de acordo com as marés, dificultando a livre movimentação ao longo da praia de pessoas e banhistas”.***
- ***“Impende ressaltar que os terrenos de marinha e seus acrescidos pertencem à União, na forma dos artigos 21, VII, da CF/88 e artigos 1º, I, 2º e 3º do Decreto-Lei 9.760/46”.***
- ***“No caso em apreço, toda a área utilizada pelo autor (194,5 m²) está situada em terreno da União”.***
- ***“A ocupação não é juridicamente passível de regularização, tendo-se em vista que se dá, parte em área de praia, parte sobre restinga”.***
- ***“Com efeito, a ocupação de terreno de praia é legalmente proibida, consoante dicção da Lei 7.661, de 16.05.1988”.***
- ***“No caso em apreço, conforme se depreende do registro fotográfico (fotos 1 a 5 do Relatório Técnico 16/2010 e demarcação da Linha de Preamar Média – LPM – fls. 307/311), além da área de restinga estar claramente a menos de trezentos metros da preamar média, está coberta por vegetação com função fixadora de dunas (duna frontal)”.***
- ***“O Município de Cabedelo/PB também informou a situação jurídica do requerente frente ao parcelamento do solo urbano, respondendo que o Cibelly Bar está em área de terreno de marinha, dentro dos 33 (trinta e três) metros da linha de preamar média”.***
- ***“A determinação da União de remoção foi correta, pois o requerente vinha reiteradamente descumprindo um Termo de Ajustamento Pro-***

visório - TAP, através do qual lhe foi autorizado a ficar precariamente no local no aguardo das diretrizes do Projeto Orla”.

- “Outrossim, no mesmo TAP, foram fixadas obrigações a serem atendidas pelo requerente, como o pagamento de indenização mensal à União, a observância dos limites da ocupação da área e a não provocação de danos ambientais”.

- “Verificada a inadimplência do requerente e a falta do projeto, de iniciativa do Município de Cabedelo/PB, a União, autorizada pela provisoriedade e precariedade do ajuste (não houve cessão de uso), de cunho unilateral, e por cláusula constante do próprio TAP, resolveu cancelá-lo. Por conseguinte, e uma vez irregular a ocupação, exigiu a remoção do empreendimento do local”.

- “Indevidamente apossado em bem de uso comum do povo, onde não é permitida a urbanização ou qualquer forma de utilização do solo que impeça ou dificulte o acesso, e considerando tratar-se de área de preservação permanente, cabível a exigência da retirada do estabelecimento do local”.

- “Assim, o empreendimento não é passível de ocupação por particulares. Encontra-se em área de preservação ambiental permanente, fato por si só lesivo ao meio ambiente. Ademais, utiliza a região de antepraia – bem de uso comum do povo – para a colocação de mesas e cadeiras, dificultando a livre utilização do espaço pelas pessoas e banhistas”.

- “Sob esse ângulo, injustificável a manutenção da ocupação, não importando há quanto tempo esteja o requerente apossado indevidamente e se possui ou não documentação de regularidade e alvará de funcionamento, visto que o direito sobre o bem público em questão – terreno de marinha e/ou acrescido, de preservação ambien-

tal, pertencente à União, a quem somente compete a autorização de uso –, é inalienável, indisponível, imprescritível e não usucapível”.

- “Ante o exposto, julgo IMPROCEDENTE o pedido, resolvendo o mérito da causa, nos termos do artigo 269, I, do CPC”.

- “Conforme decidido na ação cautelar, reitero que a retirada e demolição somente poderão ser efetivadas após o trânsito em julgado desta sentença, sob pena de, em face do caráter irreversível da medida, vulnerar-se a garantia recursal da parte autora”.

- “Ademais, como bem observou o ilustre membro do MPF, não procede a alegação de cerceamento de defesa, já que a Administração Pública agiu no exercício regular do poder de polícia ao notificar o recorrente sobre a remoção do estabelecimento”.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 28 de agosto de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Cuida-se de apelação interposta de sentença que julgou improcedentes os pedidos, quais sejam, o cancelamento da remoção ou demolição do estabelecimento comercial denominado “Cibelly Bar” até que seja implementado definitivamente o Projeto Orla

e se faça a transferência do referido estabelecimento para o local devido.

Nas razões de apelação, o postulante pugna pela reforma da sentença, pois, no seu entender, o fato de a exploração do comércio, atualmente não condizer com parâmetros ideais de funcionamento, não desnatura a pretensão do autor, já que esta consiste exatamente em impor ao poder público a obrigação de regularizar a sua situação.

Contrarrazões às fls. 149/156.

Instado a se pronunciar, o Ministério Público Federal, por intermédio do seu representante legal, opinou pelo desprovemento da apelação.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Cuida-se de apelação interposta de sentença que julgou improcedentes os pedidos, quais sejam, o cancelamento da remoção ou demolição do estabelecimento comercial denominado “Cibelly Bar” até que seja implementado definitivamente o Projeto Orla e se faça a transferência do referido estabelecimento para o local devido.

Considerando que 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 judiciais¹, adoto como razões de decidir os termos da sentença, que passo a transcrever:

¹ Precedentes do STF: AI 855.829 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 20/11/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO *DJe*-241, DIVULG 07-12-2012, PUBLIC 10-12-2012; AI 738.982 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 29/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO *DJe*-119, DIVULG 18-06-2012, PUBLIC 19-06-2012; e AI 813.692 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO *DJe*-056, DIVULG 16-03-2012, PUBLIC 19-03-2012.

O requerente, bar de praia situado na Praia do Poço (Cabedelo/PB), objetiva a suspensão dos atos de remoção/demolição do estabelecimento comercial, ou de qualquer ato que importe em interrupção do pleno funcionamento de suas atividades comerciais.

Analisando a questão em sede de liminar, decidi suspender provisoriamente o ato administrativo que determinava a remoção, no aguardo de esclarecimentos acerca do Projeto Orla, de que alegadamente se beneficiaria o requerente.

Acontece que, em audiência ocorrida aos 27.05.2010, às 14:00 horas, que serviu à ação cautelar 0002502-22.2010.4.05.8200 e às demais conexas, a verdade aflorou: não havia, até aquela data, nenhum projeto contemplando a área na qual estão instaladas as barracas, perdendo o requerente o sustentáculo maior da causa: a possibilidade de ser beneficiado com o alegado Projeto Orla.

Sobre o Projeto Orla, colho as seguintes informações no *website* do Patrimônio da União:

O QUE É O PROJETO ORLA:

É um projeto desenvolvido pelo Ministério do Meio Ambiente e Ministério do Planejamento e Gestão, através da Secretaria de Patrimônio da União que tem como finalidade elaborar e implementar um Plano de Gestão Integrada da Orla dos Municípios brasileiros localizados nas orlas marítima e fluvial. O PGI é construído por representantes do setor público e da sociedade civil local, dentro de uma perspectiva de desenvolvimento sustentável desses municípios, que combine oportunidades de geração de trabalho e renda e desenvolvimento econômico com a preservação do meio ambiente e utilização adequada do patrimônio público.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- * Garantir o cumprimento da função socioambiental dos bens da União;
- * Fortalecer a capacidade de atuação e articulação de diferentes atores do setor público e privado na gestão integrada da orla;
- * avançar na melhoria e aperfeiçoamento do arcabouço normativo para o ordenamento de uso e ocupação desse espaço;

* Desenvolver mecanismos de participação e controle social para sua gestão integrada;

* Estimular atividades socioeconômicas compatíveis com o desenvolvimento sustentável da Orla.

COMISSÃO TÉCNICA ESTADUAL - CTE Decreto nº 28.948, de 18 de dezembro de 2007. Atribuições:

I. Promover a participação de instituições e agentes envolvidos no processo de planejamento e de ocupação costeira.

II. Solicitar a cooperação e o assessoramento dos órgãos da Administração Direta e Indireta, nas esferas da Administração federal, estadual e municipal, inclusive de instituições internacionais de pesquisas e desenvolvimento.

III. Contribuir com a Coordenação Estadual na promoção, acompanhamento e articulação de ações voltadas para a implementação do Projeto Orla no Estado.

IV. Contribuir, de forma participativa, com a elaboração do Plano de Gestão Integrada da Orla Marítima de cada município que venha a aderir ao Projeto Orla, propondo prioridades, metodologias e área de atuação.

V. Assegurar e coordenar a implantação dos Planos Gestores Municipais da Orla Marítima, garantindo o cumprimento das diretrizes e estratégias de ações estabelecidas nos respectivos planos.

VI. Manifestar-se sobre projetos, programas e empreendimentos significativos na área da Orla.

VII. Articular esforços junto às instituições, no sentido de captar recursos internos e externos para projetos de conservação, pesquisa e ordenamento da Orla.

VIII. Fomentar estudos e projetos, visando à conservação do patrimônio natural e cultural, ao desenvolvimento sustentável ao conhecimento científico das Orlas Marítimas e Fluviais.

IX. Colaborar para o aprimoramento da legislação e das Políticas Públicas nas áreas de Orlas Marítimas e Fluviais e seus ecossistemas.

X. Participar de Audiências/Consultas públicas concernentes ao Projeto Orla.

IMPLEMENTAÇÃO DO PROJETO - Participação da CTE

- Seleção das localidades a serem inseridas no processo

- Reuniões e disponibilização de dados e informações, necessárias à elaboração de um dossiê sobre as áreas de interesse do Projeto.
- Análise final dos Planos de Gestão, emitindo parecer técnico em conjunto com a Coordenação Estadual.
- Implementação dos Planos de Gestão, viabilizando os meios disponíveis e potenciais, em sua esfera de ação, para apoiar a execução das ações propostas.

ESTRUTURA DA CTE

- Presidência
- Vice-Presidência
- Secretaria Executiva
- Plenário

COMPOSIÇÃO

Sudema, SPU-PB, IBAMA, Capitania dos Portos, IDEME, IPHAN, Universidades Públicas, Universidades Privadas, Município de João Pessoa, Município de Cabedelo, Município de Conde, Município de Lucena, ONG's com fins sócioambientais, Empreendedores Formais, FAMUP, PBTUR / PRODETUR, Comissão Permanente do Centro Histórico de João Pessoa e Município de Mataraca.

Veja-se, portanto, que existe uma política pública para a ocupação do litoral brasileiro, a qual é traçada por representantes do setor público e da sociedade civil local. Compete à Comissão Técnica Estadual planejar a ocupação costeira – inclusive nos aspectos dos espaços a serem ocupados e infraestrutura admitida.

Nesse sentido, não compete ao Poder Judiciário interferir no processo de formulação da política pública de ocupação e exploração de atividades econômicas no litoral, sob pena do Juiz, agente estatal não eleito pelo povo, macular a legitimidade de procedimento legislativo (anômalo, como se verá) democrático:

Há que se ressaltar que existem importantes órgãos legislativos anômalos, tais como os conselhos municipais da criança e do adolescente (previstos no art. 88, II, da Lei 8.069/90) e o Conselho Nacional dos Direitos do Idoso (CNDI), que detêm atribuição legislativa, em

suas respectivas áreas de competência, constituindo-se em indispensáveis instrumentos de “democracia participativa”. A escolha do conteúdo das políticas públicas, bem como o momento mais adequado para sua efetiva implantação, passa a ser resultado de um processo conjunto de decisão entre as instâncias formais de representação popular – as quais se constituem em indispensáveis instrumentos para a consolidação da democracia do país – e as instâncias paraestatais de representação política, através da intervenção direta de cidadãos ligados às atividades atingidas pelas medidas preconizadas.

(...)

Estes conselhos representam, portanto, um importante avanço rumo à construção da democracia participativa, a qual permita ao cidadão comum, de forma concertada, em um processo decisório transparente, participar do processo de tomadas das decisões políticas que interferem no destino da comunidade.

Presente à audiência, o Presidente do Conselho Gestor do Projeto Orla esclareceu que a praia na qual está situado o autor (Praia do Poço) ainda não é objeto de qualquer projeto de regularização da ocupação, não competindo ao Juízo, como dito, interferir nesta seara.

Na referida audiência, o MUNICÍPIO DE CABEDELO confidenciou que o primeiro estudo em torno do assunto foi feito para apresentar exclusivamente na citada audiência, consistindo apenas num esboço de projeto para urbanização do local, com previsão de alocação de apenas duas barracas e sem qualquer aprovação dos órgãos ambientais, sequer pelo Comitê Gestor do Projeto Orla.

Demais disso, frisou que sequer existe infraestrutura de drenagem, pavimentação e esgotamento sanitário para abrigar esse projeto, como também não há previsão orçamentária para a execução.

Registre-se que o STF, no RE 436.996/SP4 – ao julgar a obrigação municipal de instalação de creches para crianças de até seis anos de idade – assentou que a intervenção do Poder Judiciário para formulação de políticas públicas é excepcional, somente admissível quando a omissão do legislador ferir direitos constitucionais individuais ou coletivos.

No caso em apreço, como dito, não há norma constitucional que obrigue o Poder Executivo a franquear a orla marítima à exploração do comércio.

Os princípios constitucionais da valorização do trabalho e da livre iniciativa não são suficientes para socorrerem a pretensão do autor: a uma, porque tais princípios não impõem prestação positiva a ser ofertada pelo Estado; a duas, porque o exercício do comércio está submetido à função social da propriedade e à defesa do meio ambiente (art. 170, incisos III e VI, da CF/88); ao passo que, da forma como vem sendo explorado, como se verá, o comércio do autor agride o meio ambiente e impede o uso da praia por todos.

Tendo-se em vista que não existe determinação constitucional para formulação de política pública de exploração de comércio na orla – ou seja, não há omissão do Poder Executivo, a comando constitucional, a ser reparada – resta ao Poder Judiciário, tão somente, aferir se a legislação alberga a permanência do autor no local em que está instalado.

2 - Verificação de Direito Subjetivo de Ocupação

Mister esclarecer que nesta causa não se controverte acerca da definição da área, se de praia ou não, e se de preservação permanente ou não.

Todavia, este Juízo ponderou, em audiência, para evitar futuras e eventuais insurgências em torno do direito de posse, sobre a necessidade de aclarar a situação jurídica de cada terreno envolvido na pendenga, ficando responsáveis os órgãos públicos IBAMA, SUDEMA e SPU pela vistoria e apresentação das respostas aos quesitos formulados.

No caso do autor (CIBELLY BAR), essa foi a resposta dada:

1 - Área total utilizada com estruturas físicas: 194,5 m²

1.1 - Área de apoio: 64,5 m², com estrutura construída com alvenaria de tijolos, com piso cerâmico e cobertura de telha de fibrocimento.

1.2 - Área coberta de atendimento: 130,0 m² com cobertura de palhas de coqueiros, piso natural (areia) e sem paredes, incluindo área coberta com toldo de lona.

2 - Áreas ocupadas

2.1 - Área de praia: 26,3 m².

2.2 - Área de restinga (APP): 168,2 m².

2.3 - Área de terreno de marinha ou acrescido de marinha: 194,5 m².

O CIBELLY BAR possui duas áreas cobertas de atendimento: uma instalada em área de praia (26,3 m²) e outra sobre área de restinga (103,7 m²), juntamente com a área de apoio (64,5 m²). Com exceção da área localizada sobre a praia, a área coberta com palhas de coqueiros e com piso natural (de areia), conta com uma proteção lateral e frontal, construída de pedra calcária e tijolos, que eleva o nível do piso do mar em relação ao nível da praia.

...

Diante do exposto nas seções anteriores, fica evidenciada a ocupação dos espaços geográficos (praia, restinga, terrenos de marinha e acrescidos de marinha) com estruturas fixas dos bares ...

...

Esclarece-se que os terrenos de marinha ou seus acrescidos sobrepõem-se às áreas de praia e de restinga identificadas com ocupação por estruturas fixas pelos bares.

Ressalta-se, mais uma vez, que todos os bares vistoriados utilizam a região de antepraia (estirâncio) para colocação de mesas e cadeiras durante o dia, de acordo com as marés, dificultando a livre movimentação ao longo da praia de pessoas e banhistas.

Impende ressaltar que os terrenos de marinha e seus acrescidos pertencem à União, na forma dos artigos 21, VII, da CF/88 e artigos 1º, I, 2º e 3º do Decreto-Lei 9.760/465.

No caso em apreço, toda a área utilizada pelo autor (194,5 m²) está situada em terreno da União.

A ocupação não é juridicamente passível de regularização, tendo-se em vista que se dá, parte em área de praia, parte sobre restinga.

Com efeito, a ocupação de terreno de praia é legalmente proibida, consoante dicção da Lei 7.661, de 16.05.1988.

Art. 10. As praias são bens públicos de uso comum do povo, sendo assegurado, sempre, livre e franco acesso

a elas e ao mar, em qualquer direção e sentido, ressalvados os trechos considerados de interesse de segurança nacional ou incluídos em áreas protegidas por legislação específica.

§ 1º. Não será permitida a urbanização ou qualquer forma de utilização do solo na Zona Costeira que impeça ou dificulte o acesso assegurado no *caput* deste artigo.

§ 2º. A regulamentação desta lei determinará as características e as modalidades de acesso que garantam o uso público das praias e do mar.

§ 3º. Entende-se por praia a área coberta e descoberta periodicamente pelas águas, acrescida da faixa subsequente de material detrítico, tal como areias, cascalhos, seixos e pedregulhos, até o limite onde se inicie a vegetação natural, ou, em sua ausência, onde comece um outro ecossistema.

As restingas, fixadoras de dunas, são áreas de preservação permanente, à luz do preceito constante da Lei 4.771, de 15.09.1965 (Código Florestal):

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

(...)

f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

A Resolução CONAMA 303/2002 (Dispõe sobre parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente) apresenta o conceito de restinga e define as áreas em que a presença de restinga implica em preservação permanente:

Art. 2º Para os efeitos desta Resolução, são adotadas as seguintes definições:

(...)

VIII - restinga: depósito arenoso paralelo a linha da costa, de forma geralmente alongada, produzido por processos de sedimentação, onde se encontram diferentes comunidades que recebem influência marinha, também consideradas comunidades edáficas por dependerem mais da natureza do substrato do que do clima. A cobertura vegetal nas restingas ocorrem mosaico, e encontra-se em praias, cordões arenosos, dunas e depressões, apresentando, de acordo com o estágio su-

cessional, estrato herbáceo, arbustivos e abóreo, este último mais interiorizado;

(...)

Art. 3º Constitui Área de Preservação Permanente a área situada:

(...)

IX - nas restingas:

a) em faixa mínima de trezentos metros, medidos a partir da linha de preamar máxima;

b) em qualquer localização ou extensão, quando recoberta por vegetação com função fixadora de dunas ou estabilizadora de mangues;

(...).

No caso em apreço, conforme se depreende do registro fotográfico (fotos 1 a 5 do Relatório Técnico 16/2010 e demarcação da Linha de Preamar Média - LPM - fls. 307/311), além da área de restinga estar claramente há menos de trezentos metros da preamar média, está coberta por vegetação com função fixadora de dunas (duna frontal).

O Município de Cabedelo/PB também informou a situação jurídica do requerente frente ao parcelamento do solo urbano, respondendo que o Cibelly Bar está em área de terreno de marinha, dentro dos 33 (trinta e três) metros da linha de preamar média.

A determinação da União de remoção foi correta, pois o requerente vinha reiteradamente descumprindo um Termo de Ajustamento Provisório - TAP, através do qual lhe foi autorizado a ficar precariamente no local no aguardo das diretrizes do Projeto Orla.

Outrossim, no mesmo TAP, foram fixadas obrigações a serem atendidas pelo requerente, como o pagamento de indenização mensal à União, a observância dos limites da ocupação da área e a não provocação de danos ambientais.

Verificada a inadimplência do requerente e a falta do projeto, de iniciativa do Município de Cabedelo/PB, a União, autorizada pela provisoriedade e precariedade do ajuste (não houve cessão de uso), de cunho unilateral, e por cláusula constante do próprio TAP, resolveu cancelá-lo. Por conseguinte, e uma vez irregular a ocupação, exigiu a remoção do empreendimento do local.

Indevidamente apossado em bem de uso comum do povo, onde não é permitida a urbanização ou qualquer forma de utilização do solo que impeça ou dificulte o acesso, e considerando tratar-se de área de preservação permanente, cabível a exigência da retirada do estabelecimento do local.

Conclusão: o empreendimento não é passível de ocupação por particulares. Encontra-se em área de preservação ambiental permanente, fato por si só lesivo ao meio ambiente. Ademais, utiliza a região de antepraia – bem de uso comum do povo – para a colocação de mesas e cadeiras, dificultando a livre utilização do espaço pelas pessoas e banhistas (vide fotografias, fls. 272/277 da cautelar).

Sob esse ângulo, injustificável a manutenção da ocupação, não importando há quanto tempo esteja o requerente apossado indevidamente e se possui ou não documentação de regularidade e alvará de funcionamento, visto que o direito sobre o bem público em questão – terreno de marinha e/ou acrescido, de preservação ambiental, pertencente à União, a quem somente compete a autorização de uso –, é inalienável, indisponível, imprescritível e não usucapível.

No sentido da necessidade de desocupação de regiões similares, cito precedentes:

Processo AC 200085000037866 AC - Apelação Cível - 367227

Relator(a): Desembargador Federal José Maria Lucena
Sigla do órgão: TRF5

Órgão julgador: Primeira Turma

Fonte: *DJ* - Data: 15/12/2005 - Página: 522 - Nº: 240

Decisão: UNÂNIME

Ementa

EMBARGOS DO DEVEDOR. TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA AMBIENTAL. LEI 7347/85. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO IMPOSTA. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DO TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. PRAIA DE ARUANA/SE. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. IMPOSSIBILIDADE DE OCUPAÇÃO. ART. 225 DA CF/88.

- O Termo de Ajuste de Conduta Ambiental é, no dizer do art. 5º, PARÁGRAFO 6º, da Lei 7347/85, título executivo extrajudicial. Tendo em vista o seu descumprimento, cabível o ajuizamento da ação executória.

- A legislação ambiental desautoriza a ocupação de áreas tidas como de preservação permanente.
- Ecossistemas costeiros (dunas e restingas) estão amparados pelas normas protetoras do meio ambiente, cabendo aos órgãos competentes zelar pela sua preservação.
- Precedente desta e. Primeira Turma (AC Nº 317.345-SE, Rel. Desembargador Federal CESAR CARVALHO (Convocado), pub. *DJ* de 25.02.2005, decisão unânime).
- Apelação improvida.

Data da Decisão: 27/10/2005

Processo AC 200672070029425 AC - APELAÇÃO CÍVEL

Relator(a): MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA

Sigla do órgão: TRF4

Órgão julgador TERCEIRA TURMA

Fonte: *DE* 24/09/2008

Ementa

REINTEGRAÇÃO DE POSSE. TERRENO DE MARI-NHA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. BA-LEIA FRANCA. DETENÇÃO. ESBULHO CARACTERI-ZADO.

1. A instrução comprovou que o imóvel é, na sua quase totalidade, área de preservação permanente pertencente à Área de Preservação Ambiental Baleia Franca porque é composto por áreas de duna e formação de restinga.

2. A apelada possui a mera detenção do imóvel, a título precário, não podendo se insurgir contra a pretensão da apelante quando comprovado o esbulho possessório, como no processo em tela, haja vista a ocupação irregular e danosa da área de preservação permanente em terreno de marinha.

Impende dizer que a argumentação de ausência do contraditório e ampla defesa antecedentemente à ordem de remoção não subsiste, porquanto de antemão estava ciente o requerente de que a retomada da posse irregular a qualquer momento poderia acontecer, fosse por descumprimento do TAP, ou porque necessária a desocupação, ou, ainda, pela apresentação do Plano de Intervenção do Projeto Orla. Ocorreu de o Município de Cabedelo/PB ter desistido da apresentação do projeto e de o requerente haver descumprido o TAP,

eis que não pagou as indenizações mensais à União; além disso, estava a alterar as dimensões do seu estabelecimento pelas constantes ampliações e reformas no terreno.

Rememore-se outrossim a Recomendação nº 02, de 03.02.2010, do Ministério Público, acatada pela União, no sentido de providências cabíveis para a retirada dos estabelecimentos comerciais da Praia do Poço, onde se encontra instalado o requerente, haja vista a ocupação irregular em apuração no PA 1.24.000.000532/2007-34, para a qual não há viabilidade legal na permanência, considerando tratar-se o terreno de área de praia, classificada como de preservação permanente e de uso comum do povo. Inclusive, nesse PA, foi produzida uma vistoria nos empreendimentos comerciais instalados na Praia do Poço, do qual se extraem as seguintes conclusões:

- na Praia do Poço não há sistema público de esgotamento sanitário;
- o sistema de efluentes utilizados é a fossa absorvente;
- o material depositado nas fossas é periodicamente coletado por “caminhão limpa fossa”;
- em períodos de maior fluxo de pessoas, como nos fins de semana e feriados prolongados, a intensa atividade dos bares ocasiona maior vazão de efluentes para as fossas;
- há registros de extravasamento do efluente para o solo e subsolo; quando essa situação ocorre, os caminhões coletores são acionados em regime de emergência para a limpeza das fossas;
- a declividade do terreno e a localização das fossas favorecem a dispersão do efluente em excesso, ocasionando mau cheiro, acúmulo de efluentes no solo e incômodo aos frequentadores dos bares e aos moradores das residências adjacentes;
- todos os estabelecimentos comerciais e residências nas proximidades da Praia do Poço empregam o sistema de fossas, o que aumenta o risco de contaminação do solo e das águas subterrâneas;

- a disposição dos bares favorece a deposição de resíduos sólidos na faixa de praia pelos frequentadores, pelo que se infere que em períodos de intensa atividade o impacto dos resíduos sólidos seja significativo.

Entremostrada a atividade degradadora, que não se conforma a um padrão ambiental racional, escorreita foi a atitude da União em exigir a remoção do estabelecimento, atendendo, acima de tudo, ao comando constitucional que impõe ao Poder Público a defesa e preservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para uso comum do povo e essencial a uma sadia qualidade de vida (art. 2257).

Ante o exposto, julgo IMPROCEDENTE o pedido, resolvendo o mérito da causa, nos termos do artigo 269, I, do CPC.

Conforme decidido na ação cautelar, reitero que a retirada e demolição somente poderão ser efetivadas após o trânsito em julgado desta sentença, sob pena de, em face do caráter irreversível da medida, vulnerar-se a garantia recursal da parte autora.

Ademais, como bem observou o ilustre membro do MPF, não procede a alegação de cerceamento de defesa, já que a Administração Pública agiu no exercício regular do poder de polícia ao notificar o recorrente sobre a remoção do estabelecimento.

Posto isso, nego provimento à apelação para confirmar a sentença.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 569.859-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: ANTÔNIO DE ALMEIDA MELO (ESPÓLIO)
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Inv./Sind.: FLÁVIO ANTÔNIO VIEIRA DE MELO
Advs./Procs.: DRS. BRUNO BUARQUE DE GUSMÃO E OUTROS

EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. PROGRAMA DE EQUALIZAÇÃO DE CUSTOS DE PRODUÇÃO DA CANA-DE-AÇÚCAR PARA A REGIÃO NORDESTE. AFAS-TADA A HIPÓTESE DE FRAUDE PELO ORA APE-LANTE NO ÂMBITO DA AÇÃO PENAL. HIPÓTE-SE DE AUSÊNCIA DA ESCRITURAÇÃO. NÃO APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PERTINENTE AO CASO CONCRETO. ARTIGO 5º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.023. ARTIGO 22, § 2º, DA IN/SRF 083/01. ARTIGO 60, § 2º, DO DECRETO Nº 3.000/99. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTI-GO 112 DO CTN. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO FIS-CAL. NECESSIDADE DE ARBITRAMENTO DO RESULTADO À RAZÃO DE VINTE POR CENTO DA RECEITA BRUTA DO ANO-BASE EM FACE DA FALTA DE ESCRITURAÇÃO. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. APELAÇÃO PROVIDA.

- Sustentou, em apertada síntese, a apelante pela nulidade completa do título executivo que aparelha a Execução Fiscal nº 0000013-45.2011.4.05.8307. Com isso, pugnou pelo provimento da apelação em tela, para que houvesse a conse- quente procedência dos presentes embargos à execução, com a posterior determinação da ime- diata extinção da execução fiscal ora embargada. Ao fim, com base nisso, defendeu a inversão dos ônus sucumbenciais e a condenação em hono- rários advocatícios.

- De início, estudando os autos, verifica-se que o

apelante respondeu à Ação Penal nº 0001102-13.2000.4.05.8300 (2000.83.00.001102-2), referente a crime contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/86), o qual foi absolvido, haja vista não ter sido provado que tenha recebido recursos federais do Programa de Equalização dos Custos da Cana-de-Açúcar, baseado em dados fraudulentos ou que tivesse interesse no recebimento de recursos públicos sem a devida comprovação.

- A verdade é que a apelante não apresentou mediante escrituração, e após na Declaração de Rendimentos apresentada do exercício de 2000, dados objetivando demonstrar a utilização dos recursos recebidos para a atividade rural. Afirma que o fato de não ter comprovado os recursos, não implica em má utilização do dinheiro público. Sustenta que, em decorrência de os documentos arquivados terem sido perdidos na enchente que atingiu a região de Palmares, onde residia, conforme noticiam os periódicos da época, impossibilitou a apresentação de documentos.

- Primeiramente, mister se faz relatar que, como aduz o artigo 112 do Código Tributário Nacional, a lei tributária que define infração ou comina alguma penalidade deve ser interpretada de maneira mais favorável ao acusado. Nesse sentido, então, consoante alega a ora apelante, de fato, há vasta legislação (artigo 5º, parágrafo único, da Lei nº 8.023, artigo 22, § 2º, da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal 83/01 e artigo 60, § 2º, do Decreto nº 3.000/99 - RIR/99), mais favorável ao acusado, que abrange a presente situação, na qual a falta de escrituração, na exploração da atividade rural, implica no arbitramento do resultado à razão de 20% (vinte por cento) da receita bruta no ano-base.

- O fato de o apelante não ter provado os gastos na produção de cana-de-açúcar na safra de 98/

99, não possibilita à Receita Federal classificar as verbas recebidas pelo adiantamento do Programa como atividade não rural e inseri-las na base de cálculo para apuração do Imposto de Renda. Veja que para a atividade rural há um modus operandi quanto ao pagamento das verbas repassadas pela União ao agricultor, porquanto se trata de uma legislação específica (Lei nº 10.453/2002). Deste modo, o mesmo tratamento deve ser aplicado quanto à Declaração de Ajuste do Imposto de Renda. O fato é que há legislação específica para o setor, a exemplo da Lei nº 8.023/90, da Instrução Normativa SRF nº 83/2001 e do Decreto nº 3.009/99. Ora, a ausência do Anexo da Atividade Rural na Declaração do Imposto de Renda não altera a atividade desenvolvida pelo apelante que permanece na condição de agricultor. Na verdade, a ausência do referido documento configura-se em descumprimento de uma obrigação acessória, não autorizando a mudança de critério de pagamento perante o fisco.

- A hipótese é de extinção da execução, tendo em vista vício formal na constituição do crédito tributário ao não utilizar da legislação pertinente à hipótese, conforme os fundamentos acima.**
- Inversão dos ônus sucumbenciais.**
- Apelação provida.**

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar 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, 21 de outubro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

O espólio de Antônio de Almeida Melo apela ante sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 26ª Vara/PE, Dr. Rodrigo Vasconcelos Coelho de Araújo, que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal, os quais visavam desconstituir o crédito tributário de Imposto de Renda Pessoa Física - IRPF.

O apelante alega (fls. 573/594):

1) Ter realizado, em 18.12.1998, requerimento para recebimento de recursos do Programa de Equalização de Custos de Produção da Cana-de-Açúcar para a Região Nordeste, inclusive da antecipação, com compromisso de restituição dos valores não compensados, informando que sua safra de 97/98 era de 26.717,60 toneladas de cana-de-açúcar.

2) Em razão desta produção informada, que, no ano calendário de 1999, foi repassado ao apelante o valor de R\$ 120.290,30 (cento e vinte mil, duzentos e noventa reais e trinta centavos).

3) Ter só conseguido comprovar a produção de 3.993,11 toneladas de cana-de-açúcar na safra de 98/99, compensando, portanto, apenas , a quantia de R\$ 20.259,00 (vinte mil, duzentos e cinquenta e nove reais), conforme previsto nas condições do Programa de Equalização.

4) A Fazenda Nacional arbitrariamente classificou a diferença que não pode ser compensada, recebida a título de antecipação das verbas de equalização, a quantia de R\$ 100.032,30, como “Rendimentos Tributáveis recebidos de Pessoas Jurídicas” – omissão de rendimentos de trabalho sem vínculo empregatício recebido de pessoa jurídica.

5) Afirma que a Fazenda Nacional incorreu em erro material quanto à qualificação dos rendimentos auferidos pelo apelante, fato que considera nulo.

6) Que a consequência financeira, diante da diferente metodologia de incidência do IRPF no caso de rendimentos de origem rural ou de origem diversa são severas.

7) Não ter havido, por parte do julgador, o entendimento de que a forte seca que acometera a Região Nordeste na safra 1998/1999, considerou o fato de o apelante só ter produzido, em 1999, 3.993,11 toneladas de cana-de-açúcar significaria que o mesmo não aplicara a subvenção de R\$ 120.290,30 recebida em decorrência do Programa de Equalização dos Custos da Produção de Cana-de-Açúcar para a Região Nordeste na sua atividade rural;

8) O fato de não ter conseguido, na safra de 1998/1999, produzir cana em quantia equivalente à safra anterior (1997/1998), utilizada como parâmetro para o recebimento da subvenção antecipada, não significa que os valores adiantados a título de verbas de equalização tenham sido utilizados para outra finalidade, que não a produção de cana-de-açúcar.

9) Não se pode provar são os gastos com a atividade rural e isto em decorrência de os documentos arquivados pelo apelante terem sido perdidos na enchente que atingiu a região de Palmares, onde residia, conforme noticiam os periódicos da época.

10) A Lei nº 8.023/90, a Instrução Normativa SRF nº 83, de 11.10.2001, a Lei nº 9.250/95, art. 18, parágrafo 2º, e o Decreto nº 3.000/99 - RIR/99, estabelecem que a ausência da escrituração implica em arbitramento do resultado à razão de vinte por cento da receita bruta do ano-calendário. Pugnam para que sejam aplicadas estas leis.

Contrarrazões da Fazenda Nacional apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Transcrevo trecho da douta sentença (...):

(...)

No caso dos autos, o embargante solicitou (fls. 48/50) o recebimento de recursos do programa de equalização dos custos da cana-de-açúcar para o Nordeste, inclusive da

antecipação, com compromisso de restituição dos valores não compensados.

No formulário assinado informou que a previsão de sua produção seria de aproximadamente 26.717,6 toneladas, razão pela qual recebeu a quantia de R\$ 120.290,30 (cento e vinte mil, duzentos e noventa reais e trinta centavos). Acontece que só foi comprovada a produção e venda de 3.993,11 toneladas de cana-de-açúcar, portanto, apenas a quantia de R\$ 20.259,00 (vinte mil, duzentos e cinquenta e nove reais). Acerca dessa diferença é que houve a suposta reclassificação operada pelo fisco.

A controvérsia, portanto, cinge-se em saber se foi legal a conduta operada pela Receita Federal de classificar os rendimentos recebidos a título de antecipação do programa de equalização – e não utilizados na produção de cana-de-açúcar – como rendimentos provenientes de pessoa jurídica, e não como rendimentos de atividade rural.

(...)

O apelante apresenta, além de outros, estes argumentos (fls. 573/594):

7) Não ter havido, por parte do julgador, o entendimento de que a forte seca que acometera a Região Nordeste na safra 1998/1999, levou o apelante a só produzir, em 1999, 3.993,11 toneladas de cana-de-açúcar, o que não significa que o mesmo não aplicara a subvenção de R\$ 120.290,30 recebida em decorrência do Programa de Equalização dos Custos da Produção de Cana-de-Açúcar para a Região Nordeste na sua atividade rural;

8) O fato de não ter conseguido, na safra de 1998/1999, produzir cana em quantia equivalente à safra anterior (1997/1998), isto é, 26.717,6 toneladas, utilizada como parâmetro para o recebimento da subvenção antecipada, não significa que os valores adiantados a título de verbas de equalização tenham sido utilizados para outra finalidade, que não a produção de cana-de-açúcar.

9) Não se pode provar que os gastos com a atividade rural, em decorrência de os documentos arquivados pelo apelante terem sido perdidos na enchente que atingiu a região de Palmares, onde residia, conforme noticiam os periódicos da época.

Em resumo, esta é a questão colocada.

Estudando os autos, verifica-se que o apelante respondeu à Ação Penal nº 0001102-13.2000.4.05.8300 (2000.83.00.001102-2), referente ao crime contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/86), do qual foi absolvido, haja vista não ter sido provado que tenha recebido recursos federais do Programa de Equalização dos Custos da Cana-de-Açúcar, baseado em dados fraudulentos ou que tivesse interesse no recebimento de recursos públicos sem a devida comprovação. Logo, restou provada a inexistência de ilícito tributário por parte do contribuinte. Confirmam-se os dados extraídos do Sistema TEBAS, em consulta realizada mediante Sistema TEBAS, em 10.10.2014:

(...)

AÇÃO PENAL

0001102-13.2000.4.05.8300 (2000.83.00.001102-2) Classe: 240 - AÇÃO PENAL

Última Observação informada: remetido ao arquivo - vol. 44/2011 (24/08/2011 09:43)

Última alteração: CCL

Localização Atual: Arquivo Geral - Avenida Recife

Autuado em 14/01/2000 - Consulta Realizada em: 10/10/2014 às 15:30

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ADVOGADO: SEM ADVOGADO

RÉU: ANTÔNIO DE ALMEIDAMELO

ADVOGADO: MARIA DA CONCEIÇÃO ALVES COSTA

4ª VARA FEDERAL - Juiz Substituto

Baixa Definitiva: Tipo - Remetido a(o) em 02/12/2010

Objetos: 05.20.08 - Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/86) - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Penal

Inquérito: 1252/99

(FINAL DA FUNDAMENTAÇÃO DO JUIZ):

(...)

Não havendo nos autos qualquer prova de que tenha prestado qualquer declaração falsa com objetivo de fraudar o “Programa de Equalização de Custos”, ou de que não tenha cumprido os requisitos acima, conseguindo, mesmo assim, contratar o já citado adiantamento, é absolutamente

te irrelevante ao Direito Penal o que ocorreu em momento posterior ao recebimento dos recursos. A inadimplência do acordo, mormente se gerada por elementos que não guardavam qualquer dependência com a vontade do acusado (seca/menor área produzida), só gerará consequências civis e administrativas, mas não penais.

Repita-se: o que precisava ser demonstrado nestes autos, para se reputar provada a fraude, era que os valores apontados como produção na safra de 97/98 não guardavam consonância com a realidade, ou que o acusado obteve fraudulentamente o financiamento, por ter omitido ou declarado falsamente os dados atinentes às condições acima listadas. Não se provou nada neste sentido.

Ao contrário, a entidade responsável (de acordo com item 3.c do modelo operacional do programa – fl. 174) por apontar a produção do autor naquele ano confirmou os dados por ele declarados à associação (fl. 463).

Também a declaração constante das fls. 188/189, cujos dados foram colhidos nos apensos 3 a 36 do Inquérito Civil Público nº 08116.000502/99, instaurado na PR/PE demonstram que os formulários H-28 também apontavam que a produção do acusado em 97/98 era similar àquela por ele apontada na declaração que prestou ao BNB.

De outro lado, não há qualquer prova nos autos de que o acusado tenha deliberadamente ocultado a informação de que na safra 98/99 a área de sua produção seria inferior à da safra anterior. Vê-se que a declaração da fl. 16 não aponta estimativa de produção para quaisquer dos fundos agrícolas ali listados.

Se a safra de 98/99 foi muito inferior à do ano anterior, tal fato é irrelevante à existência da citada fraude, já que as condições de acesso ao programa não previam nada sobre isso.

3. Dispositivo

Diante do exposto, inexistindo qualquer prova de que houve fraude na concessão do adiantamento recebido pelo acusado, ABSOLVO o réu ANTÔNIO DE ALMEIDA MELO, nos autos qualificado e representado, da prática de fato tipificado no art. 19, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, com espeque no art. 386, VII, do CPP.

Custas pela União, das quais fica isenta, nos termos do art. 4º, I, da Lei 9.289/96.

Após cumpridas as comunicações de praxe, arquite-se e dê-se baixa na distribuição.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Recife, 31 de agosto de 2010.

AMANDA GONÇALEZ STOPPA

Juíza Federal Substituta da 4ª Vara/PE

Em sede cível, o douto Magistrado julgou improcedente os embargos à execução, porquanto entendeu que o apelante ao não apresentar o Anexo da Atividade Rural, na Declaração de Rendimentos do ano de 2000, não comprovou a efetiva utilização dos recursos recebidos no Programa de Equalização, sendo, portanto, correta a reclassificação da Receita Federal.

O ilustre Julgador convenceu-se do posicionamento do fisco, no sentido de classificar a diferença que não pôde ser compensada, recebida pelo agricultor em antecipação das verbas de equalização, o valor de R\$ 100.032,30 (cem mil e trinta e dois reais e trinta centavos), a título de “RENDIMENTOS TRIBUTÁVEIS RECEBIDOS DE PESSOAS JURÍDICAS” - OMISSÃO DE RENDIMENTOS DE TRABALHO SEM VÍNCULO EMPREGATÍCIO RECEBIDOS DE PESSOAS JURÍDICAS, confira-se (fls. 566/570) :

(...)

O Imposto de Renda é informado pelo princípio constitucional da generalidade (art. 153, § 2º, I, CF/88), razão pela qual todos os tipos de renda se subordinam à incidência desse tributo, independentemente da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos.

No caso da atividade rural, a lei exige que o seu resultado seja apurado mediante escrituração de Livro Caixa, abrangendo as receitas, despesas e demais valores que a integram e, ainda, que as receitas e as despesas escrituradas deverão ser comprovadas mediante documentação idônea que identifique o adquirente ou beneficiário, a data e o valor da operação, conforme dispõe o art. 60 da Lei nº 9.250, de 1995, a saber:

Art. 60. O resultado da exploração da atividade rural será apurado mediante escrituração do Livro Caixa, que deverá abranger as receitas, as despesas de custeio, os investimentos e demais valores que integram a atividade (Lei nº 9.250, de 1995, art. 18).

§ 1º O contribuinte deverá comprovar a veracidade das receitas e das despesas escrituradas no Livro Caixa, mediante documentação idônea que identifique o adquirente ou beneficiário, o valor e a data da operação, a qual será mantida em seu poder à disposição da fiscalização, enquanto não ocorrer a decadência ou prescrição (Lei nº 9.250, de 1995, art. 18, §1º).

(...)

No caso dos autos, o embargante apresentou a declaração de ajuste anual do Imposto de Renda do exercício de 2000 sem o correspondente anexo da atividade rural, não informando qualquer despesa relativa àquela atividade com os recursos recebidos a título de adiantamento.

Portanto, não houve reclassificação de rendimentos da atividade rural, pois nada foi declarado pelo contribuinte a título de atividade rural, não tendo sido sequer apresentado o anexo correspondente quando da entrega de sua declaração. Ademais, mesmo posteriormente não houve comprovação da utilização desses recursos na atividade rural.

(...)

Dessa forma, é lícito ao fisco, no caso de declaração de rendimentos da atividade rural, exigir a comprovação da efetividade dessas receitas, para o que está amparado em disposição expressa de lei e, no caso de não comprovação, classificar os valores como rendimentos de outra atividade, sujeita à regra geral de tributação. Correto, portanto, o procedimento do fisco.

Em outras palavras, por ser a atividade rural sujeita a regime de tributação próprio, suas receitas e despesas devem ser comprovadas com documentos hábeis e idôneos. A falta de comprovação autoriza a classificação das receitas para rendimentos comuns, que devem ser tributados na forma ordinária.

O Programa de Equalização dos Custos da Cana-de-Açúcar da região Nordeste, instituído pela União, visou antecipar recursos

oriundo da Agência Nacional de Petróleo para o agricultor deste setor, e posterior ressarcimento, visando equalizar as diferenças de produtividade entre a Região Sudeste e a Nordeste.

Ora, é consenso que diante das dificuldades atravessadas pelo setor com a estiagem, criaram-se novas formas para o ressarcimento à União das verbas repassadas pelo programa aos produtores rurais de 1999, tudo devido à incapacidade geral de pagamento. Logo, não há como ser insensível a esse caso, tanto que o próprio governo ao reconhecer a impossibilidade de ressarcimento das antecipações que os agricultores obtiveram com o Programa de Equalização, estabeleceu um novo programa.

A importância e a preocupação do Governo Federal com a agricultura da região resultou na edição da Lei nº 10.453/2002, instituída exatamente para minimizar os prejuízos advindos da seca, confira-se:

(...)

Art. 6º Ato do Poder Executivo definirá o valor mensal do benefício por família e a periodicidade de sua concessão.

Art. 7º Para os efeitos do art. 74 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, o período de transição definido no seu art. 69 fica prorrogado em 6 (seis) meses, admitida nova prorrogação, por igual período, mediante ato do Poder Executivo. (Regulamento) (Vide Decreto nº 4.292, de 28.6.2002)

§ 1º No prazo referido no *caput*, fica a Agência Nacional de Petróleo - ANP autorizada a determinar à Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobrás recebimentos de créditos e liquidação de débitos, cujos respectivos lançamentos à Conta Petróleo, Derivados e Álcool estejam previstos na legislação pertinente e seus fatos geradores tenham ocorrido até 31 de dezembro de 2001.

§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º à liquidação de débitos do programa de equalização de custos de produção de cana-de-açúcar para a Região Nordeste, nas seguintes condições e na forma regulamentada pelo Poder Executivo:

I - referentes às produções de cana-de-açúcar havidas entre 1º de novembro de 1998 e 31 de dezembro de 2001, no volume de 83.911.000 (oitenta e três mi-

lhões e novecentos e onze mil) toneladas de cana-de-açúcar, por um valor unitário de cinco reais e setecentos e trinta e quatro décimos milésimos de real por tonelada de produto entregue às destilarias e usinas nordestinas; e

II - referente à equalização dos custos de produção de cana-de-açúcar utilizada na fabricação do álcool etílico combustível estocado nas unidades industriais em 31 de outubro de 1998, no valor de vinte e dois milhões de reais. § 3º Aplica-se o disposto no § 1º ao recebimento de créditos do programa de equalização de custos de produção de cana-de-açúcar para a Região Nordeste, referentes à antecipação concedida aos fornecedores de cana-de-açúcar no ano-safra 1998/1999, no valor de quarenta e sete milhões, setecentos e quinze mil reais.

Art. 8º Os beneficiários do programa de equalização de custos de produção de cana-de-açúcar para a Região Nordeste, autores de ação judicial versando sobre esse programa, receberão os valores previstos no § 2º do art. 7º desde que desistam da ação ajuizada por meio de transação celebrada com a União. (Regulamento)

Parágrafo único. Para efeito do cumprimento do disposto no *caput*, a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da ANP ficam autorizadas a celebrar transação nos processos movidos contra a União, respeitados, como máximos, os valores fixados no § 2º do art. 7º.

Art. 9º Ficam convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória nº 18, de 28 de dezembro de 2001.

Art. 10. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 13 de maio de 2002; 181º da Independência e 114º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Pedro Malan

Marcio Fortes de Almeida

Francisco Gomide

Neste ponto, destaco NOTA EXPLICATIVA do Ministério da Agricultura acerca do Programa de Equalização e apresenta outras recomendações acerca:

MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO - MAPA

SECRETARIA EXECUTIVA - SE

COORDENAÇÃO-GERAL DE OPERAÇÕES - CGO/DAA

NOTA EXPLICATIVA

Em 20/09/2002.

1) A retomada do Programa de Equalização do Custo de Produção da Cana-de-açúcar no Nordeste está amparado pela Lei nº 10.453, de 13 de maio de 2002 (arts. 7º e 8º), e pelo Decreto nº 4.267, de 12 de junho de 2002 (arts. 1º ao 6º), e Regulamento para o Pagamento da Equalização do Custo de Produção da Cana-de-açúcar na Região Nordeste, aprovado por Despacho Ministerial de 15/08/2002, publicado no *DOU* de 20/08/2002.

2) Atendendo às recomendações do Grupo de Trabalho criado pela Portaria ANP nº 134, de 02/08/89, o MAPA contratou a Fundação Getúlio Vargas para proceder ao cadastramento de todos os fundos agrícolas, utilizados na produção de cana-de-açúcar, o que resultou no Cadastro Nacional de Propriedades Produtoras de Cana-de-açúcar - CNPPC (página eletrônica do DAA - CNPPC).

3) O montante de recurso aportado ao Programa foi de R\$ 447.714.067,40, discriminado da seguinte forma: a) R\$ 425.714.067,40, resultado da multiplicação de 83.911.000,00 toneladas de cana-de-açúcar por R\$ 5,0734 por tonelada, para o pagamento da cana processada nas safras 1998/99, 1999/2000, 2000/2001 e 2001/2002, essa última até o dia 31/12/01 (inciso I do § 2º do art. 7º da Lei nº 10.453/2002); b) R\$ 22.000.000,00, referentes ao pagamento da cana utilizada na fabricação de álcool etílico combustível estocado e certificado nas Unidades Industriais em 31/10/98 (inciso II do § 2º do art. 7º da Lei nº 10.453/2002).

4) Do volume destinado ao pagamento da cana foi destacado R\$ 23.316.340,70, equivalente a 4.595.801,77 quilos, para a cana não equalizada na safra 98/99 (§ 1º do inciso III do art. 3º do Decreto nº 4.267/2002).

5) O critério utilizado para apuração da cana a ser equalizada foi o da cana efetivamente produzida e moída na Re-

gião Nordeste, nas safras 1999/2000, 2000/2001 e 2001/2002, esta última até o dia 31/12/01, tudo de acordo com o CNPPC (item 4, do Regulamento para o Pagamento da Equalização do Custo de Produção da Cana-de-açúcar na Região Nordeste).

6) A participação de cada produtor foi apurada dividindo-se a produção individual de cana-de-açúcar entregue às unidades industriais, pela produção total efetivamente moída no período descrito no item 5 (§ 2º do inciso III do art. 3º do Decreto 4.267/2002).

7) As informações referentes ao quantitativo de cana foram fornecidas pelas Unidades Industriais, que são as responsáveis, sob as penas da Lei, quanto à fidedignidade dos dados prestados. Os documentos que atestam as informações, pertinentes ao cadastro da propriedade rural como o do processamento da cana, tanto própria como a de fornecedores, estão arquivados no Departamento do Açúcar e do Alcool - DAA do MAPA.

8) As informações de produção estão sendo objeto de verificação mediante processo de fiscalização levado a efeito por Fiscais Federais Agropecuários das Delegacias Federais de Agricultura nos Estados de Alagoas e Pernambuco, junto às Usinas e Destilarias (item 9 do Regulamento para o Pagamento da Equalização do Custo de Produção da Cana-de-açúcar na Região Nordeste).

9) Os débitos individuais decorrentes da antecipação concedida aos fornecedores de cana-de-açúcar no ano safra 1998/1999, que perfaz um total de R\$ 47.715.000,00, foram apurados na forma fixada no inciso I do art. 2º do Decreto 4.267/2002, e encontram-se disponibilizados na página eletrônica MAPA/DAA - Listagem da Antecipação;

10) O MAPA procedeu à compensação dos débitos referentes à antecipação concedida aos fornecedores de cana-de-açúcar na safra 98/99 com os créditos apurados na forma do inciso I do Decreto nº 4.267/2002, conforme se observa na página eletrônica do DAA - Extrato de Pagamento - Contabilidade.

11) Remanescendo valores a serem ressarcidos à União decorrentes da antecipação, estes serão su-

portados pelas entidades de classe habilitadas a receberem destaques na forma do previsto art. 5º do Decreto nº 4.267/2002 (página eletrônica DAA - Resumo Financeiro - Entidades de Classe).

12) Os destaques das parcelas correspondentes aos percentuais devidos pelos beneficiários às suas entidades representativas foram procedidos com base na autorização expressa em Assembleia Geral e na Declaração Individual de Concordância de cada beneficiário. O processo de habilitação (Parágrafo único do art. 5º do Decreto nº 4.267/2002), bem como as autorizações referidas encontram-se arquivadas no DAA do MAPA (página eletrônica do DAA - **Extrato de Pagamento - Contabilidade**).

13) Foi firmado Termo de Cooperação Operacional entre o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, a Agência Nacional do Petróleo - ANP e o Banco do Nordeste do Brasil - BNB, para a realização dos pagamentos referentes ao Programa de Equalização, cujo extrato foi publicado no Diário Oficial da União no dia 08/08/2002.

14) Proposta apresentada pelo Banco do Nordeste dispondo sobre a remuneração para a prestação dos serviços de transferência dos recursos para os beneficiários do programa, a saber: cobrança de 1,5% sobre o valor de cada liberação efetuada aos beneficiários limitados à quantia mínima de R\$ 4,00 e valor máximo de R\$ 50,00 de tarifa por cada liberação, obteve a concordância formal de todas as entidades representativas (documentação arquivada no DAA/MAPA).

15) Os beneficiários do Programa de Equalização, autores de ações judiciais que tinham como objeto o programa, renunciaram ao pretense direito, conforme estabelecido no art. 6º do Decreto nº 4.267/2002 (documentação arquivada no DAA/MAPA).

16) Os produtores de cana-de-açúcar constantes da relação denominada **LISTAGEM DE ERROS POR UF e LISTAGEM DE ERROS POR UP**, disposta na página eletrônica do DAA, deverão procurar as unidades industriais, onde sua produção de cana foi processada, para corrigir, justificar ou complementar informação para que, após análise do DAA, possam se habilitar ao recebimento da subven-

ção do Programa de Equalização. As correções deverão ser remetidas ao DAA/MAPA (**Esplanada dos Ministérios, Bloco “D” Sala 700, CEP: 70.043-900 - Brasília - DF**) apenas pelas Unidades Industriais, **em um único lote**, entre os dias 02/10/02 a 18/10/02, por meio de Disquete e do Termo de Declaração e Responsabilidade devidamente assinado.

Pois bem, voltando ao caso concreto, o contribuinte argumenta que somente conseguiu comprovar a produção de 3.993,11 toneladas de cana-de-açúcar relativa à safra de 98/99, fato este não declarado ao fisco, e que ao reconhecer a omissão, entendeu que deveria incidir a cobrança do Imposto de Renda sobre estes valores auferidos pela comercialização da produção da safra de cana. Contudo, no tocante ao restante não comprovado da produção de cana-de-açúcar estimada para a safra de 98/99, defende-se, alegando que não poderia o fisco reclassificar a quantia recebida a título de antecipação das verbas de equalização, no valor de R\$ 100.032,30, como “Rendimentos Tributáveis recebidos de Pessoas Jurídicas”.

Pois bem, da leitura dos autos, verifica-se que o problema reside na falta de escrituração no Livro Caixa, e após na Declaração de Rendimentos apresentada do exercício de 2000, de dados objetivando demonstrar a utilização dos recursos recebidos no Programa de Equalização para a atividade rural. Afirma que o fato de não ter comprovado parte dos recursos, não implica em má utilização do dinheiro público. Sustenta que, em decorrência de os documentos arquivados terem sido perdidos na enchente que atingiu a região de Palmares/PE, onde morava, conforme noticiam os periódicos da época, impossibilitou a apresentação de documentos.

Primeiramente, mister se faz relatar que, como aduz o artigo 112 do Código Tributário Nacional, a lei tributária que define infração ou comina alguma penalidade deve ser interpretada de maneira mais favorável ao acusado.

Art. 112 - A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

- II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;
- III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;
- IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

Nesse sentido, consoante alega o ora apelante, de fato, há vasta legislação, mais favorável ao acusado, que abrange a presente situação, na qual a falta de escrituração, na exploração da atividade rural, implica no arbitramento do resultado à razão de 20% (vinte por cento) da receita bruta no ano-base. Para isso, colaciono a referida legislação:

Lei nº 8.023, de 12 de abril de 1990:

Conversão da Medida Provisória nº 167, de 1990

Altera a legislação do Imposto de Renda sobre o resultado da atividade rural, e dá outras providências.

Art. 5º A opção do contribuinte, pessoa física, na composição da base de cálculo, o resultado da atividade rural, quando positivo, limitar-se-á a vinte por cento da receita bruta no ano-base.

Parágrafo único. A falta de escrituração prevista nos incisos II e III do art. 3º implicará o arbitramento do resultado à razão de vinte por cento da receita bruta no ano-base.

INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF Nº 83, DE 11 DE OUTUBRO DE 2001

Forma de Apuração do Resultado

Art. 22. O resultado da exploração da atividade rural exercida pelas pessoas físicas é apurado mediante escrituração do livro Caixa, abrangendo as receitas, as despesas de custeio, os investimentos e demais valores que integram a atividade.

§ 1º O contribuinte deve comprovar a veracidade das receitas e das despesas escrituradas no livro Caixa, mediante documentação idônea que identifique o adquirente ou o beneficiário, o valor e a data da operação, a qual é mantida em seu poder à disposição da fiscalização, enquanto não ocorrer a decadência ou prescrição.

§ 2º A ausência da escrituração prevista no *caput* implica o arbitramento do resultado à razão de vinte por cento da receita bruta do ano-calendário.

Neste ponto, transcrevo a legislação tributária aplicada pelo ilustre Magistrado em sua sentença, contudo, acrescento nos fundamentos deste voto, o parágrafo 2º do art. 60 do mesmo Decreto nº 3.000/99 - RIR/99, o qual permite o arbitramento do resultado à razão de vinte por cento da receita bruta do ano-calendário.

DECRETO Nº 3.000/99 - RIR/99

Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza.

Subseção III

Formas de Apuração

Art. 60. O resultado da exploração da atividade rural será apurado mediante escrituração do Livro Caixa, que deverá abranger as receitas, as despesas de custeio, os investimentos e demais valores que integram a atividade (Lei nº 9.250, de 1995, art. 18).

§ 1º O contribuinte deverá comprovar a veracidade das receitas e das despesas escrituradas no Livro Caixa, mediante documentação idônea que identifique o adquirente ou beneficiário, o valor e a data da operação, a qual será mantida em seu poder à disposição da fiscalização, enquanto não ocorrer a decadência ou prescrição (Lei nº 9.250, de 1995, art. 18, § 1º).

§ 2º A falta da escrituração prevista neste artigo implicará arbitramento da base de cálculo à razão de vinte por cento da receita bruta do ano-calendário (Lei nº 9.250, de 1995, art. 18, § 2º).

Consequentemente, para a hipótese do setor rural, o critério é o arbitramento da base de cálculo à razão de 20% (vinte por cento) da receita bruta do ano-calendário em análise, com base no artigo 5º, § único, da Lei nº 8.023/90, artigo 22, § 2º, da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal 83/01 e artigo 60, § 2º, do Decreto nº 3.000/99 - RIR/99.

Logo, o fato de o apelante não ter provado os gastos na produção de cana-de-açúcar na safra de 98/99, não possibilita à Recei-

ta Federal classificar as verbas recebidas pelo adiantamento do programa como atividade não rural e inseri-las na base de cálculo para apuração do Imposto de Renda. Veja que para a atividade rural há um *modus operandi* quanto ao pagamento das verbas repassadas pela União ao agricultor, porquanto se trata de uma legislação específica (Lei nº 10.453/2002). Deste modo, o mesmo tratamento deve ser aplicado quanto à Declaração de Ajuste do Imposto de Renda. O fato é que há legislação específica para o setor, a exemplo da Lei nº 8.023/90, da Instrução Normativa SRF nº 83/2001 e do Decreto nº 3009/99. Ora, a ausência do Anexo da Atividade Rural na Declaração do Imposto de Renda não altera a atividade desenvolvida pelo apelante que permanece na condição de agricultor. Na verdade, a ausência do referido documento configura-se em descumprimento de uma obrigação acessória, não autorizando a mudança de critério de pagamento perante o fisco.

Por fim, registro que o apelante demonstrou a verossimilhança de suas alegações quanto à dificuldade de reunir tempestivamente a documentação hábil visando comprovar as despesas com a atividade rural, haja vista a impossibilidade devido à enchente ocorrida em Palmares/PE, no ano de 2000, conforme faz prova com a cópia do artigo do JC online (fls. 87/88).

Portanto, a hipótese é de extinção da execução, tendo em vista vício formal na constituição do crédito tributário ao não utilizar da legislação pertinente à hipótese, conforme os fundamentos acima.

Por essas razões, dou provimento à apelação e inverte o ônus da sucumbência.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 570.231-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: JOSÉ ROBERTO DE LIMA E OUTRO E CAIXA ECONÔMICA FEDERAL E OUTRO - CEF
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. ANA PAULA BORGES DE OLIVEIRA E OUTROS E SÉRGIO COSMO FERREIRA NETO E OUTROS

EMENTA: CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. AGRAVO RETIDO PROVIDO PARA DETERMINAR A REINCLUSÃO DA EMGEA NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO INTEGRAL DA DÍVIDA, ASSIM COMO DOS JUROS E ACESSÓRIOS. VENCIMENTO ANTECIPADO DA DÍVIDA NÃO ANTECIPA O TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO EM FAVOR DOS INADIMPLENTES. ABUSIVIDADE NA COBRANÇA DO SEGURO NÃO COMPROVADA. INVIABILIDADE DA LIVRE ESCOLHA DA SEGURADORA PELO MUTUÁRIO. INCIDÊNCIA DA COBRANÇA DO CES NÃO DEMONSTRADA. POSSIBILIDADE LEGAL E CONTRATUAL DE COBRANÇA DE JUROS COM BASE NA TAXA EFETIVA. JUROS LEGAIS. LEGITIMIDADE DA MULTA MORATÓRIA EM PERCENTUAL SUPERIOR A 2%. IMPOSSIBILIDADE DE AVALIAÇÃO DA LEGALIDADE DA COBRANÇA DE SALDO REMANESCENTE, A TÍTULO DE DIFERENÇA DE PRESTAÇÕES, EM RAZÃO DE EXISTIREM MUITAS PARCELAS NÃO PAGAS. APLICABILIDADE DO IPC MARÇO/90, NO PERCENTUAL DE 84,32% COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO DO SALDO DEVEDOR. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO DE VALORES, EM FACE DA PERSISTÊNCIA DO DÉBITO.

- Não há ilegalidade na utilização da Tabela Price,

devendo apenas ser expurgada a capitalização de juros nos meses em que há amortização negativa, haja vista a ausência de lei específica que autorize a capitalização de juros.

- Ocorrência de amortizações negativas atestada através de perícia técnica.

- Apelações improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo retido e negar provimento às apelações, 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, 2 de setembro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de apelações contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, que objetivava a revisão do contrato de mútuo celebrado com a Caixa Econômica Federal, com base nas regras do Sistema Financeiro de Habitação.

Enumero as alegações dos autores:

1. Em preliminar, aduz a necessidade de análise do agravo retido interposto, para determinar a manutenção da EMGEA no polo passivo da demanda.
2. No mérito, alegam a prescrição da dívida, assim como a prescrição dos juros e acessórios.
3. Que deve ser mantido o percentual inicial do valor do seguro, durante todo o contrato.
4. Que é patente o direito à livre escolha da Seguradora.

5. Que é ilegal a cobrança do Coeficiente de Equiparação Salarial - CES.
6. Que deve ser realizado o recálculo do saldo devedor, tomando-se por teto máximo de juros, o constante do contrato como juros nominais.
7. Que a multa de mora deve ser limitada a 2% (dois por cento).
8. Que é incabível a responsabilidade do consumidor, pelo eventual saldo residual, eis que manifestamente oneroso e abusivo.
9. Que deve ser respeitado o direito do mutuário ter o saldo devedor corrigido pelo mesmos índices aplicados na poupança, a partir do mês de março de 90.
11. Que seja autorizada a repetição do indébito.
12. Que é incabível, na hipótese dos autos, a condenação dos autores ao pagamento da verba honorária, requerendo a condenação das rés no ônus sucumbencial.

A CEF/EMGEA apela, por sua vez, aduzindo a força obrigacional do contrato e o ato jurídico perfeito. No mérito, ressalta a incorreta vinculação ao laudo pericial acostado aos autos, reafirmando a legalidade da aplicação das taxas de juros e a inexistência de anatocismo.

Contrarrazões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Preliminarmente, tanto a CEF quanto a EMGEA são partes legitimadas para figurar no polo passivo das demandas relativas ao Sistema Financeiro de Habitação. Uma, em virtude da condição de gestora do SFH, e outra, por ser cessionária de créditos relativos aos contratos de mútuo do referido sistema. Neste sentido, cito recente precedente desta Corte Regional:

Acórdão
Origem: TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO
Classe: AG - Agravo de Instrumento - 58.104
Processo: 200405000278162 UF: PE Órgão Julgador: Primeira Turma
Data da decisão: 13/01/2005 Documento: TRF500091325
Fonte
DJ - Data: 25/02/2005 - Página: 767 - Nº: 38
Relator(a)
Desembargador Federal Francisco Wildo
Decisão
UNÂNIME
Ementa
PROCESSO CIVIL. CIVIL. SFH. CESSÃO DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO. CEF/EMGEA. LEGITIMIDADE PASSIVA.
1. A Caixa Econômica Federal, por ostentar a qualidade de gestora do Sistema Financeiro de Habitação e administradora dos contratos a ele relativos, deve permanecer no polo passivo da demanda, ainda que tenha cedido o crédito à EMGEA.
2. Agravo de instrumento provido.
Data Publicação
25/02/2005
Referência Legislativa
CC-02 Código Civil LEG-FED LEI-10406 ANO-2002 AR

Assim, deve ser reincluída a EMGEA no polo passivo da demanda, pelo que dou provimento ao agravo retido.

No mérito, a alegação de prescrição da dívida, dos juros e dos acessórios, reputo-a descabida. Na verdade, o vencimento antecipado da dívida não significa, em absoluto, a antecipação da prescrição desta dívida. Idêntico posicionamento do eg. Superior Tribunal de Justiça, conforme decisão assim ementada:

Processo
AgRg no REsp 802688 / RS
AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
2005/0203397-9
Relator(a)
Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR (1110)
Órgão Julgador
T4 - QUARTA TURMA
Data do Julgamento: 28/11/2006

Data da Publicação/Fonte: *DJ* 26/02/2007, p. 604

Ementa

PROCESSUAL. EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. VENCIMENTO ANTECIPADO. IMPROPRIEDADE.

I. O vencimento antecipado do contrato não antecipa o termo inicial da prescrição da ação de execução em favor dos inadimplentes, que deram causa à rescisão.

II. Agravo improvido.

No caso concreto, não se mostra razoável que o mutuário seja beneficiado com a declaração de quitação da dívida em razão da sua inadimplência, pois tal fato violaria princípios norteadores do direito além de acarretar a possível falência do Sistema Financeiro de Habitação.

De outra parte, está patente a inoccorrência da prescrição, haja vista que a instituição credora jamais ficou inerte diante da inadimplência dos mutuários e da dívida referenciada.

As regras que disciplinam o Sistema Financeiro de Habitação, exigem o pagamento de seguro sob determinadas condições, adotando-se um contrato-padrão. Não fica ao livre critério do agente financeiro exigir ou não o aludido pagamento. A parte firmou, livremente, o mútuo, não demonstrando que tenha havido qualquer vício de vontade nem tampouco trazendo aos autos, qualquer comprovação de cobrança de valores abusivos. Ademais, o laudo pericial constatou que os valores pagos referentes ao seguro, assim como a forma de reajustamento estão plenamente de acordo com a apólice de seguro habitacional do SFH editada pela SUSEP (Resposta ao Quesito 3 da ré, fl. 608 dos autos)

Em relação à questão de livre contratação da seguradora, entendendo que assiste razão às instituições financeiras, tendo em vista que tal contratação ocorreu de acordo com o firmado entre as partes e obedeceu aos ditames da lei.

No que tange à alegação de ilegalidade do Coeficiente de Equiparação Salarial, trata-se de taxa expressa em índice, aplicada sobre a quantia do encargo mensal inicial e tem como uma das suas finalidades 'corrigir distorções decorrentes do reajuste salarial do mutuário e da efetiva correção monetária verificada...' (ARNALDO RIZZARDO, Contratos de crédito bancário; 4ª ed.; São

Paulo; Revista dos Tribunais, 1999, pp. 135/136). Vejo que a previsão do CES para fins de cálculo da prestação mensal quando da celebração do contrato tem por objetivo minimizar as diferenças entre os reajustes das prestações - que devem respeitar a evolução salarial do mutuário - e do saldo devedor. Deve-se, sem dúvida, verificar se houve previsão contratual para sua cobrança, hipótese em que tem que ser respeitada a autonomia da vontade. Na hipótese dos autos, inexistente tal previsão (laudo pericial - fl. 606, b1) o que torna inviável sua cobrança. No entanto, o perito informa, à fl. 606 (b1) que não há demonstração de que os valores referentes ao CES tenham sido efetivamente cobrados, o que torna prejudicada a análise da matéria e inócuo tal pedido.

Na época em que vigia a limitação de juros reais em 12%, o Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento quanto à necessidade de regulamentação do dispositivo, que veio a ser revogado pela Emenda nº 40, de 2003, sem que sobreviesse lei regulamentadora. No caso, observa-se que a taxa anual efetiva pactuada foi no percentual de 9,38071% a.a., portanto, dentro da permissão legal. Estando a taxa efetiva dentro da permissão legal, nada obsta a sua utilização, já que o contrato prevê a utilização tanto da taxa nominal quanto da efetiva.

O eg. Superior Tribunal de Justiça tem posição pacificada no sentido de entender que a redução da multa moratória de 10% para 2% aplica-se apenas aos contratos celebrados após a vigência do Código de Defesa do Consumidor, conforme acórdão assim ementado:

AC 334737-PE, Rel. Des. Federal Wladimir Carvalho CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. CONTRATO. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. PROVA. TAXA REFERENCIAL (TR). FATOR DE CORREÇÃO MONETÁRIA DAS PRESTAÇÕES E SALDO DEVEDOR. LEGALIDADE. JUROS. CAPITALIZAÇÃO. TAXA ANUAL. LIMITAÇÃO. AMORTIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR. CORREÇÃO MONETÁRIA. COEFICIENTE DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. SEGURO HABITACIONAL. ATUALIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR. URV. ACRÉSCIMO AO VALOR NOMINAL DAS PRESTAÇÕES. SUBSTITUIÇÃO DA SISTEMÁTICA DE AMORTIZAÇÃO DO CONTRATO PELO SAC. CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNDHAB. LEGALIDADE DA

COBRANÇA. REDUÇÃO DA MULTA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI 70/66. CONSTITUCIONALIDADE.

1. Legalidade da adoção da taxa referencial (TR) para atualização monetária de prestações e saldo devedor de contrato de financiamento habitacional, regido pelo SFH. O STF decidiu, na ADIN 493-0, que a TR não poderia substituir outros índices previstos em lei ou em contrato. O contrato em questão prevê a correção monetária do saldo devedor do financiamento habitacional pelos mesmos índices utilizados para a correção de caderneta de poupança, sendo legal a incidência da TR (taxa referencial). 1. LEGALIDADE DA ADOÇÃO DA TAXA REFERENCIAL (TR) PARA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DE PRESTAÇÕES E SALDO DEVEDOR DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL, REGIDO PELO SFH. O STF DECIDIU, NA ADIN 493-0, QUE A TR NÃO PODERIA SUBSTITUIR OUTROS ÍNDICES PREVISTOS EM LEI OU EM CONTRATO. O CONTRATO EM QUESTÃO PREVÊ A CORREÇÃO MONETÁRIA DO SALDO DEVEDOR DO FINANCIAMENTO HABITACIONAL PELOS MESMOS ÍNDICES UTILIZADOS PARA A CORREÇÃO DE CADERNETA DE POUpança, SENDO LEGAL A INCIDÊNCIA DA TR (TAXA REFERENCIAL).

2. Constatado pelo contador do foro que o valor das prestações exigido pelo agente financeiro configurou o desrespeito ao plano de equivalência salarial, sendo cabível o pedido de revisão das parcelas do contrato de mútuo para fins de adequação ao PES. 2. CONSTATADO PELO CONTADOR DO FORO QUE O VALOR DAS PRESTAÇÕES EXIGIDO PELO AGENTE FINANCEIRO CONFIGUROU O DESRESPEITO AO PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL, SENDO CABÍVEL O PEDIDO DE REVISÃO DAS PARCELAS DO CONTRATO DE MÚTUO PARA FINS DE ADEQUAÇÃO AO PES.

3. A incidência da correção monetária do saldo devedor deve ser efetivada antes da dedução da parcela do financiamento. Jurisprudência do eg. TRF-5ª Região. 3. A INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA DO SALDO DEVEDOR DEVE SER EFETIVADA ANTES DA DEDUÇÃO DA PARCELA DO FINANCIAMENTO. JURISPRUDÊNCIA DO EG. TRF-5ª REGIÃO.

4. Inexiste capitalização de juros no sistema de amortização denominado tabela price. O Decreto 22.626/33 não se aplica às instituições financeiras, públicas ou privadas, sendo-lhes permitido capitalizar juros.4. INEXISTE CAPITALIZAÇÃO DE JUROS NO SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO DENOMINADO TABELA PRICE. O DECRETO 22.626/33 NÃO SE APLICA ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, PÚBLICAS OU PRIVADAS, SENDO-LHES PERMITIDO CAPITALIZAR JUROS.

5. Nos cálculos do financiamento regido pelo SFH, é admissível a incidência do coeficiente de equivalência salarial se houver previsão contratual.5. NOS CÁLCULOS DO FINANCIAMENTO REGIDO PELO SFH, É ADMISSÍVEL A INCIDÊNCIA DO COEFICIENTE DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL SE HOUVER PREVISÃO CONTRATUAL.

6. É incabível a substituição da tabela price pelo sistema de amortização constante, no contrato de financiamento habitacional regido pelo sistema financeiro da habitação, inexistindo previsão contratual.6. É INCABÍVEL A SUBSTITUIÇÃO DA TABELA PRICE PELO SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO CONSTANTE, NO CONTRATO DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL REGIDO PELO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO, INEXISTINDO PREVISÃO CONTRATUAL.

7. Contrato de mútuo celebrado sob a égide da Lei 4.380/1964, com previsão de taxa anual de juros (efetiva) fixada acima do limite estipulado pela referida lei, sendo cabível o pleito de revisão.7. CONTRATO DE MÚTUO CELEBRADO SOB A ÉGIDE DA LEI 4.380/1964, COM PREVISÃO DE TAXA ANUAL DE JUROS (EFETIVA) FIXADA ACIMA DO LIMITE ESTIPULADO PELA REFERIDA LEI, SENDO CABÍVEL O PLEITO DE REVISÃO.

8. Inexiste previsão contratual que vincule os cálculos do prêmio do seguro habitacional à majoração das prestações. Aplicabilidade das circulares da superintendência de seguros privados, que fixam o valor e as condições do seguro habitacional referente ao financiamento do imóvel.8. INEXISTE PREVISÃO CONTRATUAL QUE VINCULE OS CÁLCULOS DO PRÊMIO DO SEGURO HABITACIONAL À MAJORAÇÃO DAS PRESTAÇÕES. APLICABILIDADE DAS CIRCULARES DA SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS, QUE FIXAM O VALOR E AS CONDI-

ÇÕES DO SEGURO HABITACIONAL REFERENTE AO FINANCIAMENTO DO IMÓVEL.

9. A jurisprudência se consolidou no sentido de considerar constitucional a execução extrajudicial instituída pelo Decreto-Lei 70/66. 9. A JURISPRUDÊNCIA SE CONSOLIDOU NO SENTIDO DE CONSIDERAR CONSTITUCIONAL A EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL INSTITUÍDA PELO DECRETO-LEI 70/66.

10. Nos contratos de financiamento habitacional, inexistente ilegalidade na inserção da contribuição para o fundo de assistência habitacional-FUNDHAB, criada pela Lei 4.380/64. Precedentes. 10. NOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL, INEXISTE ILEGALIDADE NA INSERÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNDO DE ASSISTÊNCIA HABITACIONAL-FUNDHAB, CRIADA PELA LEI 4.380/64. PRECEDENTES.

11. Inexistente ilicitude quanto ao repasse, às prestações do financiamento, dos acréscimos obtidos no valor nominal do salário em cruzeiros reais, por força da conversão para a URV - unidade real de valor, nos meses de março a junho/94. 11. INEXISTE ILICITUDE QUANTO AO REPASSE, ÀS PRESTAÇÕES DO FINANCIAMENTO, DOS ACRÉSCIMOS OBTIDOS NO VALOR NOMINAL DO SALÁRIO EM CRUZEIROS REAIS, POR FORÇA DA CONVERSÃO PARA A URV - UNIDADE REAL DE VALOR, NOS MESES DE MARÇO A JUNHO/94.

12. O mutuário faz jus à restituição, de forma simples, de todos os valores pagos indevidamente a título de prestações, e não em dobro. 12. O MUTUÁRIO FAZ JUS À RESTITUIÇÃO, DE FORMA SIMPLES, DE TODOS OS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE A TÍTULO DE PRESTAÇÕES, E NÃO EM DOBRO.

13. É assente na jurisprudência do eg. STJ o entendimento de que a redução da multa moratória de 10% para 2%, tal como definida na Lei nº 9.298/96, que modificou o CDC, aplica-se apenas aos contratos celebrados após a sua vigência (STJ, 3T, AGRG no RESP 650.849/MT, Min. Denise Arruda, p. em DJU-I de 9.10.2006). No caso, o contrato foi celebrado em 1991, sendo improcedente o pedido de redução da multa para 2% (dois por cento).

14. Provitamento, em parte, da apelação dos autores para determinar a revisão do contrato quanto à taxa de juros

(efetiva), observado o limite de dez por cento, e provimento, em parte, da apelação da CEF para declarar a legalidade da capitalização de juros no contrato em questão e da cobrança do coeficiente de equiparação salarial, previsto no pacto de financiamento habitacional.

Considerando que o contrato em debate foi celebrado em 1989, antes portanto do advento da entrada em vigor do CDC, tenho que é legítima a cobrança da multa em percentual superior a 2%.

No que se refere ao saldo residual, tal pedido se apresenta inconsistente, uma vez que, conforme afirmado pelo perito, à fl. 608, resposta ao quesito 8 da ré, o autor efetuou o pagamento de apenas 57 prestações. Sendo assim, não tem procedência tal pleito, já que somente após o pagamento de todas as prestações, pode-se verificar se o pagamento do saldo residual se afigura desproporcional.

O colendo Superior Tribunal de Justiça já fixou que o índice aplicável ao saldo devedor para o mês de março de 1990 é o IPC de 84,32%. Transcrevo precedente:

Acórdão

Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Classe: AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 579125

Processo: 200400032673 UF: SP Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA

Data da decisão: 29/03/2005 Documento: STJ000606206

Fonte: DJ DATA: 25/04/2005 PÁGINA: 336

Relator(a): CASTRO FILHO

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Ementa

AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MÚTUO HIPOTECÁRIO. CORREÇÃO MONETÁRIA. MARÇO/90. IPC. 84,32%. PRECEDENTES DA SEGUNDA SEÇÃO

E DA CORTE ESPECIAL.

Conforme entendimento pacificado neste Sodalício (EREsp nº 218.426/SP), o saldo devedor dos contratos imobiliários firmados sob as normas do Sistema Financeiro da Habitação deve ser corrigido, em abril de 1990, pelo IPC de março do mesmo ano, no percentual de 84,32%.

Agravo interno improvido.

Indexação

VEJA A EMENTA E DEMAIS INFORMAÇÕES.

Data Publicação: 25/04/2005

Sucessivos

AgRg no AG 540035 SC 2003/0126568-6 DECISÃO: 29/03/2005, DJ DATA: 25/04/2005, PG: 00334

Quanto ao pleito de restituição de supostos valores pagos a maior, não merece acolhida, vez que estes, ao meu ver, devem ser compensados com as prestações do financiamento. Não merece censura, pois, a sentença que determina “considerando que apenas o pedido concernente à revisão do valor do saldo devedor e do valor da parcela foram acolhidos e considerando que os demandantes estão inadimplentes em relação ao contrato, o pedido de devolução em dobro da quantia paga a mais deve ser rejeitado”. Na verdade, a restituição somente ocorreria se, apurada em liquidação a quitação do débito, remanescesse algum valor a ser devolvido à parte.

Também no que se refere à determinação contida na sentença acerca da sucumbência recíproca, tenho como acertada, vez que, havendo vencidos e vencedores, os honorários advocatícios e demais despesas decorrentes da lide, devem ser proporcionalmente divididos e compensados entre as partes. Irretocável, ao meu ver, também nesse ponto, a sentença atacada.

No que tange à apelação da CEF/EMGEA, a força obrigacional do contrato e o ato jurídico perfeito incidem no caso, sem dúvida, pois a avença foi livremente celebrada pelas partes. Todavia, esta relação contratual não autoriza a instituição financeira a se utilizar de práticas abusivas, tais como a que resulta em cobrança de juros compostos. Sendo assim, torna-se indispensável a revisão dessas práticas, como única forma de se alcançar o equilíbrio contratual, uma vez que nos termos em que o contrato está sendo executado, o financiamento restaria impagável.

Quanto à alegada inexistência de anatocismo, entendo que não existe qualquer ilegalidade na instituição do Sistema de Amortização (Tabela Price), previsto contratualmente, não devendo ser desrespeitado. Todavia, na ocorrência de amortização negativa cabem as considerações feitas pelo eminente Desembargador Federal Marcelo Navarro, quando do julgamento da AC 309.656/AL, proferido em 26 de abril de 2005:

Insurge-se esta instituição financeira contra a determinação contida na sentença, para que efetue o recálculo do valor da prestação mensal observando-se o índice de reajustamento da categoria profissional do mutuário e afaste a capitalização de juros no cálculo do saldo devedor nos momentos em que há resíduo negativo, ou seja, nos momentos em que houve amortização negativa.

Em regra, a adoção do Sistema Francês de Amortização-SFA, que utiliza a chamada Tabela Price, implica o pagamento do valor financiado em prestações periódicas, iguais e sucessivas, constituídas por duas parcelas – amortização e juros –, sendo que a taxa de juros aplicada ao contrato sofre um fracionamento, passando a ser deduzida mensalmente, por ocasião do pagamento da prestação. Assim, a amortização mensal de cada prestação do mútuo abate uma parcela de capital e uma parcela de juros.

A legislação ordinária do SFH – Leis nº 4.380/64 e nº 8.692/93 –, que define os critérios de reajustamento dos encargos mensais e dos saldos devedores dos contratos habitacionais, dispõe que o encargo mensal pago pelo mutuário deve compreender uma parcela de amortização e outra de juros, acrescidas dos demais encargos, cujo pagamento implica o resgate de parte do financiamento. A observância desta equação, contida no encargo mensal, garante matematicamente o equilíbrio financeiro do contrato, sendo procedimento absolutamente válido, porque respaldado pelos referidos diplomas legais.

Somente na hipótese de ocorrer amortização negativa, que se apresenta quando o valor pago a título de prestação for insuficiente para abater uma parcela mínima de capital, impedindo a amortização real da dívida, pode-se questionar a legalidade da fórmula empregada, haja vista que, ao final do prazo convencionado, a quitação do contrato não será viável.

As provas produzidas nos autos, confirmam que houve amortização negativa no período da contratualidade, o que justifica seja acatado o pedido do autor de que seja expurgada a incidência dos juros contratados sobre o valor dos juros não pagos.

Ademais, nos financiamentos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação não há lei específica que autorize a cobrança de juros capitalizados, o que já foi reiteradamente decidido pelo Supremo Tribunal Federal, entendimento que culminou com a elaboração da Súmula 121, *in verbis*: “É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.”

Transcrevo neste sentido a jurisprudência emanada do Superior Tribunal de Justiça:

Acórdão

Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Classe: AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 622550

Processo: 200400130471 UF: RN Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA

Data da decisão: 22/06/2004, Documento: STJ000554213

Fonte: DJ DATA: 01/07/2004, PÁGINA: 194

Relator(a)

NANCY ANDRIGHI

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Ementa

Direito civil. Agravo no recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Contrato de financiamento imobiliário. Sistema Financeiro da Habitação. PES. Capitalização de juros.

- O contrato de empréstimo bancário vinculado ao SFH não admite pacto de capitalização de juros, em qualquer periodicidade.

- Agravo no recurso especial desprovido.

Acórdão

Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Classe: AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 543841

Processo: 200300918432 UF: RN Órgão Julgador: QUARTA TURMA

Data da decisão: 04/05/2004 Documento: STJ000553027

Fonte: DJ DATA: 28/06/2004 PÁGINA: 330

Relator(a): ALDIR PASSARINHO JUNIOR

Decisão

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Fernando Gonçalves.

Ementa

CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. MÚTUO HIPOTECÁRIO. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. VEDAÇÃO. SÚMULA Nº 121-STF.

I. Nos contratos de mútuo hipotecário é vedada a capitalização mensal dos juros, somente admitida nos casos previstos em lei, hipótese diversa dos autos. Incidência do art. 4º do Decreto nº 22.626/33 e da Súmula nº 121-STF.

II. Agravo desprovido.

Registre-se que, nesse particular, é também este o entendimento do MM. Juiz Sentenciante que, à fl. 746, ponderou, com acerto: "...De outro lado, em relação à utilização da Tabela Price no contrato, conforme atestado pelo perito (quesito 7 dos quesitos da ré, fl. 608) deve ser esclarecido que o sistema de amortização francês (Tabela Price) por si só não indica a existência de anatocismo, devendo ser averiguado no caso concreto". Por oportuno, impende ressaltar que o laudo, à fl. 606 (item b4), atesta que, efetivamente, no caso em testilha, ocorreram em alguns meses, amortizações negativas.

Por tais razões, nego provimento às apelações.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 572.039-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO
Apelante: CENTRAL AÇUCAREIRA SANTO ANTÔNIO S/A
Advs./Procs.: DRS. PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA
E OUTROS (APTE.)

***EMENTA: TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECU-
ÇÃO. CRÉDITO INDUSTRIAL. CESSÃO PARA A
UNIÃO. POSSIBILIDADE. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA
ATIVA. MP Nº 2.196-3/2001. LEGITIMIDADE DA
FAZENDA NACIONAL. CDA. PRESUNÇÃO DE
LIQUIDEZ E CERTEZA NÃO ILIDIDA. JUROS
REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO. SELIC. APLI-
CABILIDADE. ENCARGO DE 20%. PREVISÃO
LEGAL.***

- A teor da jurisprudência reiterada do eg. STJ, descabe cogitar-se de cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide. O julgador tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, acaso verifique que a prova documental trazida aos autos é suficiente para orientar o seu entendimento.

- Legitimidade da Fazenda Nacional para o ajuizamento de execução fiscal, objetivando a cobrança de créditos rurais cedidos por força da MP nº 2.196-3/2001, reconhecida pelo eg. STJ, examinando a questão em regime de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC).

- Embora haja previsão na Cédula Industrial para a cobrança da comissão de permanência, no caso de inadimplemento da obrigação (tomando por base o disposto na Resolução nº 1.129/86 do Conselho Monetário Nacional), o art. 5º do Decreto-Lei nº 167/67, ao regular a matéria, não autorizou a incidência da dita comissão, limitando-se a fixar a exigência de juros remuneratórios, moratórios, bem como da multa.

- Sendo vedado à norma administrativa ultrapassar os limites fixados na lei, resta concluir pelo descabimento da cobrança da comissão de permanência sobre as cédulas de crédito industrial.
- Situação em que a embargante não demonstrou a cobrança da referida comissão, muito menos sua cumulação com outros encargos.
- Nas Cédulas de Crédito Rural, Comercial e Industrial incide a limitação de 12% aos juros remuneratórios. Precedente do STJ.
- Legalidade da aplicação da Taxa Selic para a cobrança dos créditos decorrentes da Cédula Rural Hipotecária, a partir de 29/06/2001, data em que houve a cessão do crédito à União Federal, em face da previsão expressa no art. 5º da Medida Provisória nº 2.196-3/2001.
- 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, sendo legítima a cobrança prevista no contrato, no caso de inadimplemento da obrigação.
- Inexistência de qualquer vedação legal à aplicação do encargo de 20% (vinte por cento), vez que previsto expressamente no Decreto-Lei nº 1.025/69 como contraprestação pelas despesas decorrentes da cobrança da Dívida Ativa da União, sendo, portanto, aplicável à execução dos débitos oriundos de financiamento rural, objeto de cessão para a União e regularmente inscrito na Dívida Ativa.
- O col. STJ tem se manifestado no sentido de que a capitalização mensal de juros na cédula de crédito rural é permitida, desde que pactuada, não sendo esta a hipótese dos autos.
- A Taxa Referencial (TR) pode ser aplicada como indexador da correção monetária nos contratos posteriores à Lei nº 8.177/91, desde que pactuada, nos termos da Súmula nº 295/STJ. (...) (RESP 200100103219, LUIS FELIPE SALOMÃO, STJ -

QUARTA TURMA, 12/04/2010). Todavia, como esse índice de correção monetária não foi contemplado pelas cláusulas inseridas na cédula do crédito em questão, a dívida deve ser corrigida com base no IGP-M, tal como convencionado em sua cláusula terceira.

- A Certidão da Dívida Ativa reveste-se da presunção de liquidez e certeza, a teor do disposto no art. 3º da Lei nº 6.830/80, e no art. 204 do Código de Processo Civil. Tal presunção legal só poderia ser afastada mediante prova cabal, capaz de descaracterizá-la, o que não ocorreu no caso sob exame. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 28 de agosto de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Apelação desafiada pela Central Açucareira Santo Antônio em face da sentença que julgou improcedentes os Embargos à Execução Fiscal, condenando o embargante no pagamento dos honorários advocatícios, fixados em 1% sobre o valor atualizado da causa.

Nas razões recursais pugna o apelante, em preliminar, pela anulação da sentença, ao fundamento de que a lide foi julgada antecipadamente com fulcro no artigo 330 do Código de Processo

Civil, sem que a instrução fosse regularmente concluída, vez que formulou expressamente o pedido de realização de perícia a ser confeccionada mediante juntada pela União dos autos do processo administrativo, que originou a CDA.

Alega que a dívida é originada de Cédula de Crédito Industrial que foi emitida em favor do Banco do Brasil S/A, e depois transmitida para a União por força da MP nº 2.196-3/2001. Todavia, diz na sequência, que a cédula em questão embute cobrança de juros remuneratórios acima de 12% ao ano, o que violaria disposto no art. 5º do Decreto-Lei nº 167/67. Em função disso, foi que requereu a juntada do processo administrativo e a realização de perícia técnica.

Na sequência, apontou irregularidades quanto à capitalização mensal dos juros nos contratos, à cumulação de comissão de permanência com multa e juros de mora, à cobrança de multa e à cobrança de encargos moratórios.

Sustentou, ainda, que faltaria à Procuradoria da Fazenda Nacional legitimidade para promover a execução fiscal de créditos rurais.

Ao final, requereu: a) a decretação da iliquidez da CDA; b) o afastamento da cobrança dos encargos moratórios; c) a não incidência da comissão de permanência, já que a dívida tem origem em Cédula de Crédito Industrial como legislação específica e que somente permite o acréscimo em caso de inadimplemento de 1% ao ano, consoante o parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei nº 167/67; d) a incidência dos juros no patamar legal de 12%; e) ilegalidade na cobrança da multa de 10% sobre o valor inadimplido; f) a utilização da TR como índice de atualização monetária; g) inaplicabilidade da taxa SELIC e do encargo de 20% (vinte por cento) previsto no Decreto-Lei nº 1.025/69.

No mérito, defende a ilegalidade dos encargos cobrados, a iliquidez da CDA, requerendo, ao final, o provimento do recurso, com a inversão dos ônus da sucumbência. É o relatório. Dispensada a revisão.

As contrarrazões estão às fls. 286/329. É, no que importa, o relatório. Dispensada a revisão.

VOTO

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

Inicialmente, entendo que não deve ser acolhida a preliminar arguida pela apelante, em suas razões de recurso, quanto à existência de nulidade da sentença, ante a necessidade de produção de prova pericial considerando-se que os elementos de prova constantes dos autos entremostam-se suficientes para análise e o deslinde da controvérsia.

Nos termos da jurisprudência predominante do STJ, não há que se falar em cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide.

Ademais, o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, acaso verifique que a prova documental trazida aos autos é suficiente para orientar o seu entendimento.

Nesse sentido, cito a decisão abaixo, oriunda do STJ, proferida quando do julgamento do AGRESP 810.124/RR, em que foi Relator o Min. José Delgado, *DJ* de 3.8.06, como segue:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. DESNECESSIDADE DE DESPACHO SANEADOR E DE PRODUÇÃO DE PROVA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. ACERVO DOCUMENTAL SUFICIENTE. NÃO OCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PRECEDENTES.

1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento a recurso especial.

2. O acórdão *a quo*, afastando a preliminar de nulidade da sentença por ausência de audiência e de despacho saneador, julgou procedente ação de indenização por danos morais, em face de que, durante aula de ciências na Escola Estadual Vitória Mota Cruz, com a utilização de uma única agulha em diversos alunos, o recorrido fora submetido a exame de tipagem sanguínea, resultando na constatação da presença de vírus das Hepatites “B” e “C” entre três dos alunos que serviram de “cobaias” no referido exame.

3. Quanto à necessidade, ou não, da realização de despacho saneador, o juiz tem o poder-dever de julgar a lide antecipadamente, desprezando a realização de audiência

para a produção de provas ao constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento. É do seu livre convencimento o deferimento de pedido para a produção de quaisquer provas que entender pertinentes ao julgamento da lide.

4. Nos termos da reiterada jurisprudência do STJ, “a tutela jurisdicional deve ser prestada de modo a conter todos os elementos que possibilitem a compreensão da controvérsia, bem como as razões determinantes de decisão, como limites ao livre convencimento do juiz, que deve formá-lo com base em qualquer dos meios de prova admitidos em direito material, hipótese em que não há que se falar em cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide” e que “o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento. (REsp nº 102.303/PE, Rel. Min. Vicente Leal, *DJ* de 17/05/99)

5. Precedentes no mesmo sentido: MS nº 7.834/DF, Rel. Min. Félix Fischer; Resp nº 330.209/SP, Rel. Min. Ari Pargendler; REsp nº 66.632/SP, Rel. Min. Vicente Leal, AgReg no AG nº 111.249/GO, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; REsp nº 39.361/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca; EDcl nos EDcl no Resp nº 4.329/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira. Inexistência de cerceamento de defesa diante da ausência de despacho saneador.

6. Agravo regimental não provido.

Quanto à alegação de que faltaria à Procuradoria da Fazenda Nacional legitimidade para promover a execução fiscal de créditos rurais, penso que não se sustenta.

O eg. Superior Tribunal de Justiça, examinando a questão em regime de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC), possibilitou o manejo da ação executiva por parte do referido ente fazendário, nos moldes da Lei nº 6.830/80, para cobrança dos créditos rurais, cedidos por força da MP nº 2.196-3/2001, consoante precedente abaixo transcrito:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO DEMONSTRADA. EXECUÇÃO FISCAL. COBRAN-

ÇA. CESSÃO DE CRÉDITO RURAL PREVISTA NA MP Nº 2.196-3/2001. POSSIBILIDADE. TITULARIDADE DO CRÉDITO. TRANSFERÊNCIA PARA UNIÃO. DÍVIDA ATIVA NÃO TRIBUTÁRIA. REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DA FAZENDA NACIONAL. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. VALIDADE. PRECEDENTES. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELA PRIMEIRA SEÇÃO DESTA CORTE NO JULGAMENTO DO RESP Nº 1.123.539/RS PELO REGIME DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Ambas as Turmas de Direito Público desta Corte sufragam entendimento no sentido de que: (a) “a cessão de crédito difere da novação da dívida, por não implicar a extinção da obrigação cedida, mas apenas operar uma substituição subjetiva na obrigação”; (b) inexistente “mácula na cobrança dos créditos por intermédio da execução fiscal”, pois “a execução fiscal é instrumento de cobrança das entidades referidas no art. 1º da Lei nº 6.830/80, não importando a natureza pública ou privada dos créditos em si” (REsp 1.022.746/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* de 22.9.2008 e REsp 1.086.169/SC, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, *DJ* 15.4.2009).

2. O tema, inclusive, já foi alvo de apreciação sob o rito dos recursos repetitivos, quando a egrégia Primeira Seção consolidou o seguinte posicionamento: “Os créditos rurais originários de operações financeiras, alongadas ou renegociadas (cf. Lei nº 9.138/95), cedidos à União por força da Medida Provisória nº 2.196-3/2001, estão abarcados no conceito de Dívida Ativa da União para efeitos de execução fiscal – não importando a natureza pública ou privada dos créditos em si –, conforme dispõe o art. 2º e § 1º da Lei nº 6.830/90 (...)” (RESP 1.123.539/RS, Relator Ministro Luiz Fux, *DJe* de 01/02/2010).

3. Agravo regimental não provido.

(STJ, 2ª T., AGREsp 1.106.430, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* 08/03/2010)

Vou ao mérito.

Discute-se nos presentes autos a ilegalidade dos encargos incidentes sobre a dívida originada da Cédula Industrial que foi emitida em favor do Banco do Brasil S/A, e depois transmitida para a União por força da MP nº 2.196-3/2001.

No tocante à tese de ser considerada indevida a cobrança da comissão de permanência em operações de crédito rural, entendendo que merece ser acolhida.

Observa-se que, embora haja previsão para a sua cobrança, no caso de inadimplemento da obrigação (tomando por base o disposto na Resolução nº 1.129/86 do Conselho Monetário Nacional), o art. 5º do Decreto-Lei nº 167/67, ao regular a matéria, não autorizou a incidência da dita comissão, limitando-se a fixar a exigência de juros remuneratórios, moratórios, como também da multa, nos seguintes termos:

Art. 5º As importâncias fornecidas pelo financiador vencerão juros as taxas que o Conselho Monetário Nacional fixar e serão exigíveis em 30 de junho e 31 de dezembro ou no vencimento das prestações, se assim acordado entre as partes; no vencimento do título e na liquidação, por outra forma que vier a ser determinada por aquele Conselho, podendo o financiador, nas datas previstas, capitalizar tais encargos na conta vinculada a operação.

Parágrafo único. Em caso de mora, a taxa de juros constante da cédula será elevável de 1% (um por cento) ao ano.

Nesse sentido, transcrevo os seguintes julgados proferidos em sede de Recursos Representativos de Controvérsia:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO BANCÁRIO. CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL. LIMITAÇÃO DE JUROS. POSSIBILIDADE. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. INEXIGIBILIDADE.

1. O entendimento pela ausência de limitação de juros remuneratórios e pela incidência da comissão de permanência, adotado em relação aos contratos bancários em geral, não deve ser aplicado às cédulas de crédito rural, comercial e industrial, tendo em vista que se submetem a regramento próprio, afastando-se a aplicação da Lei nº 4.595/64. Precedentes.

2. “Nas Cédulas de Crédito Rural, Industrial ou Comercial, a instituição financeira está autorizada a cobrar, após a inadimplência, a taxa de juros remuneratórios, limitada a 12% ao ano, elevada de 1%, a título de juros de mora, além de multa de 10% e cor-

reção monetária, sendo inexigível a cobrança de comissão de permanência. (AgRg no REsp 804.118/DF, Rel. Min. SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/11/2008, *DJe* 12/12/2008)

3. Agravo regimental desprovido.

(AGA 200500368123, PAULO DE TARSO SANSEVERINO, STJ - TERCEIRA TURMA, *DJe* DATA:15/09/2010.).
Grifei.

PROCESSUAL CIVIL E CÉDULA DE CRÉDITO RURAL. RECURSOS ESPECIAIS. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. RELAÇÃO JURÍDICA. CONSUMO. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO AO PERCENTUAL DE 12% AO ANO, À MÍNGUA DE REGULAMENTAÇÃO POR PARTE DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. CÉDULAS EMITIDAS ANTERIORMENTE À PUBLICAÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.963-17 (31.3.2000). ÍNDICE DE CORREÇÃO APLICÁVEL PARA O MÊS DE MARÇO DE 1990. BTNF. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. POSSIBILIDADE. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA, NO CASO DE INADIMPLÊNCIA. DESCABIMENTO. MULTA CONTRATUAL MAIS JUROS DE MORA DE 1% AO ANO. POSSIBILIDADE. COBRANÇA DE ENCARGO ABUSIVO. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. COMPENSAÇÃO. CABIMENTO. 1. Conquanto na regência da Lei nº 4.595/64 não estejam os juros bancários limitados a 12% ao ano, as notas de crédito rural, comercial e industrial acham-se submetidas a regramento próprio (Lei nº 6.840/80 e Decreto-Lei nº 413/69), que conferem ao Conselho Monetário Nacional o dever de fixar os juros a serem praticados. Tendo em vista a omissão desse órgão governamental, incide a limitação de 12% ao ano, prevista no Decreto nº 22.626/33 (Lei da Usura). Precedentes.

2. Mesmo antes da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17 (31.3.2000), era possível a pactuação da capitalização de juros em periodicidade mensal para a cédula de crédito rural. Ressalva do entendimento pessoal do relator.

3. A jurisprudência do STJ veda a cobrança de comissão de permanência para a hipótese de inadimplência relativa à cédula de crédito rural, porém admite a cobrança de juros remuneratórios pactuados,

acrescidos de juros moratórios de 1% (um por cento) ao ano, mais multa.

4. A jurisprudência desta Corte é pacífica em não reconhecer o IPC como indexador para financiamentos – como do caso em exame –, com o percentual de 84,32%, no mês de março/90, pois a grande massa dos ativos financeiros depositados em caderneta de poupança foi remunerada de acordo com a variação do BTNF, por isso deve ser aplicado esse índice, como decidido pela Corte de origem.

5. A cobrança de encargo abusivo no período de normalidade contratual descaracteriza a mora. Precedentes.

6. Orienta a Súmula 306/STJ que “[o]s honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte”.

7. Recurso especial dos autores, da Fazenda Nacional e do Banco do Brasil parcialmente providos.

(STJ - REsp nº 1.134.857/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 26/06/2012, *DJe* 15/10/2002) - Desatei.

Desta forma, não se admitindo à norma administrativa ultrapassar os limites fixados na lei, resta concluir pelo descabimento da cobrança da comissão de permanência sobre as cédulas de crédito industrial.

No caso em apreço, tal como consignado na sentença, “a embargante sequer conseguiu demonstrar a cobrança da referida comissão, muito menos sua cumulação com outros encargos”.

Quanto à limitação da taxa de juros, conquanto na regência da Lei nº 4.595/64 não estejam os juros bancários limitados a 12% ao ano, as notas de crédito rural, comercial e industrial acham-se submetidas a regramento próprio (Lei nº 6.840/80 e Decreto-Lei nº 413/69) que conferem ao Conselho Monetário Nacional o dever de fixar os juros a serem praticados.

Diante da omissão desse órgão governamental, incide a limitação de 12% ao ano, prevista no Decreto nº 22.626/33 (Lei da Usura).

No particular, permito-me transcrever o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL. *PACTA SUNT SERVANDA*. JUROS REMUNERATÓRIOS. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência pacificada no STJ orienta-se pela relativização do princípio *pacta sunt servanda*.

2. No tocante às cédulas e notas de crédito comercial, esta Corte tem entendimento assente no sentido de que, omitindo-se o Conselho Monetário Nacional em fixar as taxas de juros aplicáveis aos títulos de crédito comercial (Decreto-Lei nº 413/69 c/c o art. 5º da Lei nº 6.840/80), como é o caso presente, prevalece o art. 1º, *caput*, da Lei de Usura, que veda a cobrança de juros em percentual superior a 12% ao ano.

3. Inadmissibilidade de cobrança da comissão de permanência em cédula ou nota de crédito comercial. Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1018282/MS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 06/11/2008, DJe 24/11/2008) (destaquei)

Com relação à multa de 10% sobre o valor do débito, a capitalização de juros e a incidência do encargo legal de 20%, mantenho o que ficou consignado na douta decisão *a quo*:

No que diz respeito à multa, entendo que, além de não se poder considerar abusiva uma penalidade no percentual de 10% (dez por cento), é patente que o mencionado percentual encontra fundamento no que dispõe o art. 71 do Decreto-Lei nº 167/71, norma especial aplicável ao caso. Legítima, portanto, é a cobrança da multa de 10% prevista no contrato, no caso de inadimplemento da obrigação.

De igual modo carecem os autos de prova da alegada capitalização de juros. De qualquer sorte, em casos específicos, como na cédula de crédito rural, entende o STJ que não é vedado tal procedimento. Tanto é assim que a matéria foi sumulada em seu verbete 93, cuja redação é a seguinte: “A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros.”.

Inexiste também qualquer vedação legal à aplicação do encargo de 20% (vinte por cento), vez que previsto expres-

samente no Decreto-Lei nº 1.025/69 como contraprestação pelas despesas decorrentes da cobrança da Dívida Ativa da União, sendo, portanto, aplicável à execução dos débitos oriundos de financiamento rural, objeto de cessão para a União e regularmente inscrito na Dívida Ativa.

Com relação à alegação de que a atualização do débito deveria ter sido feita exclusivamente pela variação da TR, em função de a Lei nº 8.177, de 01/03/91, haver extinguido todos os índices de preços (ORTN, OTN, BTN e BTNF), além do IGP-M, que foi objeto da repactuação efetivada em 06/12/91, entendo que não existe a limitação imposta pela embargante.

Na Escritura Pública de Confissão de Dívidas com Garantia Hipotecária, Fidejussória e Cessão de Créditos que gerou o débito, a atualização monetária foi pactuada tomando por base o IGP-M, índice oficial divulgado pela FGV, e que sempre serviu de parâmetro para a correção monetária de inúmeros contratos. Sendo assim, não há qualquer ilegalidade no que diz respeito à atualização monetária, até mesmo porque o art. 1º da Lei nº 5.670/71 apenas veda a utilização de indexadores “(...) em período anterior à data em que tenha entrado em vigor a lei que o instituiu.” Ora, o IGP-M já era divulgado pela FGV muito antes da renegociação da dívida, motivo pelo qual a sua aplicação não viola a Lei nº 8.177/91, tal como sustentado pela embargante.

Ademais, é importante registrar que os indexadores extintos pela Lei nº 8.177/91, foram arrolados, em *numerus clausus*, em seu art. 3º, não constando o IGP-DI deste rol.

Permito-me trazer à baila trecho da sentença, ao instante em que enfrentou esse questionamento (fls. 230/231 dos autos):

No tocante à utilização da TR como índice de correção monetária, em que pese não se tratar de matéria contemplada pelas cláusulas inseridas na cédula de crédito em questão, caso prevista fosse não haveria razão para se objetá-la, consoante se colhe do entendimento sufragado pela e. 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa segue transcrita:

CRÉDITO RURAL. COOPERATIVA. AUTORIZAÇÃO PARA CONCEDER FINANCIAMENTO A SEUS COOPERADOS. EMPREGO DA TR. CAPITALIZAÇÃO MEN-

SAL. ELEVÇÃO DA TAXA DE JUROS EM CASO DE INADIMPLEMTO DO DEVEDOR.

1. A cooperativa acha-se autorizada a conceder financiamento a seus cooperados, conforme deflui da lei (arts. 2º e 7º, § 1º, II, e, da Lei nº 4.829, de 05.11.65; 1º e parágrafo único, do Decreto-Lei nº 167, de 16.02.67; e 92, I, da Lei nº 5.764, de 16.12.71.
2. Estando pactuada a TR como fator de atualizaço monetária, deve ela prevalecer. Precedentes.
3. Possível a capitalizaço mensal dos juros pactuada, nos termos do art. 5º, *caput*, do Decreto-Lei nº 167, de 14.02.67, que excepciona a regra proibitória estabelecida na chamada Lei de Usura.
4. Na hipótese de mora do devedor, os juros serão eleváveis em apenas 1% ao ano (art. 5º, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 167, de 14.02.67). Recurso especial conhecido, em parte, e provido.

Por fim, revela-se correta a aplicaço ao débito de juros moratórios de 1% (um por cento) ao ano até 29/06/2001, data em que houve a cessão do crédito à União Federal, momento a partir do qual deverá incidir a taxa SELIC, por força do previsto no art. 5º da Medida Provisória nº 2.196/2001.

É de concluir, portanto, que a CDA usufruiu da presunção de liquidez e de certeza, ante o disposto no art. 204 do Código de Processo Civil - CPC, e no art. 3º da Lei nº 6.830/80. Tal presunção legal só poderia ser afastada mediante prova cabal, capaz de descharacterizá-las, o que não ocorreu no caso.

Sob o influxo de tais considerações, nego provimento à apelaço.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 573.080-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Apelantes: TIM CELULAR S/A, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL
Apelados: OS MESMOS
Parte A.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. MARCO CESAR CÂMARA VIVIANNI E OUTROS

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL. PRESTAÇÃO DEFICIENTE. RECONHECIMENTO EM RELATÓRIO DA ANATEL NÃO INFIRMADO A CONTENTO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO E DANOS INDIVIDUAIS. ADEQUAÇÃO. IMPROVIMENTO DAS APELAÇÕES.

- O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE, posteriormente acompanhado no polo ativo pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e pela ANATEL - AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES ajuizaram Ação Civil Pública em desfavor da TIM NORDESTE S/A, atualmente incorporada pela TIM CELULAR S/A, visando à condenação da ré à obrigação de resolver as falhas na prestação do serviço de telefonia móvel no Estado do Rio Grande do Norte, bem como pagar indenização pelos danos morais coletivos e pelos danos materiais sofridos pelos consumidores em razão da má prestação do serviço público.

- É assente o entendimento segundo o qual “em se tratando de produção de provas, a inversão,

em caso de relação de consumo, não é automática, cabendo ao magistrado a apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência, conforme estabelece o art. 6, VIII, do referido diploma legal”. (STJ. Terceira Turma. AgRg no Ag 1.263.401/RS. Rel. Min. VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador convocado do TJ/RS). Julg. 15/04/2010. Publ. DJe 23/04/2010)

- A sentença fundamentou-se em relatório do órgão responsável pela regulação do serviço de telefonia no país, em que se concluiu que “os assinantes da prestadora fiscalizada estão sendo prejudicados em diversos aspectos, particularmente, os usuários não são atendidos com uma rede com qualidade adequada, ficando impossibilitados de efetuarem, ou receberem chamadas devido aos altos níveis de bloqueio, ou quando as chamadas não são interrompidas pelas quedas.” (fl. 77)

- A despeito da contundência do Relatório de Fiscalização nº 0072/2010/UO091, a TIM CELULAR S/A defende que deveria ter sido oportunizada a produção de novas provas, mas o faz sem indicar em que pontos a ANATEL teria se equivocado, ou seja, ela não infirma a contento o relatório produzido pela agência reguladora. Nesse sentido, em se cuidando de ação civil pública em que se discute exatamente relação de consumo existente entre a ré e os usuários dos serviços de telefonia celular por ela prestados no Estado do Rio Grande do Norte, a inversão do ônus probatório mostrou-se medida acertada, na medida em que a verossimilhança das alegações dos autores mostrou-se evidenciada.

- A alegação de perda superveniente de interesse processual, portanto, é claramente improcedente. A efetivação das medidas de melhoria da infraestrutura para a prestação do serviço, em

grande parte, foi decorrente da própria medida de antecipação dos efeitos da tutela que, inclusive, proibiu a venda de novas linhas enquanto não fossem melhorados os serviços. Demais disso, se realmente houve a implantação/ampliação suficiente de equipamentos e instalações, o pleito autoral teria sido apenas parcialmente atendido, na medida em que também se requereu a condenação da empresa ao pagamento de indenizações por danos morais e materiais.

- O Relatório de Fiscalização 0072/2010/UO091 da ANATEL não apresenta nulidade, tendo sido elaborado por 4 técnicos da agência, e havendo a empresa fiscalizada participado de reunião em que pôde apresentar suas estatísticas e seus números.

- A ação foi ajuizada em outubro/2010, tendo o trabalho de fiscalização sido realizado no período que vai de 22/02/2010 a 19/07/2010. A fiscalização, de fato, apontou falhas ocorridas em 2009, mas não exclusivamente, havendo identificado problemas na prestação do serviço também no ano de 2010. Não há como acolher a alegação de que a ação teria sido ajuizada quando já resolvidos os problemas, porquanto há nos autos prova de que as falhas se estenderam pelo ano de 2010, consoante comprovam, dentre outros, os ofícios encaminhados pelas prefeituras municipais de Janduís (maio/2010 – fl. 83), Patu (julho/2010 - fls. 84/86), Upanema (junho/2010 - fl. 46), Lagoa Nova (julho/2010 – fl. 47), Serra Negra do Norte (maio/2010 – fl. 99).

- Toda a massa de usuários da TIM CELULAR S/A no RN – especialmente aqueles que se encontravam na periferia de Natal, Região Metropolitana e no interior do Estado – sofreu dano moral em decorrência da má prestação do serviço em razão exatamente da venda ilimitadas de novas linhas e do tratamento claramente discriminató-

rio identificado pela fiscalização da ANATEL, cujo relatório foi contundente nesse sentido. Não se tratou de meros aborrecimentos, mas de problemas graves de conexão e de manutenção de ligações em andamento em desconformidade com normas de regulação dos serviços, com a finalidade de aumentar lucros. Cabível, portanto, a condenação da empresa ao pagamento de indenização por dano moral coletivo e por dano material.

- O valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) fixado na sentença corresponde a apenas 20% (vinte por cento) do total requerido pelos autores. No que toca à proporcionalidade e à razoabilidade da quantia, observe-se que a empresa apelante – segundo informe extraído do site G1 da Globo (fls. 2.061/2.063), trazido à colação pelo MPF em sua apelação – registrou lucro líquido de R\$ 1,449 bilhão no ano de 2011.
- Os danos materiais também devem ser compensados. No entanto, não se mostra adequada a fórmula de cálculo defendida pelo MPF e pela ANATEL (R\$ 2,00 por mês para cada usuário, no período de abril/2009 a agosto/2010), pois não existem elementos de prova que indiquem a suficiência da quantia em relação a todos os usuários ou mesmo que todos eles, todos os dias, tenham tido prejuízos.
- “A sentença de procedência na ação coletiva tendo por causa de pedir danos referentes a direitos individuais homogêneos (art. 95 do CDC) será, em regra, genérica, dependendo, assim, de superveniente liquidação, não apenas para simples apuração do quantum debeatur, mas também para aferição da titularidade do crédito (art. 97, CDC). (STJ. Quarta Turma. ArRg no ARESp 283.558/MS. Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO. Julg. 15/05/2014. Publ. DJe 22/05/2014)
- Apelações do MPF, da ANATEL e da TIM CELULAR S/A improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento às apelações do MPF e da ANATEL e, por maioria, negar provimento à apelação da TIM CELULAR S/A, vencido, em parte, o Desembargador Federal Lázaro Guimarães, que diminuía o valor da indenização por danos morais coletivos para cinco milhões de reais, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 14 de outubro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE, posteriormente acompanhado no polo ativo pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e pela ANATEL - AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, ajuizaram Ação Civil Pública em desfavor da TIM NORTESTE S/A, atualmente incorporada pela TIM CELULAR S/A, visando à condenação da ré à obrigação de resolver as falhas na prestação do serviço de telefonia móvel no Estado do Rio Grande do Norte, bem como pagar indenização pelos danos morais coletivos e pelos danos materiais sofridos pelos consumidores em razão da má prestação do serviço público.

Segundo a inicial, a empresa TIM CELULAR S/A, de acordo com o que foi apurado pela própria ANATEL em Relatório de Fiscalização relativo ao período de 22/02/2010 a 19/07/2010 (fls. 64/79), estaria prestando os serviços de telefonia móvel com muito pouca qualidade, permitindo vendas de linhas em número muito superior à capacidade de sua infraestrutura, o que teria ocasionado bloqueio e quedas de chamadas fora dos padrões, sendo a situação ainda pior no interior do Estado e na periferia de Natal.

A sentença julgou procedente, em parte, a pretensão deduzida na petição inicial, para determinar que a TIM CELULAR S/A viabilize todos os investimentos necessários à implantação dos projetos de ampliação da infraestrutura da rede de telefonia móvel requeridas pelo MP, na proporção necessária a fazer frente ao incremento do número de usuários, os quais já teriam sido apresentados nos autos com aval da agência reguladora, ficando o controle dos resultados à submetidos à fiscalização da ANATEL, e para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais coletivos na ordem de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) e à reparação dos danos materiais que porventura vierem a ser demonstrados por cada um dos usuários lesados, em execuções individuais do julgamento. A sentença fixou que o valor da indenização pelos danos morais coletivos deve ser recolhido diretamente ao Fundo Estadual de Defesa do Consumidor.

Em suas razões recursais, a TIM CELULAR S/A argumenta: a) a nulidade da sentença, por ter indevidamente aplicado a regra da inversão do ônus da prova em matéria de direito do consumidor sem que tal inversão tivesse sido determinada no curso do processo, e porque não foram oportunizadas a audiência preliminar (CPC, art. 331) e a produção de provas; b) a extinção do processo sem resolução do mérito por falta de interesse de agir, já que os serviços prestados estariam dentro dos padrões da ANATEL, conforme dados extraídos do seu site, relativos aos meses ago/2012 a jul/2013; c) a improcedência das alegações de má prestação do serviço público, pois sempre teria garantido que os seus serviços estejam de acordo com as normas técnicas fixadas pela ANATEL, sendo certo que as eventuais falhas estariam dentro dos padrões estabelecidos; d) a imprestabilidade do relatório da ANATEL em que se fundamentou o magistrado sentenciante, pois elaborado sem oportunidade de contraditório e evidenciando apenas um retrato estático da rede, em alguns municípios e somente no ano de 2009, momento muito anterior ao ajuizamento da ACP; e) não havendo má prestação do serviço concedido, não haveria que se falar em pagamento de indenização por dano moral coletivo, sendo o valor fixado em contrariedade à proporcionalidade e à razoabilidade. (Fls. 1.944/1.983)

Contrarrrazões apresentadas pelo MPF (fls. 2.006/2.034) e pela ANATEL (fls. 2.150/2.156).

O MPF também apela, defendendo a reforma parcial da sentença sob os seguintes argumentos: a) que os problemas de bloqueio e de queda de chamadas ainda persistem em diversas cidades do Rio Grande do Norte – segundo apurado pela ANATEL em 2012, o que afastaria a alegação de perda superveniente do interesse processual; b) a gravidade e a persistência das falhas na prestação do serviço, assim como o alto faturamento da empresa, permitem a elevação da indenização por dano moral coletivo, cujo valor deveria ser R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais); c) o cabimento da condenação da empresa ao pagamento de indenização por danos materiais, a ser fixado em R\$ 2,00 (dois reais) por mês para cada usuário, no período de abril/2009 a agosto/2010.

Contrarrrazões apresentadas pela TIM CELULAR S/A (fls. 2.072/2.089).

A ANATEL interpôs apelação, também defendendo a reforma parcial da sentença relativamente ao valor da indenização por danos morais coletivos e à necessidade de fixação da indenização por danos materiais, na quantia R\$ 2,00 (dois reais) por mês para cada usuário, no período de abril/2009 a agosto/2010 (fls. 2.158/2.165).

Ouvida, a PRF 5ª Região, em parecer da lavra do eminente Procurador Regional da República FRANCISCO MACHADO TEIXEIRA, opinou pelo provimento das apelações do MPF e da ANATEL, e pelo improvimento da apelação da TIM CELULAR S/A (fls. 2.197/2.207).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

A TIM CELULAR S/A defende a nulidade da sentença, por ter – segundo afirma – indevidamente aplicado a regra da inversão do ônus da prova em matéria de direito do consumidor sem que tal inversão tivesse sido determinada no curso do processo, e porque

não foram oportunizadas a audiência preliminar (CPC, art. 331) e a produção de provas.

É assente o entendimento segundo o qual **“em se tratando de produção de provas, a inversão, em caso de relação de consumo, não é automática, cabendo ao magistrado a apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência, conforme estabelece o art. 6, VIII, do referido diploma legal”**. (STJ. Terceira Turma. AgRg no Ag 1.263.401/RS. Rel. Min. VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador convocado do TJ/RS). Julg. 15/04/2010. Publ. *DJe* 23/04/2010)

No caso, a sentença fundamentou-se em relatório do órgão responsável pela regulação do serviço de telefonia no país, em que se concluiu que “os assinantes da prestadora fiscalizada estão sendo prejudicados em diversos aspectos, particularmente, os usuários que não são atendidos com uma rede com qualidade adequada, ficando impossibilitados de efetuarem, ou receberem chamadas devido aos altos níveis de bloqueio, ou quando as chamadas não são interrompidas pelas quedas.” (Fl. 77).

A despeito da contundência do Relatório de Fiscalização nº 0072/2010/UO091, a TIM CELULAR S/A defende que deveria ter sido oportunizada a produção de novas provas, mas o faz sem indicar em que pontos a ANATEL teria se equivocado, ou seja, ela não infirma a contento o relatório produzido pela agência reguladora. Nesse sentido, em se cuidando de ação civil pública em que se discute exatamente relação de consumo existente entre a ré e os usuários dos serviços de telefonia celular por ela prestados no Estado do Rio Grande do Norte, a inversão do ônus probatório mostrou-se medida acertada, na medida em que a verossimilhança das alegações dos autores mostrou-se evidenciada.

Considero não ter sido necessário, assim, realizar audiência ou abrir oportunidade para a produção de novas provas.

A TIM CELULAR S/A também sustenta a extinção do processo sem resolução do mérito por falta de interesse de agir, já que – segundo afirma – os serviços prestados estariam dentro dos padrões da ANATEL, conforme dados extraídos do seu site, relativos aos meses ago/2012 a jul/2013.

A efetivação das medidas de melhoria da infraestrutura para a prestação do serviço, em grande parte, foi decorrente da própria medida de antecipação dos efeitos da tutela que, inclusive, proibiu a venda de novas linhas enquanto não fossem melhorados os serviços. Demais disso, se realmente houve a implantação/ampliação suficiente de equipamentos e instalações, o pleito autoral teria sido apenas parcialmente atendido, na medida em que também se requereu a condenação da empresa ao pagamento de indenizações por danos morais e materiais.

A alegação de perda superveniente de interesse processual, portanto, é claramente improcedente.

No que pertine à qualidade da prestação do serviço, a sentença recorrida foi exata ao fixar que, no caso, “foi provada a piora na qualidade do serviço (de telefonia móvel) ao longo do tempo, bem como a precariedade da infraestrutura relegada a investimentos insuficientes ao longo dos anos” (fl. 1.933).

Nesse diapasão, permito-me transcrever alguns excertos do Relatório de Fiscalização nº 0072/2010/UO091, *verbis*:

(...)

Como estabelecido pelo PGMQ-SMP, a partir de 31 de dezembro de 2002, nenhuma chamada pode demorar mais que 10 segundos para ser estabelecida, ou seja, trata-se de chamadas que “alocaram” um canal de voz e estabeleceram a adequada sinalização para o devido completamento da chamada e que 95% dessas chamadas estabelecidas devem, obrigatoriamente, ser cursadas no referido tempo, podendo 5% das chamadas superar esse tempo.

Baseado em tal indicador, consideramos para a análise dos bloqueios que o percentual de 5% não foi atendido, ou seja, mais de 5% das chamadas superaram o patamar de 10 segundos para serem estabelecidas, e de forma mais grave: vários assinantes não conseguiram acesso à rede em face da indisponibilidade de canais, ou dispositivos. Do ponto de vista do usuário, podemos fazer analogia a um consumidor que compra um ingresso para assistir a um filme, mas não consegue entrar na sala de cinema.

(...), que os assinantes que estão no interior do RN e na zona norte da capital, ligados às BSC’S: BNTL02, BNTL04

e BACU01, encontram-se submetidos a altas taxas de quedas de chamada. Ao tempo em que analisamos as BSC'S que atendem as áreas de intenso comércio e a quase totalidade dos bairros da zona sul da capital, não constatamos os níveis de quedas de chamada na magnitude encontrada na zona norte da capital e nas cidades do interior do RN acima listadas. Podemos depreender que o dimensionamento da rede encontra-se deficiente para as áreas de menor poder aquisitivo e que em sua grande maioria não possuem acesso à informação e aos seus direitos do consumidor.

(...)

Pelos fatos constatados, a prestadora não cumpre a regulamentação vigente, ou seja, o Regulamento de Serviço Móvel Pessoal, estabelecido pela Resolução nº 477/2007, como também o Plano Geral de Metas de Qualidade, instituído pela Resolução 317/2002.

A atividade fiscalizatória apresentou provas irrefutáveis da má qualidade na prestação do serviço, quer seja no subdimensionamento dos dispositivos de rede, particularmente nas BTS'S ou ERB'S, que atendem os municípios do interior do Estado do Rio Grande do Norte e nos bairros periféricos e de baixo poder aquisitivo de Natal e da região metropolitana, caracterizando discriminação aos usuários do serviço, ou seja, para os bairros ou município onde comumente residem, ou trabalham pessoas de bom poder aquisitivo a rede se mostra eficiente, nos aspectos de bloqueio e dimensionamento, realidade diversa da constatada em bairros e a grande maioria dos municípios do interior do RN. Acrescente-se a este fato os altos índices de queda de chamada, que demonstram instabilidade na rede, face ao alto nível de tráfego que as rotas encontram-se submetidas, onde não raro municípios inteiros ficam sem serviço, ou quando a rede inteira entra em colapso, como o fato ocorrido em 17/09/2009, que privou todo o Estado do Rio Grande do Norte do serviço.

Pelos fatos constatados, concluímos que os assinantes da prestadora fiscalizada estão sendo prejudicados em diversos aspectos, particularmente os usuários não são atendidos com uma rede com qualidade adequada, ficando impossibilitados de efetuarem, ou receberem chama-

das devido aos altos níveis de bloqueio, ou quando as chamadas não são interrompidas pelas quedas.

(...).

Pelos fatos constatados, verificamos que a prestadora não investe na capacidade de sua rede, tanto na rede de acesso, como nas rotas de comunicação entre seus elementos, aumentando, assim, suas margens de lucro, inserindo na rede mais assinantes do que a rede tem capacidade de suportar, sem arcar com custos da ampliação de capacidade e melhoria tecnológica, em níveis adequados e que assegurem uma boa prestação do serviço com a qualidade exigida pela regulamentação vigente, qual seja: o Regulamento do Serviço Móvel Pessoal, estabelecido pela Resolução nº 477/2007, o Plano Geral de Metas e Qualidade, instituído pela Resolução 317/2002 e o Código de Defesa do Consumidor, estabelecido pela Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.

(...). (Fls. 64/79)

As alegações da TIM CELULAR S/A quanto à legitimidade do relatório acima transcrito não merecem acolhida. Tal relatório foi firmado por 4 servidores (ANDRÉ PEREIRA MARTINS, FRANKLIN LUIZ FREITAS DA SILVA, RAMSES AUGUSTO DE LIMA CALDAS e TAKESHI IKEDA), não havendo que se falar que se trataria de documento fruto de fiscalização parcial, tendo a empresa participado de reunião na qual pôde apresentar suas estatísticas e seus números. Demais disso, as informações acerca da qualidade do serviço trazidas à baila na apelação, por dizerem respeito a período muito posterior àquele objeto da fiscalização em tela, não se prestam para infirmar o relatório em que se fundamentou a sentença.

A ação foi ajuizada em outubro/2010, tendo o trabalho de fiscalização sido realizado no período que vai de 22/02/2010 a 19/07/2010. A fiscalização, de fato, apontou falhas ocorridas em 2009, mas não exclusivamente, havendo identificado problemas na prestação do serviço também no ano de 2010. Não há como acolher a alegação de que a ação teria sido ajuizada quando já resolvidos os problemas, porquanto há nos autos prova de que as falhas se estenderam pelo ano de 2010, consoante comprovam, dentre ou-

tros, os ofícios encaminhados pelas prefeituras municipais de Janduí (maio/2010 – fl. 83), Patu (julho/2010 – fls. 84/86), Upanema (junho/2010 – fl. 46), Lagoa Nova (julho/2010 – fl. 47), Serra Negra do Norte (maio/2010 – fl. 99).

Ressalte-se que o Relatório de Fiscalização foi elaborado com a participação de representantes da TIM CELULAR S/A, que teriam participado de reuniões na ANATEL/RN.

Entendendo configurada a ocorrência de falhas graves na prestação do serviço de telefonia móvel no Rio Grande do Norte, nos termos em que identificadas na sentença recorrida, passo a analisar a questão relativa aos danos morais e materiais decorrentes da violação de direitos coletivos e individuais homogêneos dos usuários da TIM CELULAR no Estado do Rio Grande do Norte.

De fato, toda a massa de usuários da TIM CELULAR S/A no RN – especialmente aqueles que se encontravam na periferia de Natal, Região Metropolitana e no interior do Estado – sofreu dano moral em decorrência da má prestação do serviço em razão exatamente da venda ilimitada de novas linhas e do tratamento claramente discriminatório identificado pela Fiscalização da ANATEL, cujo relatório foi contundente nesse sentido. Não se tratou de meros aborrecimentos, mas de problemas graves de conexão e de manutenção de ligações em andamento em desconformidade com normas de regulação dos serviços, com a finalidade de aumentar lucros. Cabível, portanto, a condenação da empresa ao pagamento de indenização por dano moral coletivo.

No que concerne ao valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) fixado na sentença, cumpre inicialmente destacar que se cuida de apenas 20% (vinte por cento) do total requerido pelos autores. Em adição, no que toca à proporcionalidade e à razoabilidade da quantia, observe-se que a empresa apelante – segundo informe extraído do site G1 da Globo (fls. 2.061/2.063), trazido à colação pelo MPF em sua apelação – registrou lucro líquido de R\$ 1,449 bilhão no ano de 2011.

Em síntese, não vislumbro abuso na quantia fixada a título de indenização por dano moral, considerando adequado e suficiente para punir o comportamento danoso da empresa e servir para dissuadir a prestação deficiente do serviço. É certo que falhas podem

ocorrer, encontrando até mesmo previsão nos próprios regulamentos da ANATEL. Porém, o que ocorreu no RN, no período fiscalizado e mesmo depois dele, não deve ser classificado de falhas eventuais. Na verdade, observou-se a prática sistemática de ações de venda de novas linhas telefônicas sem o correspondente investimento na ampliação e na melhoria da infraestrutura, especialmente em áreas tidas como menos rentáveis.

Os danos materiais, evidentemente, também devem ser compensados. No entanto, não se mostra adequada a fórmula de cálculo defendida pelo MPF e pela ANATEL (R\$ 2,00 por mês para cada usuário, no período de abril/2009 a agosto/2010). Não existem elementos de prova que indiquem a suficiência da quantia em relação a todos os usuários ou mesmo que todos eles, todos os dias, tenham tido prejuízos.

Na hipótese, assim, deve-se manter o critério fixado na sentença, que está em consonância com o melhor entendimento jurisprudencial sobre a questão, *verbis*: “a sentença de procedência na ação coletiva tendo por causa de pedir danos referentes a direitos individuais homogêneos (art. 95 do CDC) será, em regra, genérica, dependendo, assim, de superveniente liquidação, não apenas para simples apuração do *quantum debeatur*, mas também para aferição da titularidade do crédito (art. 97, CDC). (STJ. Quarta Turma. ArRg no ARESp 283.558/MS. Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO. Julg. 15/05/2014. Publ. DJe 22/05/2014)

Posto isso, nego provimento às apelações do MPF, da ANATEL e da TIM CELULAR S/A.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 573.428-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)
Apelante: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
Apelado: GEISIO LIMA VIEIRA
Advs./Procs.: DRS. MARIA JOSÉ DA SILVA E OUTROS (APTE.) E JOSÉ HARAN DE BRITO VEIGA PESSOA E OUTROS (APDO.)

EMENTA: CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONSERTO DE NOTEBOOK. ENVIO À ASSISTÊNCIA TÉCNICA. EXTRAVIO. CORREIOS. FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS POSTAIS.

- A Constituição Federal em seu art. 5º, V, garante a indenização da lesão moral, independentemente de estar, ou não, associada a prejuízo patrimonial.

- O dano moral se configura sempre que alguém, injustamente, causa lesão a interesse não patrimonial relevante.

- Comprovado nos autos que o autor teve seu computador extraviado pelos Correios, quando do envio à Assistência Técnica, tem-se por devida a indenização por danos moral e material perseguida.

- É atribuído ao juiz fixar o valor dos danos morais, não devendo causar o enriquecimento indevido da parte, mantendo-se, para fins de pagamento, o valor de R\$ 2.189,06, por danos materiais e de R\$3.000,00, por danos morais.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Fede-

ral da 5ª Região, à unanimidade, em negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 28 de outubro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO -
Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Convocado):

Cuida-se de ação ordinária ajuizada por Geisio Lima Vieira contra a DELL Computadores do Brasil Ltda., Carrefour Comércio e Indústria Ltda. e Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), objetivando indenização por danos materiais e danos morais c/c lucros cessantes.

Alega o autor haver comprado, em agosto/2009, um computador DELL, junto ao CARREFOUR. Sustenta que ao iniciar o uso do *notebook* adquirido o mesmo apresentou defeitos, o que teria inviabilizado um treinamento para mais de trinta pessoas em curso ministrado pelo requerente.

Depois de troca de correspondências via e-mail, e como em João Pessoa não havia assistência técnica da DELL, foi o aparelho encaminhado, pelos Correios, para a assistência técnica da DELL (SCOPUS TECNOLOGIA LTDA.). Após mais de noventa dias do envio ao conserto, foi-lhe informado que um novo computador seria enviado e a demora era devido “à comprovação dos correios referente ao extravio da mercadoria”.

Ao final, o julgador monocrático assim decidiu: “64. DECLARO INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA FEDERAL para julgar a lide envolvendo o autor e as rés DELL e CARREFOUR. 65. E JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido inicial em relação à EMPRESA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT, condená-la a indenizar ao autor a título de danos materiais no valor de R\$ 2.189,06 (dois mil, cento e oitenta e nove reais e seis centavos), atualizado desde 21/08/2009, e acrescido de juros a contar da citação, de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Fede-

ral. Condeno a ré, ainda, a pagar R\$ 3.000,00 (três mil reais) relativo aos danos morais, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora, a partir da data da prolação desta sentença.⁶⁶. Em face da sucumbência mínima da parte autora, condeno a ECT ao pagamento de honorários de sucumbência no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais)”.

Por inconformada, apelou a ECT.

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

É o relatório.

Peço a inclusão do feito em pauta para julgamento.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Relator Convocado):

Para se averiguar a responsabilidade civil da parte ré, faz-se necessária a ocorrência de três elementos: o dano da vítima, a culpa do agente e o nexó causal entre a lesão e a conduta ilícita deste. Passemos, então, a analisar a situação.

Discute-se, nos autos, pedido de indenização por danos morais e materiais devidos em razão do extravio do computador enviado ao conserto, através dos Correios.

Não existe divergência quanto aos fatos narrados na inicial. A questão se resume em saber se o evento foi capaz de trazer danos passíveis de gerar direito a alguma indenização pecuniária.

Deve-se analisar no dano moral o efeito da lesão, o caráter da sua repercussão sobre o lesado. Há de se observar a vergonha, o constrangimento, a dor, a injúria física ou moral, a emoção, em geral, uma sensação dolorosa experimentada pela pessoa.

Contudo, tais elementos só podem ser medidos quando observada a natureza objetiva do evento, e como o fato se traduz nas relações humanas. Deve-se analisar de que maneira o ato dito danoso afetou a instabilidade emocional, a ponto de causar danos ao indivíduo posto em situação que se traduza em vexame.

Humberto Theodoro Júnior, em seu livro *Dano Moral*, 4ª edição, Editora Juarez de Oliveira LTDA.: 2001, pp. 9 e 98/99, comenta:

O dano moral pressupõe uma lesão – a dor – que se passa no plano psíquico do ofendido. Por isso, não se torna exigível na ação indenizatória a prova de semelhante evento. Sua verificação se dá em terreno onde a pesquisa probatória não é dado chegar. A situação fática em que o ato danoso ocorreu integra a causa de pedir, cuja comprovação é ônus do autor da demanda. Esse fato, uma vez comprovado, será objeto de análise judicial quanto à sua natural lesividade psicológica, segundo a experiência da vida, ou seja, daquilo que comumente ocorre em face do homem médio na vida social.

Quando o ofendido comparece, pessoalmente, em juízo para reclamar reparação do dano moral que ele mesmo suportou em sua honra e dignidade, de forma direta e imediata, não há dúvida alguma sobre sua legitimidade *ad causam*. Quando, todavia, não é o ofendido direto, mas terceiros que se julgam reflexamente ofendidos em sua dignidade, pela lesão imposta a outra pessoa, torna-se imperioso limitar o campo de repercussão da responsabilidade civil, visto que se poderia criar uma cadeia infinita ou indeterminada de possíveis pretendentes à reparação da dor moral, o que não corresponde, evidentemente, aos objetivos do remédio jurídico em tela.

Exigem-se, por isso mesmo, prudência e cautela da parte dos juizes no trato desse delicado problema. Uma coisa, porém, é certa: o Código Civil prevê, expressamente, a existência de interesse moral, para justificar a ação, só quando toque “diretamente ao autor ou à sua família” (art. 75).

Em verdade, a parte autora pleiteia indenização em decorrência de constrangimentos/prejuízo que alega haver sofrido. Cito trecho da sentença, por esclarecedor:

(...)

33. O feito comporta duas lides decorrentes de relações jurídicas distintas:

34. A primeira entre o autor, o CARREFOUR e a DELL COMPUTADORES, decorrentes da aquisição do *notebook* alega-

damente defeituoso, a envolver relação de consumo e suas irradiações (troca de produtos, responsabilidade do fabricante/vendedor, assistência técnica etc).

35. A segunda entre o autor e os CORREIOS em virtude de falha no serviço postal – extravio do *notebook* – a envolver danos materiais e morais.

36. A competência da Justiça Federal está firmada no art. 109 da Constituição Federal:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; (grifei).

37. A competência para verificar o interesse jurídico da União, autarquias e empresas públicas, que justifique sua presença no processo, é da Justiça Federal (Súmula 150 do Superior Tribunal de Justiça - STJ).

38. Na hipótese em disceptação, a competência da Justiça Federal está restrita à relação entre o autor e os Correios, decorrente do extravio do *notebook* e suas consequências jurídicas, na esfera patrimonial e moral do autor.

39. A relação de consumo entre o autor, a DELL e o CARREFOUR está situada na órbita de competência da Justiça Comum Estadual, quer em razão da matéria (consumidor), quer em razão da pessoa (DELL e CARREFOUR).

40. Ressalta-se que não existe qualquer relação de conexão ou prejudicialidade entre as duas lides, as quais são completamente autônomas. O dano ao consumidor na aquisição de produto defeituoso não guarda qualquer pertinência com a resolução da lide da falha do serviço postal. Pouco importa o motivo pelo qual o autor postou o computador pelos Correios; isto é absolutamente desinfluyente para avaliar o dano decorrente do extravio. Não há litisconsórcio necessário, tanto menos unitário, entre CORREIOS e DELL/CARREFOUR.

41. Assim, não pode a Justiça Federal conhecer do pedido, nesse ponto, devendo a análise ficar restrita à relação entre o autor e os CORREIOS, decorrente do extravio da mercadoria, com suas irradiações e consequências jurídicas.

42. Desta feita, reconheço a INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA deste Juízo Federal para julgamento da lide que envolve o autor e DELL/CARREFOUR, pertinente à aquisição de produto novo avariado.

(...)

44. Não se sustenta a prejudicial de mérito levantada pela ECT. À luz da legislação consumerista, aplicável aos serviços postais, tanto o remetente quanto o destinatário são consumidores finais do serviço contratado. Assim, tanto o autor como o remetente da mercadoria postada (a empresa Scopus Tecnologia), possuem legitimidade para intentar ação perante a ECT, decorrente de má prestação de serviço postal. Rejeito a preliminar.

(...)

47. O extravio do computador do autor resta devidamente reconhecido pelos Correios, conforme se observa no e-mail de fls. 47/48, trocado entre o promovente e a ECT:

Em atenção ao seu questionamento, informamos que não obtivemos sucesso na localização da Logística Reversa LS 137821523BR, motivo pelo qual considerou-se seu extravio no trâmite postal. A indenização pelo ocorrido será para a empresa detentora do contrato junto aos Correios e que autorizou esta postagem Scopus Tec. Ltda. Para maiores esclarecimentos, solicitamos que entre em contato com esta empresa e permaneça-mos à disposição. (Grifei)

48. Conforme entendimento jurisprudencial transcrito no item 45 da presente sentença, o serviço postal é regido pelo Código de Defesa do consumidor e a ECT enquadrada na definição de “fornecedor”, assumindo todos os ônus e responsabilidades previstos na relação de consumo. Os consumidores finais do serviço postal são, tanto o remetente como o destinatário.

49. No caso dos autos a ECT, empresa pública prestadora de serviço público, possui responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º. da CF/88) tanto perante a empresa que remeteu o aparelho após o conserto (SCOPUS TECNOLOGIA), quanto junto ao destinatário/proprietário do bem (autor), na esfera patrimonial e moral, devendo responder pelos prejuízos decorrentes do extravio do notebook.

A sentença encontra-se bem fundamentada. Não merece prosperar o argumento da apelante quanto ao pleito de redução do valor indenizado, para R\$ 1.000,00 (valor dos objetos postados), devendo ser mantido o entendimento constante do *decisum*, ao estabelecer que:

(...)

55. Quanto aos danos materiais, a ECT afirma que já pagou mil reais (valor declarado da mercadoria) à empresa Scopus Tecnologia Ltda. , a qual contratou os serviços do SEDEX e, por isso, é considerada proprietária do bem postado.

56. Conforme já demonstrado acima, são consumidores do serviço de postagem tanto o remetente quanto o destinatário. O arbitramento, pela ECT, de quem é o proprietário do bem serve apenas à política interna desta empresa, a qual certamente não desconhece que, na realidade comercial da postagem de objetos, diversas vezes o dono da mercadoria é o destinatário da postagem, e não o remetente.

57. A ECT não comprovou o pagamento da indenização à Scopus Tecnologia; mesmo que tivesse comprovado, teria pagado mal e, portanto, deveria pagar duas vezes. Não pode a ECT pretender impor aos consumidores norma interna sua, no sentido de que o dono da mercadoria é o remetente. Certamente a ECT possui meios para contatar ambos envolvidos no serviço postal antes de definir a quem cabe o pagamento; se não adota esta rotina, repita-se, isto é medida de política interna da empresa, devendo a ECT arcar com o ônus de eventual pagamento em duplicidade.

58. Quanto ao valor do produto postado, embora a Scopus Tecnologia Ltda. tenha declarado o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), o autor comprovou que adquiriu o equipamento por R\$ 2.189,06 (dois mil cento e oitenta e nove reais e seis centavos), fl. 30, assim como o recebimento do computador pela Scopus Tecnologia Ltda. (fl. 53). De modo que entendendo comprovada que a postagem, feita por esta última em devolução ao autor (fls. 329/330) – e que acabou por ser extraviada – abarcava o computador portátil.

Nesse sentido, assim já decidiu este Regional:

RESPONSABILIDADE CIVIL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. ATRASO NA ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIA. SEDEX. DOCUMENTO DESTINADO À MATRÍCULA EM UNIVERSIDADE. DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Apelação interposta pela EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT contra sentença que, julgando parcialmente procedente o pedido, condenou-a ao pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R\$ 312,65 (trezentos e doze reais e sessenta e cinco centavos), e danos morais, no valor de R\$ R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), decorrentes do atraso na entrega de correspondência enviada, via SEDEX, contendo instrumento de procuração subscrito pelos genitores da parte autora, outorgando poderes especiais a terceiro para efetivar sua matrícula na Universidade Católica de Pernambuco.

2. A responsabilidade civil da ECT, na condição de prestadora de serviço público, é objetiva, tanto por força do disposto no art. 14 do CDC como em face do comando do art. 37, parágrafo 6º, da CF/88. A empresa pública deve ser responsabilizada por danos eventualmente decorrentes do serviço prestado, bastando que reste configurado o nexo de causalidade entre o defeito do serviço e prejuízos efetivamente comprovados.

3. Hipótese em que se mostra suficientemente evidenciado o defeito do serviço prestado, em face da comprovação, pelos documentos acostados aos autos, do atraso na entrega de correspondência enviada, via SEDEX, contendo instrumento de procuração subscrito pelos genitores da parte autora, outorgando poderes especiais a terceiro para efetivar sua matrícula na Universidade Católica de Pernambuco.

4. Em que pese a ausência da declaração formal de conteúdo referente ao pacote enviado, a situação fática sob enfoque deve ser valorada a fim de corroborar a tese autoral, eis que a encomenda sob análise teve como destinatário o procurador previamente constituído no instrumento público de mandato específico para a realização da matrícula do primeiro autor. Ademais, o estreito lapso temporal em que foram realizadas as ações de outorga de procura-

ção, pagamento da taxa de matrícula e envio da encomenda, emprestam a suficiente plausibilidade às alegações constantes da peça exordial.

5. Devido o reconhecimento de direito à indenização por danos materiais, bem como a fixação do respectivo valor em R\$ 312,65 (trezentos e doze reais e sessenta e cinco centavos), este correspondente ao somatório de R\$ 208,55 (duzentos e oito reais e cinquenta e cinco centavos), referente a 20% sobre o valor da taxa de matrícula do curso de Direito da UNICAP, na semestralidade 2013.1; R\$ 40,20 (quarenta reais e vinte centavos), equivalentes às despesas pagas com o serviço de SEDEX; e R\$ 63,90 (sessenta e três reais e noventa centavos), correspondentes ao valor total para lavratura do instrumento público de procaução. O limite de 20% se justifica diante da possibilidade de ser reavido 80% (oitenta por cento) do valor pago por ocasião da matrícula, caso ocorra o cancelamento, não tendo o autor se valido das providências administrativas cabíveis, a fim de que fosse atenuado o seu prejuízo material por meio do ressarcimento de parcela da quantia paga.

6. A falha do serviço causou ao autor danos que ultrapassaram as raias do mero aborrecimento, caracterizados pela frustração, angústia e sofrimento suportados ao ver-se impedido de matricular-se em curso universitário, para cujo ingresso envidou todos os esforços. Precedente deste Tribunal (PROCESSO: 200481000203246, AC396724/CE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, Primeira Turma, JULGAMENTO: 15/10/2009, PUBLICAÇÃO: *DJe* 19/11/2009 - Página 173; PROCESSO: 00197574720114058300, AC551323/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO, Segunda Turma, JULGAMENTO: 05/03/2013, PUBLICAÇÃO: *DJe* 14/03/2013 - Página 369).

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

8. Na espécie, a indenização de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), arbitrada na sentença recorrida, mostra-se razoável

e proporcional à repercussão do evento danoso, sendo suficiente a atender os critérios acima aludidos.

9. Apelação improvida.

(TRF5.AC08010936120134058300/PE. Rel. Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira. Julgamento em 10.12.2013).

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PERDA DE UMA CHANCE. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. REMESSA DE PROPOSTA POR SEDEX. DEVOLUÇÃO DA CORRESPONDÊNCIA PELA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS ECT APÓS O PRAZO. ERRO EXCLUSIVO DA AGÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DIREITO À INDENIZAÇÃO CONFIGURADO.

I. Usuária dos serviços de correios enviou por SEDEX correspondência com a documentação relativa à proposta para Concorrência nº 1053/2012, da Caixa Econômica Federal, cujo objeto era a seleção de pessoas físicas/jurídicas para comercializar, por meio do regime de permissão, as lotéricas administradas pela CAIXA, pelo prazo de 120 (cento e vinte) meses, na categoria casa lotérica (CL) ou unidade simplificada de lotérica (USL).

II. A autora postou a documentação em 27/4/12, ofertando lance para a participação na concorrência pública em Recife, marcada para 4/5/12. Entretanto, a ECT, ao invés de enviar a correspondência para o destino correto, enviou-a de volta à remetente, frustrando sua participação no certame.

III. Evidenciada a falha no sistema de correios, com a devolução da correspondência a remetente após o prazo do certame, sem a entrega ao destinatário final, em especial quando o conteúdo da correspondência foi informado pela autora na remessa (“Proposta de Preço e Envelope nº 2- Documentação”).

IV. Tem-se por configurado o dano moral, à luz do disposto no art. 5º, V, da CF, em virtude dos fortes aborrecimentos pelos quais passou a usuária do serviço quando percebeu que sua inscrição no cartame não chegou ao destino. O valor fixado em R\$5.000,00 mostra-se suficiente, desca-bendo majoração.

V. Em se tratando de dano material, a reparação tem como finalidade fazer retornar a situação a seu *status quo ante*, ou possibilitar à vítima a aquisição de outro bem seme-

lhante ao afetado pelo ato danoso. Admite-se ainda a mensuração do dano material causado pela Teoria da Perda de Uma Chance (*perte d'une chance*), a partir do valor do resultado que se deixou de obter, mitigado, posto que se retribui a perda da possibilidade de obter um ganho provável, a chance de obtê-lo, e “a chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização”. Precedentes do STJ.

VI. Atende ao princípio da razoabilidade o *quantum* indenizatório fixado pelo juízo *a quo* pela “perda de uma chance” em R\$ 40.680,00 (quarenta mil, seiscentos e oitenta reais), partindo da premissa de que a autora perceberia um salário mínimo por mês, multiplicado pelo número de meses do prazo da permissão, valor reduzido à metade em razão da mitigação pela perda provável.

VII. Honorários advocatícios arbitrados em R\$4.000,00 (quatro mil reais), com fulcro no art. 20 do CPC.

VIII. Apelação da ECT improvida. Recurso adesivo da autora parcialmente provido, apenas para fixar em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) a verba sucumbencial.

(AC 08000151120134058404. Rel. Desembargadora Federal Margarida Cantarelli. Julgamento em 08.10.2013)

O nosso direito positivo acolhe a indenização dos danos morais, porém, não existe nos textos da nossa lei expressão própria referente à mesma.

Não se nega a sua função penal, devido à sanção imposta ao ofensor, e compensatória, por ser uma satisfação que se procura amenizar a ofensa causada, proporcionando uma vantagem ao ofendido, que tenta, com a soma de dinheiro pago a quem sofreu o dano, atender às satisfações materiais ou ideais que se pense conveniente.

Por outro lado, é atribuído ao juiz fixar o valor dos danos morais, não devendo causar o enriquecimento indevido da parte.

Poderia o juiz *a quo* ter fixado a indenização em valor superior ou menor ao determinado, uma vez que ninguém pode dizer com certeza qual o preço que vale o constrangimento sofrido pelo autor, mas procurou traduzir um montante pelo evento lesivo moralmente advindo, aplicando uma quantia equivalente, em razão da lesão moral.

Assim, por comungar dos argumentos constantes da sentença, mantenho, a título de indenização por danos materiais o valor de R\$ 2.189,06 (conforme nota fiscal de compra, fl. 30) e a título de danos morais, o valor de R\$ 3.000,00.

No tocante à fixação dos juros e honorários advocatícios, mantenho o estipulado na sentença.

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 574.336-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(CONVOCADO)
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MARIA DO CÉU DA SILVA BISPO
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. MARCOS AURÉLIO RIBEIRO SILVA E OUTRO
(APDA.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CÔNJUGE. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DO DIREITO. POSTERIOR PEDIDO JUDICIAL AUTÔNOMO. POSSIBILIDADE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. ART. 16, I, E § 4º, DA LEI Nº 8.213/91. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA.

- Deve ser reconhecida a prescrição do fundo do direito quando o particular tiver seu pedido indeferido administrativamente e apenas buscar o Poder Judiciário após o quinquênio legal, nos termos dos artigos 219, § 5º, e 269, IV, do CPC. Inteligência do artigo 1º, do Decreto nº 20.910/32 e da Súmula nº 85-STJ.

- Apesar da ocorrência da prescrição do fundo do direito, nada impede a realização de novo pleito perante o Poder Judiciário. Apenas, caso con-

cedido o benefício, serão devidas as parcelas apenas a partir do ajuizamento da ação.

- É devida a concessão de benefício de pensão por morte a cônjuge do instituidor do benefício, situação em que a comprovação de dependência econômica para percepção do benefício é presumida, consoante se infere do disposto no parágrafo 4º do art. 16 da Lei nº 8.213/91.

- A condição de segurado do de cujus restou comprovada por meio de prova testemunhal e documental.

- Parcelas devidas a partir da propositura da ação, tendo em vista o reconhecimento da prescrição do fundo do direito.

- Honorários advocatícios mantidos à base de 10% sobre o valor da condenação, a teor do § 3º do art. 20 do CPC, observada a Súmula nº 111-STJ.

- Quanto às custas processuais, é o INSS isento, face ao disposto no art. 8º, § 1º, da Lei nº 8.620/93. Autor beneficiário da assistência judiciária.

- Juros de mora segundo os índices da caderneta de poupança, tendo em vista o julgamento do REsp nº 1270439, relator Ministro CASTRO MEIRA, em 26/06/2013, Primeira Seção, sob os auspícios do artigo 543-C do CPC, que decidiu que a declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, do artigo 5º da Lei nº 11.960/09, por meio da ADI nº 4.357, não alcançou os juros. Correção monetária segundo o Manual de Cálculos da Justiça Federal.

- Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Decide a Terceira 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 nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 2 de outubro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA - Relator
Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(Convocado):

Trata-se de ação de rito ordinário proposta por particular em face do INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL visando à concessão do benefício de pensão por morte.

O MM. Juiz de Direito da Comarca de Gararu-SE julgou procedente o pedido, condenando o réu a conceder o benefício de Pensão por morte à autora, a partir do requerimento administrativo, 27.03.2001, estando prescritas as parcelas anteriores a 09.06.2007. Honorários advocatícios arbitrados na base de 10% (dez por cento) do valor das parcelas vencidas. Custas pelo INSS.

Apelação manifestada pelo INSS, para reforma da sentença, alegando prescrição do fundo do direito, bem como o argumento da perda da qualidade de segurado especial e minoração dos honorários advocatícios.

Contrarrazões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(Relator Convocado):

A questão debatida na presente remessa versa sobre a possibilidade de concessão de pensão a cônjuge de segurada da Previdência Social.

É certo que, no tocante a benefício previdenciário, em se tratando de prestações de trato sucessivo, prescrevem as parcelas vencidas no quinquênio anterior à data da propositura da ação, tal como enunciado pela Súmula nº 85 do Superior Tribunal de Justiça, naquelas hipóteses em que, figurando a Fazenda Pública como devedora, não tiver sido negado o próprio direito reclamado.

Súmula 85-STJ: “Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior ao ajuizamento da ação”.

Ocorre que, conforme se observa à fl. 21, o INSS negou administrativamente o benefício em 27.03.2001 e a presente ação apenas foi ajuizada em 09.06.2012, ou seja, mais de cinco anos após. Assim, a pretensão encontra-se fulminada pela prescrição do fundo de direito, nos termos dos artigos 219, § 5º, e 269, IV, do CPC.

Nesse sentido já se pronunciou esta Turma:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INDEFERIMENTO. AJUIZAMENTO DAAÇÃO APÓS O QUINQUÊNIO LEGAL. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. OCORRÊNCIA.

1. “Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior ao ajuizamento da ação” (Súmula 85/STJ).

2. No caso dos autos, porque foi “negado o próprio direito reclamado”, em 1996, consoante carta de indeferimento do INSS, tendo a ação sido ajuizada somente em 2010, aproximadamente 14 (catorze) anos após a negativa do órgão, há que ser decretada a prescrição do fundo de direito, com fundamento nos arts. 269, IV, e 219, parágrafo 5º, do CPC.

3. Apelação improvida. Reconhecimento da prescrição. (AC 519.896/SE, Relator Desembargador Federal FREDERICO PINTO DE AZEVEDO, unânime, julgado em 12.05.2011, *DJe* 19.05.2011)

No entanto, nada impede que novo pedido seja formulado perante o Poder Judiciário, autônomo, não relacionado com o processo administrativo perante a Previdência Social. Apenas, se precedente o pedido, as parcelas serão devidas a partir da propositura da ação.

No caso, o possível segurado faleceu em 13.02.2001, conforme atestado de óbito anexado aos autos à fl. 07.

No tocante à qualidade de segurado da Previdência Social do *de cujus*, foi acostada prova material: atestado de óbito, em que consta como profissão do falecido, agricultor, fl. 07; certidão de casamento, em que consta como profissão do falecido, agricultor e a sua, doméstica, fl. 08; Declaração de exercício de atividade rural do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Gararu-SE, fl. 13, entre outros.

Ademais, prova testemunhal, fls. 86 e seguintes, colhida com as cautelas do Juízo, não impugnada, corrobora a material. A testemunha afirma que o falecido trabalhava na agricultura de subsistência.

A prova testemunhal, associada a início razoável de prova material, faz prova da atividade rural, conforme se verifica na decisão proferida pelo Pleno desta Corte, em autos de relatoria do Desembargador Marcelo Navarro, conforme ementa que se segue:

EMBARGOS INFRINGENTES. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA ESPECIAL POR IDADE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL COMPLEMENTADA POR PROVA TESTEMUNHAL. COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS.

1. A precariedade das condições no campo e o baixo grau de instrução dos trabalhadores rurais dificultam a obtenção de suporte probatório material que comprove o labor rural.
2. Início de prova material juntamente com provas testemunhais contundentes autorizam a concessão da aposentadoria rural.
3. Conforme jurisprudência do STJ, não é necessário que os documentos coincidam exatamente com o tempo da atividade rural a ser comprovada, uma vez que cabe à prova testemunhal estender sua eficácia probatória ao tempo da carência.
4. Embargos infringentes improvidos.

(PROCESSO: 0003256622011405999902, EAC524506/02/PB, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO, Pleno, JULGAMENTO: 24/10/2012, PUBLICAÇÃO: DJe 30/10/2012 - Página 63)

Saliento que, à fl. 08, certidão de casamento comprova que a autora era casada com o *de cujus*.

No que tange à dependência econômica, esta é presumida consoante se infere da regra prevista no art. 16, I e § 4º, da Lei nº 8.213/91:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente.

II - (...).

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

Assim, uma vez presumida a dependência entre a demandante e o segurado falecido, além de comprovada a qualidade de segurado especial da Previdência Social, é de se reconhecer o pedido perseguido nesta ação: a concessão do benefício de pensão por morte.

É o entendimento desta Turma, conforme se observa no julgado abaixo transcrito:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CÔNJUGE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. ART. 16, I E PARÁGRAFO 4º, DA LEI Nº 8.213/91. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUROS DE MORA.

1. É devida a concessão de benefício de pensão por morte a cônjuge do instituidor do benefício, situação em que a comprovação de dependência econômica para percepção do benefício é presumida, consoante se infere do disposto no parágrafo 4º do art. 16 da Lei nº 8.213/91.

2. A condição de segurado do de cujus restou comprovada por meio de prova testemunhal e documental.

3. Parcelas devidas desde a data do requerimento administrativo, respeitada a prescrição quinquenal.

4. Juros de mora e correção monetária segundo os índices da caderneta de poupança, tendo em vista o julgamento do REsp nº1270439, relator Ministro CASTRO MEIRA, em 26/06/2013, Primeira Seção, sob os auspícios do artigo 543-C, que decidiu que a declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, do artigo 5º da Lei nº 11.960/09, por meio da ADI nº 4.357 não alcançou os juros.

5. Honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da condenação, a teor do parágrafo 3º do art. 20 do CPC observada, porém, a Súmula nº 111-STJ.

6. Apelação parcialmente provida, apenas no que tange aos honorários advocatícios.

(PROCESSO: 00001620420144059999, AC 567.201/SE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO, Terceira Turma, JULGAMENTO: 10/04/2014, PUBLICAÇÃO: *DJe* 15/04/2014 - Página 225)

Assim, deve ser concedido ao autor o benefício de pensão por morte. Parcelas devidas a partir da propositura da ação, tendo em conta o reconhecimento da prescrição do fundo do direito.

Mantenho a antecipação dos efeitos da tutela, por tratar-se de verba de natureza alimentar, risco maior haveria se não concedida.

Mantenho os honorários advocatícios à base de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC excluídas, porém, as parcelas vincendas, seguindo a Súmula nº 111-STJ.

Quanto às custas processuais, é o INSS isento, face ao disposto no art. 8º, § 1º, Lei nº 8.620/93. Autor beneficiário da assistência judiciária.

Quanto aos juros de mora, são devidos a partir da citação válida, nos termos da Súmula nº 204-STJ.

Tendo em vista o julgamento do REsp nº 1.270.439, sob os auspícios do artigo 543-C, que decidiu que a declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, do artigo 5º da Lei nº 11.960/09, por meio da ADI nº 4357 não alcançou os juros, estes devem ser calculados com base nos índices da caderneta de poupança:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ Nº 08/2008. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. INCORPORAÇÃO DE QUINTOS. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.225-45/2001. PERÍODO DE 08.04.1998 A 05.09.2001. MATÉRIA JÁ DECIDIDA NA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. POSSIBILIDADE EM ABSTRATO. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL NO CASO CONCRETO.

(...)

VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO (ADIN 4.357/DF).

12. O art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação conferida pela Lei 11.960/2009, que trouxe novo regramento para a atualização monetária e juros devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicado, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior a sua vigência.

13. “Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente” (REsp 1.205.946/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Corte Especial, *DJe* 2.2.12).

14. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/09, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97, ao examinar a ADIn 4.357/DF, Rel. Min. Ayres Britto.

15. A Suprema Corte declarou inconstitucional a expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança” contida no § 12 do art. 100 da CF/88. Assim entendeu porque a taxa básica de remuneração da poupança não mede a inflação acumulada do período e, portanto, não pode servir de parâmetro para a correção monetária a ser aplicada aos débitos da Fazenda Pública.

16. Igualmente reconheceu a inconstitucionalidade da expressão “independentemente de sua natureza” quando os débitos fazendários ostentarem natureza tributária. Isso porque, quando credora a Fazenda de dívida de natureza tributária, incidem os juros pela taxa SELIC como compensação pela mora, devendo esse mesmo índice, por força do princípio da equidade, ser aplicado quando for ela devedora nas repetições de indébito tributário.

17. Como o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09, praticamente reproduz a norma do § 12 do art. 100 da CF/88, o Supremo declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, desse dispositivo legal.

18. Em virtude da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09: (a) a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e (b) os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para as quais prevalecerão as regras específicas.

19. O Relator da ADIn no Supremo, Min. Ayres Britto, não especificou qual deveria ser o índice de correção monetária adotado.

Todavia, há importante referência no voto vista do Min. Luiz Fux, quando Sua Excelência aponta para o IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, que ora se adota.

20. No caso concreto, como a condenação imposta à Fazenda não é de natureza tributária – o crédito reclamado tem origem na incorporação de quintos pelo exercício de função de confiança entre abril de 1998 e setembro de 2001 –, 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. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período.

21. Recurso especial provido em parte. Acórdão sujeito à sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ nº 08/2008.

(REsp 1.270.439/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/06/2013, DJe 02/08/2013)

Por outro lado, deve-se a correção monetária de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal. Assim entende esta Terceira Turma:

ADMINISTRATIVO. FUNDEF. VALOR MÍNIMO ANUAL POR ALUNO. JUROS DE MORA. LEI Nº 11.960/09.

1. O Superior Tribunal de Justiça decidiu que a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.960/09 não

teria atingido os juros de mora, que permanecem sendo calculados com base nos juros aplicados à caderneta de poupança (REsp 1270439).

2. Modificação do julgado proferido por esta Corte (na parte que determinou a aplicação da SELIC), devendo incidir sobre os atrasados correção nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal e juros com base na Lei nº 11.960/09.

3. Hipótese em que o presente feito foi remetido pela Vice-Presidência desta corte, com fundamento no art. 543-C, 7º, II, do CPC, por considerar que o acórdão combatido pelo Recurso Especial está em confronto com o julgamento sufragado pelo eg. STJ, em sede de recurso repetitivo, no REsp 1.205.946/SP (aplicação imediata do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, na redação dada pela Lei nº 11.960/09).

4. Apelação da parte autora provida (como acima descrito, no tocante à correção e juros), mantidos inalterados os demais termos do julgado.

(PROCESSO: 200380000111450, AC362284/AL, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA, Terceira Turma, JULGAMENTO: 05/12/2013, PUBLICAÇÃO: DJe 10/12/2013 - Página 94)" (GRIFEI)

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação, apenas para, reconhecendo a prescrição do fundo do direito, determinar que as parcelas são devidas a partir da propositura da ação bem como excluir a condenação referente a custas processuais.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 574.629-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Apelante: CÍCERO DE OLIVEIRA SANTOS
Apelado: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. ELSON TEIXEIRA SANTOS (APTE.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. POLÍCIA FEDERAL E IBAMA. RINHA DE GALO. BUSCA E APREENSÃO DE ANIMAIS. ABUSO DE AUTORIDADE. INEXISTENTE. ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA AFASTADA.

- Remessa oficial e apelações em face de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para condenar a União Federal e o IBAMA ao pagamento de indenização por danos morais e materiais decorrentes da apreensão de 186 (cento e oitenta e seis) galos de raça em propriedade do autor.

- O tratamento a ser dispensado ao caso é o inerente à responsabilidade estatal. O art. 37, § 6º, da CF/88 consagra a responsabilidade objetiva do Estado, cujo reconhecimento condiciona-se à presença simultânea dos seguintes requisitos: conduta lesiva imputável a um de seus agentes, dano indenizável e nexo de causalidade entre a conduta e o dano, restando dispensada a configuração de culpa.

- O Juízo de origem reconheceu a pretensão indenizatória, por considerar que os agentes federais agiram de forma abusiva ao invadir a residência do autor, no horário noturno, munidos de mandado judicial destinado à busca e apreensão

no terreno vizinho, adotando, posteriormente, medida não razoável e desproporcional ao eleger o sacrifício dos galos de raça apreendidos em detrimento da atribuição ao dono da posição de depositário, esta, ao seu entender, mais adequada por não se encontrar comprovada a prática de maus tratos dos animais, nem a alegação de que eram criados para disputa de rinhas.

- O mandado judicial destinado à execução da busca e apreensão não indica o número do imóvel, mas apenas o nome da rua, o bairro, a cidade e as coordenadas geográficas. Por outro lado, as fotos acostada aos autos e os depoimentos de diversas testemunhas colhidas em juízo e por ocasião do flagrante delito comprovam que as características do local de cumprimento do mandado evidencia a existência de um único ambiente físico, conhecido, conforme registros em todos os relatórios da Operação Uirapuru, como “Rinha ou muro do Capitão”, e não de dois ambientes, como considerado pelo juiz de primeiro grau. Primeiro, porque pertencente ao mesmo proprietário, no caso o autor, conhecido como Capitão; segundo, porque internamente interligados por um portão e, por último, porque em ambos existiam “dormitórios” com centenas de galo de briga.

- Por força da ordem constante no mandado judicial em questão, restou determinada a busca e apreensão de todas as provas que pudessem ser úteis à elucidação dos fatos sob investigação, bem como de quaisquer outros elementos de convicção relativos às ações que resultassem nos crimes em apuração, ficando também determinada toda e qualquer demolição que se fizesse necessária ao cumprimento da ordem.

- Tendo em vista o teor do mandado de busca e apreensão, assim como os elementos de prova reportados, não há que se falar em violação de

direito a ensejar o reconhecimento da responsabilidade da União e do IBAMA pelos danos alegados, tendo os seus agentes atuado com amparo em ordem judicial e nos limites de seus termos.

- Afastado o argumento de ilegalidade decorrente do suposto cumprimento do mandado judicial em horário noturno. O fato de a diligência haver sido concluída após as 18h não implica, por si só, afronta ao postulado do art. 5º, XI, da CF/88, tratando a hipótese de clara situação de continuidade de busca domiciliar iniciada pelo dia, no sentido de evitar prejuízo substancial em decorrência da interrupção do ato de busca e apreensão.

- Descabida a alegação de não comprovação da prática de maus tratos por parte do autor nos animais apreendidos, diante da informação expressamente registrada no laudo técnico acostado aos autos, dando conta dos fortes indícios de abuso e maus tratos observados nos galos encontrados no domicílio do autor, de linhagem típica utilizadas para rinhas, ao serem expostos a situação que causam sofrimento.

- É de conhecimento comum que os maus tratos dos animais utilizados em rinhas de galo não só ocorre no ambiente da arena propriamente dita, mas também no processo de preparação do animal para o embate, através da aplicação de injeções de hormônios, pelagem, mutilação de barbelas e “treinamentos” tormentosos para a aquisição de preparo físico sobrenatural.

- Quanto à destinação dada aos galos apreendidos, tendo em vista a própria natureza desses animais, a medida adotada pelo IBAMA (doação a instituições) mostra-se como solução mais adequada, disponível e com amparo legal (art. 107 do Decreto 6.514/2008; art. 134, VI, do Decreto 6.514/2008), não se mostrando razoável sequer

considerar a hipótese de guarda provisória com o próprio autuado.

- Reformada a sentença recorrida diante da inexistência de nexo de causalidade a fundamentar o reconhecimento da responsabilidade do IBAMA e da União Federal por danos supostamente decorrentes de atos perpetrados por seus agentes nos estritos limites da legalidade e com amparo em ordem judicial.

- Invertido os ônus sucumbenciais, com a condenação do autor nos honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais).

- Apelação do autor improvida. Remessa oficial e apelações da parte ré providas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação do autor e dar provimento à remessa oficial e às apelações da parte ré, 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, 7 de outubro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de remessa oficial e apelações em face de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para condenar a União Federal e o IBAMA ao pagamento de indenização por danos morais e materiais decorrentes da apreensão ilegal de 186 (cento e oitenta e seis) galos de raça de propriedade da parte autora.

Entendeu o Juízo de origem que a Operação Uirapuru procedida pelo IBAMA e ora questionada foi abusiva, por considerar lícita

a criação dos 186 Galos de Rinha encontrados na residência do autor; inexistente mandado de busca e apreensão em relação à parte do imóvel objeto da operação, em conseqüente desrespeito ao direito fundamental de inviolabilidade domiciliar, este também decorrente do fato do suposto mandado ter sido cumprido em horário noturno.

Inconformado com a procedência parcial do pedido, apela o autor da sentença, requerendo: a) a reconsideração do valor unitário de cada galo apreendido, com a alteração do valor fixado em R\$ 200,00 (duzentos reais) para R\$ 300,00 (trezentos reais); b) a condenação da parte à reparação da destruição de um portão e parte do muro de sua residência, destruído no momento da busca e apreensão; c) a majoração da indenização por danos morais para o montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); d) o reconhecimento de falso testemunho por parte das testemunhas arroladas pelas rés; e) a aplicação de correção monetária e juros de mora sobre o valor da condenação, desde a prática do evento lesivo, nos termos do art. 398 do CC/2002; f) a majoração dos honorários advocatícios para 20 % (vinte por cento) do valor da condenação, em respeito ao disposto no § 3º do art. 20 do CPC.

Por sua vez, alega o IBAMA em suas razões de recurso, que não pode ser responsabilizado pelos danos alegados, haja vista a ausência de conduta ilícita a ser-lhe imputada, suscitando, em sua defesa, os seguintes argumentos: a) o fato de o autor ter dividido parcialmente o imóvel (com manutenção de portão de comunicação interno) e atribuindo os números 7 e 8, sem qualquer autorização da municipalidade, em nada haveria de prejudicar o cumprimento da ordem judicial em questão, eis que expedida, sem a indicação do número do imóvel, indicando apenas o nome da rua, bairro, cidade e coordenadas geográficas, para fins de busca, apreensão e demolição de todos os objetos pertinentes ao delito de maus-tratos de animais, objeto da Operação Uirapuru; b) que o fato de a diligência haver sido concluída após as 18h não implica, por si só, violação ao postulado constitucional constantes no art. 5º, XI, da CF/88, de modo a ensejar a indenização perseguida, por tratar a hipótese de clara situação de continuidade de busca domiciliar iniciada pelo dia, com o fim de evitar prejuízo substancial ao ato de busca e apreensão respectivo, caso interrompido; c) que a eleição

do autor como depositário dos animais apreendidos, além de contrária à lei, iria de encontro a toda a lógica de proteção animal, na medida em que elegeria seu próprio agressor como depositário/agressor, tornando inócua a operação ambiental realizada. Com esses argumentos, pugna pela reforma da sentença para que seja julgado totalmente improcedente o pedido ou, caso mantido o reconhecimento de seu dever de indenizar, que seja afastada a indenização por danos morais, por estes não terem ocorrido e para que seja reduzido o valor de cada galo a ser restituído para R\$ 30,00 (trinta reais), preço médio de mercado para o frango caipira, que se mostra o mais justo e lógico caso os animais não fossem destinados à rinha (brigas).

A União também interpôs recurso de apelação, suscitando os mesmos argumentos apresentados pelo IBAMA, para requerer a reforma da sentença no sentido de afastar a procedência do pedido.

Contrarrrazões do IBAMA às fls. 698/704.

Contrarrrazões da União às fls. 724/727.

Contrarrrazões do autor às fls. 730/732.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FILHO MOREIRA (Relator):

Cuidam os autos de ação onde se discute a responsabilidade por supostos danos decorrentes da Operação Uirapuru procedida por agentes do IBAMA e da Polícia Federal em propriedade do autor, culminando na apreensão de 186 (cento e oitenta e seis) galos de raça.

Sendo apontados como agentes causadores do dano o IBAMA e a União Federal, o tratamento a ser dispensado à hipótese é o inerente à responsabilidade estatal.

O art. 37, § 6º, da CF/88 consagra a responsabilidade objetiva do Estado, cujo reconhecimento condiciona-se à presença simultânea dos seguintes requisitos: conduta lesiva imputável a um de seus agentes, dano indenizável e nexos de causalidade entre a conduta e o dano, restando dispensada a configuração de culpa.

No caso, assiste razão à parte ré quando se insurge contra a sentença recorrida, por restar configurada hipótese de estrito cumprimento do dever legal, que afasta o nexos de causalidade indispensável ao reconhecimento do dever de reparar.

O Juízo de origem reconheceu a pretensão indenizatória, por considerar que os agentes federais agiram de forma abusiva ao invadir a residência do autor, no horário noturno, munidos de mandado judicial destinado à busca e apreensão no terreno vizinho, adotando, posteriormente, medida não razoável e desproporcional ao eleger o sacrifício dos galos de raça apreendidos em detrimento da atribuição ao dono da posição de depositário, esta, ao seu entender, mais adequada por não se encontrar comprovada a prática de maus tratos dos animais, nem a alegação de que eram criados para disputa de rinhas.

O argumento não se sustenta.

Da análise dos autos, verifica-se que o mandado de busca e apreensão destinado à execução da operação reportada não indica o número do imóvel, mas apenas o nome da rua, o bairro, a cidade e as coordenadas geográficas.

Por outro lado, as fotos acostada aos autos e dos depoimentos de diversas testemunhas colhidas em juízo e por ocasião do flagrante delito (fls. 124; 500; 579 e 584) comprovam que as características do local de cumprimento do mandado evidencia a existência de um único ambiente físico, conhecido, conforme registros em todos os relatórios da Operação Uirapuru, como “Rinha ou muro do Capitão”, e não de dois ambientes, como considerado pelo juiz de primeiro grau. Primeiro, porque pertencente ao mesmo proprietário, no caso o autor, conhecido como Capitão; segundo, porque internamente interligados por um portão e, por último, porque em ambos existiam “dormitórios” com centenas de galo de briga.

Há de se ressaltar que, por força da ordem constante no mandado judicial em questão, restou determinada a busca e apreensão de todas as provas que pudessem ser úteis à elucidação dos fatos sob investigação, bem como de quaisquer outros elementos de convicção relativos às ações que resultassem nos crimes em apuração, ficando também determinada toda e qualquer demolição que se fizesse necessária ao cumprimento da ordem (fl. 111).

O fato é que, tendo em vista o teor do mandado de busca e apreensão reportado, assim como os elementos de prova referidos, não há que se falar em violação de direito a ensejar o reconhecimento da responsabilidade da União e do IBAMA pelos danos alegados, tendo os seus agentes atuado com amparo em ordem judicial e nos limites de seus termos.

Também não se sustenta o argumento de ilegalidade decorrente do suposto cumprimento do mandado em horário noturno. Como bem ressaltado pelo IBAMA em suas razões de recurso, o fato de a diligência haver sido concluída após as 18h não implica, por si só, afronta ao postulado do art. 5º, XI, da CF/88, tratando a hipótese de clara situação de continuidade de busca domiciliar iniciada pelo dia, no sentido de evitar prejuízo substancial em decorrência da interrupção do ato de busca e apreensão.

Igualmente descabida a alegação de não comprovação da prática de maus-tratos por parte do autor nos animais apreendidos, diante da informação expressamente registrada no laudo técnico acostado à fl. 127 dos autos, dando conta dos fortes indícios de abuso e maus tratos observados nos galos encontrados no domicílio do autor, de linhagem típica utilizada para rinhas, ao serem expostos a situação que causam sofrimento.

Ademais, é de conhecimento comum que os maus-tratos dos animais utilizados em rinhas de galo não só ocorre no ambiente da arena propriamente dita, mas também no processo de preparação do animal para o embate, através da aplicação de injeções de hormônios, pelagem, mutilação de barbelas e “treinamentos” tormentosos para a aquisição de preparo físico sobrenatural.

Por fim, quanto à destinação dada aos galos apreendidos, tendo em vista a própria natureza desses animais, a medida adotada pelo IBAMA (doação a instituições) mostra-se como solução mais adequada, disponível e com amparo legal (art. 107 do Decreto 6.514/2008; art. 134, VI, do Decreto 6.514/2008), não se mostrando razoável sequer considerar a hipótese de guarda provisória com o próprio autuado.

Em face dessas considerações, impõe-se a reforma da sentença recorrida que reconheceu a pretensão indenizatória da parte autora, haja vista a inexistência de nexo de causalidade a funda-

mentar o reconhecimento da responsabilidade da União e do IBAMA por danos supostamente decorrentes de atos perpetrados por seus agentes nos estritos limites da legalidade e com amparo em ordem judicial.

Invertido os ônus sucumbenciais, com a condenação do autor nos honorários advocatícios ora fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Ante o exposto, nego provimento à apelação do autor e dou provimento à remessa oficial e às apelações da parte ré, para julgar improcedente o pedido inicial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0800047-94.2014.4.05.8302 (PJe)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)
Apelante: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA E OUTRO
Apelados: JOSEILDO ALEXANDRE DA SILVA E OUTRO
Reptes.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA: AMBIENTAL. ADMINISTRATIVO. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DESTRUIÇÃO DE MATA DA CAATINGA. MULTA APLICADA. VALOR. ATENUANTES. REDUÇÃO. CABIMENTO. PROPORCIONALIDADE. LEGALIDADE. RAZOABILIDADE. LEI Nº 9.605/1998. DECRETO Nº 6.514/08.

- Duas apelações de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, para declarar a nulidade parcial da Decisão Administrativa AJG/SUPES/IBAMA/PE nº 153/2011 que impôs a multa e, em consequência, reduzir o valor da multa ambiental aplicada no auto de infração nº 541640/D para sete mil e quinhentos reais.

- No direito processual brasileiro vale o princípio do livre convencimento do juiz que, na busca da verdade real, pode conhecer diretamente do pedido quando a questão meritória for unicamente de direito. Por sua vez, o artigo 130 do CPC aduz que caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Na realidade, o que se faz estritamente necessária é a fundamentação da decisão. No caso dos autos, a produção de prova pericial apresenta-se desnecessária e inócua.

- Caso de aplicação da multa em decorrência da destruição de dois hectares de mata da caatinga (área de preservação permanente), mediante o plantio de palma, com descrição da infração cometida tipificada no artigo 70, c/c artigo 72, II e VII, da Lei nº 9.605/98, e artigos 3º, II e VII, e 43 do Decreto nº 6.514/08.

- A Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências, em seu artigo 70 expõe textualmente que se considera infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente, ressaltando no parágrafo terceiro deste mesmo dispositivo que a autoridade ambiental que tiver conhecimento de infração ambiental é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de corresponsabilidade.

- No caso dos autos, milita em favor do instituto apelante a presunção de legitimidade inerente aos atos administrativos em geral. Restou evidenciado o caráter ilícito da conduta da parte autora/apelada e subsistente o auto de infração. Não

merecendo guarida as alegações de atuação motivada pelo estado de necessidade, nem de desconhecimento da ilicitude (tratar-se de área de preservação permanente).

- A referida legislação de regência (artigos 3º, II, e 43 do Decreto nº 6.514/08) imputa a pena de multa à conduta praticada pela parte autora, como já exposto, e não obriga a conversão.

- Na hipótese sob exame, no que se refere ao montante da multa inicialmente aplicada (dez mil reais) não há que se falar de falta de proporcionalidade ou razoabilidade, visto se tratar de valor certo e único, na hipótese, equivalente ao valor mínimo aplicável (cinco mil reais), multiplicado por dois hectares (área degradada) nos termos do comando inserto no artigo 43 do Decreto nº 6.514/08, ao tratar da multa. Não houve qualquer excesso na aplicação inicial da multa pelo agente atuante do IBAMA, que somente aplicou a legislação vigente.

- Entretanto, não foram levadas em consideração as características do caso em apreço, notadamente frente ao disposto na Instrução Normativa nº 14/2009, do IBAMA, que trata da fixação da sanção de multa, em seu artigo 15, quando impõe à autoridade competente para julgamento do auto de infração ou do recurso, a observância da existência de circunstâncias agravantes e atenuantes da pena.

- De fato, existem atenuantes (baixo grau de instrução ou escolaridade do atuado e colaboração com a fiscalização – artigo 16, incisos I e IV, da IN nº 14/2009 do IBAMA) não considerados, em afronta à proporcionalidade e razoabilidade que devem nortear a fixação da penalidade em apreço. Bem como, não se evidencia o agravante apontado pela Administração, posto que demonstrado que o demandante à época da infração detinha a posse do imóvel. No caso em tela,

***mostra-se adequada a redução do valor da multa ambiental para sete mil e quinhentos reais.
- Apelações improvidas.***

Acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em negar provimento às apelações, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 26 de agosto de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO -
Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Convocado):

Cuida-se de duas apelações de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, para declarar a nulidade parcial da Decisão Administrativa AJG/SUPES/IBAMA/PE nº 153/2011 que impôs a multa e, em consequência, reduzir o valor da multa ambiental aplicada no Auto de Infração nº 541640/D para R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais). Condenação do réu ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Em suas razões apelatórias, o IBAMA insurge-se contra a redução da multa. Aduz que ao juiz não é dado minorar a penalidade de multa administrativa aplicada com base no artigo 4º do Decreto Federal nº 6.514/2008, e observada não apenas a capacidade econômica do autuado, mas também a gravidade do fato e suas consequências para o meio ambiente.

Também inconformado, o autor, em suas razões, defende a substituição da pena de multa pelos serviços de preservação, melhoria e recuperação do meio ambiente.

Pugna pela anulação do ato administrativo que impôs a multa, por ausência de responsabilidade do autor ou mesmo por ausência de perícia ambiental e, subsidiariamente, pede a substituição

da sanção de multa pela prestação de serviços ambientais; além de majoração dos honorários advocatícios.

Após contrarrazões, subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

É o relatório.

Peço a inclusão do feito em pauta para julgamento.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Relator Convocado):

De início, sobre a necessidade ou não da realização da perícia ambiental, concordo com o sentenciante quando expõe:

In casu, a prova pericial é desnecessária, seja porque não depende de conhecimento de técnico, seja em razão das provas documentais já produzidas. A infração ambiental foi averiguada pelo agente de fiscalização ambiental em 03/05/2010. Portanto, já transcorreram quatro anos desde a data do fato.

Acrescento que já existe no processo Laudo Técnico do IBAMA, referente ao Ofício nº 2011.0877.001913, datado de 16/09/2011, onde foi constatado que a área de Preservação Ambiental, objeto da infração, estava se regenerando naturalmente, encontrando-se em estágio inicial de recuperação. Quanto à pretensão de comprovar que a atividade se deu em 2 hectares de sua propriedade, observo que inexistente no processo controvérsia sobre a dimensão da área desmatada, incidindo na hipótese o art. 334, III, do CPC. As consequências da seca na região são de divulgação ampla e notória, não dependendo de prova (art. 334, I, CPC).

Ademais, no direito processual brasileiro vale o princípio do livre convencimento do juiz que, na busca da verdade real, pode conhecer diretamente do pedido quando a questão meritória for unicamente de direito. Por sua vez, o artigo 130 do CPC aduz que caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Na realidade, o que se faz estritamente necessária é a fundamentação da decisão. No caso dos autos, concordo que a produção de outras provas apresenta-se desnecessária, posto que a sentença encontra-se motivada. Desse modo, não há que se falar em nulidade.

Quanto ao mérito, como visto no relatório, trata-se de averiguar o cabimento da aplicação da multa em decorrência da destruição de dois hectares de mata da caatinga (área de preservação permanente), mediante o plantio de palma, com descrição da infração cometida como a “ocupação irregular do imóvel, destruição de espécies vegetais (baraúna, juá, angico e jucá)”. Tipificada no artigo 70, c/c artigo 72, II e VII, da Lei nº 9.605/98, os quais expõem:

Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.
(...)

Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º:
(...)
II - multa simples;
(...)
VII - embargo de obra ou atividade;

Já os artigos 3º, II e VII, e o 43 do Decreto nº 6.514/08, dispõem:

Art. 3º As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções:
(...)
II - multa simples;
(...)
VII - embargo de obra ou atividade e suas respectivas áreas;

Art. 43. Destruir ou danificar florestas ou demais formas de vegetação natural ou utilizá-las com infringência das normas de proteção em área considerada de preservação permanente, sem autorização do órgão competente, quando exigível, ou em desacordo com a obtida: (Redação dada pelo Decreto nº 6.686, de 2008)
Multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por hectare ou fração.

A Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências, em seu artigo 70 expõe textualmente que se considera infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente, ressaltando no parágrafo terceiro deste mesmo dispositivo que a autoridade ambiental que tiver conhecimento de infração ambiental é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de corresponsabilidade.

Por sua vez, o artigo 225, § 3º, da vigente Constituição Federal, assim preceitua:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Sobre esse aspecto da responsabilidade objetiva, já se posicionou o egrégio STJ, como podemos depreender dos seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. MANUTENÇÃO DE AVES SILVESTRES EM CATIVEIRO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO AGENTE POLUIDOR. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO AMBIENTAL NÃO COMPROVADO.

1. (...)

2. A responsabilidade civil objetiva por dano ambiental não exclui a comprovação da efetiva ocorrência de dano e do nexo de causalidade com a conduta do agente, pois estes são elementos essenciais ao reconhecimento do direito de reparação.

3. (...)

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1.140.549/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 14/04/2010)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DANOS AMBIENTAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE DO ADQUIRENTE. TERRAS RURAIS. RECOMPOSIÇÃO. MATAS. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. ART. 476 DO CPC. FACULDADE DO ÓRGÃO JULGADOR.

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.

(...)

3. 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 pri-

meira parte, em matéria ambiental, já temos a Lei 6.938/81, que instituiu a responsabilidade sem culpa. Quanto à segunda parte, quando nos defrontamos 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 imprudência 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, 12^a ed., 2004, pp. 326-327. (...)

(REsp 745.363/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ 18/10/2007)

No caso dos autos, entendo que milita em favor do instituto apelante a presunção de legitimidade inerente aos atos administrativos em geral. Restou evidenciado o caráter ilícito da conduta da parte autora/apelada e subsistente o auto de infração.

Não que a autoridade pública possa lançar multas e restrições contra quem quer que seja, sem precisar fazer prova da efetiva ocorrência do ilícito. Mas, para desconstituir os fundamentos da atuação, é necessário que o interessado apresente um mínimo de verossimilhança e coerência em suas alegações.

No caso em tela, não merecem guarida as alegações de atuação motivada pelo estado de necessidade, nem de desconhecimento da ilicitude (trata-se de área de preservação permanente). O desmate (denúncia em 23/01/2009, e constatação mediante fiscalização em 20/05/2010), ocorreu desde antes da fiscalização ambiental e da seca do ano de 2010, bem como não cabe alegar o desconhecimento da lei a pretexto de descumpri-la (artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Nesse diapasão, mister se faz analisar o cabimento da multa aplicada, a pertinência da redução do valor imposta, bem como o pedido de substituição da pena.

No tocante ao pedido de substituição da pena de multa, resalte-se que a legislação imputa a pena de multa à conduta praticada pela parte autora, como já exposto, e não obriga a conversão.

Destaco, ainda, que a sanção de multa independe de prévia aplicação de advertência, nos termos do § 2º da Lei 9.605/98, que prevê a aplicação desta sanção, “sem prejuízo das demais sanções previstas”.

Na hipótese sob exame, o montante da multa inicialmente aplicado (R\$ 10.000,00) foi estimado nos termos do artigo 43, *caput*, c/c artigo 3º, II e VII, do Decreto 6.514/08, que determina a aplicação de multa de cinco mil reais a cinquenta mil reais, por hectare ou fração, entendo que no caso não há que se falar de falta de proporcionalidade ou razoabilidade, visto se tratar de valor certo e único, na hipótese, dois hectares multiplicado pelo valor mínimo, totalizando os dez mil reais.

Como visto, na hipótese, podemos afirmar que não houve qualquer excesso na aplicação inicial da multa pelo agente autuante do IBAMA, que somente aplicou a legislação vigente. Entretanto, concordo com a observação de que não foram levadas em consideração as características do caso em apreço, notadamente frente ao disposto na Instrução Normativa nº 14/2009, do IBAMA, que trata da fixação da sanção de multa, em seu artigo 15, quando expõe que “a autoridade competente, ao apreciar a proporcionalidade e razoabilidade das penalidades, por ocasião do julgamento do auto de infração ou do recurso, deverá observar a existência de circunstâncias agravantes e atenuantes da pena.”

Por oportuno, destaco, ainda, para o disposto no artigo 4º do Dec. 6.514/2008, com a redação dada pelo Dec. 6.686/08, com grifos acrescidos ao original:

Art. 4º O agente autuante, ao lavrar o auto de infração, indicará as sanções estabelecidas neste Decreto, observando:

I - gravidade dos fatos, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente;

II - antecedentes do infrator, quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental; e

III - situação econômica do infrator.

§ 1º Para a aplicação do disposto no inciso I, o órgão ou entidade ambiental

§ 2º As sanções aplicadas pelo agente autuante estarão sujeitas à confirmação pela autoridade julgadora.

Desse modo, exurge o fato explicitado pelo MM. Juiz *a quo* sobre a existência de atenuantes (baixo grau de instrução ou escolaridade do autuado e colaboração com a fiscalização – artigo 16, incisos I e IV, da IN nº 14/2009 do IBAMA) e a ausência de agravante, uma vez que restou demonstrado que o demandante à época da infração detinha a posse do imóvel Fazenda Quixaba. Assim, concordo com o cabimento da redução do valor da multa ambiental para R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais).

Consta, ainda, que o imóvel é utilizado para o exercício de atividade agrícola de subsistência e que a renda auferida é de pequeno porte, o que cria sério risco à manutenção do domínio do imóvel e da perda do meio de subsistência do seu proprietário, nesse contexto, devemos ter em mente a proporcionalidade da multa aplicada e a finalidade educativa e preventiva do auto de infração.

Neste sentido, o julgamento da AC 200838000251764, Relatora a Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, TRF1, publicado no *e-DJF1* em 16/09/2011:

ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. MANUTENÇÃO EM CATIVEIRO DE ESPÉCIES PASSERIFORMES DA FAUNA SILVESTRE BRASILEIRA SEM AUTORIZAÇÃO DO IBAMA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRAZO. NATUREZA NÃO PEREMPTÓRIA PARA ADMINISTRAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. LEI Nº 9.873/99. SEM OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. LEGITIMIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. PARÂMETROS LEGAIS DA MULTA ADMINISTRATIVA. ARTS. 74 E 75 DA LEI Nº 9.605/98 E DECRETO Nº 3.179/99. DESCONSIDERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO CASO. APELANTE DE BAIXA RENDA. PRIN-

CÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. JUÍZO DE ADEQUABILIDADE. REDUÇÃO DA MULTA AO VALOR MÍNIMO LEGAL POR ESPÉCIE.

1. (...)

4. A multa imposta com base no art. 70 da Lei nº 9.605/98, c/c art. 46 do mesmo diploma legal não constitui ofensa ao princípio da legalidade. Precedentes (...). Tal entendimento também é aplicável no que tange ao art. 29 da Lei nº 9.605/98.

5. Parâmetros mínimo e máximo para aplicação da multa administrativa previstos nos arts. 74 e 75 da Lei nº 9.605/98. O Decreto nº 3.179/99, em seu art. 6º, estabelece que, na fixação do valor da multa, sejam consideradas as circunstâncias do caso, tais como a gravidade dos fatos, antecedentes e situação econômica do infrator. A regra é colidente com a prevista no art. 11, que fixa a multa em parâmetro único de R\$ 500,00 por exemplar.

6. Juízo de adequabilidade principiológico. Princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da proteção ao meio ambiente. Infrator de baixa renda, sem antecedentes. Finalidade educativa e preventiva do auto de infração, mas que não pode implicar em confisco.

7. Apelação provida, em parte, para reduzir o valor da multa para o montante de R\$ 50,00 por unidade, no total de R\$ 4.000,00.

8. Sem condenação em honorários, em vista da reciprocidade da sucumbência.

Manutenção da verba honorária advocatícia, considerando o disposto no artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

Diante do exposto, nego provimento às apelações.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0803647-84.2013.4.05.8100 (PJe)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO ROBERTO MACHADO (CONVOCADO)
Apelantes: RENATA GUIMARÃES SOUSA E OUTRO
Apelados: FAZENDA NACIONAL E OUTRO
Advs./Procs.: DRS. TIAGO BATISTA REBOUÇAS E TIAGO BATISTA REBOUÇAS

EMENTA: ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÕES. INTERNA-LIZAÇÃO DE BENS E VALORES EM MOEDA ESTRANGEIRA EM BAGAGEM. RETENÇÃO E TRIBUTAÇÃO.

- Remessa oficial e apelações interpostas contra sentença de parcial procedência do pedido da autora, deduzido ante os procedimentos adotados pela Receita Federal quando da sua chegada ao Brasil em voo proveniente da Itália, quanto a bens e valores em moeda estrangeira, que portava quando de sua entrada em território nacional.

- É certo que a Receita Federal desembarçou, mediante paga de tributo, os seguintes bens: 1 sapato, 5 camisas femininas, 1 macacão feminino, 2 perfumes, 3 cremes, 3 sabonetes, 2 calças infantis, 2 saias infantis, 2 macacões infantis, 1 celular smartphone, 1 caixa acústica para celular e 2 máquinas de café nespresso. A autoridade fazendária, contudo, não desembarçou 3 bolsas, 2 óculos, 3 blusas, 6 telefones sem fio, 3 calças, 4 aparelhos celulares e 2 maquiagens, retendo 6.545,00, quantia correspondente ao que excedeu ao equivalente a R\$ 10.000,00, que foi liberado.

- O Juízo a quo entendeu que, apenas em relação a uma parte dos bens desembarçados e não desembarçados (1 sapato, 5 camisas femininas, 1 macacão feminino, 2 perfumes, 3 cremes, 3

sabonetes, 1 celular smartphone, 3 blusas, 3 calças e 2 maquiagens), caberia falar em inexistência de relação jurídica tributária (por se tratar de bens de uso ou consumo pessoal), impondo, em decorrência, a devolução proporcional dos valores pagos pela autora e a liberação dos bens, mantendo, no mais, a autuação aduaneira.

- A autora apelou, pretendendo a restituição de todos os bens e valores retidos, sem o pagamento de qualquer tributo. Por sua vez, a Fazenda Nacional recorreu, buscando a manutenção da inteireza dos procedimentos da Receita Federal.

- A restituição proporcional de tributos pagos, para fins de desembaraço aduaneiro, de 1 sapato, 5 camisas femininas, 1 macacão feminino, 2 perfumes, 3 cremes, 3 sabonetes e 1 celular smartphone, e à liberação, com isenção, de 3 blusas, 3 calças e 2 maquiagens, tratando-se de bens de uso ou consumo pessoal, são medidas que se impõem, na linha da sentença, ante os comandos dos arts. 155, IV, e 157, I, do Decreto nº 6.759/2009 e dos arts. 2º, incisos VI e VII, e § 1º, e 33, II, da IN/RFB nº 1.059/2010.

- Também deveriam ser liberados sem tributação os seguintes bens: 2 calças infantis, 2 saias infantis, 2 macacões infantis, 3 bolsas e 2 óculos. Isso porque, quanto às vestimentas infantis, são pertencentes exatamente às duas filhas da autora, justificando-se o quantitativo e ressaltando-se, ainda, o seu pequeno valor. Acerca das bolsas e óculos, é possível enquadrá-los como bens de uso/consumo pessoal, notadamente à vista da quantidade trazida, que não permite compreender se destinassem à eventual revenda. Assim, alargo os efeitos da procedência do pedido da autora, reconhecendo-lhe o direito ao desembaraço, com isenção de tributos, também em relação a esses bens.

- No que respeita aos demais bens (1 caixa acús-

tica para celular, 2 máquinas de café nespresso, 6 telefones sem fio e 4 aparelhos celulares), eletroeletrônicos, não são passíveis de enquadramento na categoria de bens de uso ou consumo pessoal, a teor da definição legal, inexistindo, outrossim, prova de que restaram atendidos os limites legais de entrada isenta. Desse modo, em relação a esses bens, apenas se deve garantir à autora que a tributação incida unicamente sobre o montante que exceda o limite de valor global de quinhentos dólares, à vista do regramento dos arts. 101, 102, I, e 157, III, do Decreto nº 6.759/2009, e do art. 33, III, a, e § 1º, V e VI, da IN/RFB nº 1.059/2010.

- Sobre a alegação de se tratar de bens de uso doméstico, porque a autora teria dupla residência (brasileira e italiana, por viver em união estável com italiano, com quem tivera as duas filhas), o que chamaria à aplicação do art. 35, I, da IN/RFB nº 1.059/2010, não houve comprovação do atendimento à exigência temporal estatuída no referido dispositivo: a autora teria que demonstrar residência no exterior por mais de um ano. Ademais, ainda que a casa da autora seja ampla, não se mostra crível sua alegação de que os 4 celulares e os 6 telefones sem fio se destinariam ao uso pessoal, no âmbito doméstico, para dar maior conforto aos moradores e visitas; e para o exercício profissional, porque não demonstrada a necessidade.

- Encontram respaldo no art. 65 da Lei nº 9.069/95 a retenção e o posterior perdimento, após o devido processo legal, de valores em moeda estrangeira irregularmente internalizados, excedentes de R\$10.000,00. In casu, a prova documental revela que, dos valores em moeda alienígena trazidos do exterior de modo irregular pela autora, foi liberado o equivalente a R\$10.000,00, sendo retido o montante excedente a tal limite, no im-

porte de 6.545,00, correspondente a R\$ 19.700,45, não declarado na entrada pela autora. Está demonstrado, outrossim, que foi dada oportunidade de defesa administrativa à postulante, mas ela o fez de modo intempestivo, limitando-se a afirmar que tal montante se trataria de ajuda mensal dada pelo companheiro italiano à família brasileira (não havendo, registre-se, prova dessa frequência) e que desconhecia a situação de irregularidade de sua entrada ao Brasil com tal numerário. Essas alegações não são suficientes a ensejar a devolução da quantia à autora, porque a retenção e o perdimento correspondem exatamente à sanção pela não declaração, sendo irrelevante a eventual origem lícita do dinheiro (cf. STJ, 1T, EDcl no AgRg no REsp 1139928/RJ), além do que a ninguém é dado escusar-se de cumprir a lei sob a alegação de desconhecê-la, não sendo, em verdade, crível que a autora desconhecesse aquela previsão legal, seja porque suas viagens eram frequentes, segundo afirma, seja porque demonstra conhecimento até da legislação estrangeira pertinente, ao acentuar que saiu da União Europeia com o máximo de dinheiro permitido pelo Bloco. De se frisar, nesse tocante, que o atendimento à legislação alienígena, quanto à saída de valores, não vincula, nem dispensa a observância do ordenamento jurídico brasileiro, no pertinente às regras de entrada de numerário no território nacional, sublinhando-se que o princípio da reciprocidade do direito internacional rege a relação entre Estados, mas não a relação entre o Estado e a pessoa que ingressa em suas fronteiras.

- A irregularidade da internação, em território nacional, de bens constantes da bagagem legítima sua retenção, não cabendo falar em apreensão como meio coercitivo para pagamento de tributos.

- O simples desconforto causado à pessoa submetida à fiscalização pelas autoridades aduaneiras não é, por regra, do tipo a causar dano moral, conclusão que se ratifica diante da inexistência de prova de que os agentes estatais tenham atuado de modo excessivo ou abusivo.

- Remessa oficial e apelação da União desprovidas. Apelação da autora parcialmente provida, para reconhecer seu direito ao desembaraço com isenção de tributos de todos os produtos enquadráveis como de uso/consumo pessoal (1 sapato, 5 camisas femininas, 1 macacão feminino, 2 perfumes, 3 cremes, 3 sabonetes, 1 celular smartphone, 3 blusas, 3 calças, 2 maquiagens, 2 calças infantis, 2 saias infantis, 2 macacões infantis, 3 bolsas e 2 óculos), garantindo-lhe, ainda, em relação aos demais bens (1 caixa acústica para celular, 2 máquinas de café nespresso, 6 telefones sem fio e 4 aparelhos celulares), que do montante total correspondente seja deduzida a cota de isenção (US\$ 500,00), incidindo o tributo devido apenas sobre o excedente, a ser apurado em execução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial e à apelação da Fazenda Nacional e, por maioria, dar parcial provimento à apelação da autora, nos termos do voto do Relator. Vencido o Desembargador Federal José Maria Lucena, que dava provimento à apelação da autora em maior extensão, para condenar a ré em indenização por danos morais no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Recife, 23 de outubro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO ROBERTO MACHADO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO (Convocado):

Trata-se de remessa oficial e de apelações interpostas contra sentença de parcial procedência de ação proposta por RENATA GUIMARÃES SOUSA contra a UNIÃO (FAZENDA NACIONAL), em vista de procedimentos realizados pela Receita Federal quando do seu desembarque, em aeroporto cearense, de voo proveniente da Itália (onde também teria residência, com visto de permanência definitiva), tendo a autoridade aduaneira retido bens e valores em moeda estrangeira de sua propriedade, obrigando-a ao pagamento de tributos para efeito de liberação de alguns bens de seu uso pessoal. Na ação, a autora pediu a condenação da ré na restituição dos bens e valores apreendidos, ainda retidos, bem como a devolver, com a aplicação de correção monetária e juros, os montantes recolhidos a título de tributo, pugnano pela condenação da UNIÃO na obrigação de realizar desagravo público e a pagar indenização por danos morais. O Juízo *a quo* acatou apenas o pedido “para reconhecer a inexistência de relação jurídico-tributária a obrigar a parte autora ao recolhimento de tributos sobre os bens de seu uso ou consumo pessoal componentes da bagagem trazida consigo por ocasião de seu retorno ao Brasil verificado no dia 30/09/2013”, listando, a esse título, 1 sapato, 5 camisas femininas, 1 macacão feminino, 2 perfumes, 3 cremes, 3 sabonetes e 1 celular *smartphone*. Manteve, no mais, a autuação fazendária, condenando a UNIÃO no ressarcimento do valor proporcional do tributo recolhido e apurado sobre os bens de uso ou consumo pessoal da autora já desembaraçados, corrigido pela SELIC.

Em sua apelação, a autora alegou: 1) os itens constantes de sua bagagem (2 calças infantis, 2 saias infantis, 2 macacões infantis, 3 bolsas, 2 óculos, 1 caixa acústica para celular, 2 máquinas de café nespresso, 6 telefones sem fio e 4 celulares) poderiam ser considerados de uso pessoal, para fins de isenção fiscal, em vista das regras inscritas nos arts. 155, I e IV, e 157, I e III, do Decreto nº 6.759/2009, e no art. 2º, II, VI e VII, da IN/RFB nº 1.059/2010, ante as peculiaridades do caso concreto, notadamente o fato de ter residência também na Itália, ter duas filhas pequenas e

os utensílios trazidos serem de natureza doméstica, a serem empregados em sua residência brasileira, sem destinação comercial; 2) a sentença não teria aplicado corretamente a isenção prevista no inciso III do art. 33 da IN/RFB nº 1.059/2010, que permitiria a importação de outros bens pelo viajante (que não os de índole pessoal), sem o pagamento de tributos até o limite de US\$500,00, sendo tributável apenas o que excedesse aquele teto; 3) o número que teria trazido do exterior (6.545,00) possuiria origem e destinação lícitas, de modo que não poderia ser retido pela Receita Federal, mormente sem a realização do devido processo legal, caracterizando como desproporcional o perdimento da quantia em favor dos cofres públicos, dada sua licitude e natureza alimentar; 4) reiterou a tese de configuração de dano moral, capaz de justificar sua pretensão reparatória.

A UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) igualmente apelou, advogando que a autora não teria respeitado a legislação de regência, tentando internalizar mercadorias no território nacional sem observância dos limites e condições legais. Contrarrazões recursais juntadas por ambas as partes (Id. 4058100.409245 e 4058100.423062).

É o relatório.

Sendo caso de dispensa de revisão, peço dia para julgamento.

VOTO

O DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO (Relator Convocado):

Trata-se de remessa oficial e apelações interpostas contra sentença de parcial procedência do pedido da autora, deduzido ante os procedimentos adotados pela Receita Federal quando da sua chegada ao Brasil em voo proveniente da Itália, quanto a bens e valores em moeda estrangeira, que portava quando de sua entrada em território nacional. Tenho comigo que a sentença merece parcial reforma.

É certo que a Receita Federal desembaraçou, mediante paga de tributo (no valor de R\$ 4.427,68), os seguintes bens: 1 sapato, 5 camisas femininas, 1 macacão feminino, 2 perfumes, 3 cremes, 3 sabonetes, 2 calças infantis, 2 saias infantis, 2 macacões infantis,

1 celular *smartphone*, 1 caixa acústica para celular e 2 máquinas de café nespresso. A autoridade fazendária, contudo, não desembaraçou 3 bolsas, 2 óculos, 3 blusas, 6 telefones sem fio, 3 calças, 4 aparelhos celulares e 2 maquiagens, retendo R\$6.545,00, quantidade correspondente ao que excedeu ao equivalente a R\$10.000,00, que foi liberado. O Juízo *a quo* entendeu que, apenas em relação a uma parte dos bens desembaraçados e não desembaraçados (1 sapato, 5 camisas femininas, 1 macacão feminino, 2 perfumes, 3 cremes, 3 sabonetes, 1 celular *smartphone*, 3 blusas, 3 calças e 2 maquiagens), caberia falar em inexistência de relação jurídica tributária (por se tratar de bens de uso ou consumo pessoal), impondo, em decorrência, a devolução proporcional dos valores pagos pela autora e a liberação dos bens, mantendo, no mais, a autuação aduaneira. A autora apelou, pretendendo a restituição de todos os bens e valores retidos, sem o pagamento de qualquer tributo. Por sua vez, a Fazenda Nacional recorreu, buscando a manutenção da inteireza dos procedimentos da Receita Federal. Quanto à restituição proporcional de tributos pagos, para fins de desembaraço aduaneiro, de 1 sapato, 5 camisas femininas, 1 macacão feminino, 2 perfumes, 3 cremes, 3 sabonetes e 1 celular *smartphone*, e à liberação, com isenção, de 3 blusas, 3 calças e 2 maquiagens, tratando-se de bens de uso ou consumo pessoal, são medidas que se impõem, na linha da sentença, ante os comandos dos arts. 155, IV, e 157, I, do Decreto nº 6.759/2009 e dos arts. 2º, incisos VI e VII e § 1º, e 33, II, da IN/RFB nº 1.059/2010. Tenho para mim que também deveriam ser liberados sem tributação os seguintes bens: 2 calças infantis, 2 saias infantis, 2 macacões infantis, 3 bolsas e 2 óculos. Isso porque, quanto às vestimentas infantis, são pertencentes exatamente às duas filhas da autora, justificando-se o quantitativo e ressaltando-se, ainda, o seu pequeno valor. Acerca das bolsas e óculos, é possível enquadrá-los como bens de uso/consumo pessoal, notadamente à vista da quantidade trazida, que não permite compreender se destinassem à eventual revenda. Assim, alargo os efeitos da procedência do pedido da autora, reconhecendo-lhe o direito ao desembaraço, com isenção de tributos, também em relação a esses bens. No que respeita aos demais bens (1 caixa acústica para celular, 2 máquinas de café nespresso, 6 telefones sem fio e 4 aparelhos celulares), eletroeletrônicos, não são passíveis de enquadramento na categoria

de bens de uso ou consumo pessoal, a teor da definição legal, inexistindo, outrossim, prova de que restaram atendidos os limites legais de entrada isenta. Desse modo, em relação a esses bens, apenas se deve garantir à autora que a tributação incida unicamente sobre o montante que exceda o limite de valor global de quinhentos dólares, à vista do regramento dos arts. 101, 102, I, e 157, III, do Decreto nº 6.759/2009, e do art. 33, III, a, e § 1º, V e VI, da IN/RFB nº 1.059/2010. Quanto à alegação de se tratar de bens de uso doméstico, porque a autora teria dupla residência (brasileira e italiana, por viver em união estável com italiano, com quem tivera as duas filhas), o que chamaria à aplicação do art. 35, I, da IN/RFB nº 1.059/2010, não houve comprovação do atendimento à exigência temporal estatuída no referido dispositivo: a autora teria que demonstrar residência no exterior por mais de um ano. Ademais, ainda que a casa da autora seja ampla, não se mostra crível sua alegação de que os 4 celulares e os 6 telefones sem fio se destinariam ao uso pessoal, no âmbito doméstico, para dar maior conforto aos moradores e visitas; e para o exercício profissional, porque não demonstrada a necessidade. De seu turno, encontram respaldo no art. 65 da Lei nº 9.069/95 a retenção e o posterior perdimento, após o devido processo legal, de valores em moeda estrangeira irregularmente internalizados, excedentes de R\$ 10.000,00.

In casu, a prova documental revela que, dos valores em moeda alienígena trazidos do exterior de modo irregular pela autora, foi liberado o equivalente a R\$ 10.000,00, sendo retido o montante excedente a tal limite, no importe de R\$ 6.545,00, correspondente a R\$ 19.700,45, não declarado na entrada pela autora. Está demonstrado, outrossim, que foi dada oportunidade de defesa administrativa à postulante, mas ela o fez de modo intempestivo, limitando-se a afirmar que tal montante se trataria de ajuda mensal dada pelo companheiro italiano à família brasileira (não havendo, registre-se, prova dessa frequência) e que desconhecera a situação de irregularidade de sua entrada ao Brasil com tal numerário. Salta aos olhos que essas alegações não são suficientes a ensejar a devolução da quantia à autora, porque a retenção e o perdimento correspondem exatamente à sanção pela não declaração, sendo irrelevante a eventual origem lícita do dinheiro, além do que

a ninguém é dado escusar-se de cumprir a lei sob a alegação de desconhecê-la, não sendo, em verdade, crível que a autora desconhecesse aquela previsão legal, seja porque suas viagens eram frequentes, segundo afirma, seja porque demonstra conhecimento até da legislação estrangeira pertinente, ao acentuar que saiu da União Europeia com o máximo de dinheiro permitido pelo Bloco. De se frisar, nesse tocante, que o atendimento à legislação alienígena, quanto à saída de valores, não vincula, nem dispensa a observância do ordenamento jurídico brasileiro, no pertinente às regras de entrada de numerário no território nacional, sublinhando-se que o princípio da reciprocidade do direito internacional rege a relação entre Estados, mas não a relação entre o Estado e a pessoa que ingressa em suas fronteiras. Não se perca de vista que a irregularidade da internação, em território nacional, de bens constantes da bagagem no país legitima sua retenção, não cabendo falar em apreensão como meio coercitivo para pagamento de tributos.

De resto, cumpre destacar que o simples desconforto causado à pessoa submetida à fiscalização pelas autoridades aduaneiras não é, por regra, do tipo a causar dano moral, conclusão que se ratifica diante da inexistência de prova de que os agentes estatais tenham atuado de modo excessivo ou abusivo. Assim, voto no sentido de negar provimento à remessa oficial e à apelação da União e dou parcial provimento à apelação da autora, para reconhecer seu direito ao desembaraço com isenção de tributos de todos os produtos enquadráveis como de uso/consumo pessoal (1 sapato, 5 camisas femininas, 1 macacão feminino, 2 perfumes, 3 cremes, 3 sabonetes, 1 celular *smartphone*, 3 blusas, 3 calças, 2 maquiagens, 2 calças infantis, 2 saias infantis, 2 macacões infantis, 3 bolsas e 2 óculos), garantindo-lhe, ainda, em relação aos demais bens (1 caixa acústica para celular, 2 máquinas de café nespresso, 6 telefones sem fio e 4 aparelhos celulares), que do montante total correspondente seja deduzida a cota de isenção (US\$ 500,00), incidindo o tributo devido apenas sobre o excedente, a ser apurado em execução. No mais, resta mantida a sentença.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 9.635-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: AMC
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Adv./Proc.: DR. DANIEL ALVES PESSOA (APTE.)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE INJÚRIA RACIAL CONTRA FUNCIONÁRIO PÚBLICO. ART. 140, § 3º, C/C ART. 141, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. ACUSADA QUE PROFERIU PALAVRAS DE CU-NHO PEJORATIVO E CONOTAÇÃO RACIAL CONTRA POLICIAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DE SUA FUNÇÃO. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. HONRA SUBJETIVA DA VÍTIMA ATINGIDA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA INJÚRIA COMUM. IMPOSSIBILIDADE. ILICITUDE NA OBTENÇÃO DOS MEIOS DE PROVA POR VIOLAÇÃO DA ESFERA DE INTIMIDADE DA ACUSADA. INOCORRÊNCIA. APELO IMPROVIDO.

- *Apelação criminal interposta por AMC contra sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte que julgou procedente a denúncia, condenando a recorrente pela prática da conduta prevista no art. 140, § 3º, c/c art. 141, II, ambos do Código Penal, à pena definitiva de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, substituída por uma pena restritiva de direitos e multa.*

- *Narra a denúncia que a recorrente proferiu palavras de conteúdo pejorativo e racial contra a vítima, policial federal, porquanto “no dia 28 de outubro de 2010, AMC dirigiu-se à sede da Polícia Federal do Rio Grande do Norte, com a finalidade de requerer a expedição de passaporte para a sua filha NCMS, oportunidade em que,*

descontente com o fato de não dispor de toda a documentação necessária para tanto e, portanto, ter sido informada pelo APF VSV, supervisor do setor de passaporte da SR/DPF/RN, que não poderia emitir mencionado documento, passou a proferir palavras em tom depreciativo em face do referenciado servidor, sobretudo em conotação racial, nos seguintes termos: (...), chegando a afirmar, inclusive, que ‘PODE SER PRECONCEITO COMO FOR, FALO MESMO’”.

- Nas razões recursais, AMC, preliminarmente, requereu o reconhecimento da incompetência da Justiça Federal. No mérito, sustentou a inexistência dos fatos ou, alternativamente, dúvida razoável quanto à existência destes. Aduziu, ainda, a atipicidade da conduta. Subsidiariamente, requer a desclassificação do delito para injúria comum – art. 140, caput, do CP. Por fim, pediu a absolvição por ilicitude da obtenção dos meios de provas.

- O tipo penal em foco sanciona, pois, o insulto que atinge a honra subjetiva do sujeito passivo, ferindo o conceito (a imagem, a respeitabilidade e o amor-próprio) que a vítima tem de si mesma. O delito considera-se consumado quando o insulto chega ao conhecimento da vítima, independentemente de terceiros tomarem conhecimento ou não.

- Não há que se falar em incompetência da Justiça Federal na medida em que a prática delituosa se dirigiu a policial federal no exercício de suas funções, atraindo, assim, a incidência da Súmula 147 do STJ (“Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função”).

- Afastadas as alegações de inexistência dos fatos e/ou dúvida razoável quanto à existência destes e atipicidade da conduta. Excertos da sen-

tença transcritos adotados como razão de decidir por seus próprios fundamentos.

- Indeferimento do pedido de desclassificação do delito para injúria comum – art. 140, caput, do CP, porquanto a ofensa proferida apresentou conteúdo pejorativo, com conotação de preconceito racial, dirigindo-se a funcionário público no exercício de suas funções.

- Afastada a alegação de ilicitude da obtenção dos meios de provas por violação à esfera íntima da ré, a uma, pela inexistência de poder hierárquico entre a vítima e as testemunhas Danielle Vale e Laksimi Alves, não tendo havido qualquer solicitação da vítima para que as testemunhas seguissem a acusada; a duas, pelo conjunto probatório carreado aos autos conclui-se que inexistiu invasão de privacidade na medida em que os insultos, pelo tom de voz da ré, podiam ser escutados por qualquer pessoa que estivesse próxima à acusada; a três, da análise das imagens, depreende-se que a acusada, antes de passar pela porta giratória, falou alguma coisa para a recepcionista Danielle Teixeira, tendo, inclusive, gesticulado com o braço esquerdo em direção à mesma; a quatro, a acusada não dirigiu as ofensas às pessoas que lhe acompanhavam (sua filha e a amiga CS) porquanto estas últimas já tinham ultrapassado a porta giratória da recepção.

**- Não merece reparo a sentença recorrida, tendo o juízo a quo analisado, com precisão e ponderação, todas as circunstâncias da prática delituo-
sa sem deixar de atentar para qualquer detalhe. Apelação criminal a que se nega provimento em consonância com o parecer ministerial.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apela-

ção, nos termos do relatório e voto constantes dos autos que integram o presente julgado.

Recife, 28 de agosto de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de apelação criminal interposta por AMC contra sentença (fls. 211/226) do MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte que julgou procedente a denúncia, condenando a recorrente pela prática da conduta prevista no art. 140, § 3º, c/c art. 141, II, ambos do Código Penal, à pena definitiva de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, substituída por uma restritiva de direitos e multa.

Segundo narra a exordial acusatória (fls. 3/10):

No dia 28 de outubro de 2010 ANA MARIA MEDEIROS CAVALCANTI dirigiu-se à sede da Polícia Federal no Rio Grande do Norte, com a finalidade de requerer a expedição de passaporte para a sua filha NATÁLIA CALVALCANTI MEDEIROS E SILVA, oportunidade em que, descontente, com o fato de não dispor de toda a documentação necessária para tanto e, portanto, ter sido informada pelo APF VALTER SOLANO VALE, supervisor do setor de passaporte da SR/DPF/RN, que não poderia emitir mencionado documento, passou a proferir palavras em tom depreciativo em face de referenciado servidor, sobretudo com conotação racial (...).

A sentença recorrida foi assim ementada (fl. 211):

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME DE INJÚRIA. PALAVRAS DEPRECIATIVAS. CUNHO RACISTA. SERVIDOR PÚBLICO. EXERCÍCIO DE FUNÇÃO. PRESENÇA DO *ANIMUS INJURIANDI*. CONDENAÇÃO.

1. Ao referir-se a funcionário público mediante a utilização de palavras de cunho depreciativo e racista, o agente pratica o crime de injúria previsto no art. 140, § 3º, do Código Penal.

2. Verifica-se a presença do *animus injuriandi*, que caracteriza o dolo no crime de injúria, quando comprovado que o agente teve a real intenção de ofender a honra subjetiva da vítima.
3. Não tendo a vítima provocado, de forma reprovável, a injúria, não há de ser aplicado o disposto no art. 140, § 1º, I, do Código Penal.
4. Procedência da denúncia.

A recorrente ANA MARIA MEDEIROS CAVALCANTI apresentou apelação requerendo, em suma, que seja reconhecida a incompetência da Justiça Federal para o julgamento do feito. Também, invoca a inexistência dos fatos ou, alternativamente, dúvida razoável quanto à existência destes. Aduz, ainda, a atipicidade da conduta. Subsidiariamente, requer a desclassificação do delito para injúria comum – art. 140, *caput*, do CP. Por fim, pede a absolvição da recorrente por ilicitude da obtenção dos meios de provas, com fulcro no art. 386 do Código de Processo Penal (fls. 238/283).

Foram apresentadas contrarrazões no sentido do não provimento da apelação (fls. 286/287).

O Procurador Regional da República, Dr. ALEX AMORIM DE MIRANDA, ofertou parecer assim ementado (fls. 289/292):

PENAL. CRIME CONTRA HONRA. INJÚRIA. SERVIDOR PÚBLICO. EXERCÍCIO DA FUNÇÃO. PALAVRAS DEPRECIATIVAS DE CUNHO RACISTA. ART. 140, § 3º, CP, PARERECER PELO NÃO PROVIMENTO DO APELO.

1. Referir-se a funcionário público, no exercício das funções, com palavras depreciativas e de cunho racista, caracteriza o crime do art. 140, § 3º, do CP (injúria qualificada).
2. Pelo não provimento da apelação.

Relatei.

Ao eminente Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Trata-se de apelação criminal interposta por ANA MARIA MEDEIROS CAVALCANTI contra sentença proferida pelo Juízo da 2ª

Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte que julgou procedente a denúncia, condenando a recorrente pela prática da conduta prevista no art. 140, § 3º, c/c art. 141, II, ambos do Código Penal, à pena definitiva de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, substituída por uma pena restritiva de direitos e multa.

Narra a denúncia que “no dia 28 de outubro de 2010, ANA MARIA MEDEIROS CAVALCANTI dirigiu-se à sede da Polícia Federal do Rio Grande do Norte, com a finalidade de requerer a expedição de passaporte para a sua filha NATÁLIA CAVALCANTI MEDEIROS E SILVA, oportunidade em que, descontente com o fato de não dispor de toda a documentação necessária para tanto e, portanto, ter sido informada pelo APF VALTER SOLANO VALE, supervisor do setor de passaporte da SR/DPF/RN, que não poderia emitir mencionado documento, passou a proferir palavras em tom depreciativo em face do referenciado servidor, sobretudo em conotação racial, nos seguintes termos: ‘QUEM ESSE MACACO PENSA QUE É PARA ME DAR AS COSTAS?’; ‘NEGRO É FODA, QUANDO NÃO CAGA NA ENTRADA, CAGA NA SAÍDA’, chegando a afirmar, inclusive, que ‘PODE SER PRECONCEITO COMO FOR, FALO MESMO’”.

Nas razões recursais, ANA MARIA MEDEIROS CAVALCANTI, preliminarmente, requereu o reconhecimento da incompetência da Justiça Federal. No mérito, sustentou a inexistência dos fatos ou, alternativamente, dúvida razoável quanto à existência destes. Aduziu, ainda, a atipicidade da conduta. Subsidiariamente, requer a desclassificação do delito para injúria comum – art. 140, *caput*, do CP. Por fim, pediu a absolvição por ilicitude da obtenção dos meios de provas.

Entendo que a sentença não merece reforma. Explico.

O órgão acusador imputa à recorrente a prática do tipo penal descrito no art. 140, § 3º, do Código Penal, assim redigido:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

(...)

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997)

O tipo penal em foco sanciona, pois, o insulto que atinge a honra subjetiva do sujeito passivo, ferindo o conceito (a imagem, a respeitabilidade e o amor-próprio) que a vítima tem de si mesma. O delito considera-se consumado quando o insulto chega ao conhecimento da vítima, independentemente de terceiros tomarem conhecimento ou não.

Pois bem.

Preliminarmente, no que toca à competência para processar e julgar o feito, penso ser inequivocamente da esfera da Justiça Comum Federal.

In casu, os autos versam sobre ofensa – praticada pela recorrente mediante a utilização de palavras de cunho depreciativo e racista –, à dignidade de funcionário público federal no exercício de suas funções junto à Polícia Federal, num contexto de insatisfação da ré com o desempenho funcional do agente policial, ora vítima.

Nestes termos, não há que se falar em incompetência da Justiça Federal na medida em que a prática delituosa se dirigiu a policial federal no exercício de suas funções, atraindo, assim, a incidência da Súmula 147 do STJ (“Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função”).

Melhor sorte não socorre quanto à alegação de inexistência dos fatos e/ou dúvida razoável quanto à existência destes, além da atipicidade da conduta. No ponto, como medida de celeridade e economia processual, colho do *decisum* recorrido, o seguinte ex-certo, ora adotado como razão de decidir por seus próprios fundamentos (fls. 211/226):

(...)

No caso dos autos, a materialidade e a autoria do delito sob estudo restaram comprovadas pelos depoimentos prestados perante este Juízo, através de sistema audiovisual (cd-rom à fl. 118). Com efeito, **as testemunhas Danielle Vale Rabelo Teixeira e Laksimi Alves Barbosa da Silva, recepcionistas do setor de atendimento do Departamento de Polícia Federal do RN, afirmaram ter ouvido a acusada proferir, perante todos os presentes, quando estava saindo do prédio, próximo à porta giratória que fica na recepção da SR/DPF/RN, palavras em tom depreciativo, sobretudo com conotação racial, em relação ao agente Valter Solano Vale, nos seguintes termos:**

“- Quem esse macaco pensa que é para me dar as costas?”

“- Negro é foda, quando não caga na entrada, caga na saída”,

Ainda segundo as referidas testemunhas, a acusada chegou a arrematar:

“- Pode ser preconceito como for, falo mesmo!”.

Essas palavras injuriosas, ainda pelo que consta dos depoimentos das testemunhas em referência, chegaram ao conhecimento da pessoa ofendida, ou seja, do agente Valter Solano, o que foi confirmado por ele, em seu depoimento prestado perante este Juízo.

Veja-se, pois, o que cada um deles disse em seus respectivos depoimentos, documentados através de sistema audiovisual, que seguem em transcrição livre:

A testemunha Laksimi Alves Barbosa da Silva, funcionária do Setor de Recepção do Departamento de Polícia Federal do RN, informou que, à época dos fatos, trabalhava na recepção. A acusada foi duas vezes ao Departamento de Polícia Federal no RN e, nas duas vezes, quem fez o atendimento inicial foi a testemunha, tendo a acusada tratado a testemunha muito bem. Nas duas vezes em que esteve na Polícia Federal, a acusada chegou tranquila. **A acusada, quando falou as palavras ofensivas, estava acompanhada da filha e de uma outra senhora. Que a acusada proferiu as palavras antes de sair pela porta giratória. A acusada falou em voz alta, mas não muito alta. A acusada estava falando como quem fica falando sozinha. Ela**

ouviu quando a acusada disse “Macaco é foda. Quando não caga na entrada, caga na saída”. Não recebeu nenhum contato do Setor de Passaportes logo após o ocorrido, nem nenhuma orientação do agente Valter Solano. Só ficou sabendo do que tinha acontecido no atendimento do passaporte depois das palavras que foram ditas pela acusada. Após o ocorrido, a recepcionista Danielle Teixeira foi falar com o agente de plantão acerca do fato. Não desconfiou acerca de a quem a acusada estava se referindo quando falou as palavras injuriosas. Não tinha muita gente na recepção no horário do ocorrido. A relação que tem com o agente Valter Solano é de coleguismo. Era possível o agente de segurança, que estava na porta giratória, ter escutado as palavras injuriosas da acusada. A distância entre a porta dos servidores, em frente à qual o segurança fica, é menor que a distância entre o balcão da recepção onde a testemunha estava na ocasião. A testemunha foi ao Setor de Passaporte logo após a saída da acusada e falou com a atendente Marli, para ajudar a agilizar o atendimento de uma outra pessoa que queria pegar apenas o número de seu passaporte. Após o episódio, foi à sala do agente Solano comentar o fato. Foi Danielle Teixeira quem perguntou à testemunha se ela (testemunha) tinha ouvido o que a acusada tinha dito na hora do ocorrido.

A atendente do Setor de Passaportes Marli Kalene, disse, em síntese, que foi ela quem atendeu a acusada, na primeira vez em que a acusada esteve na Polícia Federal, a fim de retirar o passaporte. Quando a testemunha começou a explicar que a carteira de identidade da filha da acusada teria que ser mudada, a acusada alterou a voz, razão pela qual a testemunha chamou o agente Valter Solano para solucionar o problema. Valter Solano ficou explicando as normas e a impossibilidade de ser concedido o passaporte, durante a qual a acusada continuou a falar com ele com voz alterada. Ambos falavam em voz alta, tendo a acusada iniciado a discussão. A testemunha ficou um pouco afastada e escutou o diálogo. Que tanto a acusada quanto a vítima passaram a falar em voz alta. Não lembrava se algum dos dois, nesse caso, agrediu com palavras o outro. **No segundo dia, ou seja, da segunda vez, não atendeu a acusada e achava que quem a teria atendido tinha sido Thainá. Foi só Thainá quem atendeu a acusada, na segun-**

da oportunidade. Nessa oportunidade, a acusada e o agente Solano conversavam em voz alta, chamando a atenção de todos. Não lembrava como tinha terminado o atendimento dado pelo agente Solano à acusada. Não ouviu o agente Solano solicitar a algum funcionário que acompanhasse a acusada. A recepcionista Danielle Teixeira foi ao Setor de Passaportes apenas após o entrevero e entrou na sala do agente Solano para comentar o fato.

A vítima Valter Solano Vale, agente do Departamento de Polícia Federal do RN, vítima do caso examinado, ao ser ouvido como declarante, aduziu que a acusada foi tirar o passaporte de sua filha e estava sendo atendida pela servidora Marli, quando foi verificado que a carteira de identidade da referida menor estava desatualizada. Quando a atendente viu que a acusada estava exaltada, chamou o declarante para auxiliá-la no atendimento, tendo este ratificado as informações dadas à acusada pela atendente, mostrando-lhe a instrução normativa que exigia o documento em questão. Disse a vítima à acusada ainda nessa oportunidade, que ela providenciasse a documentação faltante que ele a encaixaria no atendimento do dia seguinte. Ao retornar, no dia seguinte, a acusada foi atendida pela pessoa de Thainá e, desta feita, não trouxe a autorização do pai da menor para obtenção do passaporte, tendo por esse motivo sido-lhe informado que, dessa forma, não seria possível ainda tirar o passaporte da menor. Ao tomar conhecimento desse fato, ela novamente exaltou-se com a atendente e o declarante foi chamado para atendê-la. Nessa oportunidade, a acusada estava muito enervada e o declarante explicou-lhe as exigências da instrução normativa, mostrando a ela que todas aquelas informações estavam no site da Polícia Federal, fato esse que foi mostrado àquela através do computador do atendimento. Teve que dizer para a acusada baixar a voz, em razão de sua exaltação, tendo ela retrucado que não tinha medo dele e que tinha a mesma altura que ele. Não cometeu nenhuma agressão contra a acusada. Sentiu-se agredido e, ainda mais, a instituição, pois o atendimento da Polícia Federal no RN é exemplar, sendo um dos melhores do país. Não pediu para nenhum servidor da Polícia Federal acompanhar a acusada

depois que essa deixou o setor de passaportes. **Que as atendedoras da recepção não são chefiadas por ele. Tem relação de coleguismo com as funcionárias da recepção, sem relação de amizade mais profunda. Quando a recepcionista Danielle Teixeira contou-lhe o ocorrido, mandou que ela comunicasse à Delegada Poliana e ligou para esta, a fim de comunicar o fato.** Que o agente plantonista cuida da segurança de todo o prédio. Não se considera negro, acha que é moreno. Depois de ocorrido o fato, o agente plantonista foi ao local de trabalho do acusado, a fim de saber o que tinha ocorrido. Disse, ao ser indagado acerca de uma ligação telefônica por ele feita ou recebida às 16h27min, que não se lembra de nenhuma ligação em especial, pois atende a muitas ligações telefônicas por dia em razão disso fazer parte de seu trabalho. **O telefonema que deu sobre o caso foi para a delegada Poliana, após a recepcionista Danielle Teixeira ter vindo ao Setor de Passaporte informar-lhe acerca das palavras injuriosas ditas pela acusada a seu respeito. As atendedoras Thainá Garcia e Marli Kalene comentaram com o declarante acerca da falta de educação e prepotência da acusada.** Foi chamado ao setor de atendimento do Setor de Passaporte através de solicitação verbal da atendente Thainá Garcia, pois sua sala fica colada à dela.

A testemunha Danielle Vale Rabelo Teixeira, agora em audiência, disse que (01:58) ouviu a acusada utilizar palavras como “nego é foda, quando não caga na entrada, caga na saída. Digo mesmo, pode ser preconceito como for”, palavras que foram assacadas pela acusada antes de passar pela porta giratória, quando estava saindo. (03:50) Disse que estava na recepção segurando um bebê, quando a acusada passou e disse as palavras. (05:26) não se recorda se as outras pessoas que estavam acompanhando a acusada já tinham passado da porta giratória, quando ela proferiu as palavras agressivas. (06:04) **que só depois de escutar as palavras foi que soube a quem as palavras estavam sendo dirigidas.** (06:49) **Não lembra o nome do APF a quem relatou os fatos.** (07:57) **Só soube que as palavras eram dirigidas a Valter Solano quando procurou saber a razão pela qual a acusada tinha proferido aquelas palavras.** (09:30) **sabia que a acusada tinha saído do setor de passaporte.** (09:53) que reafirma que esta-

va segurando um bebê, quando a acusada proferiu as palavras e passou por trás de si. (18:50) **quando contou a respeito das palavras assacadas pela acusada, Valter Solano ficou chateado e disse que iria tomar as providências.**

(...)

É verdade que o depoimento de Danielle Teixeira contém algumas inconsistências. Uma delas é, por exemplo, quando ela disse que teria escutado as palavras quando estava segurando um bebê, porém, após a exibição, em intervalo do depoimento, das imagens de vídeo, ratificou que não estava com a criança.

Essas eventuais divergências são naturais em todo e qualquer depoimento espontâneo, notadamente quando a pessoa está com o compromisso de dizer apenas aquilo que se recorda. Quem conhece um pouco de psicologia judiciária sabe dessas particularidades.

Nesses depoimentos, ficou claro que as duas recepcionistas ouviram as expressões injuriosas ditas pela acusada, palavras que possuem teor ofensivo capaz de atingir a honra subjetiva de qualquer pessoa. Além disso, nas expressões injuriosas proferidas pela acusada, foi utilizada a palavra “negro”, a qual caracteriza preconceito racial, e configura o crime de injúria em sua forma qualificada, prevista no § 3º do art. 140 do Código Penal.

Além da prova testemunhal que instrui os presentes autos, existem filmagens feitas nos setores do Departamento de Polícia Federal no dia 29 de outubro de 2010, entre as 15h30min e as 17h30min, que se encontram armazenadas em arquivo contido no cd-rom (fl. 6 do Inquérito Policial).

O referido arquivo foi, em razão de determinação deste Juízo (fls. 104/105), devidamente periciado por experto do Departamento de Polícia Federal do Rio Grande do Norte (fls. 132/142), tendo o respectivo laudo atestado o seguinte:

Quanto à verificação de edição (seção IV.2), os exames de coerência perceptiva, de coerência contextual e da

análise óptico-acústica de vídeo não revelaram a existência de cortes, montagem, truncagem, supressão, inserção ou repetição, que pudessem indicar edição de caráter fraudulenta ou contrafação na gravação do presente CD examinado.

Dessa forma, tem-se como hígida a prova nele produzida, cuja parte mais fundamental, inclusive, foi exibida nesta audiência, dela se utilizando a defesa para fazer conclusões e, até mesmo, a acusada, em seu interrogatório.

Além dessas filmagens, foi acostado ao laudo pericial (fl. 142), em razão de requisição deste Juízo (decisão de fls. 104/105), outro cd-rom, contendo os vídeos gravados, no mesmo dia e horário em questão, nos ambientes que vão do Setor de Passaportes até a sala que interliga esse à sala da recepção, onde ficam os caixas eletrônicos.

Da análise das filmagens, verifica-se, claramente, as seguintes circunstâncias:

HORÁRIO

EVENTO

16:25:12

O APF Valter Solano dirige-se ao guichê do setor de passaportes onde se encontra a acusada.

16:25:56

O APF Valter Solano deixa o guichê do setor de passaportes onde se encontra a acusada.

16:32:00

As duas pessoas que acompanhavam a acusada deixam o guichê do Setor de Passaportes e ficam próximas aos caixas eletrônicos.

16:33:00

A recepcionista Danielle Teixeira dirige-se ao Setor de Passaportes.

16:34:05

A acusada deixa o guichê do Setor de Passaportes e se dirige à sala dos caixas eletrônicos.

16:34:09

A acusada caminha pela sala onde ficam os caixas eletrônicos em direção à recepção

16:34:12

A acusada para próximo ao final da sala dos caixas eletrônicos.

16:34:20

A recepcionista Danielle Teixeira conversa com uma das atencientes no guichê do Setor de Passaportes.

16:34:28

A recepcionista Danielle Teixeira sai do Setor de Passaportes em direção à sala dos caixas eletrônicos, onde a acusada ainda se encontra.

16:34:34

A recepcionista Danielle Teixeira para na frente da mesinha de apoio situada na sala dos caixas eletrônicos. Até às 16:34:41h, ela permanece nesse local, parada, baixando e levantando a cabeça em direção da acusada, observando-a.

16:34:43

A recepcionista Danielle Teixeira passa pela acusada olhando para esta e caminha em direção à área da recepção da Superintendência. Em ato contínuo, a acusada também começa a se deslocar no sentido da área da recepção do referido órgão.

As referidas imagens demonstram que a recepcionista Danielle Teixeira parou no balcão de apoio da sala onde ficavam os caixas eletrônicos e lá permaneceu observando a acusada. Em seguida, passou pela acusada, mais uma vez, olhando para essa, muito provavelmente ouvindo o que a acusada falava em todos aqueles instantes. Portanto, embora Danielle Teixeira tenha dito que não estava prestando atenção ao que a acusada estava fazendo, as imagens são claras no sentido de que a testemunha, a pedido de alguém, passou a observar o comportamento da acusada. Isso fica muito claro

quando são acompanhadas as imagens revelando os passos tanto da acusada quanto da testemunha.

Essa circunstância, todavia, não é suficiente para infirmar o conteúdo da testemunha em referência. Muito menos a contradita feita ao seu depoimento pela defesa, antes do início da inquirição, motivado pela circunstância de a testemunha Danielle Teixeira, à época dos fatos, ser funcionária terceirizada do órgão policial. Essa circunstância em si não é suficiente. Note-se que a jurisprudência dos tribunais – capitaneada pelo Supremo Tribunal Federal – admite, até mesmo, que policial que tenha participado de operação em que resulta na prisão ou apuração dos fatos atue como testemunha. Isso também ocorre em outros sistemas jurídicos, como, por exemplo, o americano, inglês, espanhol, italiano etc.

De qualquer sorte, as filmagens contidas no arquivo do cd-rom de fl. 6 do IPL, também efetuadas no dia 29 de outubro de 2010, entre às 15h30min e às 17h30min, que mostram a sala de recepção do Departamento de Polícia Federal do RN, um corredor que fica atrás dela, além do corredor do primeiro andar do referido prédio, registram os seguintes fatos, que servem para corroborar o que disseram as testemunhas arroladas pelo Ministério Público:

HORÁRIO

EVENTO

16:34:55

A filha da acusada passa pela porta giratória da recepção do DPF/RN, enquanto a recepcionista Danielle Teixeira está parada ao lado da referida porta, olhando em direção da acusada.

16:34:56

A testemunha Charlotti da Silva, que acompanhava a acusada, também passa pela porta giratória.

16:34:59

A acusada para, olha para a recepcionista Danielle Teixeira e diz alguma coisa. Após, levanta o braço esquerdo em direção a essa, proferindo mais algumas palavras.

16:35:00

A acusada passa pela porta giratória em direção à saída do prédio.

16:35:01

A recepcionista Danielle Teixeira passa pela frente da porta giratória.

16:35:39

A recepcionista Danielle Teixeira sai do prédio do DPF/RN pela porta de acesso dos servidores situada no saguão da recepção.

16:40:53

A recepcionista Danielle Teixeira entra na recepção pela porta de acesso dos servidores.

16:41:20

A recepcionista Danielle Teixeira conversa no balcão da recepção com a outra atendente (Laksimi da Silva).

Da análise da imagem reproduzida às 16:34:59h, pode-se evidenciar que, antes de passar pela porta giratória, a acusada deu uma breve parada, falou alguma coisa para a recepcionista Danielle Teixeira e, ato contínuo, falou mais alguma coisa, agora gesticulando o braço esquerdo em direção à recepcionista Danielle Teixeira.

Como se vê, a acusada falou para a recepcionista Danielle Teixeira. Isso é fato demonstrado, à saciedade, pelas imagens. Não procede, por conseguinte, a tese da defesa de que a acusada teria se dirigido, apenas, às pessoas que lhe acompanhavam. Aliás, em relação a essa circunstância, cabe agregar que as pessoas que acompanhavam a acusada já tinham ultrapassado a porta giratória da recepção, quando a denunciada voltou-se para a recepcionista Danielle Teixeira e falou alguma coisa gesticulando com o braço esquerdo. A acusada, em seu interrogatório em Juízo, nega que tenha falado em direção à testemunha Danielle Teixeira, insistindo, apesar da clareza das imagens, que, em verdade, estava falando para Charlotti da Silva.

Essas imagens, igualmente, retiram a força da argumentação da defesa de que a testemunha Antônio Daniel Oliveira dos Santos, vigilante que estava na porta giratória, ao dizer que não escutou nada que tivesse sido falado pela acusada, ao passar pela porta giratória, infirmam o narrado na denúncia e confirmado pelas demais pessoas ouvidas no processo. Ora, como se disse, **as imagens são claras quanto ao fato de a acusada ter dito alguma coisa para a testemunha Danielle Teixeira e, mais ainda, que ela, em curto intervalo de tempo, fala duas coisas, sendo, a última, acompanhada de um gesto com o braço esquerdo que chega a ser levantado para o alto.**

Esses detalhes confirmam que ela teria pronunciado duas frases com ênfase na segunda. Essas circunstâncias se encaixam, perfeitamente, com a descrição de Danielle Teixeira, quando diz que, nesse momento em que ia passando, a acusada, em primeiro instante, disse “- Negro é foda, quando não caga na entrada, caga na saída”, para, em seguida, completar: “- Pode ser preconceito como for, falo mesmo!”.

Caso seja dada a devida atenção às imagens, observar-se-á que a testemunha Antônio Daniel, em verdade, não estava controlando a porta giratória, mas, sim, a porta convencional que fica logo depois e, ainda, que, quase no mesmo momento, uma outra pessoa estava passando pela referida porta convencional, o que, é natural, desvia a atenção da testemunha em referência.

Portanto, pelo cotejo de todas as provas produzidas nos autos, resta demonstrada a intenção da acusada de ofender a honra do agente Valter Solano, o que vem a caracterizar o dolo, ao tempo em que a imagem em destaque, a qual foi corroborada pelo depoimento prestado pela recepcionista Danielle Teixeira, põe por terra a tese levantada pela defesa, consistente na atipicidade da conduta, diante da ausência do *animus injuriandi*, uma vez que a denunciada teria proferido as palavras injuriosas numa conversa privada travada com a amiga que a acompanhava durante o evento retratado nestes autos.

Tal tese não se sustenta também, uma vez que, no depoimento de Charlotti Wilca da Silva, identificada como

a amiga que acompanhava a acusada no dia em questão, prestado perante este Juízo, gravado através de sistema de som e imagem (cd-rom à fl. 118), aquela negou ter ouvido as palavras injuriosas proferidas pela denunciada, justificando tal fato em razão de vir caminhando mais à frente da acusada, juntamente com a filha dessa, uma vez que a denunciada, por encontrar-se com o pé machucado, vinha andando mais devagar.

É o que se vê no citado depoimento, que se passa a resumir. Com efeito, ela informou que, no dia do episódio, estava presente, acompanhando a acusada Ana Maria e a filha desta, a fim de tirar o passaporte. Estava acompanhando porque ia viajar em companhia de Natália, a filha da acusada. No primeiro dia, chegaram lá e foram muito bem atendidas, porém, como não sabiam que era preciso um documento com autorização do pai da filha da acusada, para que pudesse ser concedido à menor um passaporte, tiveram que retornar outro dia. No outro dia em que compareceram ao Departamento de Polícia Federal, as atendentes receberam-nas muito bem, porém, o agente Valter Solano passou a atender mal a acusada. A acusada disse para o agente Valter Solano que da mesma forma que ele era “federal” ela também era. **Que Natália saiu na frente e a testemunha depois, enquanto Ana Maria veio mais atrás, pois estava mancando e andando devagar em razão de uma cirurgia que havia feito no pé.** A acusada, em sua presença, em momento algum, referiu-se à vítima como “macaco” ou dizendo as expressões “quando não caga na entrada, caga na saída”. **Como a testemunha saiu da Polícia Federal na frente da acusada, junto com a filha desta, não tinha como ouvir qualquer coisa acaso a acusada realmente tivesse dito.** Ouviu o agente Valter Solano falar com a acusada de forma a demonstrar que estava subestimando a inteligência dela. Lembra também que a acusada, em certo momento, estava falando com a vítima, tendo este dado-lhe as costas, mas que nenhum dos dois proferiram palavras agressivas um para o outro.

Considerando-se, ainda, que o crime de injúria exige, para sua consumação, a ciência da vítima acerca da imputação ofensiva, observe-se que, nos depoimentos prestados, perante este Juízo, anteriormente já transcritos (cd-rom à fl. 118), a recepcionista Danielle Teixei-

ra afirmou haver comunicado o ocorrido ao agente Valter Solano, tendo esse depoimento sido confirmado também pelas testemunha Laksimi da Silva e Marli Kalene.

Vejam-se, pois, os trechos dos depoimentos por elas prestados que se referem à situação.

Após o episódio, foi à sala do agente Solano comentar o fato. Foi Danielle Teixeira quem perguntou à testemunha se ela (testemunha) tinha ouvido o que a acusada tinha dito na hora do ocorrido. (testemunha Laksimi da Silva)

A recepcionista Danielle Teixeira foi ao Setor de Passaportes apenas após o entrevero e entrou na sala do agente Solano para comentar o fato. (testemunha Marli Kalene)

Só soube que as palavras eram dirigidas a Valter Solano quando procurou saber a razão pela qual a acusada tinha proferido aquelas palavras. (...) quando contou a respeito das palavras assacadas pela acusada, Valter Solano ficou chateado e disse que iria tomar as providências. (testemunha Danielle Teixeira)

Quando a recepcionista Danielle Teixeira contou-lhe o ocorrido, mandou que ela comunicasse à Delegada Poliana e ligou para esta, a fim de comunicar o fato. (Declarante Valter Solano Vale)

Como se observa, tendo em consideração as provas coligadas aos autos eliminar dúvidas acerca de como ocorreram fato de que a vítima tomou conhecimento das palavras injuriosas que a ele se referiam, tendo inclusive se sentido ofendido com tais expressões.

Cabe agregar que não se sustenta a tese de defesa consistente na atipicidade da conduta, em razão da inexistência nos autos de elemento textual sobre o nome, as funções ou o cargo da vítima a quem foram dirigidas as supostas ofensas, de modo a impossibilitar a afirmação com grau de certeza suficiente de que o agente Valter Solano tenha sido o sujeito passivo do delito de injúria preconceituosa –, não merece prosperar.

Isso porque, embora as recepcionistas Danielle Teixeira e Laksimi da Silva, ao ouvirem as palavras injurio-

sas, não soubessem, inicialmente, a quem tais dizeres referiam-se, logo em seguida, quando comentaram o fato com o agente Valter Solano no Setor de Passaportes, tiveram a plena ciência de quem era a pessoa injuriada.

Tais fatos são evidenciados nos depoimentos prestados pelas testemunhas, a seguir nominadas, perante este Juízo através de sistema audiovisual, armazenados em cd-rom à fl. 118, cujos principais trechos passa-se a transcrever livremente:

Após o episódio, foi à sala do agente Solano comentar o fato. Foi Danielle Teixeira quem perguntou à testemunha se ela (testemunha) tinha ouvido o que a acusada tinha dito na hora do ocorrido. (Testemunha Laksimi da Silva Alves Barbosa da Silva)

A recepcionista Danielle Teixeira foi ao Setor de Passaportes apenas após o entreviro e entrou na sala do agente Solano para comentar o fato. (Testemunha Marli Kalene Dias de Lima)

Quando a recepcionista Danielle Teixeira contou-lhe o ocorrido, mandou que ela comunicasse à Delegada Poliana e ligou para esta, a fim de comunicar o fato. (Declarante Valter Solano)

De outra banda, no tocante à aplicação do perdão judicial previsto no art. 140, § 1º, I, do Código Penal, requerido pela defesa da acusada, é importante ressaltar que tal dispositivo prevê a hipótese em que o próprio ofendido, de forma reprovável, provoca diretamente a injúria.

Observa-se, da análise desse dispositivo, que se faz necessária, para sua aplicação, que a vítima, através de alguma ação não aceitável, tenha motivado o agente a injuriá-la.

Verifica-se, porém, que, no caso dos autos, não houve provocação do acusado pela vítima, a justificar a reação injuriosa. É que, consoante se extrai dos depoimentos prestados pelas testemunhas Thainá Garcia e Marli Kalene, a vítima encontrava-se em seu local de trabalho, quando foi chamada para auxiliar a atendente Thainá Garcia a dar explicações acerca da impossibilidade

de expedição do passaporte da filha da acusada, em razão de não ter sido trazida autorização do pai da menor, o que foi feito pela vítima.

Em que pese se identifique pequena divergência nos depoimentos das testemunhas Thainá Garcia e Marli Kalene, acerca do tom de voz utilizado pela vítima ao atender a acusada, uma vez que a testemunha Thainá Garcia informou que a vítima se tinha portado normalmente sem alteração de voz e sem agredir a acusada, enquanto a testemunha Marli Kalene aduziu que a acusada e a vítima conversavam em voz alta chamando a atenção de todos, observe-se que, em verdade, não houve provocação à acusada.

De fato, a testemunha Thainá Amorim Garcia, atendente do Setor de Passaportes, ao ser ouvida perante este Juízo, através de sistema de audiovisual (cd-rom à fl. 118), afirmou que iniciou o atendimento da acusada, ocasião em que essa apresentou a carteira de identidade de sua filha. Daí a testemunha pediu a autorização do pai da menor, tendo a acusada começado a contestar a necessidade de tal documento, já que ela era a responsável pela filha. Diante de tal situação, a testemunha chamou Valter Solano. Solano cumprimentou-a e ouviu a acusada, depois ele falou que sem a autorização não era possível e a acusada estava muito alterada, dizendo que precisava fazer o passaporte, e disse a Valter Solano que não falaria mais com ele. Valter Solano não se alterou ou agrediu-a, e agiu normalmente, como sempre faz, com o tom de voz normal a ele. Não presenciou agressão verbal entre eles. Apenas observou que a acusada estava alterada. Valter Solano não teve contato com ninguém da recepção. Quando a acusada saiu, a testemunha e outras pessoas do atendimento foram à sala de trabalho do agente Valter Solano para comentar o episódio do atendimento, sem saberem ainda o que tinha ocorrido na recepção. Não lembrava se as recepcionistas Danielle Teixeira ou Laksimi da Silva tinham ido ao setor de passaporte logo após o episódio. Não ligou pra ninguém da recepção ou do prédio, pedindo para alguém acompanhar a acusada quando esta deixou o setor de passaportes, mesmo porque nem telefone ao seu lado ela tinha.

Já a testemunha Marli Kalene Dias de Lima, atendente do Setor de Passaportes à época dos fatos, em depoimento prestado perante este Juízo, através de sistema de som e imagem (cd-rom à fl. 118), afirmou que foi ela quem atendeu a acusada, na primeira vez em que essa esteve na Polícia Federal, a fim de retirar o passaporte. **Quando a testemunha começou a explicar que a carteira de identidade da filha da acusada teria que ser mudada, a acusada alterou a voz, razão pela qual a testemunha chamou o agente Valter Solano para solucionar o problema. Valter Solano ficou explicando as normas e a impossibilidade de ser concedido o passaporte, durante a qual a acusada continuou a falar com ele com voz alterada. Ambos falavam em voz alta, tendo a acusada iniciado a discussão. A testemunha ficou um pouco afastada e escutou o diálogo. Que tanto a acusada quanto a vítima passaram a falar em voz alta. Não lembrava se algum dos dois, nesse caso, agrediu com palavras o outro. No segundo dia, ou seja, da segunda vez, não atendeu a acusada e achava que quem a teria atendido tinha sido Thainá. Foi só Thainá quem atendeu a acusada, na segunda oportunidade. Nessa oportunidade, a acusada e o agente Solano conversavam em voz alta, chamando a atenção de todos. Não lembrava como tinha terminado o atendimento dado pelo agente Solano à acusada.** Não ouviu o agente Solano solicitar a algum funcionário que acompanhasse a acusada. A recepcionista Danielle Teixeira foi ao Setor de Passaportes apenas após o entrevero e entrou na sala do agente Solano para comentar o fato.

Observa-se, ainda, que ficou consignado, no depoimento da testemunha Marli Kalene, que a acusada já tinha estado lá anteriormente, ocasião em que também se alterou quando soube que a documentação por ela trazida não era suficiente para a expedição do passaporte de sua filha, tendo sido, desta feita, também atendida pela vítima a chamado da depoente.

Dessa forma, verificando que as provas produzidas nos autos não demonstram que a vítima tenha, de forma reprovável, provocado a injúria cometida pela denunciada, há de se rechaçar o pedido de aplicação do disposto no art. 140, § 1º, I, do Código Penal.

Feitas essas considerações, resta evidenciado que a conduta praticada pela acusada subsume-se ao crime de injúria previsto no art. 140, § 3º, c/c o art. 141, II, do Código Penal.

(...). (g.n.)

Da mesma forma, não merece acolhida o pedido de desclassificação do delito para injúria comum - art. 140, *caput*, do CP, na medida em que, como bem registrado pelo juízo *a quo*, a ofensa proferida apresentou conteúdo pejorativo, com conotação de preconceito racial, dirigindo-se a funcionário público no exercício de suas funções.

Por fim, também resta afastada a alegação de ilicitude da obtenção dos meios de provas por violação à esfera íntima da ré, a uma, pela inexistência de poder hierárquico entre a vítima e as testemunhas Danielle Vale e Laksimi Alves, não tendo havido qualquer solicitação da vítima para que as testemunhas seguissem a acusada; a duas, pelo conjunto probatório carreado aos autos conclui-se que inocorreu invasão de privacidade na medida em que os insultos, pelo tom de voz da ré, podiam ser escutados por qualquer pessoa que estivesse próximo à acusada; a três, da análise das imagens, depreende-se que a acusada, antes de passar pela porta giratória, falou alguma coisa para a recepcionista Danielle Teixeira, tendo, inclusive, gesticulado com o braço esquerdo em direção à mesma; a quatro, a acusada não dirigiu as ofensas às pessoas que lhe acompanhavam (sua filha e a amiga Charlotti da Silva) porquanto estas últimas já tinham ultrapassado a porta giratória da recepção.

Não merece reparo, pois, a sentença recorrida, tendo o juízo *a quo* analisado, com precisão e ponderação, todas as circunstâncias da prática delituosa sem deixar de atentar para qualquer detalhe.

Ao final, mais uma vez, destaco a propriedade com que a sentença *a quo* foi prolatada e adoto neste bojo seus próprios fundamentos, mantendo a condenação ali proferida nos seus termos.

Forte nesses argumentos, em consonância com o parecer ministerial, nego provimento à apelação criminal mantendo a sentença nos seus exatos termos.

Assim voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 10.501-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO
Apelante: EUDES DE ARRUDA BARROS FILHO
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Adv./Proc.: DR. JOSÉ MARCELO DIAS (APTE.)

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. SONEGAÇÃO DE AUTOS PROCESSUAIS. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. ADVOGADO QUE DEIXOU DE RESTITUIR OS AUTOS QUE RETEVE POR MAIS DE TRÊS MESES. ALEGAÇÃO DE FURTO DOS AUTOS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PRESENÇA DO DOLO. DOSIMETRIA DA PENA. ERRO MATERIAL CORRIGÍVEL DE OFÍCIO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

- Apelação da sentença que condenou o réu às penas de 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão e de 150 (cento e cinquenta) dias-multa, no valor de 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime previsto no art. 356 do CP, sendo as penas privativas de liberdade substituídas por duas penas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e à prestação pecuniária de R\$ 500,00 (quinhentos reais), mensais, por todo o período de cumprimento da pena, em favor de entidade pública ou privada de destinação social a ser indicada pelo Juízo das Execuções Penais.

- Agente que, habilitado em Ação de Execução em trâmite na 22ª Vara Federal de Pernambuco, em 20.1.2009, com o prazo de devolução fixado para cinco dias, deixa de fazê-lo, mais de três meses depois do prazo, e, após intimado, em 28.04.2009, a restitui-los, afirmando, em petição datada de 30.04.2009, a impossibilidade de devolução dos autos em face do furto do processo e de seu veículo no dia anterior.

- Prova testemunhal incisiva no sentido de que o apelante não restituiu os autos processuais no prazo determinado, retendo-o por mais de três meses, tendo apresentado telefones e endereços que não lhe pertenciam, numa clara demonstração de esquivia, sendo apenas localizado pelos servidores da vara com o uso do sistema informatizado da Justiça Federal, por ser ele advogado em outro processo.

- Alegação do apelante de que não devolveu os autos em face do furto do veículo no qual se encontrava o processo na véspera do prazo final de entrega dos autos determinado pelo Juízo.

- Acusado que, embora afirme no boletim de ocorrência ter ido assistir a um jogo de futebol transmitido no bar Entre Amigos, em Boa Viagem/PE, na véspera da data em que deveria entregar os autos em Juízo, saiu, estranhamente, muito antes do jogo começar, não arrolou como testemunhas quaisquer dos amigos que estavam consigo na ocasião em que o carro fora furtado, tampouco aquele que disse o ter acompanhado à delegacia e mencionou com precisão apenas a ação de execução perdida, objeto destes autos, enquanto faz menção aos outros bens como “vários pertences”, o que indica claramente a intenção e justificar a não entrega dos autos, ainda que de forma maquiada.

- Existência de erro material, em face de equívoco no cálculo da pena, que, embora corretamente fixando a pena-base do apelante em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão pela prática do art. 356 do CP, por terem sido desfavoráveis a maioria dos requisitos do art. 59, do CP, tornou-a definitiva em 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão, mesmo consignando a ausência de agravantes e atenuantes e de causas de aumento e de diminuição de pena.

- **Constatação de erro material, de correção possível, na forma prevista no artigo 463, inciso I, do Código de Processo Civil - CPC. Pena privativa de liberdade fixada em definitivo em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, pela prática do delito previsto no art. 356 do CP.**
- **Manutenção da pena de multa em 150 (cento e cinquenta) dias-multa, no valor de 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos, e da substituição das penas privativas de liberdade por duas penas restritivas de direitos.**
- **Apelação improvida. Correção, de ofício, do erro material existente na sentença referente à pena privativa de liberdade.**

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 corrigir de ofício o erro material existente na sentença, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 10 de julho de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Apelação criminal manejada por Eudes de Arruda Barros Filho da sentença que o condenou às penas de 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão e de 150 (cento e cinquenta) dias-multa, no valor de 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime previsto no art. 356 do CP, sendo as penas privativas de liberdade substituídas por duas penas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e à pres-

tação pecuniária de R\$ 500,00 (quinhentos reais), mensais, por todo o período de cumprimento da pena, em favor de entidade pública ou privada de destinação social a ser indicada pelo Juízo das Execuções Penais.

De acordo com a denúncia, o réu, advogado da Usina Cruangi S/A, habilitou-se em 20.01.2009 com a apresentação de procuração, Carteira da OAB e número de telefone pessoal, na Ação de Execução nº 2002.83.00.002821-3, em trâmite na 22ª Vara Federal de Pernambuco, retirando mediante petição os autos para vista, com o prazo de devolução fixado para cinco dias.

Todavia, no mês de abril de 2009, durante a inspeção anual do Juízo, foi constatado que o apelante estava com os referidos autos processuais, com prazo de devolução vencido desde o dia 25.01.2009, tendo sido intimados os outros dois advogados habilitados para a restituição dos autos, posto que não se conseguiu contato telefônico que o ora apelante.

Ante a negativa dos outros advogados habilitados acerca da existência do apelante como causídico da usina, foram realizadas diligências para localizá-lo através do uso de dados de processo em tramitação na Justiça Federal da Paraíba e, mediante contato telefônico, fora ele intimado a devolver os autos em 28.04.2009, no prazo de quarenta e oito horas.

No dia 30.04.2009, o apelante peticionou ao Juízo, afirmando a impossibilidade de devolução dos autos, porque no dia anterior ele fora furtado, juntamente com seu veículo, em Boa Viagem/PE, juntamente com outros documentos relativos ao processo, impossibilitando-o de restituir o processo, indicando sua intenção de não restituir os autos.

Em seu recurso, o réu afirmou que houve apenas um equívoco na interpretação dos fatos, alegando que a documentação apresentada na habilitação do processo era verdadeira, e que a OAB apresentada era mesmo sua, do Estado da Paraíba, salientando a ausência de dolo de não restituir os autos, posto que tal não ocorrera em face do infortúnio de ter sido o carro furtado - fls. 253/274.

Contrarrazões do MPF às fls. 335/338, pugnando pelo desprovemento da apelação.

O opinativo do ilustre representante do *Parquet* regional foi no sentido de negar provimento à apelação, em face das provas da autoria e materialidade delitivas e corrigir de ofício o erro material da pena imposta ao apelante, posto que, após fixar a pena-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, aumentou-a em 3 (três) meses, mesmo ausentes agravantes e atenuantes e causas de aumento e de diminuição de pena – fls. 344/351.

É o relatório. Ao eminente Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Com a devida vênia aos entendimentos dissonantes, peso que a sentença vergastada não merece reparos.

Todas as alegações constantes da apelação já foram objeto de análise na sentença condenatória. Por esta razão, adoto como razões de decidir, os mesmos fundamentos da sentença, que analisou percucientemente a matéria, conforme trechos que ora transcrevo:

Com estes esclarecimentos prévios, volto-me mais uma vez ao caso em apreço para observar que, nos autos, há prova efetiva de que o acusado, de modo consciente e voluntário, deixou de restituir os autos da Ação de Execução n.º 2002.83.00.002821-3, que tramitou perante a 22ª Vara Federal/PE, a qual recebeu, pelo prazo de 5 dias, em 20 de janeiro de 2009.

Foi o que se inferiu dos autos, máxime do ofício de fls. 06/11 do IPL, mediante o qual a juíza federal da 22ª Vara/PE relata o ocorrido, nos moldes sinalados na denúncia, ao passo em que requer a instauração de inquérito para apuração dos fatos; da movimentação processual do sistema TEBAS (fls. 18/19 do IPL), que indica a retirada dos autos, em 20/01/2009, por motivo de vista, por parte do advogado do réu (no caso, o acusado) e pelo prazo de 5 dias; do documento de fl. 20 do IPL, que dá conta do cadastramento do acusado como patrono do réu; do termo de remessa de fl. 21 do IPL, no qual consta a assinatura do acusado e suposto número de inscrição da OAB, ambos apostos de próprio punho, dando conta da retirada dos autos em 20/

01/2009; do mandado de busca e apreensão de fl. 23 do IPL, expedido justamente em desfavor do acusado, que, esgotado o prazo para restituir os autos e instado para tal, permaneceu inerte; da certidão de fls. 24/25 do IPL, que dá conta da não localização do acusado no endereço fornecido, evento que só vem a tornar mais patente sua má-fé e intenção de esquivar-se, inclusive munido do processo, objeto destes autos; do despacho de fls. 29/30 do IPL, exarado pela magistrada da 22ª Vara/PE, relatando o ocorrido, bem como informando o comparecimento dos advogados do réu – HÉLIO MARIANO JÚNIOR e THAIS MARIA DE ALMEIDA SANTOS – ao juízo com a afirmação de que não retiraram os autos, evento que tornou ainda mais evidente que a retirada foi feita pelo acusado e mais: utilizando OAB que, na realidade, não lhe pertencia; do ofício de fl. 63, oriundo da OAB, que dá conta da exclusão do acusado dos quadros da aludida autarquia; do interrogatório policial do acusado (fls. 99/101 do IPL), mediante o qual EUDES confirmou a retirada e a não devolução dos autos no tempo aprazado, muito embora tenha sustentado que deixou de restituí-los em virtude de seu veículo – onde estava o processo – ter sido roubado, evento, cuja verossimilhança será analisada posteriormente; de todas as demais provas carreadas.

Como se não bastassem os documentos já citados, em sede judicial, as provas da autoria e materialidade delitiva só vieram a ser reforçadas, máxime em face da prova testemunhal, senão vejamos.

Ouvido na condição de testemunha de acusação (DVD de fl. 139), JOSÉ GUILHERME DE AZEVEDO QUEIROZ, proprietário da usina representada pelo acusado e ré na ação de execução sonogada, este, resumidamente, aduziu que:

- * não conhece o acusado;
- * é o representante da usina;
- * tem conhecimento dos fatos, objeto da denúncia;
- * teve conhecimento dos fatos em 2009;
- * outorgou uma procuração para o advogado FERNANDO CAVALCANTI, que tomaria conta da parte jurídica da usina;
- * tomou conhecimento dos fatos e imediatamente providenciou que os advogados tomassem as medidas para

reconstituírem os autos, fornecendo todas as explicações ao juízo;

* quem tinha procuração era FERNANDO CAVALCANTI, mas este tinha poderes de substabelecer;

* FERNANDO CAVALCANTI substabeleceu para EUDES, que, segundo aquele, tinha uma tese tributária nova e foi escolhido;

* EUDES tinha uma tese nova para utilizar justamente no processo que foi retirado;

* só teve conhecimento de tal substabelecimento depois que ele foi realizado;

* MARIANO e THAIS lhe disseram que seria necessário recompor os autos;

* não tomou conhecimento das outras condenações sofridas pelo acusado;

* não tomou conhecimento do histórico do acusado de falsificação, estelionato, utilização falsa de OAB, etc.;

* a usina possuía muitos processos e não tinha como ter conhecimento aprofundado de todos.

Como se infere, as declarações da testemunha só tornaram mais evidentes que EUDES foi, de fato, o responsável pela retirada e subsequente sonegação dos autos, nos termos previstos no art. 356 do CPB.

Também na qualidade de testemunha de acusação, a servidora responsável pela entrega dos autos ao acusado, ADRIANA PAULA LEÃO BARROS (DVD de fl. 149), ao ser indagada sobre os fatos, afirmou que:

* na época dos fatos, era funcionária da 22ª Vara/PE;

* confirma o depoimento prestado no DPF;

* foi realizado o procedimento usual;

* o acusado compareceu ao balcão, apresentou à OAB procuração em seu nome e, assim, pediu o processo;

* o processo lhe foi entregue, nos termos usuais;

* posteriormente outros advogados, MARIANO e THAIS, compareceram afirmando que não havia retirado o processo da secretaria;

* tentaram entrar diversas vezes em contato com o acusado para que restituísse o processo, mas não o localizaram;

* os telefones e endereços informados não eram corretos;

* a partir de então, começaram a investigar o que havia acontecido;

- * o telefone dava mensagem de inexistente;
- * tempo depois, a diretora de secretaria conseguiu realizar contato com o acusado e lhe pediu que devolvesse os autos;
- * na ocasião, o acusado se mostrou bem tranquilo e disse à diretora que não se preocupasse, pois iria devolver os autos;
- * para a surpresa de todos, no dia do prazo da devolução, o acusado protocolou petição informando que seu carro havia sido furtado na noite anterior e dentro dele estava o processo, que também havia sido subtraído;
- * confirma que os dados contidos na guia de remessa foram colocados pelo próprio acusado, que indicou, inclusive, telefone;
- * o acusado não estava cadastrado no feito quando chegou pedindo o processo;
- * assim, a testemunha realizou o cadastramento, já que o acusado apresentou procuração;
- * lembra que o montante devido, objeto da ação de execução, era bastante elevado;
- * não acompanhou a reconstituição dos autos;
- * depois que o acusado deu a informação de que o processo havia sido furtado juntamente com seu carro, não compareceu mais à vara.

A servidora da Justiça Federal, como se infere de suas declarações, foi bastante clara e incisiva ao informar que o acusado compareceu à 22ª Vara/PE, pediu a retirada do processo, efetivamente o retirou e depois não o devolveu no prazo inicialmente estipulado, que era de 5 dias. Esclareceu ainda que foram necessárias inúmeras diligências para localizar o réu, que, ao que tudo indica, apresentou telefones e endereços que não lhe pertenciam, numa clara demonstração de esquiva. E mais: a testemunha também narrou o estranhamento de todos quando, justamente no dia em que escoava o segundo prazo para o acusado entregar o processo, este apresentou petição informando que, no dia anterior, seu carro e o processo haviam sido furtados.

As testemunhas FERNANDO CAVALCANTI, HÉLIO MARIANO e THAIS MARIA (DVD de fl. 149), advogados que também atuavam no feito, ao serem indagados sobre os fatos, apenas confirmaram a materialidade e autoria deliti-

vas até então antevistas. Em suma, deixaram claro que fora o acusado o responsável pela retirada e posterior negação do feito, nos exatos moldes pela acusação sinalizados.

Por fim, as testemunhas de defesa não trouxeram qualquer fato que tivesse o condão de afastar a materialidade e autoria delitivas sinalizadas.

A exemplo, basta ver as declarações de HENRIQUE WANDERLEY PAES BARRETO (DVD de fl. 149):

- * soube do roubo do veículo de EUDES porque o próprio lhe contou;
- * EUDES lhe contou o ocorrido, dizendo que dentro do veículo tinha outros bens seus;
- * EUDES não chegou a comentar especificamente sobre o processo;
- * conhece EUDES há 10 anos, através de algumas ações;
- * não sabe exatamente qual era o carro de EUDES.

Como se verifica, portanto, a testemunha apenas narrou o que ouviu do próprio acusado, ou seja, que este teve seu veículo furtado. Das declarações, portanto, não se infere qualquer certeza ou mesmo pormenores dignos de narrativas revestidas de veracidade, até porque, como a própria testemunha esclareceu, o acusado sequer falou especificamente sobre o processo que sustenta ter sido furtado juntamente com o carro.

Finalmente, vejamos a versão apresentada pelo acusado (DVD de fl. 202):

- * atualmente faz consultoria e assessoria jurídica;
- * não é advogado, nem professor;
- * antes advogava;
- * antes de advogar, possuía um depósito de bebidas;
- * também é músico;
- * já foi preso e processado;
- * foi preso por conta de uma falsificação de uma juíza estadual;
- * da segunda vez, foi preso em virtude de processo com carros roubados;
- * não há sentença com trânsito em julgado em nenhum dos dois feitos;
- * os dois feitos tramitam na Paraíba;

- * já foi casado;
- * atualmente é separado e tem um filho de 11 anos da primeira mulher;
- * vive em união estável e tem um filho com 3 anos com a segunda mulher;
- * a acusação é falsa;
- * conheceu FERNANDO CAVALCANTI em um bar chamado Balcão Centenário;
- * sabia que a usina possuía um débito bastante alto e além do que deveria ser cobrado;
- * tinha um contador que fazia perícias e conseguia reduzir esses valores devidos;
- * conversou com FERNANDO e lhe pediu que substabelecesse para si;
- * pretendia também reduzir o débito na ação de execução em comento;
- * o substabelecimento foi feito e compareceu à Justiça Federal para pegar os autos;
- * a funcionária se equivocou ao preencher a guia de remessa, colocando sua OAB como se fosse de Pernambuco e não da Paraíba, como, de fato, era;
- * foi a funcionária que se equivocou;
- * não viu o preenchimento;
- * assinou e trouxe o processo;
- * entregou o processo ao perito e este demorou demais para devolver o processo;
- * foi quando recebeu um telefonema da própria servidora, dizendo que estaria entrando com uma ação de busca e apreensão;
- * informou à servidora que não seria necessário, pois devolveria o feito;
- * foi ao escritório do contador, pegou o processo e veio até Recife para entregá-lo;
- * porém, demorou demais para chegar em Recife;
- * quando chegou, a Justiça Federal já estava fechada;
- * resolveu então permanecer em Recife para entregar o processo no dia seguinte;
- * na noite, resolveu assistir um jogo de futebol em um bar com alguns amigos;
- * estava em um Celta preto, parou o carro próximo ao bar e foi assistir ao jogo;
- * o jogo estava desinteressante e o interrogando estava com a cabeça cheia;

- * tomou meia dúzia de doses e resolveu ir embora, já meio embriagado;
- * quando chegou no local, o carro não estava mais estacionado;
- * na ocasião, não tinha condições de ir à delegacia prestar queixa de nada;
- * por isso, deixou para ir no dia seguinte;
- * pernitoou no hotel, no dia seguinte foi com um colega à delegacia, prestou a queixa, falou do processo que estava dentro do carro e depois foi à Justiça Federal;
- * protocolou petição e falou pessoalmente com o juiz que estava lá, explicando a situação;
- * prontificou-se a juntar cópias posteriormente;
- * um ano e meio depois, o carro apareceu;
- * o carro apareceu, mas não tinha mais nada dentro, nem o processo;
- * acha que a reconstituição deve ter sido feita, pois a maior parte do feito era de documentos impressos;
- * deveria ter ido à polícia federal, já que o processo era da Justiça Federal, mas se preocupou com o carro, por isso foi à delegacia de polícia civil de roubos e furtos;
- * não conhece o diretor-presidente da usina;
- * o carro foi recuperado na cidade de Mossoró/RN;
- * certamente o número que indicou na guia de remessa era um celular e por isso deve ter dado como inexistente, já que, na atualidade, é bastante comum se trocar de chip.

Como se infere das declarações do acusado, este insiste em afirmar que não sonegou o processo e que, na realidade, deixou de entregá-lo tão somente em virtude de seu carro ter sido roubado, juntamente com os autos, que estavam dentro do veículo.

Pois bem.

A tese não prospera e por razões óbvias.

Em primeiro lugar, o acusado recebeu o processo em 20/01/2009, consoante se infere da fl. 21 do IPL, e deveria ter restituído o feito 5 dias depois. Não o fez, todavia. Ao reverso, esquivou-se do juízo durante quase 4 meses, inclusive fornecendo telefone que não lhe existia e endereço onde não se encontrava, conforme já esmiuçado.

Em suma, apenas depois de vários meses, quando o juízo finalmente descobriu o paradeiro do acusado – graças a

contato feito com Vara Federal na Paraíba, onde o réu também atuava –, este prometeu entregar o feito, isto no dia 30/04/2009. Porém, mesmo nessa data, não restituiu os autos. A desculpa foi tão ensaiada, quanto evidente: tivera o carro roubado.

Ora, o fato de o acusado receber o processo em 20/01/2009 com prazo de 5 dias para devolução e simplesmente “desaparecer” durante quase 4 meses, por si só, demonstra a clara intenção de sonegá-lo.

Como se não bastasse, é, no mínimo, de causar estranhamento que o acusado tenha passado quase 4 meses com o processo para, justamente na véspera de devolvê-lo, ser furtado. A tese gera, no mínimo, desconfiança.

Somem-se a isto, os fatos de:

- * o acusado ter informado que iria assistir a um jogo no bar Entre Amigos e, estranhamente, sair muito antes do jogo terminar;

- * não ter arrolado como testemunhas quaisquer dos amigos que estavam consigo na ocasião em que o carro fora furtado, tampouco aquele que disse o ter acompanhado à delegacia;

- * no boletim de ocorrência (fl. 33 do IPL), o único processo mencionado com precisão foi a ação de execução, objeto destes autos, enquanto faz menção aos outros bens como “vários pertences”, o que indica claramente a intenção e justificar a não entrega dos autos, ainda que de forma maquiada;

- * o acusado afirmou que sua OAB fora registrada erroneamente – como sendo de Pernambuco e não da Paraíba – na guia de remessa pela servidora, enquanto esta disse que fora registrada pelo próprio acusado;

- * o acusado justificou o fato de o telefone fornecido dar como “inexistente” dizendo que certamente se tratava de um celular, quando, na realidade, o telefone consignado à fl. 21 do IPL se trata de número convencional (3225 6176).

Enfim, todos esses detalhes despem de verossimilhança a tese de furto sustentada pelo acusado, deixando em evidência que, na realidade, EUDES possivelmente forjou o extravio de seu carro e, conseqüentemente, do processo, para encobrir a sonegação dos autos.

E mais.

Seria natural que, na atualidade, caso o acusado tivesse realmente reavido o veículo que diz ter sido furtado nos idos de 2009, apresentasse prova de tal fato, ou seja, de que o veículo furtado fora encontrado posteriormente em Mossoró/RN, como sustentou ao ser interrogado. Ora, tal prova seria crucial para subsidiar a tese de furto e, quem sabe, sua inocência. Todavia, o acusado não trouxe qualquer documento que tivesse o condão de demonstrar a veracidade do que sustentou, deixando, por outro lado, bastante claro que, se não o fez, foi porque, na realidade, o veículo não foi roubado, muito menos resgatado.

Portanto, certas restaram as certezas quanto à materialidade e à autoria delitiva, nos termos imputados ao acusado – fls. 232/239.

Passo à análise da dosimetria da pena.

Quanto à dosimetria da pena-base, verifico que foi respeitado o sistema trifásico imposto pelo art. 59, do Diploma Penal, com a observância das circunstâncias judiciais da ora apelante, ficando a pena-base acima do mínimo legal de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, por terem sido desfavoráveis a culpabilidade, personalidade, circunstâncias e consequências do delito - fls.

Em seguida, a sentença verificou estarem ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes ou causas de aumento e diminuição de pena, considerando a pena definitiva em 2 (dois) anos e 9 (meses) de reclusão pela prática do crime previsto no art. 356 do CP.

O equívoco está patenteadado e configura erro material, possível de ser sanado a qualquer tempo, e mesmo de ofício, nos termos do artigo 463, inciso I, do Código de Processo Civil - CPC.

Desta forma, torno definitiva a pena privativa de liberdade do apelante em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantendo a pena de multa em 150 (cento e cinquenta) dias-multa, no valor de 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime previsto no art. 356 do CP e a substituição das penas privativas de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e à prestação pecuniária de R\$ 500,00 (quinhentos reais), mensais, por

todo o período de cumprimento da pena, em favor de entidade pública ou privada de destinação social a ser indicada pelo Juízo das Execuções Penais.

Em face do exposto, nego provimento à apelação e, de ofício, corrijo o erro material da pena, fixando-a em definitivo em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 11.123-PE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA (CONVOCADA)
Apelante: VÁLTER SINFRÔNIO DA SILVA (RÉU PRESO)
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. JOSEMIR CÉSAR PAZ DE LIRA E OUTROS (APTE.)

EMENTA: PROCESSUAL E PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. CONFISSÃO. INEXISTÊNCIA IN CASU. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASES DE FIXAÇÃO DA PENA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. AJUSTE. REGIME INICIAL FECHADO. APLICAÇÃO.

- Demonstradas a autoria e a materialidade do delito, deve o acusado ser condenado à pena prevista no art. 33, caput, c/c o art. 40, I, da Lei nº 11.343/06.

- Hipótese em que o réu foi preso em flagrante em 24/05/13, por volta das 19h, no Bairro do Ibura, em Recife/PE, quando transportava na sua carreta baú, de placa MAX 8629, cerca de 25,7kg (vinte e cinco quilos e setecentos gramas) de cocaína e 4kg (quatro quilos) de maconha.

- Comprovada a transnacionalidade do tráfico de drogas pelas provas constantes dos autos, jus-

tifica-se o processamento e julgamento do feito perante a Justiça Federal.

- A atenuante prevista no art. 65, III, d (confissão), não deve ser utilizada para reduzir a pena, pois o réu negou sua participação na infração, sob o argumento de que teria sido coagido a efetuar o transporte da droga do Paraná até Pernambuco, coação esta não comprovada nos autos.

- Considerando que a obtenção de lucro fácil constitui elemento do crime de tráfico de drogas e que a natureza e a quantidade do entorpecente não podem ser consideradas para elevar a pena na primeira fase e, mesmo tempo, quando aplicado o redutor decorrente da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 (terceira fase), para que não ocorra bis in idem, impõe-se a redução da pena-base.

- Aplica-se, em favor do acusado, a causa de diminuição estabelecida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, posto que não restou demonstrado nos autos que ele se dedique a atividades criminosas e que integre organização criminosa, devendo, dita diminuição, ser aplicada à fração de 1/3, tendo em vista a natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos por ocasião do flagrante (mais de 25kg de cocaína e 4kg de maconha).

- Redução da pena privativa de liberdade imposta ao réu para 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, bem como da pena de multa para 560 dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, para que não haja discrepância entre a fixação das referidas sanções.

- A regra do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/2007, que impunha a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para o cumprimento da pena de crimes hediondos e equiparados, foi declarada inconstitucional pelo Plenário do col. Supremo

Tribunal Federal (HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 27/06/12).

- Tal orientação, contudo, não impede o julgador de, à luz do caso concreto e escudado na análise dos critérios estabelecidos no art. 59 do Estatuto Repressivo, estipular, motivadamente, regime inicial mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal. Precedentes do STF e do STJ.

- In casu, a fixação de modalidade inicial mais severa para o cumprimento da pena aplicada ao acusado, mesmo inferior a oito anos, fundou-se nos dispositivos legais supramencionados (CP, art. 33, §§ 2º, a, e 3º, e Lei 8.072/90, art. 2º, § 1º), amparando-se, para tanto, nas circunstâncias judiciais dantes negativamente valoradas, de modo que, embora afastada a aplicação do dispositivo reputado inconstitucional, resta fundamentação suficiente para estorvar o abrandamento do regime de cumprimento inicial da pena.

- Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório, do voto da relatora e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 6 de novembro de 2014. (Data de 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 em que se julgou procedente a pretensão punitiva estatal, condenando-se

VÁLTER SINFRÔNIO DA SILVA à pena de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses, 20 (dias) de reclusão e multa (600 dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia-multa), pela prática do crime descrito no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, da Lei nº 11.343/06.

O apelante sustenta, em preliminar, a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar a causa, haja vista a falta de comprovação da transnacionalidade do delito. Afirma que a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, tendo em vista a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, aduzindo que a atenuante da confissão há de incidir *in casu*, pois houve colaboração de sua parte para a elucidação dos fatos. Requer, ao fim, que a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 seja aplicada em seu grau máximo (2/3), bem como seja o regime inicial de cumprimento da pena alterado para o semiaberto.

Contrarrazões.

O *Parquet* Regional, no seu parecer, opinou pelo desprovimento do apelo.

É o Relatório.

Ao revisor.

VOTO

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

Trata-se de apelação interposta contra sentença que condenou o réu à pena de 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além de multa, pela prática do crime de tráfico internacional de entorpecentes.

Inicialmente, convém destacar que a preliminar de incompetência da Justiça Federal para processar e julgar a lide está imbricada com o próprio mérito da questão, analisado na sequência.

Consta da denúncia que, em 24/05/13, por volta das 19 h, no Bairro do Ibura, em Recife/PE, o réu foi preso em flagrante quando transportava na carreta baú, de placa MAX 8629, cerca de 25,7kg (vinte e cinco quilos e setecentos gramas) de cocaína e 4 kg (qua-

tro quilos) de maconha, tendo afirmado aos policiais federais, no momento da abordagem, que havia contratado o Sr. Rubem Francisco de Arruda para que fosse, com o seu caminhão (“cavalo”), de placa DAJ 2266, até à cidade de Cascavel/PR, na fronteira com o Paraguai, buscar a aludida carreta, mediante o pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

O delito pelo qual o réu foi condenado está assim descrito, *in verbis*:

Lei nº 11.343/06:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

(...)

§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito; (...).

A materialidade do delito restou eficazmente demonstrada pelos elementos coligidos aos autos, a saber: Auto de Apresentação e Apreensão e do Laudo Preliminar de Constatação, acostados, respectivamente, às fls. 7 e 8/9 do Inquérito Policial em apenso, além do Laudo de Exame em Substância, colacionado às fls. 120/131 do presente feito.

Quanto à autoria, esta ficou suficientemente comprovada através das provas colhidas na fase investigatória e no curso da ação

penal, notadamente do Auto de Prisão em Flagrante (fls. 2/3 do apenso), bem como dos depoimentos das testemunhas de acusação, colhidos judicialmente e na seara policial, oportunidades em que os policiais federais que efetuaram o flagrante afirmaram que o acusado havia admitido que estava transportando drogas no forro lateral da carreta e que elas haviam sido adquiridas no Paraguai, isentando, na ocasião, o Sr. Rubem Francisco de Arruda de qualquer responsabilidade na infração.

Vale consignar, a propósito, que restou demonstrado, durante a instrução processual, que o proprietário do caminhão de placa DAJ 2266 (“cavalo”) realmente havia alugado dito veículo para efetuar o transporte da carreta do acusado, de Cascavel/PR até à cidade do Recife/PE, mediante o pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), sem que tivesse conhecimento do ilícito, tanto que a testemunha arrolada pelo MPF, Sr. Goivanni da Silva Fialho, afirmou, perante o Delegado da Polícia Federal (fl. 2 do IPL em apenso), que, no momento do flagrante, o Sr. Rubem estava assustado com a abordagem policial e que o réu o isentara de qualquer participação no evento delitivo.

Registre-se, também, que os depoimentos dos referidos policiais federais denotam a transnacionalidade do crime de tráfico de entorpecentes, pois estão em harmonia com as demais provas produzidas nos autos, sendo certo afirmar que constituem elementos hábeis à formação do livre convencimento do magistrado, em face da presunção de veracidade de que se revestem.

Além disso, as circunstâncias em que se deu o fato criminoso levam à certeza de que a droga transportada pelo réu tinha origem internacional, tendo em vista o trajeto por ele trilhado, vindo de Cascavel/PR, cidade próxima de Foz do Iguaçu/PR, que faz fronteira com o Paraguai, rota bastante conhecida como “porta de entrada” de entorpecente no Brasil, até Recife/PE.

A comprovação da transnacionalidade do delito afasta, pois, a alegação de incompetência da Justiça Federal para processar e julgar a causa.

Ainda sobre a participação do acusado na empreitada criminosa, faz-se pertinente trazer à tona os fundamentos lançados na sentença (fls. 201/202), aqui utilizados como razões de decidir:

(...)

35. Por sua vez, o réu, em seu interrogatório judicial (mídia digital de fl. 167), confessou a prática delitativa, confirmando que sabia estar trazendo substâncias ilícitas no interior de sua carreta, nada obstante tenha apresentado versão de que fora coagido por uma suposta pessoa conhecida como “Paulo” que conhecera num posto de gasolina nesta cidade, na qualidade de agenciador de cargas, o qual lhe apresentou uma boa proposta para realizar uma carga de frango, de uma empresa chamada “COPAVEL”, sediada no Paraná.

36. Sustentou o denunciado que ao chegar na cidade de destino (Cascavel/PR) teve dificuldades em “fechar o negócio” com a pessoa de “Paulo” pois este teria se recusado a contratar seu serviço, pois a carreta estaria em condições precárias para o transporte da suposta carga de frango, condicionando para o sucesso do “negócio” a reforma da carreta, ali mesmo naquela cidade, para só após ser despachada a carga.

37. Informou, ainda, que teria autorizado tal reforma no veículo, e que durante o tempo em que esta se realizava, voltou ao Recife, por sugestão de “Paulo”, que lhe pagou a passagem, sendo motivado pela iminência do “dia das mães”.

38. Declarou que ao retornar ao Paraná, desta feita com a pessoa de Rubem, dono do “cavalo” atrelado à sua carreta, para buscar o caminhão, foi informado por “Paulo” de que havia droga no veículo e que ele deveria levá-lo até Recife, onde estaria uma pessoa lhe esperando. O acusado informou que “Paulo” o teria ameaçado e à sua família, dizendo-lhe que sabia onde morava e que não tentasse impedir o recebimento da droga no seu destino, pois estaria, inclusive sendo seguido por “pessoas dele”.

39. Pois bem.

40. A versão apresentada pelo acusado é completamente inverossímil.

41. É que a defesa, em nenhum momento da instrução processual, apresentou qualquer prova que respalde os argumentos expendidos pelo acusado.

42. Nenhuma testemunha arrolada pela defesa auxiliou para o esclarecimento dos fatos, uma vez que sobre eles não detinham conhecimentos, somente exaltando as qualidades morais do réu.

43. Ademais, nenhum documento fora apresentado pela defesa aos autos, de modo que se pudesse, ao menos, concluir por indícios concretos quanto à existência da pessoa de “Paulo” a quem aponta o acusado como sendo o indivíduo que o coagiu a transportar a droga até esta Capital sob pena de sofrer, ou mesmo sua família, consequências negativas, como morte.

44. O acusado sequer realizou a descrição desse indivíduo, nem indicou seu endereço ou mesmo onde poderia ser encontrado.

45. Não se pode crer que nem mesmo, supondo-se ter estado ao acusado sob a situação de coação, teria ele revelado os “apuros” em que se encontrava ao motorista do caminhão Rubem Francisco de Arruda.

46. Não me parece, ainda, razoável inferir que diante de uma situação como essas (ameaça, coação) não pudesse o réu esboçar qualquer reação, fosse comentando o que lhe teria passado com a pessoa de Rubem, durante a viagem de volta à Cidade do Recife, sabendo-se que esta não é curta, fosse comunicando às autoridades policiais, já que ele mesmo informou que tinha em sua posse 3 (três) aparelhos celulares.

47. Acrescente-se que, quando de seu interrogatório, esta magistrada insistira até para que ele pudesse indicar elementos que pudessem demonstrar a versão por ele apresentada, contudo o acusado nem mesmo se valeu de qualquer indício de que estivera sob coação como defendido, militando todos os elementos colhidos tanto na fase investigativa, quanto na judicial em seu desfavor.

48. Registre-se, igualmente, a estranheza relativa ao fato de o réu não ter, de acordo com o depoimento prestado por Rubem Francisco, comentado com este último os detalhes da “negociação” que teria feito (transporte de carga), no sentido de informar exatamente o tipo de carga que estaria a transportar, a empresa ou a pessoa com quem estaria lidando ou mesmo o tivesse apresentado aquele que o acompanhava na viagem.

49. Assim, a alegação de coação moral irresistível aventada nas alegações finais (fls. 190/196) não restou caracterizada na hipótese dos autos, já que, ainda que restasse confirmada a existência da pessoa de “Paulo”, o acusado poderia ter se comportado de maneira diversa, já que detinha meios de assim o proceder, já que não estava sob a influência física direta de quem quer que fosse, não tendo sua liberdade suprimida ou vulnerabilizada. Além disso, o réu informou que a pessoa de “Paulo” teria prometido lhe gratificar ao final, sem identificar o *quantum*, contudo, não informou o acusado ter recusado, ao contrário, demonstrou aquiescer com essa contrapartida. (...)

Em relação à dosimetria, observo que, dentre outras questões, a pena-base restou exasperada em razão da obtenção de lucro fácil e da quantidade e da natureza da droga, sendo fixada em 8 (oito) anos de reclusão.

Porém, como a motivação financeira já constitui elementar do crime de tráfico de drogas e a natureza e a quantidade do entorpecente não podem ser consideradas para elevar a pena na primeira fase e, mesmo tempo, quando aplicado o redutor decorrente da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 (conforme aconteceu *in casu*), para que não ocorra *bis in idem*, de acordo com jurisprudência firmada no col. STF (1ª T., HC 115.466/SP, rel. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, DJe 24/06/14), entendo por bem reduzir a pena-base para 6 (seis) anos de reclusão.

Na segunda fase de aplicação da sanção, há de ser afastada a atenuante genérica da confissão, pois não se pode afirmar que o réu tenha confessado a prática do delito, de livre e espontânea vontade. Na verdade, o que ele fez foi negar a sua responsabilidade no evento criminoso, alegando que teria sido coagido a efetuar o transporte do entorpecente do Paraná até Pernambuco, coação esta que, conforme destacado na sentença, não chegou a ser comprovada nos autos.

Com efeito, vale salientar que a chamada “confissão qualificada”, aquela à qual se agregam teses defensivas, a exemplo de discriminantes e de exculpantes, nem sempre enseja a redução da pena. Nesse sentido, confira-se o teor do seguinte aresto:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 65, III, D, DO CP. VERIFICAÇÃO. CONFISSÃO QUALIFICADA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. POSSIBILIDADE. 2. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. É assente no Superior Tribunal de Justiça que, ainda que se trate de confissão qualificada, deve sim incidir a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, quando efetivamente utilizada como elemento de convicção.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1392005 / PR, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 27/06/14)

Considerando que a juíza *a quo* não firmou o decreto condenatório com base na confissão qualificada, mas nos demais elementos de provas produzidos no processo, inexistiu ensejo para a aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.

No que toca à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 (redução de 1/6 a 2/3), observo que agiu com acerto a juíza ao reduzi-la em 1/3, tendo em vista a natureza e a quantidade das drogas apreendidas por ocasião do flagrante (mais de 25kg de cocaína e 4kg de maconha).

Assim, diminuída a pena-base de 6 (seis) anos em 1/3, chega-se à sanção de 4 (quatro) anos de reclusão, que, majorada em 1/6, em face da causa de aumento prevista no art. 40, I, da referida Lei, obtém-se a **pena definitiva de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão.**

Já a pena de multa deve guardar proporcionalidade à pena privativa de liberdade aplicada.

Com efeito, nos moldes dos arts. 49 e 60 do Estatuto Repressor, a pena de multa deve ser calculada em duas fases distintas. Na primeira fase é fixado o número de dias-multa que, para o delito em tela, situa-se entre o mínimo de 500 (quinhentos) e o máximo de 1.500 (hum mil e quinhentos), levando em conta as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e o disposto no art. 42 da Lei de Drogas. Na segunda, fixa-se a quantia de cada dia-multa, observada a situação econômica do condenado, entre 1/30 (um trigésimo)

mo) e 5 (cinco) salários mínimos, conforme dispõe o art. 43 do citado diploma.

Considerando que a pena privativa de liberdade foi reduzida, após reavaliação das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, a pena de multa também deve ser diminuída, para que não haja discrepância entre a fixação das referidas sanções.

Em consequência, a pena de multa deve ser reduzida de 600 para 560 dias-multa, correspondendo cada dia-multa a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, devendo ser atualizada monetariamente quando da execução do julgado (art. 49, § 2º).

Cabe, por oportuno, afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, lembrando que, mesmo com a declaração de inconstitucionalidade do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em que se afastou a proibição de conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direitos para os casos de condenação por crime de tráfico de drogas, ainda estão vigentes as regras do artigo 44 do Código Penal, que determinam a avaliação das condições objetivas e subjetivas previstas no inciso III do referido dispositivo, as quais, a toda evidência, não foram preenchidas pelo réu.

Finalmente, quanto ao regime inicial do cumprimento da pena do acusado, observo que a regra do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/2007, que impunha a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para o cumprimento da pena de crimes hediondos e equiparados, foi declarada inconstitucional pelo Plenário do col. Supremo Tribunal Federal (HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 27/06/12).

Tal orientação, contudo, não significa que o julgador, à luz do caso concreto e escudado na análise dos critérios estabelecidos no art. 59 do Estatuto Repressivo, não possa estipular, motivadamente, regime inicial mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

In casu, a fixação de modalidade inicial mais severa para o cumprimento da pena aplicada ao réu, mesmo inferior a oito anos, funda-se nos dispositivos legais supramencionados (CP, art. 33,

§§ 2º, a, e 3º, e Lei 8.072/90, art. 2º, § 1º), amparando-se esta Relatora, para tanto, nas circunstâncias judiciais dantes negativamente valoradas.

Assim, embora afastada a aplicação do dispositivo declarado inconstitucional, resta fundamentação suficiente para estorvar o abrandamento do regime de cumprimento inicial da pena, desejado pelo recorrente.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao apelo do réu, apenas para reduzir a pena privativa de liberdade que lhe foi imposta para 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, bem como a pena de multa, para 560 dias-multa, correspondendo cada dia-multa a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, mantendo-se a sentença em seus demais termos.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 11.137-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (CONVOCADO)
Apelantes: JEFFERSON PAVEI FERNANDES, MARICLÉSIO FERNANDES E JOSÉ AURELIANO FIGUEIRA DE ANDRADE
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. ALEXANDRE ARNONE E OUTROS E MARIA CAROLINA DE AMORIM

EMENTA: PENAL. IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS AUTORIZADA POR DECISÃO JUDICIAL. REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO VINCULADA À DESTINAÇÃO DOS PRODUTOS (DEVERIAM SER TRATADOS COMO MATÉRIA-PRIMA). DESATENÇÃO À CONDIÇÃO (PORQUE OS PNEUS FORAM VENDIDOS DIRETAMENTE A CONSUMIDORES FINAIS). FRAUDE À IMPORTAÇÃO. CONTRABANDO POR EQUIPARAÇÃO (CPP, ART. 334, § 1º, C). TIPICIDADE DAS CONDUTAS. CONDENAÇÃO QUE SE SUSTENTA.

AJUSTE, TODAVIA, NA DOSIMETRIA DAS PENAS. PROVIMENTO PARCIAL DAS APELAÇÕES.

- Por força de decisão judicial, a empresa que dois dos apelantes titularizam foi autorizada a importar pneus usados. Deveriam, porém, segundo o comando autorizador, não os destinar, naquele estado em que estavam, à venda direta “ao consumidor”, mas tratá-los como “matéria-prima” na “indústria nacional de remodelagem” (MS 2002.51.01.007841-7, que tramitou perante o TRF da 2ª Região).

- Os pneus, então, já devidamente importados, foram alienados à outra empresa (uma revendedora de pneus cujo proprietário também figura como réu-apelante), em seis operações aparelhadas por notas fiscais que ostentam a seguinte advertência “o comprador FICA TERMINANTEMENTE PROIBIDO de revender os produtos elencados nesta nota fiscal para o consumidor final sem o devido beneficiamento dos produtos, salientando que será imputada a responsabilidade civil e criminal a quem infringir a legislação pertinente, conforme preceitua o Decreto-lei 3.179, de 21 de setembro de 1999 em seu artigo 47-A, instituindo o Decreto-Lei 3.919, de 14 de setembro de 2001, e Lei 9.605, de fevereiro de 1998, em seu artigo 56 e respectivos parágrafos” (fls. 60 e ss.).

- Deu-se, então, que o fisco identificou venda direta ao consumidor final (já por parte da segunda empresa), donde a lavratura de auto de infração e, pois, de representação fiscal para fins penais (fls. 20 e ss.), a qual capitulou a conduta praticada na norma inserta no CP, art. 334, § 1º, c, segundo redação vigente à época das ações:

Art. 334 Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

§ 1º - Incorre na mesma pena quem: (Redação dada pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965)

c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem; (incluído pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965).

- Processados, os réus foram condenados em primeiro grau, donde o apelo que manejaram. Dois deles (os importadores) aduzem, em apelação conjunta, que não teriam procedido com dolo ou culpa, máxime porque teriam obedecido ao comando judicial que lhes autorizou a importação dos pneus. O outro (revendedor) sustenta: (i) nulidade da sentença prolatada (a exordial seria inepta, porquanto não teria descrito a imputação em todas as suas circunstâncias normativas); (ii) atipicidade da conduta, pois não teria havido dolo ou fraude na atuação que desempenharam; e (iii) ausência de provas quanto à venda ao consumidor final. Alternativamente, (iv) pugnam pela redução da pena pela ausência de valoração negativa das circunstâncias judiciais, aplicação da continuidade delitiva em seu patamar mínimo e aplicação da causa de diminuição da pena referente ao erro de proibição evitável.

- Não há nulidade a ser reconhecida. A inicial é clara em identificar as normas que, completando a tessitura legislativa penal (CP, art. 334, § 1º, c), tornam ilícita a importação de pneus (Portaria DECEX 08/91, Resolução CONAMA 23/96 e Portaria SECEX 27/07), ainda que a menção te-

nha decorrido da transcrição de (vários) precedentes judiciais. Nada impediu a regularidade da imputação, nem inviabilizou o exercício do direito de defesa.

- A fraude à importação dos pneus, de outro lado, é manifesta. Ao realizarem a importação nos precaríssimos termos da ordem judicial (que jamais admitiu a alienação dos produtos diretamente aos consumidores finais), os importadores assumiram o compromisso de lhes dar a finalidade judicialmente ordenada (tratamento como “matéria-prima”), sendo certo que o tráfico jurídico fora do balizamento judicial (a venda direta aos consumidores, feita comprovadamente através de 7 notas fiscais, num total de quase 800 unidades) iria configurar, como de fato configurou, fraude ao ato de importação (CP, art. 334, § 1º, c), em continuidade delitiva (CP, art. 71).

- Remanesce a responsabilidade dos importadores, nada obstante as seis vendas que fizeram à empresa revendedora, ainda que tais negócios, de per si, não configurariam contrabando, porque o crime, na espécie apurada nos autos, exigia desatenção à ordem judicial, através da alienação a “consumidor final”.

- É dizer: a comprovada realização da venda ao “consumidor final” – praticada ao menos 7 vezes pela empresa que adquiriu os pneus depois de importados, consoante prova documental colacionada à representação de fls. 20 e ss. – não pode ser imputada exclusivamente aos gestores de “AA Comércio de Pneus LTDA.”.

- Com efeito, ao lhe repassar os pneus, a importadora assumiu o risco de que o destino dos bens fosse outro que não aquele determinano na decisão judicial que autorizou a importação, e tanto que, celebrado o negócio entre as pessoas jurídicas, emitiu notas fiscais com as advertências antes mencionadas (CP, art. 18, I, parte fi-

nal). A venda aos consumidores finais, enfim, ainda quando feita por pessoa diversa da importadora, contaminou toda a importação realizada, dando ensejo ao cometimento do crime objeto da persecução.

- É incogitável acatar a tese de erro de proibição, se por mais não fosse, ao menos porque as notas fiscais dos negócios entre as empresas continham expressa referência à ilicitude (inclusive criminal) da venda aos consumidores finais, não sendo sequer cogitável que os três envolvidos – comerciantes experientes no segmento de pneus – desconhecessem as consequências funestas das ações que estavam a praticar.

- A dosimetria das penas fica assim estabelecida:

11.1) JOSÉ AURELIANO FIGUEIRA DE ANDRADE (empresário que adquiriu os pneus da importadora): pena-base de 2 (dois) anos de reclusão, justificando-se a exasperação mercê da culpabilidade (intensa noção da ilicitude contida no gesto reprovável) e das consequências do crime (os bens contrabandeados são demasiado danosos ao meio ambiente e à saúde das pessoas), ainda quando a existência de outro feito penal sem trânsito em julgado não lhe possa ser tomada como circunstância judicial desfavorável nos termos da Súmula 444 do STJ (de todo modo, as duas primeiras circunstâncias judiciais são capazes, sozinhas, de manter a pena-base no patamar estipulado em primeiro grau).

Nada deve ser alterado em segunda fase (inocorrem agravantes e/ou atenuantes).

Em terceira fase, sendo 7 as operações comprovadas, incide a causa especial de aumento de pena da continuidade delitiva (CP, art. 71), adequadamente dosada em primeiro grau na fração de 1/3 (um terço), totalizando 2 anos e 8 meses de reclusão, pena afinal substituída (CP, art. 44)

por duas sanções restritivas de direito (tal como definido em sentença).

11.2) JEFFERSON PAVEI FERNANDES (sócio da empresa importadora): pena-base de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, justificando-se a exasperação mercê da culpabilidade (intensa noção da ilicitude contida no gesto reprovável, evidenciando inclusive desprezo pela atividade jurisdicional) e das consequências do crime (os bens contrabandeados são demasiado danosos ao meio ambiente e à saúde das pessoas), ainda quando a existência de outro feito penal sem trânsito em julgado não lhe possa ser tomada como circunstância judicial desfavorável nos termos da Súmula 444 do STJ (de todo modo, as duas primeiras circunstâncias judiciais são capazes, sozinhas, de manter a pena-base no patamar estipulado em primeiro grau).

Nada deve ser alterado em segunda-fase (inocorrem agravantes e/ou atenuantes).

Em terceira fase – lembrando que não devem ser contabilizadas como contrabando as vendas entre empresas, mas apenas aquelas feitas aos consumidores finais, sendo assim 7 as operações comprovadas nos autos –, incide a causa especial de aumento de pena da continuidade delitativa (CP, art. 71), adequadamente dosada em primeiro grau na fração de 1/3 (um terço), totalizando 3 anos e 4 meses de reclusão, pena substituída (CP, art. 44) por duas sanções restritivas de direito, a serem definidas pelo juízo da execução – não há concurso material, contrariamente ao pretendido na sentença.

11.3) MARICLÉSIO FERNANDES (sócio da empresa importadora): pena-base de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, justificando-se a exasperação mercê da culpabilidade (intensa noção da ilicitude contida no gesto reprovável, evidenciando inclusive desprezo pela atividade

jurisdicional) e das consequências do crime (a natureza dos bens contrabandeados, extremamente danosos ao meio ambiente e à saúde das pessoas), ainda quando a existência de outros feitos penais sem trânsito em julgado não lhe possa ser tomada como circunstância judicial desfavorável nos termos da Súmula 444 do STJ (de todo modo, as duas primeiras circunstâncias judiciais são capazes, sozinhas, de justificar a exasperação da pena-base, alçando-a ao mesmo patamar estipulado para o outro importador, não mais do que isso).

Nada deve ser alterado em segunda fase (inocorrem agravantes e/ou atenuantes).

Em terceira fase – lembrando que não devem ser contabilizadas como contrabando as vendas entre empresas, mas apenas aquelas feitas aos consumidores finais, sendo, assim, 7 as operações comprovadas –, incide a causa especial de aumento de pena da continuidade delitativa, adequadamente dosada em primeiro grau na fração de 1/3 (um terço), totalizando 3 anos e 4 meses de reclusão substituídos por duas sanções restritivas de direito, a serem definidas pelo juízo da execução – não há concurso material, contrariamente ao pretendido na sentença.

- Apelação de JOSÉ AURELIANO FIGUEIRA DE ANDRADE improvida; apelações de JEFFERSON PAVEI FERNANDES e MARICLÉSIO FERNANDES parcialmente providas.

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, negar provimento à apelação de JOSÉ AURELIANO FIGUEIRA DE ANDRADE; e dar parcial provimento às apelações de JEFFERSON PAVEI FERNANDES e MARICLÉSIO FERNANDES, nos termos

do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 23 de setembro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (Convocado):

Trata-se de três apelações, interpostas por JEFFERSON PAVEI FERNANDES, MARICLÉSIO FERNANDES e JOSÉ AURELIANO FIGUEIRA DE ANDRADE, contra sentença que, julgando parcialmente procedente a denúncia, condenou-os pelo crime previsto no art. 334, § 1º, c, do Código Penal, aplicando-lhes as seguintes penas:

- JOSÉ AURELIANO FIGUEIRA DE ANDRADE - 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão (inicialmente em regime aberto), substituídos por prestação pecuniária e de serviços à comunidade;
- JEFFERSON PAVEI FERNANDES - 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão (inicialmente em regime semiaberto);
- MARICLÉSIO FERNANDES - 8 (oito) anos e 8 (oito) meses de reclusão (inicialmente em regime fechado).

Em suas razões, JOSÉ AURELIANO FIGUEIRA DE ANDRADE alega (i) nulidade da sentença prolatada, sob o fundamento de que a exordial seria inepta, pois não teria descrito a imputação em todas as suas circunstâncias; (ii) atipicidade da conduta, pois não teria havido dolo ou fraude; (iii) ausência de provas quanto à venda ao “consumidor final”. Alternativamente, (iv) pugna pela redução da pena pela ausência de valoração negativa das circunstâncias judiciais, aplicação da continuidade delitiva em seu patamar mínimo e aplicação da causa de diminuição da pena referente a erro de proibição evitável.

Já JEFFERSON PAVEI FERNANDES e MARICLÉSIO FERNANDES, em apelação conjunta, pugnam pela absolvição, sob o

argumento de que não haveria dolo ou culpa na conduta que praticaram.

Contrarrazões apresentadas (fls. 754/764 e 843/850).

Nesta instância, remetidos os autos à douta Procuradoria Regional da República, opinou o ilustre representante do *Parquet* pela manutenção da sentença.

Houve revisão.

É o que importa relatar.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (Relator Convocado):

Tenho que a causa não é das mais complexas.

Por força de decisão judicial, a empresa que dois dos apelantes titularizam (“Ribor Importação e Exportação, Comércio e Representações LTDA.”) foi autorizada a importar pneus usados. Deveriam, porém, segundo o comando autorizador, não os destinar, naquele estado em que estavam, à venda direta “ao consumidor”, mas tratá-los como “matéria-prima” na “indústria nacional de remodelagem” (MS 2002.51.01.007841-7, que tramitou perante o TRF da 2ª Região).

Os pneus, então, já devidamente importados, foram alienados à outra empresa (“AA Comércio de Pneus LTDA.”, revendedora cujo proprietário também figura como réu-apelante), em seis operações aparelhadas por notas fiscais que ostentam a seguinte advertência “o comprador FICA TERMINANTEMENTE PROIBIDO de revender os produtos elencados nesta nota fiscal para o consumidor final sem o devido beneficiamento dos produtos, salientando que será imputada a responsabilidade civil e criminal a quem infringir a legislação pertinente, conforme preceitua o Decreto-Lei 3.179, de 21 de setembro de 1999, em seu artigo 47-A, instituindo o Decreto-Lei 3.919, de 14 de setembro de 2001, e Lei 9.605, de fevereiro de 1998, em seu artigo 56 e respectivos parágrafos” (fls. 60 e ss.).

Deu-se, então, que o fisco identificou venda direta ao consumidor final (já por parte da segunda empresa), donde a lavratura

de auto de infração e, pois, de representação fiscal para fins penais (fls. 20 e ss.), a qual capitulou a conduta praticada na norma inserta no CP, art. 334, § 1º, c, segundo redação vigente à época das ações:

Art. 334 Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

§ 1º - Incorre na mesma pena quem: (Redação dada pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965)

(...)

c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem; (Incluído pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965).

Processados, os réus foram condenados em primeiro grau, donde o apelo que manejaram. Dois deles (JEFFERSON PAVEI FERNANDES e MARICLÉSIO FERNANDES, os importadores) aduzem, em apelação conjunta, que não teriam procedido com dolo ou culpa, máxime porque teriam obedecido ao comando judicial que lhes autorizou a importação dos pneus. O outro (revendedor) sustenta: (i) nulidade da sentença prolatada (a exordial seria inepta, porquanto não teria descrito a imputação em todas as suas circunstâncias normativas); (ii) atipicidade da conduta, pois não teria havido dolo ou fraude na atuação que desempenharam; e (iii) ausência de provas quanto à venda ao consumidor final. Alternativamente, (iv) pugnam pela redução da pena pela ausência de valoração negativa das circunstâncias judiciais, aplicação da continuidade delitiva em seu patamar mínimo e aplicação da causa de diminuição da pena referente ao erro de proibição evitável.

Não há, porém, qualquer nulidade a ser reconhecida. A inicial é clara em identificar as normas que, completando a tessitura legislativa penal (CP, art. 334, § 1º, c), tornam ilícita a importação de pneus (Portaria DECEX 08/91, Resolução CONAMA 23/96 e Por-

taria SECEX 27/07), ainda que a menção tenha decorrido da transcrição de (vários) precedentes judiciais (vide fls. 7 a 9. Nada impediu a regularidade da imputação, nem inviabilizou o exercício do direito de defesa. Penso que a matéria foi adequadamente resolvida na sentença (fls. 658 e ss.).

A fraude à importação dos pneus, de outro lado, é manifesta¹. Ao realizarem a importação nos precaríssimos termos da ordem judicial (que jamais admitiu a alienação dos produtos diretamente aos consumidores finais), os importadores assumiram o compromisso de lhes dar a finalidade judicialmente ordenada (tratamento como “matéria-prima”), sendo certo que o tráfico jurídico fora do balizamento judicial (a venda direta aos consumidores, feita comprovadamente através de 7 notas fiscais, num total de quase 800 unidades) iria configurar, como de fato configurou, fraude ao ato de importação (CP, art. 334, § 1º, c), em continuidade delitiva (CP, art. 71). A documentação que espelha esta realidade está posta (não apenas) às fls. 20 e ss.².

É de ser realçado: remanesce a responsabilidade dos importadores, nada obstante as seis vendas que fizeram à empresa revendedora, ainda que tais negócios, *de per si*, não configurassem contrabando, porque o crime, na espécie apurada nos autos,

¹ O voto está quase limitado aos aspectos da materialidade e da dosimetria. Em primeiro lugar, porque não houve recurso enfrentando exatamente o tema da autoria das ações apuradas. Em segundo, porque a sentença enfrentou esta questão muitíssimo bem, merecendo, os seus fundamentos, serem adotados *per relationem*. Eis o que faço.

² As vendas praticadas por “AA COMÉRCIO DE PNEUS LTDA.” (revendedor-consumidores) não podem ser tidas como da mesma natureza daquelas que a “RIBOR” lhe fizera (importador-revendedor). Basta que sejam analisadas as notas fiscais postas às fls. 52 a 58, e nelas se constatarão, como destinatários, José Airton de Lima, Wesley Soeiro Orteno e Raimundo Edilson de Souza. Não são empresas evidentemente. E daí que, nesta condição, somente lhes cabe a condição de pessoas físicas, então “consumidores finais” dos pneus (e mesmo as empresas, fosse o caso de serem empresas, podem ser consumidoras de pneus obviamente). O mais importante, aqui, é a certeza de que as vendas foram feitas sem reservas (= sem as advertências das vendas feitas por “RIBOR” à “AA”), donde a mácula à decisão judicial que permitiu a importação e, pois, o cometimento do contrabando.

exigia desatenção à ordem judicial, através da alienação a “consumidor final” (não se configurando só com a transação entre as empresas).

É dizer: a comprovada realização da venda ao “consumidor final” – praticada ao menos 7 vezes pela empresa que adquiriu os pneus depois de importados, consoante prova documental colacionada à representação de fls. 20 e ss. – não pode ser imputada exclusivamente aos gestores de “AA Comércio de Pneus LTDA.”.

Com efeito, ao lhe repassar os pneus usados, a importadora (“Ribor Importação e Exportação, Comércio e Representações LTDA.”) assumiu o risco de que o destino dos bens fosse outro que não aquele determinando na decisão judicial que autorizou a importação, e tanto que, celebrado o negócio entre as pessoas jurídicas, emitiu notas fiscais com as advertências antes mencionadas (CP, art. 18, I, parte final).

A venda aos consumidores finais, enfim, ainda quando feita pessoa diversa da importadora, contaminou toda a importação realizada, dando ensejo ao cometimento do crime objeto da persecução.

De outro lado, é incogitável acatar a tese de “erro de proibição”, se por mais não fosse, ao menos porque as notas fiscais dos negócios entre as empresas continham expressa referência à ilicitude (inclusive criminal) da venda aos consumidores finais, não sendo sequer cogitável que os três envolvidos – afinal comerciantes experientes no segmento de pneus – desconhecassem as consequências funestas das ações que estavam a praticar.

Mantida, pois, a condenação, penso que a dosimetria das penas cominadas deve ser ajustada. Faço-o nos seguintes termos:

1) JOSÉ AURELIANO FIGUEIRA DE ANDRADE (empresário que adquiriu os pneus da importadora): pena-base de 2 (dois) anos de reclusão, justificando-se a exasperação mercê da *culpabilidade* (intensa noção da ilicitude contida no gesto reprovável, inclusive pelas informações contidas nas notas fiscais) e das *consequências do crime* (os bens contrabandeados – pneus usados – são demasiado danosos ao meio ambiente e à saúde das pessoas), ainda quando a *existência de outro*

feito penal sem trânsito em julgado não lhe possa ser tomada como circunstância judicial desfavorável, nos termos da Súmula 444 do STJ (de todo modo, as duas primeiras circunstâncias judiciais são capazes, sozinhas, de manter a pena-base no patamar estipulado em primeiro grau).

Nada deve ser alterado em segunda fase (inocorrem agravantes e/ou atenuantes).

Em terceira fase, sendo 7 as operações comprovadas, incide a causa especial de aumento de pena da continuidade delitiva (CP, art. 71), adequadamente dosada em primeiro grau na fração de 1/3 (um terço), totalizando **2 anos e 8 meses de reclusão, pena afinal substituída (CP, art. 44) por duas sanções restritivas de direito (tal como definido em sentença)**.

2) JEFFERSON PAVEI FERNANDES (sócio da empresa importadora): pena-base de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, justificando-se a exasperação mercê da *culpabilidade* (intensa noção da ilicitude contida no gesto reprovável, evidenciando inclusive desprezo pela atividade jurisdicional) e das *consequências do crime* (os bens contrabandeados – pneus usados – são demasiado danosos ao meio ambiente e à saúde das pessoas), ainda quando a *existência de outro feito penal sem trânsito em julgado* não lhe possa ser tomada como circunstância judicial desfavorável nos termos da Súmula 444 do STJ (de todo modo, as duas primeiras circunstâncias judiciais são capazes, sozinhas, de manter a pena-base no patamar estipulado em primeiro grau).

Nada deve ser alterado em segunda fase (inocorrem agravantes e/ou atenuantes).

Em terceira fase – lembrando que não devem ser contabilizadas como contrabando as vendas entre empresas, mas apenas aquelas feitas aos consumidores finais, sendo assim 7 as operações comprovadas nos autos –, incide a causa especial de aumento de pena da continuidade delitiva (CP, art. 71), adequadamente dosada em primeiro grau na fração de 1/3 (um terço), **totalizando 3 anos e 4 meses de reclusão, pena afinal substituída por duas sanções restritivas de direito**

(CP, art. 44), a serem definidas pelo juízo da execução – não há concurso material, contrariamente ao pretendido na sentença, que só o considerou por imaginar que na venda entre as empresas haveria o crime de contrabando, e não é o caso.

3) MARICLÉSIO FERNANDES (sócio da empresa importadora): pena-base de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, justificando-se a exasperação mercê da *culpabilidade* (intensa noção da ilicitude contida no gesto reprovável, evidenciando inclusive desprezo pela atividade jurisdicional) e das *consequências do crime* (os bens contrabandeados – pneus usados – são demasiado danosos ao meio ambiente e à saúde das pessoas), ainda quando a *existência de outros feitos penais sem trânsito em julgado* não lhe possa ser tomada como circunstância judicial desfavorável nos termos da Súmula 444 do STJ (de todo modo, as duas primeiras circunstâncias judiciais são capazes, sozinhas, de justificar a exasperação da pena-base, alçando-o ao mesmo patamar estipulado para o outro importador, não mais do que isso).

Nada deve ser alterado em segunda-fase (inocorrem agravantes e/ou atenuantes).

Em terceira fase – lembrando que não devem ser contabilizadas como contrabando as vendas entre empresas, mas apenas aquelas feitas aos consumidores finais, sendo assim 7 as operações comprovadas –, incide a causa especial de aumento de pena da continuidade delitiva, adequadamente dosada em primeiro grau na fração de 1/3 (um terço), totalizando 3 anos e 4 meses de reclusão substituídos por duas sanções restritivas de direito, a serem definidas pelo juízo da execução – não há concurso material, contrariamente ao pretendido na sentença, que só o considerou por imaginar que na venda entre as empresas haveria o crime de contrabando, e não é o caso.

Nestes estritos termos, nego provimento à apelação de JOSÉ AURELIANO FIGUEIRA DE ANDRADE; e dou parcial provimetno às apelações de JEFFERSON PAVEI FERNANDES e MARICLÉSIO FERNANDES.

É como voto.

**EMBARGOS INFRINGENTES
NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 529.508-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR
Embargante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Embargado: CLEMENCEAU ALVES
Assist.: FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO - FNDE
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. RODRIGO FONSECA ALVES DE ANDRADE E OUTRO

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES. PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO QUE, AO REFORMAR SENTENÇA DE MÉRITO, POR MAIORIA, JULGOU EXTINTO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. EFETIVA APRECIÇÃO DO MÉRITO. CABIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES, VENCIDO O RELATOR. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DECRETO-LEI Nº 201/67. APLICAÇÃO A PREFEITOS E EX-PREFEITOS. PROVIMENTO.

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 maioria, rejeitar a preliminar de não conhecimento dos embargos infringentes, vencidos os Exmos. Srs. Desembargadores Federais Edilson Nobre Júnior e Ivan Lira de Carvalho. Quanto ao mérito, por maioria, deu provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do relator, vencido o Exmo. Sr. Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho.

Recife, 3 de setembro de 2014. (Data do julgamento)

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR:

Cuida-se de embargos infringentes opostos pelo Ministério Público Federal contra acórdão da lavra do Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima (fls. 178/179), proferido pela colenda Segunda Turma deste eg. Tribunal que, por maioria, julgou extinto o feito, declarando prejudicada a apelação de CLEMEN-CEAU ALVES.

O voto embargado encontra-se assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. AGENTE POLÍTICO. INAPLICABILIDADE. EXTINÇÃO DO FEITO.

1. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que a Constituição Federal não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos;
2. Os agentes políticos que respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados no Decreto-Lei 201/1967 não se submetem à Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), sob pena de ocorrência de proscrito *bis in idem* (STF, Rcl 2138/DF, Relator Min. NELSOM JOBIM; Relator p/ Acórdão Min. GILMAR MENDES; Julgamento: 13/06/2007; Órgão Julgador: Tribunal Pleno);
3. Processo extinto (CPC, arts. 267, IV e § 3º, e 515, § 1º).

O embargante sustentou a possibilidade de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos municipais, não sendo o caso de se seguir o paradigma firmado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Reclamação nº 2.138/DF.

Acrescenta o MPF que o fato de os agentes políticos responderem pelos crimes de responsabilidade previstos no Decreto-Lei nº 201/1967, não impede a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que as sanções previstas no mencionado Decreto-Lei estão inseridas na esfera penal, sendo completamente alheios ao âmbito da Lei de Improbidade Administrativa.

Sem contrarrazões na forma da certidão de fl. 228.

É o relatório.

Ao Revisor.

VOTO PRELIMINAR (VENCIDO)

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

Há que ser enfrentada uma questão prévia, concernente à admissibilidade do recurso interposto.

A sentença julgou procedente o pedido, mas o aresto que desatou a apelação, integrado pela negativa de embargos de declaração, extinguiu o processo sem resolução de mérito, invocando o art. 267, IV, do CPC, ao argumento de não ser admissível o ajuizamento de ação para apuração de ato de improbidade administrativa contra prefeito municipal, uma vez este se encontrar sujeito a julgamento por crime de responsabilidade (Decreto-lei 201/67).

Sei que esse Pleno, noutras ocasiões (EINFAC548045/RN, Rel. Des. Fed. Marcelo Navarro, j. 04/06/2014 e publ. em 16/06/2014; EAC508827/PB, Rel. Des. Fed. Luiz Alberto Gurgel de Faria, j. 19/02/2014 e pub. em 07/03/2014), inclusive versando sobre aresto cujo voto-condutor é idêntico ao dos autos, não enveredou pela questão do cabimento dos embargos infringentes.

No entanto, não posso desconhecer que o art. 530 do CPC alude, em sua literalidade, a acórdão que, em sede de apelação, houver reformado sentença de mérito.

Então, poder-se-ia aventar que, em sendo de mérito a sentença examinada, careceria de influência qual a conclusão do acórdão, se examinou o mérito da causa ou não.

A jurisprudência, por sua vez, vem se manifestando noutra senda. Invocando o recurso aos critérios sistemático e teleológico, o Superior Tribunal de Justiça passou a deliberar que se deve concluir, pela redação atual do art. 530 do CPC, pelo descabimento dos embargos infringentes quando o acórdão não examinar o mérito da pretensão. Assim, os precedentes tomados pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 503073 (Quarta Turma, v.u., rel. Min. SÁLVIO de FIGUEIREDO, DJU de 06-10-2003), no RESP 627.927

(Terceira Turma, v.u., rel. Min. NANCY ANDRIGHI, *DJU* de 21-06-2004) e no RESP 914.896 (Primeira Turma, mv, rel. Min. TEORI ZAVASCKI, *DJU* de 18-02-2008).

Prosseguindo, entendeu-se pela não admissibilidade dos embargos infringentes quando se cuidar de extinção do processo por ilegitimidade (Terceira Turma, RESP 801.713, v.u., rel. Min. Herman Benjamin, *DJU* de 13-03-2009), ou quando tal suceder pelo acolhimento de alegação de *res judicata* (Terceira Turma, RESP 890.246, v.u., rel. Min. SIDNEI BENETI, *DJU* de 11-09-2008).

A orientação, ao que parece, permanece sem sobressaltos. É o que se percebe das decisões cujas ementas são transcritas a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. EMBARGOS INFRINGENTES. NÃO CABIMENTO.

1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.

2. O recurso de embargos infringentes é incabível contra acórdão que, por maioria, extingue o processo sem resolução de mérito.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 97216/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/05/2012, *DJe* 21/05/2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. ARTIGO 530 DO CPC. ACÓRDÃO QUE RECONHECEU A EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que o artigo 530 do CPC, com a redação dada pela Lei 10.352/2001, não autoriza a interposição de embargos infringentes na hipótese em que o acórdão recorrido não aprecia o mérito da causa, ainda que a sentença o tenha analisado.

Precedentes.

2. Não obstante a exceção prevista no *caput* do artigo 286 do CPC (impossibilidade de ajuizamento de nova ação judicial), é certo que o reconhecimento da existência de pressuposto processual negativo implica a extinção do processo sem resolução de mérito (inciso V do artigo 267 do CPC), o que afasta as hipóteses autorizadoras da interposição de embargos infringentes. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.134.491/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 15/05/2012)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SENTENÇA QUE EXTINGUIU O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO E FIXOU A VERBA HONORÁRIA EM R\$ 2.000,00. VOTO VENCIDO: EXCLUSÃO DA VERBA HONORÁRIA. VOTO VENCEDOR: HONORÁRIOS FIXADOS EM 5% DO VALOR DA EXECUÇÃO (5% DE R\$ 692.000,00). INEXISTÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. HIPÓTESE QUE NÃO AUTORIZA A INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES.

1. Cumpre registrar que o entendimento desta Corte Superior é no sentido de que são admissíveis os embargos infringentes na hipótese de o acórdão recorrido, proferido por maioria, reformar a matéria acessória da sentença de mérito, relativa aos honorários advocatícios.

2. Contudo, no caso dos autos, a parcela acessória (honorários advocatícios) decorre de sentença extintiva sem julgamento do mérito. Assim, evidenciada a ausência de um dos requisitos necessários à admissão dos embargos infringentes, qual seja, a existência de sentença de mérito.

3. A exegese do art. 530 do CPC implica conclusão no sentido de que, havendo sentença que extingue o processo sem resolução de mérito e fixa verba honorária em desfavor do vencido, ainda que, no âmbito do segundo grau, por maioria, haja reforma da parte relativa aos honorários advocatícios fixados na sentença extintiva, não são cabíveis os embargos infringentes.

4. Não sendo cabíveis os embargos infringentes, as demais questões suscitadas no recurso especial (suposta ofensa aos artigos 20, 21, 535 e 538, parágrafo único, do CPC) estão preclusas, uma vez que, na hipótese, os em-

bargos infringentes não interrompem o prazo recursal.

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

(REsp 1.244.683/GO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/05/2011, DJe 31/05/2011)

Conforme resulta do último dos arestos, acima transcritos, a não admissibilidade é a solução que impõe mesmo quando, ao se extinguir o processo sem resolução de mérito, o acórdão fixar, por maioria, verba honorária em detrimento do vencido.

Não desconhece que, procurando amenizar o rigorismo da solução em comento, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido os embargos infringentes quando, mesmo propendendo pela extinção do processo sem resolução de mérito, tornar-se possível a inferência de que o mérito teria sido examinado (Primeira Turma, RESP 855.148, v.u., rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJU de 21-09-2006), ou ainda quando houver, nesse particular, ambiguidade na motivação do acórdão (Terceira Turma, RESP 1.168.093, v.u., rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJU de 20-09-2012).

Nenhuma das hipóteses acima se verifica no caso concreto. Inicialmente, destaque-se que o voto-condutor, da lavra do Des. PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, ao se inclinar pela extinção do processo sem resolução de mérito, estacionou no argumento consoante o qual é incabível o ajuizamento de ação para apuração de ato de improbidade administrativa contra agente público sujeito a crime de responsabilidade, como se tem com o prefeito, tendo em vista o regime do Decreto-lei 201/67. Ausência de qualquer motivação quanto à licitude ou não dos fatos narrados na peça vestibular.

Por outro lado, note-se que, em sede de embargos de declaração, o relator, a partir da tentativa de compreender a *ratio decidendi* constante da Reclamação 2.138, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, explicitou, com fundamentos mais extensos, o argumento relativo à vedação do *bis in idem* que ocorreria caso fosse admitida propositura da demanda em análise. Isso, porém, serviu de respaldo unicamente que fosse justificada a impossibilidade jurídica da pretensão em comento, não implicando, em instante algum, intromissão no mérito da controvérsia.

Desse modo, evidencia-se clarividente que o art. 530 do CPC, com sua redação atual, há de ser interpretado como a reclamar, para fins de admissibilidade dos embargos infringentes, que não somente a sentença de primeiro grau tenha apreciado o mérito da demanda, mas também o aresto que venha a desatar a apelação e que deverá ser alvo do recurso em comento. Do contrário, estar-se-á diante de violação ao referido comando legal.

Com essas considerações, voto pelo não conhecimento dos embargos infringentes.

VOTO DE MÉRITO

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

A controvérsia posta em exame diz respeito à impossibilidade de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa a prefeitos municipais, em razão de estarem sujeitos aos ditames do Decreto-Lei nº 201/67, a fim de não ocorrer dupla punição (*bis in idem*).

Não merece prosperar a tese de que a Lei nº 8.429/92 não seria aplicável aos agentes políticos, notadamente aos prefeitos.

O tema foi tratado, com minudência, pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Reclamação 2.138-6 - DF (Pleno, mv, rel. Min. GILMAR MENDES, *DJU* de 18-04-2008), orientação que penso deva preponderar, haja vista a condição daquele de guardião-mor da autoridade, inteireza positiva e uniformidade interpretativa da Lei Máxima.

É imperioso ressaltar que a decisão proferida pelo Excelso Pretório, na Reclamação nº 2.138/DF, diz respeito à inaplicabilidade da LIA ao Presidente da República e a Ministros de Estado, pois estão submetidos a regime especial de responsabilidade previsto na Constituição Federal, densificado pela Lei nº 1.070/50.

Sendo assim, remanesce a indagação em saber se aos prefeitos municipais também é de se reconhecer regime próprio de responsabilidade político-administrativa.

Dito isto, a partir da análise do citado paradigma, é possível concluir: a) o Decreto-lei 201/67 não versa sobre responsabilidade político-administrativa, razão pela qual não é capaz para afastar,

pelo critério da especialidade, a incidência da Lei 8.429/92; b) sem embargo do art. 4º do Decreto-lei 201/67 traduzir responsabilidade político-administrativa, a ausência de respaldo constitucional faz com que seja afastada, mediante a incidência do critério hierárquico, pela aplicação da Lei 8.429/92, a qual possui lastro no art. 37, § 4º, da Lei Fundamental.

Com efeito, à luz do entendimento firmado pela Suprema Corte, não há impedimento para aplicação concomitante de ambos diplomas legais aos prefeitos e ex-prefeitos, uma vez que a Lei de Improbidade Administrativa se limita a tratar de sanções civis e político-administrativas, enquanto que o Decreto-Lei nº 201/67 abrange o aspecto penal da conduta do agente, descaracterizando, pois qualquer alegação de incompatibilidade entre os dois regimes.

Nesse sentido, trago à colação julgados do col. STJ:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. APLICAÇÃO DA LEI E DO DECRETO-LEI 201/1967. POSSIBILIDADE. CONDUCTA ÍMPROBA REGISTRADA PELO TRIBUNAL A QUO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE.

1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado da Paraíba contra o ex-prefeito de São José de Piranhas, Joaquim Lacerda Neto, por entender que a conduta deste atentou contra os princípios norteadores da Administração Pública, nos termos dos arts. 10 e 11 da Lei 8.492/1992. Sustentou o *Parquet* estadual que o ora agravante teria: a) atrasado o pagamento da remuneração de alguns servidores; b) descumprido a Lei 8.666/1993 em relação a diversas licitações; c) contratado a firma do irmão do Secretário de Obras do Município para realização de obras de maior vulto; d) desviado verbas da construção de quadra poliesportiva de grupo escolar; e) não comprovado despesas realizadas à Câmara dos Vereadores; f) pago remuneração do magistério abaixo do índice legal; e g) alienado veículo a preço inferior ao da avaliação.

2. Não há óbices para a aplicação concomitante do Decreto-Lei 201/1967 e da Lei 8.429/1992. Precedentes do STJ.

3. O Tribunal *a quo* concluiu terem sido comprovadas as condutas dolosas do ora agravante. Rever tal entendimento esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo Regimental não provido.
(AgRg no AREsp 36.487/PB, Rel. Ministro HERMAN BEN-
JAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe
22/08/2012)

O Pleno deste Tribunal também já tem precedente neste sentido, conforme ementa que ora transcrevo:

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE IMPROBIDADE. LEI Nº 8.429/92. APLICAÇÃO A PREFEITOS E EX-PREFEITOS. POSSIBILIDADE.

1. As sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa (LIA) se aplicam aos prefeitos municipais, uma vez que a responsabilização levada a efeito pelo Decreto-Lei nº 201/67 circunscreve-se ao aspecto penal da conduta do agente, enquanto a abordagem feita pela LIA limita-se às sanções civis e político-administrativas.

2. A Reclamação nº 2.138-6/DF, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, quando tratou da responsabilidade dos agentes políticos, com base na Lei nº 1.079/50, apenas fez referência aos Ministros de Estado e à competência para processá-los em face da prática de crimes de responsabilidade, não fazendo alusão à inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92 a prefeitos e ex-prefeitos.

3. De acordo com a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, inexistente antinomia entre o Decreto-Lei nº 201/67 e a Lei nº 8.429/92 (AgRg no AREsp 116.979/SP, Relator(a) Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 19/04/2013).

4. Precedente do Pleno deste TRF da 5ª Região, no julgamento do EAC 508.827/01/PB, Relator Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, DJe 07-03-2014.

5. Embargos infringentes providos.
(PROCESSO: 20098000001863301, EAC 530.550/01/AL, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO, Pleno, JULGAMENTO: 09/07/2014, PUBLICAÇÃO: DJe 22/07/2014 - Página 43)

Pelo exposto, dou provimento aos embargos infringentes, para determinar o retorno dos autos à Segunda Turma, para a apreciação do mérito do recurso.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 5.599-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO ROBERTO MACHADO (CONVOCADO)
Impetrantes: JOSÉ AUGUSTO BRANCO E OUTRO
Impetrado: JUÍZO DA 13ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Paciente: JOÃO CARLOS FERRON

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ARTS. 4º E 21 DA LEI Nº 7.492/86. GESTÃO FRAUDULENTA. CRIME FORMAL E DE PERIGO CONCRETO. ENTENDIMENTO DO STJ. FALSA IDENTIDADE, PARA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÃO DE CÂMBIO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO CONFIGURADA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. CONTINUIDADE DA AÇÃO PENAL.

- Não é inepta a denúncia que detalha com a minúcia necessária o comportamento ilícito supostamente perpetrado pelo paciente.

- Narra a denúncia que o paciente e outro denunciado, “utilizando nomes e dados de identificação pessoal falsos, simularam vendas, em espécie, de vultuosas quantias de moeda estrangeira, incompatíveis com as condições socioeconômicas e movimentos migratórios daquelas pessoas, consideradas “laranjas”. As informações falsas eram inseridas nos boletos e prestadas ao Banco Central do Brasil por meio do sistema SISBACEN, o que conferia às operações aparência de legalidade. Muitas das pessoas indicadas nos boletos sequer possuem passaportes, além de não apresentarem movimentos migratórios. Outras informaram que seus documentos já haviam sido furtados/perdidos (...)”.

- Em juízo de prelibação, tem-se presentes elementos suficientes para demonstrar a materialidade dos delitos e os indícios suficientes de autoria.

- Nos autos AgRg no REsp nº 1.133.948/RJ, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça assentou que o delito descrito no art. 4º da Lei nº 7.492/86 é formal e de perigo concreto, bastando para sua consumação a comprovação da gestão fraudulenta, independentemente da existência ou não da efetiva lesão ao patrimônio de instituição financeira e prejuízo dos investidores, poupadores ou assemelhados.

- No que se refere à alegação dos impetrantes de que o paciente não teria poder de gerência, tampouco merece prosperar. É que, à luz do que consta da peça acusatória, o paciente possuía função de gerência, simulando negócios supostamente inexistentes e, como bem destacou o Procurador Regional da República, ludibriando as autoridades.

- Não se pode perder de vista que, conforme pacífica e remansosa jurisprudência deste egrégio Tribunal e dos Tribunais Superiores, a via estreita do writ of habeas corpus não é adequada à avaliação de matéria de prova. O aprofundado debate acerca das provas da possível culpabilidade do paciente não pode ser implementado por este Tribunal em sede de HC, sob pena de supressão de instância.

- Habeas corpus que se denega.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 18 de setembro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO (Convocado):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por JOSÉ AUGUSTO BRANCO E OUTRO em favor de JOÃO CARLOS FERRON denunciado como incurso nas penas dos arts. 21 (combinado com os arts. 62, II, e 71 do Código Penal) e 4º, ambos da Lei nº 7.492/86 contra ato do MM. Juiz Federal da 13ª Vara/PE, pleiteando a suspensão do processo, bem como da audiência designada para 24.09.2014.

Os impetrantes aduzem, em resumo, que o Juiz a quo se manifestou sobre as preliminares arguidas, porém sem apreciar a exposição de rejeição da denúncia com base no art. 395, II, do CPP, nem a falta de pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal, haja vista a ausência de materialidade do crime disposto no art. 21 da Lei nº 7.492/86. Defendem que o crime de gestão fraudulenta não deve ser imputado ao paciente porquanto, para que se configure o referido delito, deve-se comprovar que a fraude causou prejuízo para a saúde ou vida financeira da empresa. Ao final, requerem a concessão da ordem, a fim de que seja determinado à autoridade coatora que aprecie a resposta à acusação em seu inteiro teor, bem como seja suspenso o processo e a audiência designada para 24.09.2014.

Às fls. 67/75, o Desembargador Federal Francisco Cavalcanti indeferiu o pedido liminar.

Devidamente notificada, a autoridade impetrada apresentou as informações de estilo (fls. 80/87), aduzindo, em síntese, que todas as preliminares suscitadas pelo paciente tiveram o seu indeferimento devidamente justificado. Acrescentou que, todos requerimentos formulados pela defesa quando da apresentação da resposta à acusação já foram exauridos. Salientou, ainda, não se tratar de caso de absolvição sumária do paciente, eis que restou devidamente comprovada a materialidade delitiva, bem como os indícios suficientes de autoria para instruir a peça acusatória e deflagrar a instrução processual.

O Ministério Público Federal ofertou parecer, fls. 150/156, opinando pelo não deferimento da ordem.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO (Relator Convocado):

Como ensaiado no relatório, trata-se de *habeas corpus* impetrado por JOSÉ AUGUSTO BRANCO E OUTRO em favor de JOÃO CARLOS FERRON denunciado como incurso nas penas dos arts. 21 (combinado com os arts. 62, II, e 71 do Código Penal) e 4º, ambos da Lei nº 7.492/86 contra ato do MM. Juiz Federal da 13ª Vara/PE, pleiteando a suspensão do processo, bem como da audiência designada para 24.09.2014.

De início, observo que o Juízo impetrado apreciou todas as preliminares suscitadas pela defesa justificando o seu indeferimento, cf. fls. 133/141.

Consoante o art. 41 do CPP *“a denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”*.

Por sua vez, dispõe o art. 395 sobre as hipóteses de rejeição da denúncia, com redação dada pela Lei 11.719/2008:

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

I - for manifestamente inepta; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Parágrafo único. (Revogado). (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Inicialmente, no que se refere à alegação de inépcia da denúncia quanto ao delito do art. 21 da Lei 7.492/86¹, é possível verificar que consta da inicial acusatória a descrição da conduta do paciente nos seguintes termos:

[...] JOÃO CARLOS e CARLSON VALÉRIO, utilizando nomes e dados de identificação pessoal falsos, simularam vendas, em espécie, de vultuosas quantias de moeda estrangeira, incompatíveis com as condições sócioeconômicas e movimentos migratórios daquelas pessoas, consideradas “laranjas”. As informações falsas eram inseridas nos boletos e prestadas ao Banco Central do Brasil por meio do sistema SISBACEN, o que conferia às operações aparência de legalidade. Muitas das pessoas indicadas nos boletos sequer possuem passaportes, além de não apresentarem movimentos migratórios. Outras informaram que seus documentos já haviam sido furtados/perdidos, verificando-se, ainda, que muitas delas eram ou já haviam sido empregadas da empresa FINK ENGENHARIA LTDA. [...]

Outrossim, colhe-se da decisão de recebimento da denúncia (fl. 111):

[...] A forte suspeita de que os boletos objeto da ação penal sejam falsos é respaldada pelos depoimentos de RENATAAFONSO GOMES e LUCIANO FERREIRA DO NASCIMENTO, em sede policial, nos quais negam serem suas as assinaturas apostas nos boletos, bem como declararam não ter realizado troca de moeda estrangeira em data próxima à emissão dos documentos falsos. [...]

A conduta do paciente encontra-se satisfatoriamente descrita na inicial acusatória, que detalha com a minúcia necessária o comportamento ilícito supostamente perpetrado pelo paciente não merecendo prosperar a alegação de inépcia da denúncia.

Destarte, tenho comigo que tais alegações demandam a produção de prova na fase de instrução, não sendo cabível, ao menos nesse momento processual, a suspensão do processo ou o reconhecimento da absolvição sumária.

¹ Art. 21. Atribuir-se, ou atribuir a terceiro, falsa identidade, para realização de operação de câmbio:

Pena - Detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

No respeitante à imputação do crime de gestão fraudulenta (art. 4º da Lei nº 7.492/86) defendem os impetrantes o não recebimento da denúncia por não ter sido comprovado que a empresa teria sofrido prejuízo e que o paciente não detinha poder de gerência.

Ressalte-se que nos autos AgRg no REsp nº 1.133.948/RJ², julgado em 10/06/2014, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça assentou que o delito descrito no art. 4º da Lei nº 7.492/86 é formal e de perigo concreto, bastando para sua consumação a comprovação da gestão fraudulenta, independentemente da existência ou não da efetiva lesão ao patrimônio de instituição financeira e prejuízo dos investidores, poupadores ou assemelhados.

Ademais, no que se refere à alegação dos impetrantes de que o paciente não teria poder de gerência, tampouco merece prosperar. É que, à luz do que consta da peça acusatória, o paciente possuía função de gerência, simulando negócios supostamente inexistentes e, como bem destacou o Procurador Regional da República, ludibriando as autoridades.

Por fim, não se pode perder de vista que, conforme pacífica e remansosa jurisprudência deste egrégio Tribunal e dos Tribunais Superiores³, a via estreita do *writ of habeas corpus* não é adequada à avaliação de matéria de prova, como pretendem os impetrantes. O aprofundado debate acerca das provas da possível culpabilidade do paciente não pode ser implementado por este Tribunal em sede de HC, sob pena de supressão de instância. O conjunto probatório do processo-crime deverá ser correta e completamente apreciado pelo juízo natural.

Assim, denego a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

² AgRg no REsp 1133948/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 10/06/2014, *DJe* 24/06/2014.

³ STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, RHC - 23700/SP, QUINTA TURMA, Decisão: 03/02/2009, *DJe* DATA:09/03/2009, Relator LAURITA VAZ.

STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC - 102805/DF, QUINTA TURMA, Decisão: 04/12/2008, *DJe* DATA:16/02/2009, Relator NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO PENAL

155-SE	Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior ...	13
--------	--	----

AÇÃO RESCISÓRIA

7320-CE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias	20
7321-PE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias	28

AGRAVO DE INSTRUMENTO

112927-CE	Rel. Des. Federal Fernando Braga	40
0802362-72.2014.4.05.0000 (PJe)		
	Rel. ^a . Des. ^a . Federal Joana Carolina Lins Pereira (Convocada)	57

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

24371-SE	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho	68
28799-RN	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho	79
29935-PE	Rel. Des. Federal Paulo Machado Cordeiro (Con- vocado)	91
0800680-12.2012.4.05.8000 (PJe)		
	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt	101
0803270-95.2013.4.05.8300 (PJe)		
	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	117

APELAÇÃO CÍVEL

500990-PB	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt	125
529294-RN	Rel. Des. Federal Fernando Braga	134
533845-PB	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	150
569859-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	169
570231-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	188
572039-AL	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	202
573080-RN	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	215

573428-PB	Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho (Convocado)	228
574336-SE	Rel. Des. Federal Élio Wanderley de Siqueira (Convocado)	239
574629-AL	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	249
0800047-94.2014.4.05.8302 (PJe)	Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho (Convocado)	257
0803647-84.2013.4.05.8100 (PJe)	Rel. Des. Federal Francisco Roberto Machado (Convocado)	269

APELAÇÃO CRIMINAL

9635-RN	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	279
10501-PE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	302
11123-PE	Rel ^a . Des ^a . Federal Joana Carolina Lins Pereira (Convocada)	315
11137-CE	Rel. Des. Federal Paulo Machado Cordeiro (Convocado)	326

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL

529508-RN	Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior .	340
-----------	--	-----

HABES CORPUS

5599-PE	Rel. Des. Federal Francisco Roberto Machado (Convocado)	349
---------	---	-----

ÍNDICE ANALÍTICO

A

Trbt e PrCv	Ação anulatória. Concessão de certidão de regularidade fiscal. Impossibilidade. Totalidade de débitos para com o Fisco não garantida. Inocorrência de causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. AC 529294-RN 134
PrCv e Amb	Ação Civil Pública. Defesa de bioma localizado à margem do Rio Cocó, próximo à foz. Preliminar da União prejudicada. Prefaciais do Município de Fortaleza rejeitadas. Aparência do bom direito e perigo da demora demonstrados pelo <i>Parquet</i> Federal. AgTr 112927-CE 40
Cons, PrCv, Adm e Cv	Ação Civil Pública. Serviço de telefonia móvel. Prestação deficiente. Reconhecimento em relatório da Anatel não infirmado a contento. Inversão do ônus da prova. Cabimento. Indenização por dano moral coletivo e danos individuais. Adequação. AC 573080-RN 215
Amb	Ação Civil Pública. Zona costeira. Área de Proteção Ambiental (APA), Área de Preservação Permanente (APP) e terreno de marinha. Ocupação irregular de patrimônio imobiliário federal. Dano ao meio ambiente. Paralisação de obras e adoção de outras medidas protetivas. Razoabilidade. AgTr 0802362-72.2014.4.05.0000-SE (PJe) 57
Ct, Adm e PrCv	Ação rescisória. Alegação de erro de fato. Inocorrência. Utilização como sucedâneo de recurso. Ausência de pressuposto específico. Improcedência do pedido. AR 7321-PE ... 28

PrCv	Ação rescisória. Competência do Tribunal Regional Federal. Decisão proferida no âmbito do Juizado Especial Federal. Não cabimento de rescisória. AR 7320-CE 20
Adm e PrCv	Apreensão de pescado (173 kg de lagosta) e de documentos de embarcação pesqueira. Reconhecimento posterior de apreensão indevida pela própria Administração. Posterior devolução dos documentos e do pescado. Deterioração da lagosta. Ausência de condições de comercialização. Condenação do IBAMA a indenizar o autor por danos materiais e lucros cessantes. APELREEX 28799-RN 79
Amb e Adm	Área de praia. Ocupação irregular. Bem de uso comum do povo. Termo de ajustamento provisório. Cancelamento. Inexistência de direito adquirido. AC 533845-PB 150
Amb e Adm	Área de preservação permanente. Destruição de Mata da Caatinga. Multa aplicada. Valor. Redução. Cabimento. Proporcionalidade e razoabilidade. AC 0800047-94.2014.4.05.8302-PE (PJe) 257

B

Adm e Trbt	Bens e valores em moeda estrangeira. Bagagem. Internalização. Retenção e tributação. AC 0803647-84.2013.0.05.8100-CE (PJe) 269
------------	--

C

Pen e PrPen	Crime de injúria racial contra funcionário público. Acusada que proferiu palavras de
-------------	--

cunho pejorativo e conotação racial contra policial federal no exercício de sua função. Competência da Justiça Federal. Autoria e materialidade comprovadas. Honra subjetiva da vítima atingida. Desclassificação para injúria comum. Impossibilidade. ACr 9635-RN 279

D

Cv Danos morais e materiais. Indenização. Conserto de notebook. Envio à assistência técnica. Extravio. Correios. Falha na prestação dos serviços postais. AC 573428-PB 228

E

PrCv e Trbt Embargos à execução fiscal. Contribuições para o PIS. Compensação. Não homologação prévia pela administração tributária. Matéria de defesa em embargos à execução. Vedação da Lei 6.830/80, art. 16, § 3º. Imposto Territorial Rural. Não cumprimento de obrigação acessória pelo contribuinte. Lançamento regular. APELREEX 24371-SE ... 68

Trbt Embargos à execução. Crédito industrial. Cessão para a União. Possibilidade. Inscrição em dívida ativa. AC 572039-AL 202

PrCv Embargos infringentes. Acórdão que, ao reformar sentença de mérito, por maioria, julgou extinto o processo sem resolução de mérito. Efetiva apreciação do mérito. Cabimento dos embargos infringentes. Lei de improbidade administrativa. Aplicação a prefeitos e ex-prefeitos. EINFAC 529508-RN 340

H

PrPen	<i>Habeas corpus</i> . Gestão fraudulenta. Crime formal e de perigo concreto. Falsa identidade para realização de operação de câmbio. Inépcia da denúncia. Não configuração. Necessidade de dilação probatória. Continuidade da ação penal. HC 5599-PE 349
-------	--

I

Pen	Importação de pneus usados autorizada por decisão judicial. Regularidade do procedimento vinculada à destinação dos produtos (deveriam ser tratados como matéria-prima). Desatenção à condição (foram vendidos a consumidores finais). Fraude à importação. Contrabando por equiparação. Tipicidade das condutas. ACr 11137-CE 326
-----	--

P

Prev	Pensão por morte. Cônjuge. Prescrição do fundo do direito. Posterior pedido judicial autônomo. Possibilidade. Dependência econômica presumida. AC 574336-SE 239
Pen	Prefeito e particulares. Crime de responsabilidade. Frustração de licitação. Materialidade não comprovada. Ausência do elemento subjetivo do dolo. Improcedência da pretensão condenatória. APe 155-SE 13
Trbt e PrCv	Programa de equalização de custos de produção da cana-de-açúcar para a Região Nordeste. Hipótese de ausência de escrituração. Não aplicação da legislação pertinente ao caso concreto. Extinção da execução

	fiscal. Necessidade de arbitramento do resultado à razão de vinte por cento da receita bruta do ano-base em face da falta de escrituração. AC 569859-PE 169
Ct e Adm	Proventos referentes a duas aposentadorias e a um cargo eletivo. Impossibilidade de percepção. APELREEX 0803270-95.2013.4.05.8300 117

R

Ct e PrCv	Reintegração de posse. Área indígena. Vedação prevista na CF, art. 231, parágrafo 6º. Impossibilidade jurídica do pedido. AC 500990-PB 125
Adm	Responsabilidade objetiva do Estado. Polícia Federal e IBAMA. Rinha de galo. Busca a apreensão de animais. Abuso de autoridade. Inexistência. Estrito cumprimento do dever legal. Ausência de nexo de causalidade. Pretensão indenizatória afastada. AC 574629-AL 249

S

Prev e PrCv	Sentença condicional. Anulação. Aposentadoria por idade ou por tempo de serviço. Ausência de provas para concessão do benefício almejado. APELREEX 29935-PE 91
Ct e Adm	Servidor público. Filho portador de autismo. Proteção à família. Tutela dos interesses da criança e do adolescente. Remoção. Possibilidade. APELREEX 0800680-12.2012.4.05.8000-AL (PJe) 101

Cv Sistema Financeiro da Habitação. Revisão do contrato de mútuo firmado com a CEF. Inocorrência da prescrição integral da dívida, assim como dos juros e acessórios. Abusividade da cobrança do seguro não comprovada. Inviabilidade da livre escolha da seguradora pelo mutuário. AC 570231-PE 188

PrPen Sonegação de autos processuais. Materialidade e autoria demonstradas. Advogado que deixou de restituir os autos que reteve por mais de três meses. Alegação de furto dos autos. Presença do dolo. ACr 10501-PE 302

T

PrPen e Pen Tráfico internacional de entorpecentes. Materialidade e autoria. Comprovação. Confissão. Inexistência, *in casu*. Natureza e quantidade da droga. Valoração na primeira e na terceira fases de fixação da pena. *Bis in idem*. Ocorrência. Dosimetria. Ajuste. Regime inicial fechado. ACr 11123-PE 315