

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

**JURISDIÇÃO**

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

Número 89 - Janeiro/Fevereiro - 2011

R. TRF 5ª Região, nº 89, p. 1-343, Janeiro/Fevereiro - 2011



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

**Diretor da Revista  
DESEMBARGADOR FEDERAL  
PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA**

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 PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

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

ANGELA RAPOSO GONÇALVES DE MELO LARRÉ  
ELIZABETH LINS MOURA ALVES DE CARVALHO

Diagramação

GABINETE DA REVISTA

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

Correio eletrônico: [revista.dir@trf5.jus.br](mailto:revista.dir@trf5.jus.br)

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

Bimestral, a partir do volume nº 73.

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

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

CDU 34(05)

# TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Desembargador Federal

**LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA** - 03.07.00

Presidente

Desembargador Federal

**MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS** - 03.12.03

Vice-Presidente

Desembargador Federal

**MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT** - 08.08.07

Corregedor

Desembargador Federal

**JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES** - 30.03.89

Diretor da Escola de Magistratura Federal

Desembargador Federal

**JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA** - 29.04.92

Desembargador Federal

**FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS** - 13.03.96

Desembargadora Federal

**MARGARIDA CANTARELLI** - 09.12.99

Desembargador Federal

**FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI** - 03.07.00

Desembargador Federal

**PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA** - 17.05.01

Diretor da Revista

Desembargador Federal

**PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA** - 19.09.01

Desembargador Federal  
**FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS** - 15.08.03

Desembargador Federal  
**VLADIMIR SOUZA CARVALHO** - 27.02.08

Desembargador Federal  
**ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA** - 05.05.08  
Coordenador dos Juizados Especiais Federais

Desembargador Federal  
**FRANCISCO BARROS DIAS** - 12.01.09

Desembargador Federal  
**EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR** - 21.07.10

# TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

## TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)

Presidente: Desembargador Federal LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA  
Vice-Presidente: Desembargador Federal MARCELO NAVARRO  
Corregedor: Desembargador Federal MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT

## PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI - Presidente  
Desembargador Federal JOSÉ MARIA LUCENA  
Desembargador Federal ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA

## SEGUNDA TURMA (terças-feiras)

Desembargador Federal PAULO DE TASSO B. GADELHA - Presidente  
Desembargador Federal FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS  
Desembargador Federal FRANCISCO BARROS DIAS

## TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE O. LIMA - Presidente  
Desembargador Federal GERALDO APOLIANO  
Desembargador Federal VLADIMIR SOUZA CARVALHO

## QUARTA TURMA (terças-feiras)

Desembargadora Federal MARGARIDA CANTARELLI - Presidente  
Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES  
Desembargador Federal EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR





# SUMÁRIO

---

I - Jurisprudência .....	13
II - Índice Sistemático .....	333
III - Índice Analítico .....	337



**JURISPRUDÊNCIA**

---



## **AÇÃO RESCISÓRIA Nº 6.070-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO  
Autora: UNIÃO  
Ré: COMPANHIA GERAL DE MELHORAMENTOS EM PERNAMBUCO

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, INCISOS V E IX, DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. ART. 170 DA CF. FIXAÇÃO DOS PREÇOS DO AÇÚCAR E DO ÁLCOOL ABAIXO DOS CUSTOS DE PRODUÇÃO APURADOS PELA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. CRITÉRIOS DA LEI Nº 4870/95. DESRESPEITO. PREJUÍZO. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.**

**- A intervenção estatal no domínio econômico, mediante o controle da produção e das exportações, instrumentalizado através do congelamento de preços, não pode servir de empecilho ao exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa, do art. 170 da CF/88. Precedente do STF (RE 422.941/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 16.12.2005).**

**- Quando a União, através do extinto IAA, fixou os preços dos produtos do setor sucroalcooleiro em níveis inferiores aos custos de produção levantados pela FGV, contrariou as disposições da Lei nº 4.870/65, causando, com isso, dano patrimonial às empresas atingidas, indenizável nos termos do 37, § 6º, da CF/88.**

**- Inocorrência de afronta a literal disposição de lei e de erro de fato por parte do acórdão que, diante da existência do dano, bem assim do nexo de causalidade, julgou devida a reparação por parte do Poder Público, para que o valor do dano, resultante da diferença entre o preço que deve-**

***ria ter sido praticado pelos critérios técnico legais, e o que foi imposto à recorrida, fosse apurado em liquidação, obedecendo-se às conclusões do laudo pericial, tudo devidamente atualizado.***

***- Ação rescisória que se julga improcedente. Prejudicado o agravo regimental.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória, prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 15 de dezembro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Trata-se de ação rescisória ajuizada pela UNIÃO, com fulcro no art. 485, V e IX, do CPC, para desconstituir o acórdão proferido pela eg. Quarta Turma na AC nº. 384.093/PE, que condenou a postulante a indenizar a COMPANHIA GERAL DE MELHORAMENTOS pela diferença apurada entre os preços fixados pelo Governo Federal e os que foram objeto de estimativas da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e do Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA).

Confira-se a ementa do julgado, da lavra da eminente Desemb. Federal Margarida Cantarelli:

ADMINISTRATIVO. DANOS. EXISTÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6º, DA CF/88. FIXAÇÃO DOS PREÇOS DO AÇÚCAR E DO ALCOOL. CRITÉRIO DOS CUSTOS DE PRODUÇÃO. APURAÇÃO DE CUSTOS FEITA PELA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. LEI Nº 4.870/1965. INTERVENÇÃO DO ESTA-

DO NA ECONOMIA. PREJUÍZO. PRESCRIÇÃO. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

I. Apelação em que se requer indenização, a título de compensação de prejuízos causados, em decorrência dos atos de fixação do preço do açúcar e álcool, em valores abaixo do custo de produção em desconformidade com previsão legal, sob o argumento de que a União é responsável pelo fato de ter fixado, preços deficitários para o açúcar e o álcool, em conflito com os dados reais calculados pela Fundação Getúlio Vargas e, portanto, com ilícito abandono dos critérios estabelecidos pela Lei nº 4.870/65, que manda fixar tais preços de acordo com os custos de produção.

II. A Lei nº 4.870/1965, determina o modo como deveria ser procedida a pesquisa para obter o levantamento dos custos de produção do setor. Para tanto, foi contratada a Fundação Getúlio Vargas para efetuar os referidos levantamentos.

III. Nos períodos de congelamento de preços, aplicam-se as normas impositivas do congelamento, mas, no caso em apreço, deveria ter-se como parâmetro os preços apurados pela Fundação Getúlio Vargas, e não os preços defasados pretendidos pelo Governo.

IV. A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica, devendo ser respeitado o princípio da livre iniciativa, nos termos do artigo 170 da Constituição Federal. Precedentes do STF (RE 422.941-2 Distrito Federal, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 16.12.2005).

V. Quando a União Federal, através do Instituto do Açúcar e do Alcool, fixou os preços dos produtos do setor sucroalcooleiro em níveis inferiores aos custos de produção levantados pela Fundação Getúlio Vargas, contrariou as disposições da Lei nº 4.870/65 e, por isso, deve responder pelos danos causados aos particulares, sem prejuízo da competente ação de regresso contra os agentes públicos responsáveis, conforme dispõe o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, nos limites da prova pericial constante dos autos.

VI. Comprovados os danos, mediante laudo pericial, bem como onexo causal decorrente da imposição de prática

de preços em níveis inferiores ao que se tinha direito de praticar, resta patente a responsabilidade da União pela indenização devida.

VII. A prescrição é quinquenal nos termos do Decreto nº 20.910/32, no que tange aos prejuízos apurados no lustro anterior à propositura da ação.

VIII. Honorários advocatícios fixados no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do artigo 20, § 3º, do CPC.

IX. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

Para a autora, o v. aresto teria violado disposição literal dos artigos 1º, 9º, 10 e 11 da Lei nº 4.870/65, do artigo 37, § 6º, da CF/88, do art. 107 da EC/69, além de ter incorrido em erro na apreciação dos trabalhos técnicos elaborados pela FGV e pela perícia judicial.

O pedido de concessão de medida liminar, por meio do qual se buscava suspender a execução do acórdão rescindendo, restou indeferido (fls. 527-529), decisão essa que desafiou agravo regimental proposto pela União, ainda não apreciado pelo Pleno.

A parte ré ofereceu resposta à ação (fls. 577-609), suscitando, preliminarmente, o não conhecimento da ação com base em violação a literal texto de lei, dada a incidência da Súmula nº 343 do STF, tampouco com sustentáculo em erro de fato, em face do óbice contido no § 2º do inciso IX do art. 485. No mérito, sustentou a improcedência do pleito rescisório.

A União pronunciou-se pela rejeição das preliminares suscitadas na contestação (fls. 1068-1078).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela improcedência da ação rescisória, julgando-se prejudicado o agravo regimental (fls. 1081-1084).

É o relatório.

Ao eminente Revisor.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Egrégio Plenário.



A parte ré invoca a Súmula 343 do STF, sob a alegação de que esta rescisória trata de questão controvertida nos Tribunais. Contudo, o referido verbete sumular não incide em discussões de caráter constitucional, como a do reconhecimento da responsabilidade civil do Estado em virtude de sua intervenção no domínio econômico do setor sucroalcooleiro, através do controle da produção e das exportações.

Desse modo, é cabível, em tese, a rescisória, com base em violação a literal disposição dos artigos 1º, 9º, 10 e 11 da Lei nº 4.870/65, do artigo 37, § 6º, da CF/88, e do art. 107 da EC/69.

Para a União, inexistente na Lei nº 4.870/65 qualquer determinação para que os valores de custeio levantados pela FGV fossem rigorosamente considerados para a fixação dos preços de cana, açúcar e álcool, tão somente que era preciso “tê-los em vista”, a fim de que o Poder Público, atento a outros fatores, especialmente à luz do interesse público, fixasse aqueles preços.

Não procedem, porém, as alegações da inicial.

Primeiro, porque a solução do aresto vergastado reproduz entendimento pacífico da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de que o Estado responde pelos prejuízos advindos da imposição de preços pelo antigo Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA) em patamares inferiores aos custos de produção do setor sucroalcooleiro, em violação dos critérios previstos no diploma de regência, consoante apurado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).

A orientação daquele Tribunal Superior sedimentou-se na esteira da posição firmada pelo Excelso Pretório no julgamento do RE 422.941/DF, em 06 de dezembro de 2005, relator o Ministro CARLOS VELLOSO, assim ementado:

CONSTITUCIONAL. ECONÔMICO. INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA: REGULAMENTAÇÃO E REGULAÇÃO DE SETORES ECONÔMICOS: NORMAS DE INTERVENÇÃO. LIBERDADE DE INICIATIVA. CF, ART. 1º, IV; ART. 170. CF, ART. 37, § 6º.

**I - A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre**

**iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170.**

**II - Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa.**

III - Contrato celebrado com instituição privada para o estabelecimento de levantamentos que serviriam de embasamento para a fixação dos preços, nos termos da lei. Todavia, a fixação dos preços acabou realizada em valores inferiores. Essa conduta gerou danos patrimoniais ao agente econômico, vale dizer, à recorrente: obrigação de indenizar por parte do poder público. CF, art. 37, § 6º.

IV - Prejuízos apurados na instância ordinária, inclusive mediante perícia técnica.

V - RE conhecido e provido. – Destaquei.

A tese autoral reflete o pensamento expresso no Recurso Especial nº 79.937/DF, da lavra da Ministra NANCY ANDRIGHI (*DJ* de 10.09.2001), hoje superado na jurisprudência do STJ, segundo o qual o levantamento de preços opera-se por mecanismos eleitos discricionariamente pelo Poder Público, que decorrem do seu poder de intervenção nas atividades econômicas.

*Data* vênua da ilustre Ministra, entendo que a intervenção no domínio econômico, mesmo quando feita licitamente, tem que respeitar certos parâmetros – claramente desrespeitados pela Administração no caso específico da regulação dos preços do setor sucroalcooleiro, conforme reconheceu o STF na mencionada decisão do RE 422.941/DF.

Aliás, tive oportunidade de defender esse ponto de vista inclusive no julgamento do acórdão contra o qual se insurge a União neste processo, como integrante da colenda Quarta Turma, ocasião em que referendi o voto da eminente relatora, a Desemb. MARGARIDA CANTARELLI, pelo provimento da apelação do particular.

Ressaltei, então, o fato de que no próprio aresto do Supremo (RE 422.941) invoca-se um precedente específico, o Recurso Extraordinário nº 368.558/DF, também relatado pelo Ministro CARLOS VELLOSO, no qual o acórdão recorrido era uma decisão do

nosso coirmão Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em cuja ementa se diz de modo bastante franco que “o Estado não tem direito de intervir no domínio econômico para fazer as empresas quebrarem”.

Com efeito, mesmo com todas as peculiaridades do art. 170 da Constituição Federal de 1988, não se pode extrair dele outra coisa senão essa de que a fixação de preços, quando ela é legalmente permitida, não pode dar ao Estado, a quem compete tal prerrogativa, uma autonomia tão ampla a ponto de inviabilizar uma atividade econômica lícita e necessária à economia e ao desenvolvimento nacionais.

Na espécie, mediante contrato celebrado entre o IAA (Instituto do Açúcar e do Alcool) e a FGV, atribuiu-se a esta última a responsabilidade pelo levantamento dos custos de produção da cana e do açúcar, nos termos do art. 9º da Lei 4.870/65. O preço da tonelada de cana fornecida às usinas, conforme o disposto no art. 10 do mesmo diploma legal, deveria ser fixado, para cada Estado, por ocasião do Plano de Safra, com base na apuração dos custos de produção recém mencionados.

O IAA, porém, contrariando o critério legal, fixou os preços dos produtos do setor sucroalcooleiro em níveis insuficientes para cobrir os custos de produção apurados pela FGV, acarretando, por conseguinte, prejuízos indenizáveis aos integrantes daquele setor produtivo.

Nesse quadro, não há espaço para taxar de teratológica a posição da Turma que, diante da existência do dano, bem assim do nexo de causalidade, julgou devida a reparação por parte do Poder Público, para que o valor do dano, resultante da diferença entre o preço que deveria ter sido praticado pelos critérios técnico legais, e o que foi imposto à recorrida, fosse apurado em liquidação, obedecendo-se às conclusões do laudo pericial, tudo devidamente atualizado.

Na realidade, evidenciado que o Estado desbordou dos lindes da sua possibilidade de intervenção, malferiria os arts. 9º, 10 e 11 da Lei 4.870/65 o acórdão que deixasse de reconhecer o direito das empresas à indenização pelos prejuízos angariados em virtude da defasagem dos preços impostos ao setor.

Corroborando todo o exposto, confirmam-se a ementa dos seguintes precedentes do STJ:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. SETOR SUCROALCOOLEIRO. FIXAÇÃO DE PREÇO ABAIXO DO CUSTO PRODUTIVO. PREJUÍZOS. INDENIZAÇÃO DAS DIFERENÇAS DEVIDAS. PRECEDENTES.

1. O artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil permite a retratação da decisão monocrática.

2. **É pacífico o entendimento na linha da responsabilidade civil da União (então IAA) decorrente da fixação de preços do setor sucroalcooleiro abaixo do preço de custo, em desacordo com os valores encontrados pela Fundação Getúlio Vargas.** Precedentes.

3. Agravo regimental não provido. (2ª Turma, AgRg no AgRg no REsp 753163 / DF, Rel. Min CASTRO MEIRA, DJe de 27/04/2009).

SETOR SUCROALCOOLEIRO. CONTROLE DE PREÇOS PELO ESTADO. PREJUÍZO. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. PRECEDENTES.

I - A questão não envolve o reexame do conjunto probatório, mas sim a interpretação das normas legais atinentes ao setor sucro-alcooleiro, *in casu*, a Lei nº 4.870/1965, particularmente os artigos 9º a 13 do diploma legal, para que se defina se a União estava ou não obrigada a observar os valores encontrados pela FGV.

II - **“Viola os arts. 9º, 10 e 11 da Lei 4.870/65 acórdão que não reconhece o direito à indenização à usina do setor sucro-alcooleiro que teve prejuízos diante da adoção, pela Administração, dos preços indicados pelo Instituto do Açúcar e do Alcool - IAA e não daqueles oriundos da Fundação Getúlio Vargas - FGV”.** (REsp nº 675.273/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 02.08.2006, p. 254).

III - Precedentes: REsp nº 845.424/DF, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 07.11.2006; REsp nº 746.301/DF, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJ de 23.05.2006 e RE nº 422.941/DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 24.03.2006.

IV - Agravo regimental improvido. (1ª Turma, AgRg no REsp 735032 / PE, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJe de 10/05/2007) – destaquei.

Registro, finalmente, que não será possível conhecer-se da ação com base em erro de fato, hipótese que rende ensejo à desconstituição do julgado somente quando o acórdão admite fato inexistente ou considera inexistente fato efetivamente ocorrido, circunstância ausente quando o *decisum* rescindendo claramente se pronuncia sobre a questão e demonstra os fatos da causa, com base, inclusive, na prova pericial produzida (art. 485, IX, §§ 1º e 2º, do CPC).

Para não restar qualquer dúvida acerca do efetivo pronunciamento do órgão julgador acerca do fato tido por inexistente pela União, transcrevo o trecho do voto condutor (fls. 188-189) onde se apurou a ocorrência do dano pecuniário e do nexos causal justificadores da responsabilidade civil estatal, nos termos do art. 37, § 6º, da CF, *verbis*:

Segundo a perícia judicial, levou-se em consideração os fatores de produção do setor, procedendo a levantamento de campo por região produtora, conforme preconizado por técnicos da Fundação Getúlio Vargas, a qual mantém contrato com o IAA para a realização de estudos sobre custos de produção de cana e de produção de açúcar, desde 31/10/74.

A perícia respondeu ao quesito 14 esclarecendo que: *“Nas planilhas que se referem aos demonstrativos das despesas entre o preço de venda fixado pelo Governo e os custos levantados pela FGV, constatamos que o valor fixado para as vendas do açúcar e do álcool, eram inferiores aos custos, gerando conseqüentemente diminuição dos fatores de produção”*.

Diante das informações do perito, o Estado fixou os preços do setor sucroalcooleiro abaixo do preço de custo de produção, portanto, contrariando a Lei 4.870/1965.

O dano patrimonial sofrido pela autora está configurado no resultado entre o preço que deveria ter sido praticado pelo critério legal e o efetivamente praticado pela Autora, de acordo com a fixação determinada pelo IAA, com base nos atos administrativos que substituem a resultante da livre ação das forças de mercado e abaixo dos de custos levantados pela FGV.

Quanto ao dano, o laudo pericial atestou que o preço praticado pela autora, segundo a tabela do IAA implicou

em resultado menor do que ela teria se acaso aplicados os preços apurados pela FGV.

A par de desatender o comando normativo atinente à fixação de preços, é indubitável que a União deu causa à quebra do equilíbrio econômico-financeiro norteador das relações entre o Estado e a livre iniciativa, em que pese a limitação própria desse setor.

O nexo de causalidade entre o ato praticado pela União e o prejuízo sofrido pela autora encontra-se evidenciado pelo fato de que, à ré cabia a fixação dos preços, segundo os ditames legais.

Fixando-os à revelia dos mandamentos pertinentes, abaixo do preço de custo, acarretou indevidamente um dano à autora.

Ademais, melhor sorte não assistiria à União ainda que se admitisse a via da rescisória para o reexame substancial da juridicidade dos fatos e provas já apreciados no acórdão impugnado, porque – insisto – sedimentado nas Cortes Superiores o entendimento de que houve efetivamente dano indenizável às usinas do setor sucroalcooleiro na hipótese em foco, inexistindo, por isso, qualquer erro de fato no tocante à apreciação dos trabalhos do Perito.

Com essas considerações, **julgo prejudicado o agravo regimental e IMPROCEDENTE a ação rescisória**, condenando a parte ao pagamento de honorários sucumbenciais no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

É como voto.

## **AÇÃO RESCISÓRIA Nº 6.303-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
Autor: JOSÉ WALTER DE OLIVEIRA JÚNIOR (INCAPAZ)  
Curador: GEOVANI BARROS DE OLIVEIRA  
Ré: UNIÃO  
Adv./Proc.: DRA. PATRÍCIA CARLA DA COSTA LIRA BRAGA DE MORAIS (AUTOR)

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. DOCUMENTO NOVO. PRELIMINARES DE INCABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL E DE IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS NA VIA RESCISÓRIA. REJEIÇÃO. SENTENÇA QUE ACOLHEU A PRESCRIÇÃO. INCAPACIDADE ABSOLUTA PARA OS ATOS DA VIDA CIVIL RECONHECIDA POR SENTENÇA TRÂNSITA EM JULGADO. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. DOCUMENTO POSTERIOR À SENTENÇA. ABRANDAMENTO DA NOÇÃO DE “DOCUMENTO NOVO”. JUÍZO RESCISÓRIO. PEDIDO DE REFORMA POR INVALIDEZ. MILITAR. INCAPACIDADE DECORRENTE DE ACIDENTE SEM RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO COM O SERVIÇO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 108, VI E 111, II, DA LEI Nº 6.880/80.**

**- Rescisória proposta por incapaz contra sentença na qual o MM. Julgador monocrático acolheu, de ofício – uma vez que a União fora revel naquele feito –, a prescrição do fundo de direito, pois entre a data de licenciamento do autor das fileiras do Exército e o ajuizamento da ação transcorreram mais de cinco anos.**

**- Hão de ser rejeitadas as preliminares aduzidas pelo Ministério Público, de incabimento da rescis-**

*sória como sucedâneo de recurso e também, como meio para o reexame das provas produzidas na ação originária. Não é a hipótese. Não pretende o autor o reexame das provas, que jamais foram produzidas ou examinadas no primeiro grau, pois lá se acolheu a prescrição do fundo de direito, nem se trata o caso de ação com feição de recurso, porque se traz ao lume hipótese de rescisão e não de revisão do julgado combatido.*

*- Há nos autos sentença de interdição do autor, José Walter de Oliveira Júnior (fls. 155/156), proferida pelo Juízo da 1ª Vara de Família e Registro Civil da Comarca de Paulista, datada de 14 de agosto de 2008, nos autos da Ação de Interdição nº 231.2007.000364-2, proposta pela genitora do postulante. O pronunciamento judicial de interdição, ação de estado, impõe seus efeitos enquanto em vigor, é dizer, não se há de contestar a conclusão disposta na sentença que reconheceu o estado de incapacidade permanente do autor para os atos da vida civil. E nem mesmo há nos autos qualquer contestação da União em relação às conclusões do aludido comando sentencial. A União nem sequer acena nesse sentido e se o fizesse – nessa hipótese –, estou em que não seria de se acolher, nesta sede, semelhante irresignação, pois o caminho a seguir, para a União, seria a desconstituição daquela sentença da Justiça Estadual.*

*- Deve-se partir da premissa, assentada no comando judicial de interdição, de que o autor era incapaz, definitivamente, para os atos da vida civil, por ocasião da sentença rescindenda, que acolheu a prescrição. É dizer, a decisão rescindenda acolheu a prescrição de direito cujo titular já era um absolutamente incapaz, contrariando expressamente o disposto no art. 198 do Código Civil, ficando caracterizada violação a literal dispositivo de lei.*



**- Embora a sentença de interdição (14/08/2008) seja posterior à decisão rescindenda (26/02/2007) – aspecto que lhe retiraria, a rigor, a condição de documento novo, segundo a doutrina majoritária sobre o tema – trata-se de uma sentença proferida em ação de estado, a reconhecer uma condição física do autor, a invalidez permanente (a partir de agosto de 1998), pretérita à decisão rescindenda. Nessas circunstâncias, até porque o documento, apesar de posterior à decisão rescindenda, repito, atesta um estado preexistente, não se pode tomar com o rigorismo de praxe a conceituação de documento novo.**

**- A União, em face de sua revelia nos autos originários, nenhuma tese jurídica de defesa traria a título de oposição ao direito do autor, e, por outro lado, o estado de invalidez do autor, objeto precípua da perícia requerida no feito originário, foi devidamente atestado pela sentença de interdição, daí porque à União só restaria o caminho da rescisão, na sede própria, caso pretendesse combater as conclusões do aludido comando judicial, de forma a não se poder falar em novo julgamento no primeiro grau, porquanto não há a necessidade de produzir-se novas provas ou oportunizar à União a produção de defesa naqueles autos, tornando-se perfeitamente possível a este órgão proceder, em juízo rescisório, ao julgamento da causa. E, nesse mister, imperioso tomar-se por demonstrada a invalidez permanente do promovente para os atos da vida civil.**

**- As provas trazidas ao autos demonstram que o acidente do autor não se dera por causas ligadas ao serviço militar, conforme concluíra a sindicância instaurada para apurar o fato.**

**- O art. 106, II, da Lei nº 6.880/80 previu que a reforma ex officio será aplicada ao militar que for julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas. Nesse contexto, o art.**

**108, inciso VI, também da Lei nº 6.880/80, estatui que a incapacidade definitiva para o serviço militar pode sobrevir em consequência de acidente ou doença, moléstia ou enfermidade, sem relação de causa e efeito com o serviço. O que se exige é que essa enfermidade tenha sido adquirida, como no caso, quando o militar ainda estava em atividade.**

**- Procedente a ação rescisória para: a) desconstituir a sentença proferida pelo MM. Juízo da 9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, nos autos do Processo nº 2006.83.00.010047-1, afastando-se a ocorrência da prescrição anteriormente reconhecida; e b) em sede de juízo rescisório, julgar procedente o pedido de reforma por invalidez deduzido pelo autor na exordial, com remuneração calculada com base no soldo integral de soldado raso – sem, portanto, a vantagem do art. 110 da Lei nº 6.880/80 –, devendo os efeitos dessa reforma retroagirem à data em que foi licenciado do serviço ativo do Exército.**

**- Atualização monetária, desde à época em que devidos os atrasados, nos termos do Manual de cálculos da Justiça Federal, até a edição da Lei nº 11.960/09, quando passarão a ser calculados conforme as disposições da aludida lei, e juros de mora, de 0,5% ao mês, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, até a edição da Lei nº 11.960/09, quando passarão a ser calculados, cumulativamente com os juros de mora, consoante as prescrições daquela lei.**

**- Preliminares rejeitadas. Ação rescisória procedente.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Pleno do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, julgar procedente a ação rescisória, nos

termos do voto e relatório constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 10 de novembro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Cuida-se de ação rescisória ajuizada por José Walter de Oliveira Júnior, devidamente representado por sua curadora, visando à desconstituição do *decisum* proferido na Ação Ordinária nº 2006.83.00.010047-1.

A decisão rescindenda reconheceu a prescrição da pretensão aduzida pelo autor na aludida ação, valendo-se do seguinte fundamento (fl. 104):

*O autor, licenciado desde 28/04/1999, somente promoveu o ajuizamento desta ação em 31/07/2006, quando já passados mais de cinco anos do ato de seu licenciamento. Assim, não tendo sido postuladas a revisão do ato de licenciamento e conseqüente reforma militar oportuno (sic) tempore, evidencia-se a ocorrência da prescrição, a ser decretada de ofício pelo juiz, com fulcro no art. 219, § 5º, do CPC: “O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”.*

A inicial sustenta, em apertada síntese, que: a) foi proferida sentença de interdição, pelo MM. Juízo Cível da Comarca de Paulista/PE, constituindo-se ela em documento novo, conforme art. 485, VII, do CPC, apto a fundamentar a pretensão rescisória e afastar a prescrição acolhida pela r. sentença objurgada; b) teria havido violação a literal disposição de lei, pois, a teor do art. 198, I, do CC/02, a prescrição não corre contra os incapazes; e c) o reconhecimento *ex officio* da prescrição, antes de determinar-se a produção de prova pericial, com a finalidade de comprovar a alegada condição de incapaz do autor, importou em violação dos enunciados constantes no art. 5º, XXXV e LV, da Constituição Federal.

Antecipação de tutela indeferida às fls. 262/263, à ausência do perigo da demora, ante a informação de que o autor recebe cota da pensão por morte deixada pelo genitor.

Devidamente citada para contestar a demanda, a União aduz (fls. 266/281), inicialmente, não ser a ação rescisória sucedâneo do recurso de apelação, à época manejado intempestivamente pelo ora autor, nem tampouco comporta, em seu bojo, a possibilidade de reexame de prova.

Sustenta acertada a decisão rescindenda, ao acolher a prescrição do fundo de direito, pois já havia transcorrido lapso temporal superior a cinco anos entre o ato administrativo de licenciamento do autor e o ajuizamento da ação com vistas a reformá-lo.

Tece considerações acerca do mérito da postulação de reintegração e reforma por invalidez do autor, defendendo a inexistência do direito, em face de o licenciamento se haver dado de ofício, por razões discricionárias, eis que o promovente exibia a condição de militar temporário, portanto sem estabilidade. Por outro lado, registra a compreensão de que o acidente, supostamente o causador da invalidez, não ocorrera em serviço.

Intimada para se manifestar sobre a matéria de defesa, trazida pela União, a parte autora limitou-se a reiterar os argumentos tecidos na inicial, relativos à admissibilidade da via rescisória e à incorrência da prescrição do fundo de direito, tendo em vista a incapacidade absoluta do demandante.

Nenhuma das partes, devidamente intimadas, requereu produção de provas (fl. 291v.).

Em razões finais à fl. 294, a União, única a se manifestar, reiterou os termos da contestação.

Instado a opinar, o Ministério Público Federal apresentou parecer, subscrito pelo Procurador Regional da República Antônio Edílio Magalhães Teixeira, opinando pela improcedência do pedido rescisório, em razão de entender não se equiparar a sentença de interdição ao documento novo a que alude o art. 485, VII, do CPC, apto a fundamentar a rescisão, e em face da incorrência de violação dos dispositivos legais e constitucionais citados pela parte autora (art. 5º, XXXV e LV).

Segundo o parecer (fl. 299):

*Ao contrário do que se afirma na petição inicial desta ação rescisória, não era impositivo ao Juiz – e por isso ele não violou direito de acesso ao Judiciário e ao devido processo legal – determinar, antes de se decidir pela presença da prescrição do direito de ação, a realização de perícia com o fim de aferir a capacidade civil do autor, uma vez que essa capacidade não havia sido posta em suspeita.*

Relatei.

Ao revisor, na forma regimental.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

### **I - PRELIMINAR**

Como ensaiado no relatório, a União erige à condição de preliminar a alegação de incabimento da rescisória como sucedâneo de recurso. Também assim, defende a impossibilidade de a parte autora pretender o reexame de provas através dessa via.

Em se tratando de prejudiciais cujo exame se confunde com o próprio mérito da ação rescisória, mister examiná-las detidamente no decorrer do voto.

### **II - MÉRITO**

A parte autora busca a rescisão do julgado, que acolheu a prescrição do direito de ação do autor, sob o fundamento de, posteriormente ao julgado rescindendo, haver obtido sentença de interdição, constituindo-se tal pronunciamento judicial em documento novo capaz, por si só, de assegurar a ele pronunciamento favorável.

Ampara-se ainda em que a sentença de mérito teria violado literal dispositivo de lei justamente por decretar a prescrição da pretensão autoral, a despeito da condição de incapaz do postulante.

Na petição inicial e documentos que instruíram a ação originária, extrai-se que o autor, após sair do quartel em que servia como soldado temporário – em razão da convocação para o serviço militar obrigatório –, às 19h do dia 04 de agosto de 1998, sofrera

acidente de moto, ainda fardado, tendo sido socorrido pelo Corpo de Bombeiros e levado, com traumatismo craniano, ao Hospital da Restauração, onde passou, num primeiro momento, cerca de oito meses internado, obtendo alta hospitalar em 26 de abril de 1999.

Em 28 de abril de 1999, por ter sido considerado inapto para o serviço militar, porém não inválido, foi licenciado do serviço ativo do Exército, excluído e desligado do número de adidos, conforme certidão de assentamentos (fls. 66/68).

Propôs ação ordinária contra a União, em 31.07.2006, a fim de obter reforma por invalidez permanente, com a consequente percepção de provento de inatividade pago pelo Ministério do Exército.

Sobreveio sentença (fls. 102/104), justamente a de rescisão ora pretendida. Nela o MM. Julgador monocrático acolheu, de ofício – porquanto a União fora revel naquele feito –, a prescrição do fundo de direito, havendo transcorrido entre a data de licenciamento e o ajuizamento da ação mais de cinco anos.

Há nos autos desta ação rescisória – eis o documento novo a que alude a inicial – sentença de interdição do autor, José Walter de Oliveira Júnior (fls. 155/156), proferida pelo Juízo da 1ª Vara de Família e Registro Civil da Comarca de Paulista, datada de 14 de agosto de 2008, nos autos da Ação de Interdição nº 231.2007.000364-2, proposta pela genitora do postulante.

Colhe-se da sentença de interdição o seguinte trecho, cuja transcrição se faz pertinente:

A pretensão da autora tem amparo legal, vez que é claramente visível a deficiência mental do interditado, pois no dia do interrogatório, respondeu às questões a ele endereçadas de forma incoerente, demonstrando assim sofrer de enfermidade mental.

Observa-se ainda que o interditado é portador de retardamento mental (CID 10 - F 06 - Transtorno Mental devido à Lesão Cerebral), não havendo cura, sendo considerado incapacitado, por definitivo, absoluta e permanentemente, com evolução **há dez anos**, não podendo exercer atividades comuns da vida diária, conforme laudo pericial acostado nos autos. (Grifos nossos).

Do laudo pericial (fl. 154) aludido pela sentença, verifica-se que o perito, ao ser indagado acerca da data do início da doença, respondeu: *em 1998*.

Em relação ao histórico da doença, afirmou: *após acidente de moto com trauma crânio-encefálico, mudou o comportamento, tem déficits cognitivos, depressão e crises convulsivas*.

Pois bem, narrado, no essencial, o caso dos autos, cuida-se de saber se a sentença rescindenda, ao acolher a prescrição, teria infringido literal dispositivo de lei ou se, por outro lado, a outra sentença, a de interdição, enquadrar-se-ia ou não no conceito de documento novo, a dar ensejo, num e noutro caso, à rescisão do julgado.

Penso que ambas as hipóteses favorecem o autor.

Em primeiro lugar, o pronunciamento judicial de interdição, ação de estado, impõe seus efeitos enquanto em vigor, é dizer, não se há de contestar a conclusão disposta na sentença que reconheceu o estado de incapacidade permanente do promovente para os atos da vida civil. E nem mesmo há nos autos qualquer contestação da União em relação às conclusões do aludido comando sentencial.

Em verdade, a União nem sequer acena nesse sentido e se o fizesse – nessa hipótese –, estou em que não seria de se acolher, nesta sede, semelhante irresignação, pois o caminho a seguir, para a União, seria a desconstituição daquela sentença da Justiça Estadual.

Nessa linha, deve-se partir da premissa, assentada no comando judicial de interdição, de que o autor era incapaz, definitivamente, para os atos da vida civil, por ocasião da sentença rescindenda, que acolheu a prescrição. É dizer, a decisão rescindenda acolheu a prescrição de direito cujo titular era um absolutamente incapaz, a despeito de o art. 198 do Código Civil dispor expressamente o contrário.

Eis o preceptivo violado:

Art. 198. Também não corre a prescrição:  
I - contra os incapazes de que trata o art. 3º;

O art. 3º do Código Civil, por sua vez, assim define a incapacidade para o exercícos dos atos da vida civil:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

(...)

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

A despeito das alegações do Ministério Público – para quem o Juízo monocrático teria agido regularmente, pois a inicial da ação originária não teria mencionado expressamente a absoluta incapacidade do autor para os atos da vida civil, mas apenas a invalidez permanente – penso de modo nenhum importar para a constatação da infringência a expressa disposição de lei, no caso em exame, o fato de o julgador haver procedido possivelmente com acerto ao dispensar a perícia.

O fato é que, ainda se não possa do ponto de vista procedimental exigir agisse o magistrado de outro modo, houve o pronunciamento da prescrição contra absolutamente incapaz, em afronta expressa a texto de lei, motivo por si só suficiente para acolher-se o pedido rescisório.

O Direito põe a salvo da força do tempo a pretensão dos que não têm o poder de, por si sós, comandarem seus próprios atos civis (absolutamente incapazes<sup>1</sup>). Vê-se assim exceção à regra consagrada por Pontes de Miranda a de o prazo de prescrição começar a correr desde que nasce a pretensão<sup>2</sup>. Vale dizer, inobstante tenha nascido, não se submeterá ao lapso prescricional.

Ora, se a prescrição não corre contra os incapazes, por seu estado, estaria ele impedido de rescindir julgado que acolheu contra ele a prescrição apenas porque este estado, de invalidez permanente para os atos civil, não fora mencionado na inicial por seu advogado?

---

<sup>1</sup> NEGRÃO, Theotonio; GOUVEIA, José Roberto F. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>2</sup> *Tratado de Direito Privado*. 2ª ed. Ed. Borsoi, 1954. t. 1, p. 148.



Não vejo como, sem nenhum desrespeito à opinião do Ministério Público Federal, se possa acolher semelhante tese. O fato de não se haver mencionado na inicial a condição do autor pode até tornar escusável a violação ao texto legal pelo Juízo. Mas nunca terá o condão de fazer correr o prazo prescricional contra o incapaz, jamais se mostrando escoreita a sentença que acolheu a prescrição, nessa hipótese.

Dito isso, impõe-se registrar a rejeição das preliminares, as aduzidas pelo Ministério Público, de incabimento da rescisória como sucedâneo de recurso e também, como meio para o reexame das provas produzidas na ação originária. Não é a hipótese. Não pretende o autor o reexame das provas, que jamais foram produzidas ou examinadas no primeiro grau, pois lá se acolheu a prescrição do fundo de direito, nem se trata o caso de ação com feição de recurso, porque se traz ao lume situação de rescisão e não de revisão do julgado combatido.

Por outro lado, apenas em adição a tais fundamentos, não deixo de enxergar a possibilidade de rescisão, também, por representar a sentença de interdição documento novo, do qual não podia fazer uso o autor à época da propositura da ação rescindenda, capaz, por si só, de assegurar a ele pronunciamento favorável

É que, embora a sentença de interdição seja posterior à decisão rescindenda – aspecto que lhe retiraria, a rigor, a condição de documento novo, segundo a doutrina majoritária sobre o tema – trata-se de uma sentença proferida em ação de estado, a reconhecer uma condição física do autor, preexistente ao julgado rescindendo.

A data em que lavrado o documento – a sentença – não deve ser tomada como aspecto primordial nesse caso. O fato trazido à cognição por ele, o fato relevante por ele atestado, a invalidez permanente, data de agosto de 1998. É pretérito, portanto, à decisão rescindenda.

Ora, o autor, embora não mencione na inicial da ação originária o estado de incapacidade absoluta, cuidando apenas de ressaltar sua invalidez permanente para o trabalho, requereu a realização de perícia e não foi submetido a ela.

Sendo absolutamente incapaz o promovente, de pai falecido, recebendo os cuidados apenas da mãe, ambos de origem humilde, acataram inicialmente as conclusões do Exército de que o acidente se dera fora do serviço, sem relação de causa e efeito com ele, bem assim que o estado de saúde do autor o tornava incapaz para o serviço militar, exclusivamente, mas não se exibia ele inválido para prover seu próprio sustento.

Até porque a convalescença perdurou por muito tempo – *passou 48 dias na UTI e 7 meses inconsciente e 1 ano e 7 meses internado no HGR* (cf. depoimento judicial de fl. 152) –, interregno no qual o estado de saúde do autor um pouco melhorou, não havia como pudessem eles saber irreversível a invalidez. Não se há desprezar este outro dado da realidade. Conclusões como essas, de que um ente querido, um filho, tornou-se inválido definitivamente em face de um acidente havido no auge de seus 19 (dezenove) anos de idade, entranham-se n'alma com muito custo. São repelidas até não mais poderem ser.

Quando a pensão por morte deixada pelo pai foi suspensa, pela maioria civil do filho, a genitora viu-se obrigada a encarar essa realidade e buscar a sentença que definitivamente atestaria sua tragédia familiar.

Nessas circunstâncias, até porque o documento, apesar de posterior à decisão rescindenda, repito, atesta um estado preexistente, não se pode tomar com o rigorismo de praxe a conceituação de documento novo, como o fez o Ministério Público Federal no parecer de fls. 295/301.

Amparado nesses fundamentos, julgo procedente o pedido de rescisão, exercendo o *judicium rescindens*.

Passo ao exame do pleito rescisório, de novo julgamento da causa, a dizer, ao *judicium rescissorium*.

Primeiro, impõe-se responder se a causa originária está ou não madura para julgamento.

Num primeiro momento, fui levado a achar que não, pois embora tenha havido a escoreita citação da Ré e decretada a sua revelia, bem assim se haja intimado a União para trazer aos autos os processos administrativos e demais documentos pertinentes

ao autor, não houve, naquele processo, a realização da perícia requerida pelo postulante.

Entretanto, examinando detidamente o caso, penso que a União, em face da revelia naqueles autos, nenhuma tese jurídica de defesa traria a título de oposição ao direito do autor, e, por outro lado, como já adverti no princípio do voto, o estado de invalidez dele, objeto precípua da perícia requerida no feito originário, foi devidamente atestado pela sentença de interdição. Como afirmou então, estou em que à União só restaria o caminho da rescisão, na sede própria, caso pretendesse combater as conclusões do aludido comando judicial, de forma que não se há falar em novo julgamento de primeiro grau, eis que não há a necessidade de produzir-se novas provas ou oportunizar à União a produção de defesa naquele feito.

Entendo, assim, perfeitamente possível a este órgão proceder, em juízo rescisório, ao julgamento da causa. E, nesse mister, imperioso tomar-se por demonstrada a invalidez permanente do promovente para os atos da vida civil, pelos fundamentos já expostos.

Cediço, por seu turno, que o acidente, quando ocorrido no percurso entre o trabalho e a residência há ser considerado como acidente em serviço.

Contudo, das provas carreadas aos autos originários e juntadas à rescisória, notadamente das provas testemunhais produzidas na sindicância que apurou as circunstâncias do acidente, verifico que ele não se deu propriamente quando o autor se dirigia do quartel para a sua residência.

Em depoimento, o soldado Pablo Ferreira Santos (fl. 86) informa que deu carona ao autor em sua motocicleta, no dia do acidente, após saírem ambos do quartel. Segundo narra, eles pegaram uma outra motocicleta emprestada, esta, então, conduzida pelo postulante, José Walter de Oliveira Júnior.

Posteriormente a esses fatos, colhe-se o seguinte:

*(...) os dois soldados decidiram que iriam encontrar-se com umas meninas em Paratibe ou próximo à casa do Sd. Pablo, em Maranguape II e que o Sd. Júnior ficou de se*

*encontrar com o Sd Pablo num lugar marcado próximo à casa desse último, mas que não apareceu (...)*

Nessa linha, tomo por demonstrado que o acidente não se dera por causas ligadas ao serviço militar, tal qual concluía a sindicância instaurada para apurar o fato.

Segundo o Estatuto dos Militares, Lei nº 6.880/80:

Art. 106. A reforma *ex officio* será aplicada ao militar que:  
(...)

II - for julgado **incapaz, definitivamente**, para o serviço ativo das Forças Armadas;

(...)

Art. 108. A incapacidade definitiva pode sobrevir em consequência de:

(...)

**VI - acidente ou doença, moléstia ou enfermidade, sem relação de causa e efeito com o serviço.**

(...)

Art. 110. O militar da ativa ou da reserva remunerada, julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes dos incisos I e II do art. 108, será reformado com a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuir ou que possuía na ativa, respectivamente.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo aos casos previstos nos itens III, IV e V do artigo 108, quando, verificada a incapacidade definitiva, for o militar considerado inválido, isto é, impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho.

Acolho, portanto, a pretensão do autor, para reconhecer o direito à reforma, com remuneração calculada com base no soldo integral de soldado raso, sem a vantagem do art. 110 da Lei nº 6.880/80.

Há diversas manifestações jurisprudenciais nesse sentido. A título exemplificativo colaciono os seguintes arestos:

ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO. HIDROCEFALIA. MOLÉSTIA INCAPACITANTE PARA A VIDA MILITAR E CIVIL. PERÍCIA ATESTARÓRIA DA INVALIDEZ PERMANENTE. REFORMA. 3º SARGENTO. ARTS. 108, V E VI E 110 DA LEI Nº 6.880/80.

**1. O militar, ainda que temporário, pode ser reformado por invalidez, desde que considerado definitivamente incapacitado não apenas para o serviço militar mas também para o exercício de atividades de caráter civil, no caso de ser portador das enfermidades descritas no art. 108, V e VI, do Estatuto dos Militares, ainda que a moléstia não tivesse relação de causa e efeito com o serviço castrense.**

2. O militar portador de hidrocefalia faz jus à reforma, com a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuía na ativa. Desnecessidade da existência de nexo de causalidade entre o serviço militar e a eclosão da doença. Precedentes.

Apelação e remessa necessária improvidas.

(TRF5 - AC nº 200183000198151, Rel. Desembargador Federal **Geraldo Apoliano, Terceira Turma, 26/02/2009**)

ADMINISTRATIVO. MILITAR. REFORMA. INCAPACIDADE ADQUIRIDA NA ATIVA. PERÍCIA JUDICIAL. PAGAMENTO DOS ATRASADOS COM BASE NO POSTO QUE OCUPAVA. RECURSO ADESIVO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. INCAPAZ. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS.

**1. O art. 106, II, da Lei nº 6.880/80 previu que a reforma ex officio será aplicada ao militar que for julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas. Nesse contexto, o art. 108, inciso VI, também da Lei nº 6.880/80, estatui que a incapacidade definitiva para o serviço militar pode sobrevir em consequência de acidente ou doença, moléstia ou enfermidade, sem relação de causa e efeito com o serviço. O que se exige é que essa enfermidade tenha sido adquirida quando o militar ainda estava em atividade.**

2. No caso posto a julgamento, inobstante inexistir prova do acidente sofrido pelo requerente – queda de aeronave quando fazia a sua limpeza –, restou devidamente provado que ele se encontra incapacitado para o serviço ativo militar e para qualquer outro, tanto que o INSS deferiu a ele benefício previdenciário por invalidez. O perito judicial chegou a “asseverar que as patologias, de naturezas psiquiátrica e neurológica – transtorno mental decorrente de lesão e disfunção cerebrais e de doença física não especifi-

cada (F 06.9) e epilepsia (F 40.6) – se manifestaram após o acidente sofrido pelo autor durante sua permanência nas fileiras da Aeronáutica”, fato este provado pelas inúmeras idas do autor ao Hospital da Aeronáutica com queixas de cefaléia, tonturas, queimor, etc, as quais foram registradas no seu prontuário médico.

3. Sobre os valores atrasados deverão incidir juros de mora, mas no percentual de 6% ao ano, nos moldes do art. 1º- F da Lei nº 9494/97, com a redação introduzida pela MP 2225-45/2001, em vigor no momento do ajuizamento da ação.

4. Não se aplica ao presente caso a prejudicial de prescrição por se tratar de direito de incapaz.

5. O valor arbitrado a título de honorários merece ser reduzido, eis que o montante da condenação se mostra bastante elevado, já que o postulante receberá todos os atrasados desde janeiro de 1991, data do seu desligamento da Aeronáutica. A quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) se mostra condizente com o trabalho realizado pelo causídico e com a complexidade da causa.

Apelação da União e remessa obrigatória parcialmente providas. Recurso adesivo do autor improvido.

(TRF5 - APELREEX nº 200483000023832, Rel. Desembargador Federal **José Maria Lucena**, Primeira Turma, 23/04/2010)

ADMINISTRATIVO. MILITAR. REFORMA. PERÍCIA. INCAPACIDADE DEFINITIVA PARA A VIDA CIVIL E MILITAR. ACIDENTE. NEXO DE CAUSALIDADE COM O SERVIÇO MILITAR. NÃO COMPROVAÇÃO. DIREITO DE REFORMA COM A REMUNERAÇÃO DO POSTO EM QUE SE ENCONTRAVA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 108, VI, E 111, III DA LEI 6.880/80.

**1. A Lei 6.880/80 prevê, dentre as hipóteses autorizadoras da reforma do militar, a incapacidade definitiva advinda em consequência de acidente ou doença, moléstia ou enfermidade, sem relação de causa e efeito com o serviço (art. 108, VI).**

2. Comprovado nos autos, que as lesões decorrentes de atropelamento sofrido pelo autor (paralisia adquirida do membro superior direito e seqüelas motoras de traumatismo crânio encefálico) foram consideradas definitivas e irreversíveis, motivo pelo qual o laudo pericial o considerou

inválido para toda e qualquer atividade laborativa (fl. 79), impõe-se reconhecer o direito à reforma com base na remuneração da graduação em que se encontrava quando da ativa. Inteligência do inc. II, art. 111 do Estatuto dos Militares.

3. Remessa oficial e apelação improvidas.

(AC 344371, Relator Desembargador Federal **Petrucio Ferreira**, Segunda Turma, pub. *DJ*: 28/01/2005)

Em face do exposto, rejeito as preliminares e julgo procedente a ação rescisória para: a) desconstituir a sentença proferida pelo MM. Juízo da 9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, nos autos do Processo nº 2006.83.00.010047-1, afastando a ocorrência da prescrição anteriormente reconhecida; e b) em sede de juízo rescisório, julgar procedente o pedido de reforma por invalidez deduzido pelo autor na exordial, com remuneração calculada com base no soldo integral de soldado raso – sem, portanto, a vantagem do art. 110 da Lei nº 6.880/80 –, devendo os efeitos dessa reforma retroagirem à data em que foi licenciado do serviço ativo do Exército.

Sobre o montante da condenação, incidirá atualização monetária desde à época em que devidos, nos termos do Manual de cálculos da Justiça Federal, até a edição da Lei nº 11.960/09, quando passarão a ser calculados conforme as disposições da aludida lei, e juros de mora, de 0,5% ao mês, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, até a edição da Lei nº 11.960/09, quando passarão a ser calculados, cumulativamente com os juros de mora, consoante as prescrições daquela lei.

Honorários advocatícios a cargo da União fixados em R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Assim voto.

## AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 92.180-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR  
Agravante: NORTE SALINEIRA S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO - NORSAL  
Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Adv./Proc.: DR. FRANCISCO MARCOS DE ARAUJO (AGRTE).

**EMENTA: DIREITO AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE DETERMINOU A RETIRADA IMEDIATA DE MATERIAL SUPOSTAMENTE NOCIVO AO MEIO AMBIENTE (“BORRA DE SAL”) EM ÁREA COSTEIRA, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA. IMPROVIMENTO. AUSÊNCIA DE ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL CONCLUSIVO, CAPAZ DE CONSTATAR A OCORRÊNCIA DE EFETIVO DANO AO MEIO AMBIENTE.**

*- O estudo apresentado pelo IBAMA, além de anacrônico, apenas constatou que a empresa agravante encontra-se regularmente instalada em terreno de marinha, limitando-se a indicar irregularidades no tocante ao acesso da população à área afetada.*

*- Diante da ausência de um estudo conclusivo realizado pelo Poder Público acerca dos resíduos supracitados (“borra de sal”), capaz de demonstrar a ocorrência de um efetivo dano ao meio ambiente, e em conformidade com as informações constantes nos autos, colacionadas pela própria agravante, não prospera a decisão a quo, no que tange à retirada imediata da borra de sal da área afetada, e, por consequência, a aplicação da multa diária de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).*

*- Agravo de instrumento parcialmente provido.*



## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 9 de novembro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE  
JÚNIOR - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR:

Trata-se de agravo de instrumento manejado por Norte Salineira S/A Indústria e Comercio - NORSAL, com pedido de atribuição de efeito suspensivo, contra decisão da lavra do MM. Juiz Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, que deferiu medida liminar para determinar que a empresa ré ora agravante paralisasse, imediatamente, “o despejo de resíduos (borra de sal) na Praia do Meio, Município de Areia Branca, e providencie, no prazo de 30 (trinta) dias, a retirada de todo o material dessa natureza ali depositado, assim como, viabilize, no mesmo prazo, o acesso seguro a referida praia, com a imediata construção de passagem de pedestres e veículos pelo interior de suas instalações”.

Alega agravante que a ação de origem está pautada em documentação produzida na longínqua data de 24 de junho de 2000, quando o Ministério Público Estadual com atuação na Comarca de Areia Branca, recebeu representação veiculada pela autodenominada FRENTE ECOLÓGICA AREIABRANQUENSE, a qual, por seus ditos representantes, imputou à recorrente a prática de crimes ambientais, acusando-a de prejudicar o acesso da população local à Praia do Meio e de promover a retirada do depósito da nominada “borra de sal” na orla marítima da referida praia, em pre-

juízo ao manguezal existente na área.

Relata ainda que, à época, prestou esclarecimentos ao Ministério Público Estadual, registrando que jamais impediu o acesso da população à Praia do Meio, e que o material nominado “borra de sal” jamais se apresenta como lixo, tratando-se de elemento composto de sal, areia e argila e, portanto, de composição idêntica ao ambiente local, conforme inclusive informações prestadas pelo Engenheiro Químico SERGIO BEDAQUE JUNIOR.

Esclarece que na audiência pública designada pelo MPE, a recorrente, juntamente com a Coordenadoria do Meio Ambiente local, assumiu as seguintes obrigações, mediante a subscrição de Termo de Ajustamento de Conduta: “[...] *retirar, num prazo de 60 (sessenta dias) todo e qualquer ‘fino da lavagem do sal’ existente na orla marítima e que estivessem em risco de dissolução pela água do mar; fornecer mão-de-obra para construção de uma proteção de pedestre no caminho de acesso à praia; [...]*”.

Sustenta que, em 06 de junho de 2003, a empresa recorrente, por seu representante, assim como a Coordenadora do Meio Ambiente de Areia Branca e os representantes da já citada Frente Ecológica Areiabranquense, compareceram à Promotoria da Comarca de Areia Branca para avaliar o cumprimento do acordo dan-tes ajustado, tendo-se concluído expressamente não ser mais viável avaliar-se qualquer questão atinente à retirada dos “finos de sal”, haja vista às próprias modificações ambientais da região.

Segundo informa a agravante, no ano de 2006, o analista ambiental Diego de Medeiros Bento e o técnico ambiental Francisco Linduarte Lopes realizaram vistoria nas dependências da recorrente, tendo especificado em suas conclusões que a empresa não teria promovido a retirada dos “finos de lavagem do sal”, ressaltando ainda que a passarela havida para passagem de pedestres não apresentaria boas condições, além de estar localizada em área irregular (de mangue e a menos de 50 metros da margem atual do rio).

Assim é que, após essas informações, o feito administrativo teria sido encaminhado ao Ministério Público Federal, passando a integrar o Processo Administrativo nº 1.28100 000029/2006-21, por meio do qual foram solicitadas informações à Gerência Regional

do Patrimônio da União no RN, a Secretaria do Meio Ambiente de Areia Branca e ao IDEMA, órgão ambiental local, que teriam servido para encerramento do dito procedimento, e o ajuizamento da ação civil pública originária.

Por sua vez, na ação civil pública, o MPF se pauta em dois aspectos fáticos: o despejo de resíduos sólidos em área de praia e a não viabilização do acesso à praia e da ocupação de área de preservação permanente. No entender do MPF, *“a empresa demandada não cumpriu com o pactuado, deixando de tomar as providências cabíveis no sentido de cessar a permanência, na orla marítima, de ‘borra de sal’, se estendendo atualmente por uma área de aproximadamente 300 m de comprimento por 30 m de largura e em alguns pontos atingindo uma média de 1m de altura, conforme atesta a Gerência Executiva de Gestão Ambiental do município de Areia Branca”*.

E, ainda, *“que a Empresa NORSAL impediu o acesso do público à praia em referência, com a obstrução de servidão de passagem que existia em favor da comunidade, por dentro do terreno que hoje lhe pertence”*.

A decisão liminar (fls. 249/255) deferiu parcialmente o pedido, para *“suspender a eficácia da decisão de 1º Grau, no que tange à retirada imediata de todo o material (borra de sal) da Praia do Meio, Município de Areia Branca-RN, e, por consequência, a aplicação da multa diária de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), enquanto não realizado estudo conclusivo pelo IBAMA acerca desses resíduos (borra de sal) depositados pela empresa agravante na Praia do Meio e suas repercussões ao meio ambiente”*.

Contrarrazões apresentadas às fls. 282/284.

É o relatório.

## VOTO

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

Ao apreciar o pedido de provimento liminar, o Desembargador Federal Marcelo Navarro assim se pronunciou acerca da matéria discutida nos autos do agravo de instrumento (fls. 249/255):

[...] Pois bem. Consta dos autos, o “Relatório de Vistoria Ambiental” do IBAMA, elaborado em maio de 2006 com o objetivo de instruir o procedimento instaurado pela Promotoria de Justiça de Areia Branca. Deste estudo destaco o seguinte:

“Verificamos que a passarela é muito estreita (Foto 01), com apenas 1,24 m (um metro e vinte e quatro centímetros) de largura, em média, e não apresenta condições adequadas de segurança, em face de haver um grande espaço entre o piso e o corrimão (Foto 02), o que pode ocasionar acidentes. A passarela e todo o muro da empresa estão localizados em área vizinha ao manguezal (Foto 03), a menos de 50 metros da margem do rio (Área de Preservação Permanente - APP), o que evidencia que esta área onde se encontra as instalações de beneficiamento do Sal da NORSAL era ocupada por Manguezal.

Seguimos pela passarela até uma estrada carroçável (Foto 04), que segundo a Sra. Maria Mônica e o Sr. Fábio Lima, o acesso antigo era assim desde a comunidade e que foi restringido e totalmente modificado, de acordo com as prerrogativas da empresa NORSAL, em detrimento do direito de ir e vir dos comunitários à Praia do Meio. Daí, caminhamos até a Praia do Meio, onde verificamos que ainda persiste um grande depósito de ‘borra de sal’ (Fotos 05 e 06), apesar de a empresa não mais depositar material naquele local.

(...) Após a vistoria no local da passarela e no caminho de acesso à Praia do Meio, voltamos ao escritório da referida empresa e nos foi apresentada a Licença de Operação LO, emitida pelo Instituto de Desenvolvimento Econômico e Meio Ambiente - IDEMA, bem como o Título de Aforamento, expedido pela Delegacia do Serviço do Patrimônio da União do Rio Grande do Norte, que permite à empresa utilizar estas Terras de Marinha pertencentes à União, conforme os comprovantes de pagamento regular referentes ao seu uso.

(...) De acordo com as observações realizadas chegamos às seguintes conclusões referentes à demanda do Ministério Público:

A empresa NORSAL não retirou da orla marinha 'os finos da lavagem do sal', embora tenha deixado de depositar mais material no local;

A empresa construiu um corrimão no caminho de acesso à praia, no entanto verificamos que a referida passarela ainda não apresenta boas condições de segurança para os pedestres;

Os corrimões, bem como todo o caminho e a própria empresa está localizada em área onde antes era manguezal. A passarela em si está em área irregular, visto estar localizada em área de mangue e a menos de 50 metros à margem do rio.

A área em discussão pertence à União, o que está comprovado em certidões emitidas pela Delegacia do Serviço do Patrimônio da União no Rio Grande do Norte, em posse da empresa.

É possível a viabilização de acesso público de pedestres e veículos pelo interior da empresa, visto que esta está localizada em área pertencente à União e não pode restringir o trânsito livre da população". (Fls. 191/195) (realce atual)

Com se pode concluir do referido estudo, a vistoria levada a cabo pelo IBAMA constatou que a empresa está localizada em terreno pertencente à União e que lhe foi concedida Licença de Operação expedida pelo órgão ambiental local (IDEMA) e, ainda, Título de Aforamento pelo Serviço do Patrimônio da União (SPU), o que revela a situação de regularidade quanto à ocupação da área e autorização para a prática da atividade econômica ali desenvolvida.

Extraí-se ainda, do referido estudo, que o IBAMA se restringiu basicamente a apontar irregularidade no tocante ao acesso da população à área, mais precisamente, à Praia do Meio, uma vez que a empresa, apesar do compromisso assumido quando da lavratura do Termo de Ajustamento de Conduta, não efetivou os meios necessários – construção de passarela adequada – para viabilizar, com segurança, a ida e vinda da população à referida praia.

Quanto aos resíduos denominados de "borra de sal", foi esclarecido que a empresa havia deixado de realizar os refe-

ridos depósitos na área de praia, muito embora não tivesse retirado os resíduos depositados naquela área.

Noto que a decisão agravada se baseou num relatório da “análise preliminar de resíduo jogado na praia de Areia Branca” elaborado, no ano de 2000, pelo Departamento de Química da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, que concluiu que a “deposição desse material em grandes quantidades num mesmo local deve ser evitada, devido ao fato de concentrar íons e sais de metais, o que acarreta prejuízo ao meio ambiente (flora e fauna) devido a alterações físico-químicas (pH, condutividade elétrica, térmica ...) no local”.

De outro giro, a empresa agravante trouxe aos presentes autos, Estudo Ambiental com o objeto da análise da deposição dos resíduos de sal na área objeto da demanda, suscitado pelo Biólogo Renato de Medeiros Rocha, do qual destaco os seguintes excertos:

“Como fator preponderante, a análise e observação de campo, assim como a revisão bibliográfica foram direcionadas no sentido de caracterizar um ambiente situado no litoral semi-árido brasileiro, com intensa taxa de insolação e baixa pluviosidade. Associados com as características geológicas da região, partiu-se do princípio de se estar diante de um ambiente de natureza salina, pertencente ao ecossistema estuarino hipersalino do rio Apodi/Mossoró.

Sobre esse ambiente ainda recai a evidência de ter sido utilizado para a deposição de resíduos da produção de sal marinho, prática esta interrompida já no ano de 2000. Todavia, estando estes resíduos depositados a menos de 100 (cem) metros do ambiente marinho (estuário e manguezal), faz-se referência a que a composição mineralógica e goequímica desses resíduos são totalmente de natureza autóctone, não caracterizando a presença de qualquer elemento externo ao meio (foto 01). Em virtude de sua estrutura em forma de sal, estes elementos apresentam rápida taxa de dissolução nas águas das chuvas e das marés, prerrogativa esta que lhes confere a propriedade de se reintegrarem rapidamente ao ecossistema hipersalino”.

No tocante às considerações finais, transcrevo:

“O material salino analisado, com características físico-químicas totalmente advindas de material autóctone das regiões hipersalinas do estuário do Rio Mossoró, não é nocivo e nem está afetando a biota local.

Por outro lado, a sua remoção poderá destruir ou danificar a vegetação fixadora de dunas (FIG. 08), considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, uma vez que estaria dificultando a atual sucessão daquele ecossistema litorâneo.

(...) Essa contenção dos sedimentos reforçará ainda mais a função ambiental da área analisada neste documento como uma área fixadora dos referidos sedimentos, prestando um serviço ambiental de relevante interesse social, haja vista o intenso movimento pelo estuário de barcaças carregadas com sal, juntamente com barcos de pesca (foto 03 e 04).

Pode-se concluir que o ambiente analisado encontra-se em processo de reestruturação ambiental natural por cima do extrato salino ali colocado, cabendo aos responsáveis gestores da área a tomada de medidas cabíveis, de forma que assegurem o desenvolvimento do processo de recuperação ambiental”. (Fls. 69/96)

Assim é que:

Considerando que o único estudo realizado pelo IBA-MA na área, datado do ano de 2006, se ateve basicamente à questão do acesso da população à Praia do Meio, não sendo conclusivo, todavia, em relação aos danos ao meio ambiente dos depósitos dos resíduos denominados de “borras de sal”;

Considerando que a empresa agravante juntou aos autos estudo ambiental, subscrito por profissional biólogo, que apresenta conclusões, entre elas, a de que a remoção do material residual denominado “borra de sal”, destruirá ou danificará a vegetação fixadora de dunas, considerada de preservação permanente;

Considerando que a decisão agravada determinou a retirada imediata de todo o resíduo (borra de sal) da Praia do Meio, Município de Areia Branca, sob pena de multa diária de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais);

Considerando, por fim, em razão de todo o exposto, a necessidade da ouvida do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente - IBAMA, DETERMINO seja oficiado ao representante da referida autarquia para que se manifeste sobre o laudo técnico ambiental que repousa às fls. 69/98 dos presentes autos, apresentando estudo conclusivo acerca dos resíduos (borra de sal) depositados na Praia do Meio e as repercussões ao meio ambiente local. [...].

Corroboro o entendimento adotado por esta relatoria. O estudo apresentado pelo IBAMA, além de anacrônico, apenas constatou que a empresa agravante encontra-se regularmente instalada em terreno de marinha, limitando-se a indicar irregularidades no tocante ao acesso da população à área afetada. Não obstante, diante da ausência de um estudo conclusivo realizado pelo Poder Público acerca dos resíduos supracitados (“borra de sal”), capaz de demonstrar a ocorrência de um efetivo dano ao meio ambiente, e em conformidade com as informações constantes nos autos, colacionadas pela própria Agravante (Estudo de Impacto Ambiental – fls. 68/98), verifico que nenhum argumento novo fático ou jurídico foi trazido aos autos, pelo que não vislumbro razões para modificar o provimento liminar.

Com tais considerações, dou parcial provimento ao agravo de instrumento, para extinguir a eficácia da decisão *a quo*, somente no que tange à retirada imediata de todo o material (borra de sal) da Praia do Meio, Município de Areia Branca-RN, e, por consequência, a aplicação da multa diária de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

É como voto.



## AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 109.284-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO RESENDE MARTINS (CONVOCADO)  
Agravante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF  
Agravados: PRO HIGIENE HOSPITALAR LTDA., EURO PEDROSA DE MELO FILHO E ENDERSON LIMA PEDROSA DE MELO  
Advs./Procs.: DRS. LUIZ DOS SANTOS FILHO E OUTROS (AGRTE.), ANNA RAQUEL SOUZA DE FREITAS E OUTROS (1º AGRDO.) E BRUNO LEONARDO NOVAES LIMA (2º AGRDO.)

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO ATACANDO DECISÃO QUE, COM BASE NA CERTIDÃO DA SECRETARIA DA VARA, FL. 13, DEIXOU DE RECEBER A APELAÇÃO DE FLS. 29-43, TIDA COMO INTEMPESTIVA, PORQUE A INTIMAÇÃO DA SENTENÇA OCORRERA EM 22 DE JUNHO DE 2010, INICIANDO-SE O PRAZO NO DIA 23 SEGUINTE, E ENCERRANDO-SE EM 07 DE JULHO DO MESMO ANO, ENQUANTO O RECURSO SÓ FOI PROTOCOLADO EM 13 DE JULHO DE 2010.**

**- Em virtude dos jogos da seleção brasileira de futebol e do feriado do dia 24 de junho, previsto este na Lei Municipal 9.777/67, foi expedido o Ato 178/2010, da Presidência deste Egrégio Tribunal, estabelecendo que o horário do expediente nos dias dos jogos da Seleção Brasileira de Futebol na Copa do Mundo e no dia 23 de junho (véspera de São João) seria encerrado antes da hora normal, prorrogando-se os prazos com vencimentos nesses dias, para o dia 28 de junho.**

**- Defende a agravante, que a contagem do prazo da apelação só teve início em 29 de junho de 2010 (terça-feira), primeiro dia útil subsequente ao da intimação, ocorrida em 22 de junho de 2010, em face da prorrogação do início da contagem do**

*prazo, em decorrência do encerramento antecipado do expediente no dia 23 de junho de 2010 (véspera de São João), e o fechamento das Seções Judiciárias da 5ª Região no dia 24 subsequente (feriado de São João), e mais o encerramento antecipado nos dias 25 e 28 (jogos do Brasil) e o fim de semana que caiu nos dias 26 e 27, todos do mês de junho de 2010.*

*- As opiniões sobre a interpretação do art. 184 do Código de Processo Civil são divergentes, havendo os que defendem que, quando o expediente forense se encerra antes do horário normal, a regra de prorrogação do prazo, para o primeiro dia útil subsequente, só se aplica em relação ao dies ad quem, nunca quanto ao dies a quo da contagem do prazo, enquanto outros entendem que, também, se aplica ao início da contagem do prazo.*

*- Entendimento deste relator de que o prazo se prorrogará para o primeiro dia útil subsequente, tanto no vencimento quanto no início da contagem do prazo, na hipótese de o expediente forense se encerrar prematuramente, por ser a interpretação mais consentânea e coerente dos dispositivos legais em questão, haja vista que o sistema processual equipara o expediente judiciário irregular, fora do horário normal, a dia não útil, como se não tivesse havido expediente e, dessa forma, tanto o vencimento, quanto o início do prazo prorrogam-se para o primeiro dia útil subsequente (REsp 1.170.112, min. Humberto Martins, julgado em 03 de dezembro de 2009, AGRAGA 896.642, min. Benedito Gonçalves, julgado em 04 de agosto de 2009 e Resp 11.234, min. Eduardo Ribeiro, julgado em 26 de agosto de 1991).*

*- Ocorrida a intimação em 22 de junho de 2010, o início da contagem do prazo de quinze dias da apelação somente se deu no dia 29 de junho, dado*

***ser o primeiro dia útil subsequente ao da intimação, considerando que os dias 23 (véspera de São João), 25 e 28 (jogos da seleção na Copa do Mundo) tiveram seu expediente encerrado antecipadamente, enquanto o dia 24 foi feriado (São João) e os dias 26 e 27 terem sido um final de semana, encerrando-se o prazo no dia 13 de julho de 2010, data da interposição do recurso.***  
***- Agravo de instrumento provido.***

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 3 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO RESENDE  
MARTINS - Relator Convocado

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO RESENDE MARTINS (Convocado):

O presente agravo de instrumento, interposto em ação monitória ajuizada pela Caixa Econômica Federal, ataca decisão do douto juízo da 21ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, fl. 14, que, com base na certidão da Secretaria da Vara, fl. 13, deixou de receber a apelação de fl. 29-43, tida como intempestiva, porque a intimação da sentença ocorrera em 22 de junho de 2010, iniciando-se o prazo no dia 23 seguinte, e encerrando-se em 07 de julho do mesmo ano, enquanto o recurso somente foi protocolado em 13 de julho de 2010.

Recurso amparado no fato de que no dia 23 de junho de 2010, véspera de feriado de São João, dia seguinte ao da intimação, o expediente forense foi encerrado antecipadamente às 13 horas, devendo, pois ser prorrogado o prazo para o primeiro dia útil subsequente, ou seja, dia 29 de junho, porque, da mesma, forma o

expediente nos dias 25 e 28 foram encerrados antecipadamente, em virtude dos jogos da seleção brasileira na Copa do Mundo, considerando ainda o feriado de 24 de junho e o fim de semana de 26 e 27 do mesmo mês e ano.

Interposto o recurso em 13 de julho de 2010, requer a agravante o provimento do agravo, declarando a tempestividade do recurso de apelação.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido pelo des. federal Vladimir Souza Carvalho, dentro da fundamentação de que, nos termos do art. 184, § 1º, do Código de Processo Civil, a prorrogação do prazo para o primeiro dia útil subsequente, na hipótese de expediente encerrado antes do prazo normal, só ocorre na hipótese do vencimento do prazo, e nunca, no início da contagem, fls. 48-49.

Agravo de instrumento não contraminutado.

É o Relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO RESENDE MARTINS (Relator Convocado):

A sentença de fls. 21-26, foi publicada no diário Oficial do Estado em 22 de junho de 2010 (terça-feira) com data de circulação no mesmo dia. Segundo a metodologia utilizada pela Secretaria da Vara, adotada pelo magistrado *a quo*, a contagem do prazo para interpor a apelação teve início em 23 de junho, encerrando-se, pois, em 07 de julho de 2010, embora o expediente do dia de início da contagem do prazo tenha se encerrado antecipadamente.

Em virtude dos jogos da seleção brasileira de futebol e do feriado do dia 24 de junho, previsto este na Lei Municipal 9.777/67, foi expedido o Ato 178/2010, da Presidência deste egrégio Tribunal, estabelecendo que o horário do expediente nos dias dos jogos da Seleção Brasileira de Futebol na Copa do Mundo e no dia 23 de junho seria encerrado antes da hora normal, e prorrogou os prazos com vencimentos nesses dias, para o dia 28 de junho.

Por sua vez, tendo havido jogo da seleção brasileira, também, no dia 28 de junho, o Ato 300/2010 fixou o horário de expediente

das 7 às 14 horas e prorrogou os prazos com vencimento nesse dia para o dia 29 de junho de 2010.

Defende a agravante que a contagem do prazo da apelação só teve início em 29 de junho de 2010 (terça-feira), primeiro dia útil subsequente ao da intimação, ocorrida em 22 de junho de 2010, em face da prorrogação do início da contagem do prazo, em decorrência do encerramento antecipado do expediente no dia 23 de junho de 2010 (véspera de São João), e o fechamento das Seções Judiciárias da 5ª Região no dia 24 subsequente (feriado de São João), e mais o encerramento antecipado nos dias 25 e 28 (jogos do Brasil) e o fim de semana que caiu os dias 26 e 27, todos do mês de junho de 2010.

O código de Processo Civil estabelece:

Art. 184. Salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento.

§ 1º Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil se o vencimento cair em feriado ou em dia em que:

I - for determinado o fechamento do fórum;

II - o expediente forense for encerrado antes da hora normal.

§ 2º Os prazos somente começam a correr do primeiro dia útil após a intimação (art. 240 e parágrafo único).

(...)

Art. 240. Salvo disposição em contrário, os prazos para as partes, para a Fazenda Pública e para o Ministério Público contar-se-ão da intimação.

Parágrafo único. As intimações consideram-se realizadas no primeiro dia útil seguinte, se tiverem ocorrido em dia em que não tenha havido expediente forense.

As opiniões são divergentes acerca da interpretação a ser dada aos dispositivos legais acima. Há os que defendem que, quando o expediente forense se encerra antes do horário normal, a regra de prorrogação do prazo, para o primeiro dia útil subsequente, só se aplica em relação ao *dies ad quem*, nunca quanto ao *dies a quo* da contagem do prazo, cujo expediente reduzido não seria motivo de prorrogação para o primeiro dia subsequente, conforme os seguintes precedentes:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTS. 40, III, 183, §§ 1º E 2º E 535, I E II, DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ENCERRAMENTO DO EXPEDIENTE FORENSE ANTES DO HORÁRIO NORMAL. TERMO A QUO PARA CONTAGEM DO PRAZO RECURSAL. DESINFLUÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(...)

2. A prorrogação do prazo recursal, em virtude do encerramento adiantado do expediente forense, só é possível se o mencionado encerramento tiver ocorrido no termo *ad quem* para interposição do recurso, consoante o art. 184, § 1º, do CPC, e não no termo *a quo*, como no presente caso. Precedentes.

3. Agravo Regimental desprovido (AgRg no Ag 1.142.783, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 15 de abril de 2010).

Só se prorroga o prazo recursal com fundamento no art. 184, § 1º, II, do CPC quando o expediente forense se encerrar antes do horário no dia do vencimento e não no início de sua contagem ou no meio de sua fluência (STJ-RT 664/178). No mesmo sentido: RSTJ 145/290, RT 711/166, (NEGRÃO, Teotônio. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, pág. 313, nota art. 184: 14).

Em que pese a autoridade dos julgados citados, acosto-me ao entendimento de que o prazo se prorrogará para o primeiro dia útil subsequente, tanto no vencimento quanto no início da contagem do prazo, na hipótese de o expediente forense se encerrar prematuramente, a meu ver por ser a interpretação mais consentânea e coerente dos dispositivos legais em questão, haja vista que sistema processual equipara o expediente judiciário irregular, fora do horário normal, a dia não útil, como se não tivesse havido expediente e, dessa forma, tanto o vencimento, quanto o início do prazo prorrogam-se para o primeiro dia útil subsequente.

Nessa linha os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. INTEMPESTIVIDADE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DIVERGENTE DO ART. 184 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA.

1. Verifica-se a intempestividade do agravo de instrumento. O artigo 184, § 2º, dispõe que os prazos iniciam-se a partir do primeiro dia útil após a intimação.

2. Segundo Nelson Nery Junior, “o *dies a quo* do prazo é sempre o da intimação. Se esta ocorrer em sábado, domingo, véspera de feriado, início de férias ou de recesso, ou, ainda, em dia em que tenha havido expediente forense anormal, o início do prazo se dará no primeiro dia útil subsequente”. (Código de Processo Civil e Legislação Extravagante, 7ª ed. rev. atual., Revista dos Tribunais, 2003, SP, p. 580.) Agravo regimental improvido (REsp 1.170.112, min. Humberto Martins, julgado em 03 de dezembro de 2009).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. COGNIÇÃO AMPLA. POSSIBILIDADE DE EXAME DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL, AINDA QUE NÃO INVOCADOS PELA PARTE AGRAVADA. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DOS PRAZOS PROCESSUAIS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM NÃO ALCANÇAM O RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELO AGRAVANTE.

(...)

3. A suspensão do expediente externo e dos prazos processuais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no período de 4 a 7 de dezembro de 2006, prevista no ato executivo nº 5.725, do Desembargador Presidente daquela Corte, não aproveita ao agravante, pois influenciam somente a contagem do prazo recursal ocorrido no *dies a quo* ou no *dies ad quem*, quando então se prorroga o início ou o término deste para o primeiro dia útil subsequente, nos termos do art. 184, § 1º, do CPC. Portanto, a referida suspensão dos prazos processuais não comprometeu o prazo para a interposição de recurso especial de iniciativa da concessionária agravante, que se iniciou em 1º/12/2006, ou seja, antes do período em que os prazos estavam suspensos.

4. Agravo regimental não provido (AGRAGA 896.642, min. Benedito Gonçalves, julgado em 4 de agosto de 2009).

PRAZO. INÍCIO. EXPEDIENTE FORENSE ENCERRADO PREMATURAMENTE.

Para efeito de início de contagem de prazos, deve ter-se como equiparado a dia não útil aquele em que o expediente encerra-se anormalmente. Deste modo, o prazo come-

çará a fluir do primeiro dia útil subsequente, em que haja expediente normal (REsp 11.234, min. Eduardo Ribeiro, julgado em 26 de agosto de 1991).

Ainda Nelson Nery Junior, citando Moniz Aragão:

Nenhum prazo se inicia ou extingue em dia não útil. Não basta que seja dia útil para ter-se início ou término do prazo, mas é necessário que se dê em dia integralmente útil (Moniz Aragão, coment., 122, 98/99). Quando o expediente forense for anormal (início retardado ou final antecipado) não se tem início nem término de prazo naquele dia ... (Nelson Nery Júnior, Código de Processo Civil Comentado, 7ª edição, Ed. Revista dos Tribunais)

Ocorrida a intimação em 22 de junho de 2010, o início da contagem do prazo de quinze dias da apelação somente se deu no dia 29 de junho, dado ser o primeiro dia útil subsequente ao da intimação, considerando que os dias 23 (véspera de São João), 25 e 28 (jogos da seleção na Copa do Mundo) tiveram seu expediente encerrado antecipadamente, enquanto o dia 24 foi feriado (São João) e os dias 26 e 27 terem sido um final de semana, encerrando-se o prazo no dia 13 de julho de 2010, data da interposição do recurso.

Diante da tempestividade da apelação, dou provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.



## AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 110.557-PE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI

Agravantes: ANTONIO CAETANO DA SILVA, CECILIO ROMÃO DE SOUZA, LENILDO JOSÉ DE FRANÇA, LUCIENE MARIA DA SILVA, MARIA JOSÉ LEVINO DO NASCIMENTO, MANOEL JOSÉ GOMES E PAULO FERREIRA DA SILVA

Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Agravada: TRANSNORDESTINA LOGÍSTICA S/A.

Adv./Proc.: DRS. WILSON BELCHIOR E OUTROS (AGRDA).

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. FERROVIA TRANSNORDESTINA. FAIXA DE DOMÍNIO AO LONGO DAS ESTRADAS DE FERRO. DESOCUPAÇÃO. PRAZO RAZOÁVEL.**

**- Agravo de instrumento interposto contra decisão que deferiu, em parte, o pedido de liminar, para determinar a reintegração da concessionária Transnordestina Logística S/A na posse da área contígua aos trilhos de trem da antiga RFFSA, que cortam o município de Cabo de Santo Agostinho/PE, e que se encontravam ocupadas pelos Agravantes, que ali construíram suas casas.**

**- A existência da faixa de domínio ao longo das estradas de ferro tem fundamento na segurança do transporte ferroviário, consubstanciando-se em “reserva de uma faixa no aedificandi de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica”, nos termos do inciso III do art. 4º da Lei nº 6.766, de 19/12/1979. O direito social à moradia, no caso específico, não pode ser oposto, considerando-se que a manutenção dos imóveis na área representa não somente um obstáculo à continuidade de obra de fundamental importância para o desenvolvimento econômico e social do próprio País – em**

*especial, da Região Nordeste –, mas, também, um perigo para os moradores, tendo em vista os riscos naturais decorrentes das obras e, posteriormente, do próprio transporte ferroviário.*

*- Não há, em princípio, como deixar de assegurar à Agravada o exercício de todas as prerrogativas inerentes à propriedade, eis que inviável a imposição ao ente público do dever de se abster da tarefa de retomada das áreas que legalmente lhe pertencem e não estão sujeitas a usucapião, levando à demolição dos imóveis nela construídos sem autorização. Todavia, as circunstâncias do caso concreto conduzem à plausibilidade da pretensão de sobrestamento dos atos de retomada da área por um período razoável, enquanto se busca uma solução para não submeter as famílias às consequências drásticas de uma desocupação forçada.*

*- Agravado de instrumento parcialmente provido, para determinar que a Agravada Transnordestina Logística S/A suspenda pelo período de 6 (seis) meses, a contar da decisão liminar, os atos de desocupação e de demolição dos imóveis construídos na área objeto do litígio, bem assim quaisquer outros atos que importem retirada das famílias e de seus pertences daquela área, a fim de que, nesse período, as partes envolvidas e o poder público possam encontrar e adotar as medidas necessárias à acomodação e ao assentamento das famílias envolvidas no litígio em locais condignos e capazes de atender suas necessidades básicas de moradia.*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em dar parcial provimen-

to ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 18 de janeiro de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI  
- Relatora

## RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que deferiu, em parte, o pedido de liminar, para determinar a reintegração da concessionária Transnordestina Logística S/A na posse da área contígua aos trilhos de trem da antiga RFFSA, que cortam o município de Cabo de Santo Agostinho/PE, e que se encontravam ocupadas pelos agravantes, que ali construíram suas casas. A decisão agravada acolheu a alegação de que tais áreas seriam de propriedade da União (Decreto-Lei nº 9.760/1946, art. 1º, g), consistindo em faixa de domínio *non aedificandi* (art. 9º, § 2º, do Decreto 2.089/63; art. 4º, III, da Lei nº 6.766/1979; item 2.6.7 da Resolução nº 43/66 do Conselho Ferroviário Nacional – CFN), sendo indispensáveis à implantação da Ferrovia Transnordestina, que se encontra em construção. A MMª. Juíza Federal de 1º Grau também fixou o prazo de 30 (trinta) dias para a desocupação, sob pena de multa diária de R\$ 100,00 (cem reais).

Em suas razões recursais, a DPU – Defensoria Pública da União defende a reforma da decisão, argumentando: a) o incabimento da ação de reintegração, por falta dos pressupostos específicos da posse e da ocorrência de esbulho, porquanto a concessionária nunca chegou a posse indireta das áreas, que se encontrariam abandonadas há décadas, dando ensejo a sua ocupação; b) a disputa do bem “encontra-se contextualizada pelo exercício do direito à moradia de um número significativo de pessoas de classes populares”, impondo-se, segundo entende, a intervenção do Poder Judiciário como forma de afastar a possibilidade de conflito social; c) que a MP nº 2.220/01 estabelece que o sujeito que

houver exercido a posse contínua e incontestada, até 30 de junho de 2001, por cinco anos, em área urbana de até 250 m<sup>2</sup>, adquire o direito de concessão de uso especial para fim de moradia; d) tal “direito real social” foi inserido no art. 22-A da Lei nº 9.636/1998, abrangendo, também, os imóveis da União; e) a desocupação deferida representa verdadeira desapropriação sem a justa e prévia indenização, contrariando a norma do art. 5º, XXIV, da CF.

A liminar foi deferida, em parte (fls. 291/293).

Contrarrazões apresentadas (fls. 299/311).

Ouvido, o MPF, em parecer da lavra do eminente Procurador Regional da República Luciano Mariz Maia, opinou pelo improviamento do recurso, mantendo-se, entretanto, a decisão de deferir em parte a liminar (fls. 344/348).

É o relatório.

Peço a inclusão do feito em pauta para julgamento.

## VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Ao apreciar o pedido de tutela de urgência, o MM. Des. Federal Emiliano Zapata Leitão, então convocado para me substituir, assim se manifestou sobre a questão, *verbis*:

(...).

5. Na hipótese, o perigo da demora encontra-se evidenciado. A desocupação imediata dos imóveis, inclusive com a possibilidade de posterior demolição, em tese, representa dano de difícil reparação a ser sofrido pelas famílias a serem desalojadas.

6. No que pertine à relevância dos fundamentos, entendo que a pretensão recursal não merece acolhida. A natureza pública das áreas ocupadas pelos agravantes não é questionada. Em verdade, as casas e demais construções ocupam áreas contíguas à via férrea que corta o Município do Cabo de Santo Agostinho, “aproximadamente a 3 metros dos trilhos, no caso das construções na rua Manoel Maria Caetano Bom e, em média, a 4 metros dos trilhos, no caso das construções da Rua da Linha, localizadas, res-

pectivamente, nos bairros de Sapucaia e Charnequinha”, segundo esclarecido na decisão agravada. (Fl. 187). Nesse sentido, não há dúvidas quanto à ocorrência do esbulho da posse.

7. Por sua vez, a legitimidade ativa da concessionária Transnordestina Logística S/A decorre exatamente do próprio contrato de concessão firmado com o DNIT, sucessor da RFFSA, a quem pertencera a área. O inciso X, da Cláusula Quarta do Contrato prevê, expressamente, que cabe à concessionária “promover as medidas necessárias, inclusive judiciais, à proteção dos bens arrendados contra ameaça ou ato de turbação ou esbulho que vier a sofrer”. Não identifico razoabilidade jurídica nas alegações de ilegitimidade ativa para causa e de incabimento da ação.

8. Em acréscimo, deve-se considerar que a existência da faixa de domínio ao longo das estradas de ferro tem fundamento na segurança do transporte ferroviário, consubstanciando-se em “reserva de uma faixa *no aedificandi* de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica”, nos termos do inciso III, do art. 4º da Lei nº 6.766, de 19/12/1979. O direito social à moradia, no caso específico, não pode ser oposto, considerando-se que a manutenção dos imóveis na área representa não somente um obstáculo à continuidade de obra de fundamental importância para o desenvolvimento econômico e social do próprio País – em especial, da Região Nordeste –, mas, também, um perigo para os moradores, tendo em vista os riscos naturais decorrentes das obras e, posteriormente, do próprio transporte ferroviário.

9. Por fim, no que toca à alegação de que a desocupação representaria indevida desapropriação sem justa e prévia indenização, como bem destacado pela decisão agravada, os imóveis pertencentes à União são regidos pelo Decreto-Lei nº 9.760/46, que em seu art. 71 estatui: “o ocupante do imóvel da União sem assentimento desta poderá ser sumariamente despejado e perderá, sem direito a qualquer indenização, tudo quanto haja incorporado ao solo”. Os agravantes sabiam – ou deveriam saber – que a área dos trilhos seria pública, nela não se podendo construir sem autorização.

10. Assim, em face do cenário que se apresenta no presente recurso, não há, em princípio, como deixar de asse-

gurar à agravada o exercício de todas as prerrogativas inerentes à propriedade, eis que inviável a imposição ao ente público do dever de ser abster da tarefa de retomada das áreas que legalmente lhe pertencem e não estão sujeitas a usucapião, levando à demolição dos imóveis nela construídos sem autorização. Todavia, as circunstâncias do caso concreto conduzem à plausibilidade da pretensão de sobrestamento dos atos de retomada da área por um período razoável, enquanto se busca uma solução para não submeter as famílias às consequências drásticas de uma desocupação forçada.

11. Ante o exposto, **defiro, em parte**, o pedido de antecipação da tutela recursal para determinar que a agravada Transnordestina Logística S/A suspenda pelo período de 6 (seis) meses, a contar da presente decisão, os atos de desocupação e de demolição dos imóveis construídos na área objeto do litígio, bem assim quaisquer outros atos que importem retirada das famílias e de seus pertences daquela área, a fim de que, nesse período, as partes envolvidas e o poder público possam encontrar e adotar as medidas necessárias à acomodação e ao assentamento das famílias envolvidas no litígio em locais condignos e capazes de atender suas necessidades básicas de moradia. (Fls. 292/293).

Reportando-me aos fundamentos da decisão retro transcrita, **dou parcial provimento ao agravo de instrumento**, para determinar que a agravada Transnordestina Logística S/A suspenda pelo período de 6 (seis) meses, a contar da decisão liminar, os atos de desocupação e de demolição dos imóveis construídos na área objeto do litígio, bem assim quaisquer outros atos que importem retirada das famílias e de seus pertences daquela área, a fim de que, nesse período, as partes envolvidas e o poder público possam encontrar e adotar as medidas necessárias à acomodação e ao assentamento das famílias envolvidas no litígio em locais condignos e capazes de atender suas necessidades básicas de moradia.

É como voto.

## AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 111.734-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO WILDSON DA SILVA DANTAS (CONVOCADO)  
Agravante: UNIÃO  
Agravada: MARIA JOSÉ VIANA E SILVA (INCAPAZ)  
Repte.: CLÁUDIO VIANA E SILVA  
Advs./Procs.: DRS. VÂNIA AFFONSO DE MELLO E OUTRO (AGRDA.)

### **EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASTREINTES CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE.**

*- Agravo de instrumento manejado pela UNIÃO em face de decisão que, em sede de execução de sentença que a condenou à implantação de pensão especial de ex-combatente, fixou multa diária, com espeque no art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC, no valor de R\$ 100,00 (cem reais) para os casos de descumprimento dos prazos estabelecidos (60 dias para cumprir obrigação de fazer e 10 dias seguintes para apresentar documentos para os cálculos).*

*- A fixação de multa tem o nítido objetivo de constranger o devedor a cumprir a obrigação. Visa minar-lhe a resistência, afastar a teimosia, dobrar-lhe a têmpera. Pressupõe, portanto, o ânimo de resistir ao cumprimento da obrigação, e ânimo, resistência, teimosia, são atributos das pessoas físicas.*

*- Não têm as astreintes o sentido punitivo, dado que este é alcançado pelos juros moratórios e pela multa comum. A incidência repetida e cumulativa das astreintes lhe denunciam a destinação. Também não guarda relação com eventual recomposição do patrimônio do devedor desfalcado com o atraso, objetivo de que cuidam os juros remuneratórios, as indenizações, a correção monetária e outros.*

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

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

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 3 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO WILDSON DA  
SILVA DANTAS - Relator Convocado



## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO WILDSON DA SILVA DANTAS (Convocado):

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo manejado pela UNIÃO em face de decisão interlocutória da lavra do MM. Juiz Federal da 21ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco que, em sede de execução de sentença que a condenou à implantação de pensão especial de ex-combatente, fixou multa diária, com espeque no art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC, no valor de R\$ 100,00 (cem reais) para os casos de descumprimento dos prazos estabelecidos (60 dias para cumprir obrigação de fazer e 10 dias seguintes para apresentar documentos para os cálculos).

Sustenta a agravante, em suas razões, que a decisão recorrida deve ser reformada, tendo em vista que a fixação de prazo específico e o arbitramento de multa, em caso de não cumprimento da decisão no referido prazo, mostra-se incompatível com a sistemática de atuação dos órgãos públicos.

Aduz, ainda, que inexistente, *in casu*, oposição injustificada ou inércia da União, relativamente ao cumprimento das obrigações de fazer, mesmo porque já foram solicitadas as medidas administrativas necessárias ao cumprimento da mesma.

O agravo de instrumento foi recebido em seu duplo efeito.

Contrarrazões foram apresentadas.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO WILDSON DA SILVA DANTAS (Relator Convocado):

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

A fixação de multa tem o nítido objetivo de constranger o devedor a cumprir a obrigação. Visa minar-lhe a resistência, afastar a teimosia, dobrar-lhe a têmpera. Pressupõe, portanto, o ânimo de resistir ao cumprimento da obrigação, e ânimo, resistência, teimosia, são atributos das pessoas físicas.

Não têm as astreintes o sentido punitivo, dado que este é alcançado pelos juros moratórios e pela multa comum. A incidência repetida e cumulativa das astreintes lhe denunciam a destinação. Também não guarda relação com eventual recomposição do patrimônio do devedor desfalcado com o atraso, objetivo de que cuidam os juros remuneratórios, as indenizações, a correção monetária e outros.

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

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

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

Nesse sentido, coleciono o seguinte precedente da Turma:

CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO GRATUITAMENTE. “GALSUFASE (NAGLAZYME)”. TRATAMENTO DE PATOLOGIA DENOMINADA “MUCOPOLISSACARIDOSE”. POSSIBILIDADE.

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

2. Segundo apregoa a Carta Magna, “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, estando este responsabilizado de prover, embora de forma não-exclusiva, os serviços essenciais à sobrevivência humana. A saúde, além de ser um desses serviços, constitui um direito fundamental do indivíduo.

3. É obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas doenças, em especial, as mais graves.

4. No que pertine ao perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, tal pressuposto se mostra facilmente perceptível ao se ter em mente o bem jurídico a ser protegido: a vida. É que a Constituição Federal erigiu a dignidade da pessoa humana ao nível de princípio constitucional, ou seja, como norte de todo o ordenamento jurídico vigente. Sem sombra de dúvidas, o respeito e a proteção à vida e à saúde são consectários diretos dessa orientação, devendo, pois, prevalecer quando sopesados com outros bens, no caso vertente, com o patrimônio público.

**5. A natureza das astreintes e sua finalidade de influir no ânimo do devedor a torna instrumento incompatível com as execuções de obrigação de fazer contra a Fazenda Pública.**

6. Agravo inominado não conhecido e agravo de instrumento parcialmente provido, apenas para afastar a cominação de multa diária.

(AGTR 89107/PE, Relator: Des. Federal PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA; DIÁRIO DA JUSTIÇA - DATA: 26/02/2009 - PÁGINA: 220 - Nº: 38 - ANO: 2009)

Dessa forma, com ressalva do meu ponto de vista, e em homenagem ao princípio da colegialidade, sigo esse precedente jurisprudencial.

Com essas considerações, dou provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

## **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 2.383-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA  
Apelante: LAGINHA AGROINDUSTRIAL S/A  
Apelada: FAZENDA NACIONAL  
Adv./Proc.: DR. ÁTILA PINTO MACHADO JÚNIOR (APTE.)

***EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. APELAÇÕES CÍVEIS. MÚLTIPLOS FATOS GERADORES. SIMULAÇÃO NO CONTRATO DE PARCERIA AGRÍCOLA. CONFIGURAÇÃO. RECONHECIMENTO PELO INSS DE VALORES EXCESSIVOS APURADOS NA FISCALIZAÇÃO. DESCONSTITUIÇÃO PARCIAL DO CRÉDITO. POSSIBILIDADE DE APURAÇÃO DO SALDO REMANESCENTE. LIQUIDEZ DA CDA. SAT. CONSTITUCIONALIDADE. ALÍQUOTA DE 3%. ATIVIDADE PREPONDERANTE. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC DE ACORDO COM LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS GERADORES. MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO. INOCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.***

***- Trata-se de embargos à execução opostos pela LAGINHA AGROINDUSTRIAL S/A em face do***

**INSS. Na sentença, o magistrado a quo considerou a remissão prevista no art. 1º da Lei nº 10.736/2003 e acolheu integralmente o Laudo Pericial elaborado pelo INSS (o qual reconheceu alguns excessos nos valores apurados), reduzindo assim o montante devido de R\$ 26.331.160,19 (vinte seis milhões, trezentos e trinta e um mil, cento e sessenta reais e dezenove centavos), para R\$ 14.556.946,53 (quatorze milhões, quinhentos e cinquenta e seis mil, novecentos e quarenta e seis reais e cinquenta e três centavos). Além disso, deixou de condenar em honorários advocatícios, por entender que restou configurada a sucumbência recíproca.**

**- Com relação ao contrato de parceria agrícola firmado entre a embargante (agroindústria) e a SAPEL (empresa rural), logo após a declaração de inconstitucionalidade do § 2º do art. 25 da Lei nº 8.870/94 pelo STF na ADIN nº 1103-1/DF, ficou demonstrada a manifesta intenção de burlar a fiscalização do exequente através de simulação, máxime quando, além de ter o mesmo endereço da outorgante (LAGINHA AGROINDUSTRIAL S/A), a outorgada (SAPEL) não detinha autonomia técnica, financeira ou administrativa, repassando cerca de 99,71% de sua receita para a outorgante.**

**- A desconstituição parcial do crédito não tem o condão de extinguir a execução quando através de simples cálculos aritméticos for possível apurar o saldo remanescente. Precedentes do Eg. STJ (REsp nº 538840/SP).**

**- É assente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o entendimento segundo o qual a legislação que deu origem à contribuição para o custeio do SAT é constitucional, entendendo ser desnecessária a existência de lei complementar para instituí-la e que também não viola o princípio constitucional da igualdade (RE 343.446/SC).**

- *A taxa SELIC utilizada no cálculo dos juros de mora a partir de abril/95 obedeceu a legislação vigente à época dos fatos geradores (art. 13 da Lei nº 9.065/95 c/c art. 34 da Lei nº 8.212/91), razão pela qual a sua aplicação foi correta. Ademais, foi aplicada isoladamente, em razão de sua natureza dúplice.*
- *Não há que se falar em multa de caráter confiscatório quando aplicada entre 10% e 150%, ainda mais quando baseada em expressa previsão legal (Lei 8.218, art. 4º, I, § 1º).*
- *Considerando-se que ambas as partes sucumbiram proporcional e reciprocamente, deve ser aplicado o art. 21 do CPC.*
- *Apelação da embargante improvida.*
- *Apelação da Fazenda Nacional improvida.*

## ACÓRDÃO

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

Recife, 25 de novembro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Trata-se de embargos à execução opostos pela LAGINHA AGROINDUSTRIAL S/A em face do INSS. Na sentença, o Magistrado *a quo* considerou a remissão prevista no art. 1º da Lei nº 10.736/2003 e acolheu integralmente o Laudo Pericial elaborado pelo INSS (o qual reconheceu alguns excessos nos valores apura-

dos), reduzindo assim o montante devido de R\$ 26.331.160,19 (vinte seis milhões, trezentos e trinta e um mil, cento e sessenta reais e dezenove centavos), para R\$ 14.556.946,53 (quatorze milhões, quinhentos e cinquenta e seis mil, novecentos e quarenta e seis reais e cinquenta e três centavos). Além disso, deixou de condenar em honorários advocatícios, por entender que restou configurada a sucumbência recíproca.

Por oportuno, convém registrar que no laudo elaborado pela Perita Judicial foram apontadas diversas irregularidades na execução promovida pelo INSS, razão pela qual a conclusão foi no sentido de considerar ilíquido o crédito constante na respectiva CDA (fl. 1678).

De outra banda, a Perita do INSS reconheceu parte dos erros apontados pela perita judicial e também deduziu o montante relativo à supracitada remissão. Desta forma, entendeu que o valor deveria ser reduzido de R\$ 26.331.160,19 – vinte seis milhões, trezentos e trinta e um mil, cento e sessenta reais e dezenove centavos –, para R\$ 14.556.946,53 – quatorze milhões, quinhentos e cinquenta e seis mil, novecentos e quarenta e seis reais e cinquenta e três centavos (apenso 3), sendo este o valor acolhido pelo juiz, conforme se depreende da leitura do parágrafo inicial.

Em razão dos inúmeros pontos que necessitarão ser discutidos, transcrevo tabela apresentada pela própria embargante, com o intuito de facilitar a compreensão de toda a matéria que será abordada (fl. 06 do v. 01)<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup> De acordo com a embargante, o total de R\$ 26.331.160,82 (vinte seis milhões, trezentos e trinta e um mil, cento e sessenta reais e dezenove centavos) em setembro/2000 seria desmembrado da seguinte forma: R\$ 13.063.930,24 (principal) + R\$ 6.936.493,96 (juros) + R\$ 6.33.736,62 (multa).

Documento nº/fls.	Fatos Geradores	Valor (milhões)	Percentual
26/fls. 230	Diferença entre contribuições devidas sobre folha de pagamento e a recolhida pela empresa sobre a produção de cana-de-açúcar.	9.508.751,73	36,11%
27/fls. 233	Contribuições devidas sobre folha de pagamento de empregados da empresa SAPEL, por desconsideração da parceria agrícola firmada entre esta e a LAGINHA AGRO-INDUSTRIAL S/A.	12.364.938,72	46,96%
28/fls. 239	Contribuições de Fornecedores da Autuada – subrogação de obrigação de terceiros.	2.235.658,55	8,49%
29/fls. 245	Contribuições sobre pagamentos a trabalhadores demitidos, com base em acordos trabalhistas.	1.184.741,54	4,49%
30/fls. 257	Diferenças de contribuições – ágio e deságio (cana-de-açúcar de fornecedores).	9.154,42	0,03%
31/fls. 260	Acréscimos legais (multas/juros) sobre recolhimentos.	97.418,72	0,38%
32/fls. 268	Diferenças de recolhimentos, inclusive SAT de empregados do escritório.	611.491,94	2,33%
33/fls. 276	Diferenças de recolhimento de empregados da indústria e agrícola (salário educação e outros).	320.005,20	1,21%
25/fls. 228	TOTAL	26.331.160,82	100%



Em seu recurso (fls. 2080, v. 9), a embargante ressaltou expressamente que não recorreria do 1º fato gerador (diferença entre contribuições devidas sobre folha de pagamento e a recolhida pela empresa sobre a produção de cana-de-açúcar – doc. 26), uma vez que estes créditos foram extintos (remissão) pela Lei 10.736 (art. 1º). Assim, insurge-se contra os demais fatos geradores, nos seguintes termos:

a) Desconsideração da parceria agrícola entre a LAGINHA AGRO INDUSTRIAL S/A e a SAPEL – inexistência de simulação (2º fato gerador). Neste sentido, assevera que o magistrado incorreu em equívoco ao entender que não houve ruptura do vínculo empregatício entre a recorrente e os seus empregados que trabalhavam na SAPEL. Ademais, também não seria correto o entendimento segundo o qual o fato do Sr. João Lyra participar no capital social das duas empresas e ter assinado o contrato de parceria macularia o elemento “vontade das partes”.

b) Equívocos cometidos pelo INSS quando da realização dos cálculos relativos às contribuições incidentes sobre o produtor rural. Ressalta, além disso, que o magistrado não acolheu as alegações da perita judicial, favoráveis à embargante (3º fato gerador).

c) Erros cometidos nos cálculos das contribuições sobre pagamentos a trabalhadores demitidos. Aqui, ao contrário do que alegou o magistrado, teria comprovado os erros apontados (4º fato gerador).

d) Necessidade de excluir os valores relativos ao ágio-deságio da cana-de-açúcar, uma vez que o INSS não teria comprovado a compensação que afirmou ter sido realizada. Ademais, os valores recolhidos a maior pela embargante seriam superiores ao montante indicado pelo INSS (5º fato gerador).

e) Erros nos cálculos do INSS quanto aos acréscimos legais, com excesso de pelo menos R\$ 40.000,00 – quarenta mil reais (6º fato gerador).

f) Erro nos cálculos do INSS no que tange aos recolhimentos do SAT. Isto porque o percentual dos empregados de escritório é de 1% e não 3%, como entendeu o magistrado (7º fato gerador).

g) Diferenças de recolhimentos nos períodos anteriores a agosto/94 (R\$ 70.925,72) e posteriores a fevereiro/97 (R\$ 76.825,31), cobrados indevidamente, respectivamente, por erro na apreciação das GRPS e cobrança da contribuição antes da publicação da decisão do STF que declarou inconstitucional o § 2º do art. 25 da Lei 8.870/94 (8º fato gerador).

h) Impossibilidade de cobrança concomitante da Taxa SELIC e da UFIR. Além disso, aponta cobrança da SELIC a partir de janeiro/1995 (quando o correto seria apenas a partir de janeiro/1996, e, por fim, entende que a SELIC é ilegal.

i) Multas fixadas no patamar de até 150% seriam abusivas e confiscatórias, violando o art. 150, IV da CF/88.

Nas contrarrazões apresentadas pelo INSS (fl. 2123), este rejeitou todos os argumentos utilizados pela embargante nos seguintes termos:

a) Os inúmeros erros apontados pela embargante foram objeto de processo administrativo, onde foram corrigidos os equívocos eventualmente encontrados. Ademais, as provas presentes nos autos contrariam os argumentos da embargante.

b) O contrato de parceria agrícola firmado entre a embargante e a SAPEL teve o objetivo de fraudar a fiscalização. Em primeiro lugar, o Sr. João José Pereira de Lyra – acionista das duas empresas –, assinou o aludido contrato, o qual era manifestamente mais vantajoso para a embargada, já que esta última recolheria as contribuições sobre o valor estimado da produção – recolhimento a menor quando comparado com recolhimentos sobre a folha de salários –, caso da SAPEL.

c) O reconhecimento de parcelas indevidas, seja por conta do processo administrativo, seja decorrente da supracitada remissão, desde que corrigidas, não enseja a nulidade da CDA.

d) Ausência lastro probatório da embargante quanto aos supostos erros nos cálculos relativos às contribuições previdenciárias incidentes sobre as rescisões trabalhistas. Além disso, afirma que houve previsão legal para a utilização da OS 66/97.

e) Os valores apurados no ágio/deságio foram devidamente compensados pela Auditora Fiscal, conforme reconhecido pelo magistrado. Idêntico raciocínio é aplicável aos acréscimos legais, ou seja, também teriam sido corrigidos pelo exequente.

f) Quanto ao SAT, é constitucional. Além disso, o percentual de 3% é o aceito na jurisprudência que homenageia a preponderância do risco encontrado na empresa.

g) Inexistência de acumulação da SELIC com a UFIR, conforme demonstrado na perícia.

h) Juros e multas dentro do previsto na legislação especial.

No recurso de apelação do INSS, este se insurgiu quanto ao reconhecimento da sucumbência recíproca pelo magistrado, aduzindo que:

a) De todos os tópicos discutidos, apenas o 1º fato gerador (diferença entre contribuições devidas sobre folha de pagamento e a recolhida pela empresa sobre a produção de cana-de-açúcar - doc. 26) foi favorável à embargante. Portanto, não há como acolher a ocorrência da sucumbência recíproca, sob pena de violar o art. 20 do CPC.

b) O crédito atualizado gira em torno de R\$ 51.090.501,15 (cinquenta e um milhões, noventa mil, quinhentos e um reais e quinze centavos) o que reforça a impossibilidade da caracterização da sucumbência recíproca.

Não foram apresentadas contrarrazões ao apelo do INSS.

É no essencial, o relatório.

## **VOTO**

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

Como dito no relatório, no apelo da embargante há uma clara tentativa de extinguir a execução, ou de, pelo menos, reduzir o montante da dívida. De outra banda, na apelação da Fazenda Nacional, pugna-se pela manutenção da sentença prolatada e, ao mesmo tempo, o reconhecimento da sucumbência predominante da embargante, aplicando-se o disposto no art. 20 do CPC.

Por oportuno, convém registrar que a remissão do crédito relativo ao 1º fato gerador, no valor de 9.508.751,73 (nove milhões, quinhentos e oito mil, setecentos e cinquenta e um reais e setenta e três centavos) – diferença entre contribuições devidas sobre folha de pagamento e a recolhida pela empresa sobre a produção de cana-de-açúcar – é matéria incontroversa, uma vez que nenhuma das partes se insurgiu quanto a esta modalidade de extinção do crédito tributário, concedida pela Lei nº 10.736/2003 em seu art. 1º e reconhecida pelo magistrado *a quo* (fl. 2048)<sup>2</sup>. Insta frisar que o supracitado valor foi excluído da planilha de cálculos elaborada pelo INSS (anexo 14 do Parecer Técnico apenso aos autos).

Diante dos inúmeros pontos que devem ser discutidos, passo a analisar os recursos através de tópicos.

### **I - Desconsideração da parceria agrícola entre a LAGINHA AGRO INDUSTRIAL S/A e a SAPEL**

Antes de adentrarmos no cerne desta questão, alguns esclarecimentos se fazem necessários.

*In casu*, em decorrência do § 2º do art. 25 da Lei nº 8.870/94<sup>3</sup>, a embargante, empresa agroindustrial, recolhia a contribuição para a seguridade social incidente sobre a sua produção agrícola, ao invés de recolher sobre a folha de salário, conforme disposto no art. 22 da Lei nº 8.212/91.

---

<sup>2</sup> Lei 10.736/2003, Art.1º: Ficam extintos os créditos previdenciários, constituídos ou não, inscritos ou não em dívidas ativas, ajuizados ou não, com exigibilidade suspensa ou não, contra as pessoas jurídicas que se dediquem à produção agroindustrial em decorrência da diferença entre a contribuição instituída pelo § 2º do art. 25 da Lei nº 8.870, de 15 de abril de 1994, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, e a contribuição a que se refere o art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, em razão dos fatos geradores ocorridos entre a data de publicação daquela Lei e a da declaração de sua inconstitucionalidade.

<sup>3</sup> § 2º do art. 25 da Lei nº 8.870/94: O disposto neste artigo se estende às pessoas jurídicas que se dediquem à produção agroindustrial, quanto à folha de salários de sua parte agrícola, mediante o pagamento da contribuição prevista neste artigo, a ser calculada sobre o valor estimado da produção agrícola própria, considerado seu preço de mercado.

Todavia, quando do julgamento da ADIN nº 1103-1/DF (DJ 25/04/1997), o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da supracitada contribuição, pois sua base de cálculo era o valor de mercado da produção rural *in natura* da agroindústria, a qual não era prevista no art. 195 da CF/88. Assim, como era hipótese de incidência diversa das já previstas (no art. 195 da CF/88) somente poderia ser estabelecida através de lei complementar, *ex vi* do art. 154, I<sup>4</sup>, c/c o § 4º do art. 195 da CF/88<sup>5</sup>, nunca por lei ordinária.

Evidentemente, o recolhimento incidente sobre a produção agrícola (preço de mercado) era mais vantajoso para a embargante, quando comparado com o recolhimento sobre a folha de pagamento, o qual passou a vigorar com a declaração de inconstitucionalidade do § 2º do art. 25 da Lei nº 8.870/94, aumentando, obviamente, a carga tributária sobre a embargante.

Diante destas considerações, a fiscalização do INSS identificou que o contrato de parceria agrícola firmado entre a embargante (sociedade anônima de capital fechado) e a SAPEL (sociedade de cotas com responsabilidade limitada), após a supracitada decisão do STF, teria o objetivo exclusivo de eximir a embargante do ônus do recolhimento da contribuição incidindo sobre a folha de pagamentos (o que caracterizaria evasão fiscal), uma vez que o recolhimento da contribuição passaria a ser efetivado pela SAPEL, a qual, como empresa rural, recolhe com base na produção agrícola (conforme dispõe o art. 25<sup>6</sup> da Lei 8.870/94), burlando, de for-

---

<sup>4</sup> Art. 154. A União poderá instituir: I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;

<sup>5</sup> CF/88, art. 195. “A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...) § 4º - A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I”.

<sup>6</sup> Lei 8.870/94, art. 25. A contribuição devida à seguridade social pelo empregador, pessoa jurídica, que se dedique à produção rural, em substituição à

ma inequívoca, a legislação pertinente, através da simulação do negócio jurídico.

Desta forma, teria surgido o 2º fato gerador da tabela anteriormente transcrita (contribuições devidas sobre folha de pagamento de empregados da empresa SAPEL, por desconsideração da parceria agrícola firmada entre esta e a LAGINHA AGROINDUSTRIAL S/A).

De outra banda, a embargante sustenta que não se trata de evasão fiscal/simulação, mas sim, legítimo planejamento tributário (elisão fiscal). Alternativamente, aduz que caso se reconheça a simulação, esta foi “inocente”, nos termos do art. 103 do CC/1916, vigente à época dos fatos geradores.

Ao apreciar a questão (fls. 2053/2057), o MM. juiz *a quo* destacou os seguintes fatos e argumentos para caracterizar a simulação detectada nos autos:

a) Um dia após a assinatura do contrato de parceria (01/06/97, fl. 304, v. 2), a SAPEL passou a ter como sócios o Sr. João Lyra (1%) e a embargante (99%). Além disso, a sede foi modificada para o mesmo endereço da embargante (fl. 343, v.2).

b) O objeto social da SAPEL incluía o plantio, a cultura, a comercialização de cana-de-açúcar, bem como a pecuária de criação e engorda para fins comerciais, além de outros ramos agrícolas (fl. 344), caracterizando-a como empresa rural (e não agroindustrial, fl. 75, v.1).

c) O contrato foi assinado por uma única pessoa (Sr. João Lyra, fls. 304/308), o qual era o representante das duas contratantes, o que demonstraria a inexistência de acordo de vontades;

---

prevista nos incisos I e II do art. 22 da Lei .8.212, de 24 de julho de 1991, passa a ser a seguinte: (Redação dada pela Lei 10.256, de 9.7.2001):

I - dois e meio por cento da receita bruta proveniente da comercialização de sua produção;

II - um décimo por cento da receita bruta proveniente da comercialização de sua produção, para o financiamento da complementação das prestações por acidente de trabalho.

d) Não ocorrência da ruptura do vínculo empregatício entre a embargante e os seus empregados, os quais teriam sido “transferidos” à outorgada (SAPEL) apenas “no papel”, já que o contrato não previa a transferência de empregados para a SAPEL;

e) A outorgada deveria entregar parte da produção (50%) para a outorgante, não podendo negociar a produção com terceiros. Aqui, chamou a atenção o fato dos registros contábeis da SAPEL apresentarem apenas um único lançamento contábil relativos a negócios efetivados com a agroindústria Central Açucareira Santo Antônio, sem especificar a natureza deste aludido negócio, no valor de R\$ 15.519,15 (quinze mil, quinhentos e dezenove reais e quinze centavos), o que corresponderia a cerca de 0,29% do total negociado pela SAPEL, uma vez que os 99,71% restantes foram lançados na sub-conta “Laginha Agroindustrial S/A” (anexo XVII, cf. fl. 1938). Neste ponto, ressaltou que o anexo X do Laudo Pericial (cópias do Livro Diário da SAPEL, fls. 1833/1844/v.8), ao contrário do que teria afirmado a perita, não teria demonstrado “*transações comerciais com várias empresas*” (fl. 1705).

Em arremate, concluiu o Douto magistrado, *in verbis* (fls. 2055):

Trata-se, portanto, no sentir deste magistrado, de um negócio fictício, que busca encobrir o fato de que a produção agrícola continuou a ser explorada pela embargante, que cuidou apenas de atribuir a essa exploração direta a feição de uma parceria que, de fato, nunca ocorreu. Os empregados permaneceram subordinados juridicamente à embargante (não houve rescisão dos contratos de trabalho), a logística e os equipamentos utilizados eram seus (cláusulas segunda, terceira e oitava do contrato de parceria), toda a produção era obrigatoriamente direcionada às suas unidades industriais (cláusula quinta do contrato), a SAPEL estava sediada em suas instalações (cláusula sétima do contrato). Eis aí configurada a simulação absoluta, engendrada tão-somente para o fim de encobrir a verdade dos fatos, minorando, de forma irregular a carga tributária que deveria incidir integralmente sobre a folha de pagamento da embargante/outorgante, nos termos do art. 22 da Lei de Custeio.

Diante de todas estas considerações perfiladas pelo magistrado, não há como negar a ocorrência da simulação, nos termos do art. 102 do CC/1916, vigente à época dos fatos:

Art. 102. Haverá simulação nos atos jurídicos em geral:  
I. Quando aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas das a quem realmente se conferem, ou transmitem.  
II. Quando contiverem declaração, confissão, condição, ou cláusula não verdadeira.  
III. Quando os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

Art. 103. A simulação não se considerará defeito em qualquer dos casos do artigo antecedente, quando não houver intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei.

Art. 104. Tendo havido intuito de prejudicar a terceiros, ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar, ou requerer os contraentes em juízo quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros.

Art. 105. Poderão demandar a nulidade dos atos simulados os terceiros lesados pela simulação, ou representantes do poder público, a bem da lei, ou da fazenda.

De acordo com a doutrina de Carlos Roberto Gonçalves<sup>7</sup> e de Fábio Ulhôa Coelho<sup>8</sup>, a simulação é uma declaração falsa, enganosa da vontade, visando aparentar negócio jurídico diverso do efetivamente desejado, apresentando as seguintes características: a) negócio jurídico bilateral, embora possa ocorrer também nos negócios jurídicos unilaterais; b) é acordada com a outra parte; c) é declaração deliberadamente desconforme com a intenção; d) realizada com o intuito de enganar terceiros ou de fraudar a lei; e) prejuízo de terceiros.

Todavia, os elementos probatórios acostados aos autos evidenciam a intenção de fraudar a fiscalização, distanciando-se irre-

---

<sup>7</sup> Carlos Roberto Gonçalves. Direito Civil Brasileiro, vol. I, 7ª edição, pp. 444-450, Saraiva, 2009.

<sup>8</sup> Fábio Ulhôa Coelho. Curso de Direito Civil, 3ª edição, vol. I, pp.353-357, Saraiva 2009.



mediavelmente da suposta intenção de planejamento tributário alegada pela embargante.

Neste diapasão, como bem assinalou o magistrado, o contrato de parceria agrícola, firmado logo após o julgamento da ADIN nº 1103-1/DF (*DJ* 25/04/1997) desonerou a embargante do ônus do recolhimento da contribuição, de maneira que a SAPEL, empresa rural, passou a recolher o tributo sobre a produção comercializada, burlando-se assim a previsão do art. 22 da Lei 8.212/91. Junte-se a isso, conforme dito anteriormente, a comprovação de que a embargante era proprietária da SAPEL e que dos registros contábeis desta última, 99,71% dos negócios efetivados foram lançados na sub-conta “Laginha Agroindustrial S/A” (anexo XVII, cf. fl. 1938).

Em razão da relevância do tema, transcrevo trecho do livro “Evasão e elisão: rotas nacionais e internacionais”, de Hermes Marcelo Huck, citado por Leandro Paulsen<sup>9</sup>, o qual traça os limites entre a evasão fiscal (“elisão abusiva”) e o planejamento tributário:

**Nada deve impedir o indivíduo de, dentro dos limites da lei, planejar adequadamente seus negócios, ordenando-os de forma a pagar menos impostos. Não lhe proíbe a lei, nem tampouco se lhe opõem razões de ordem social ou patriótica. Entretanto, essa forma de liberalidade não pode ser levada ao paroxismo, permitindo-se a simulação ou o abuso de direito. A elisão abusiva deve ser coibida, pois o uso de formas jurídicas com a única finalidade de fugir ao imposto ofende um sistema criado sobre as bases constitucionais da capacidade contributiva e da isonomia tributária... uma relação jurídica sem qualquer objetivo econômico, cuja única finalidade seja de natureza tributária, não pode ser considerada como comportamento lícito. Seria fechar os olhos à realidade e desconsiderar a presença do fato econômico na racionalidade da norma tributária. Uma interpretação jurídica atenta à realidade econômica subjacente ao fato ou negócio jurídico, para efeitos de tri-**

---

<sup>9</sup> Leandro Paulsen, *Direito Tributário*, pp. 914-5, 11ª edição, 2009, Livraria do Advogado.

butação, é a resposta justa, equitativa e pragmática.

Nesse ponto, é da maior utilidade a análise do *business purpose test* do direito tributário norte-americano, que aceita como lícita a economia fiscal quando decorrente de uma formulação jurídica que, além da economia do imposto, tenha um objetivo comercial explícito. (...) Países definitivamente comprometidos com as liberdades individuais, como os Estados Unidos e a França, não toleram a elisão abusiva, reprimindo-a severamente.

Convém ainda ressaltar que no Código Civil revogado, ao contrário do vigente CC/02, havia a distinção entre simulação inocente (art. 103) e a simulação fraudulenta.

Citando Sílvio Rodrigues, Carlos Roberto Gonçalves<sup>10</sup> ressalta que *“tal orientação era contra a opinião de toda a doutrina e colide com a legislação dos demais países. Uma e outra entendem que, no caso de simulação inocente, esta pode ser declarada a pedido de qualquer das partes, a fim de tornar sem efeito o ato simulado”*.

Ao abordar a matéria, o eminente jurista Paulo Lôbo<sup>11</sup> ressalta que a distinção entre a simulação fraudulenta e a inocente não produz qualquer efeito prático:

**Teixeira de Freitas previu a simulação inocente em seu Esboço (art. 523), com reflexos na redação do art. 103 do CC/1916, que considerava não constituir defeito a simulação quando não houvesse intenção de prejudicar terceiros. Mas essa distinção o direito brasileiro atual não mais faz, pois presume que a simulação fraudulenta ou inocente sempre é utilizada para causar prejuízos a outrem, ou pode causar esse prejuízo. Por outro lado, a simulação inocente pode ser instrumento de realização de fins ilícitos. A distinção não produz qualquer efeito prático, pois a consequência, em ambos os casos é a mesma no direito**

---

<sup>10</sup> Op cit, p. 448.

<sup>11</sup> Paulo Lobo. Direito Civil, Parte Geral. p. 307, Saraiva, 2009.

**brasileiro. Qualquer simulação conduz à nulidade. Ainda na vigência do Código Civil anterior, o STJ já decidiu pela invalidade do negócio jurídico com alegada simulação inocente, em que se dissimulou dadação em pagamento em promessa de compra e venda, porque não se poderia ter como válido e eficaz um ato que as partes não quiseram praticar (REsp 243.767/MS, DJ 21/02/2000).**

Este entendimento é cristalizado no enunciado nº 152 do CEJ (Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal): *“Toda simulação, inclusive a inocente, é invalidante”*, o que fulmina a alegação da embargante que na hipótese de reconhecimento de simulação, esta teria sido inocente, e, portanto, o negócio jurídico seria lícito.

Destarte, diante de todos os aspectos acima discutidos, é de se reconhecer a existência da simulação, cujo efeito principal é a ineficácia do negócio jurídico perante terceiros prejudicados. Evidentemente, é perfeitamente possível que a fiscalização detecte esta irregularidade – em razão do seu Poder de Polícia –, e que a ilegalidade venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário, com repercussões no âmbito do Direito Tributário no que diz respeito à possibilidade do lançamento de ofício, nos termos do art. 149, VII, do CTN.

## **II - Contribuições de fornecedores da autuada – subrogação de obrigação de terceiros**

Este ponto refere-se à parte da Certidão de Dívida Ativa que tem como pressuposto antecedente as contribuições sociais devidas pelos produtores rurais pessoas físicas e que a LAGINHA AGRO INDUSTRIAL S.A., na qualidade de empresa adquirente da produção agrícola daqueles, figura como substituto tributário (Lei nº 8.212/91, art. 30, inc. IV<sup>12</sup>, c/c CTN, art. 121, parágrafo único,

---

<sup>12</sup> Lei 8.212/91, art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº 8.620, de 5.1.93); IV - a empresa adquirente, consumidora ou consignatária ou a cooperativa ficam sub-rogadas nas obrigações da pessoa física de que trata a alínea a do inciso V do art. 12 e do segurado especial pelo cumprimento das obrigações do art. 25 desta Lei,

inc. II<sup>13</sup>).

Em seu recurso, a embargante alegou a existência de inúmeros equívocos cometidos pelo INSS quando da realização dos cálculos relativos às contribuições incidentes sobre o produtor rural. Ressalta, além disso, que o magistrado não acolheu as alegações da perita judicial, favoráveis à embargante.

Ao fundamentar o seu entendimento (fl. 2059), o magistrado sustentou que os valores pagos em excesso pela embargante foram devidamente retificados pela Assistente Técnica do INSS, tendo sido emitido o respectivo DADR (Discriminativo Analítico do Débito Retificado, fls. 1009-1346) o qual foi utilizado como fundamento para a inscrição em dívida ativa, substituindo o DAD (Discriminativo Analítico de Débito). De fato, durante o processo administrativo, tais correções foram levadas em consideração (fls. 1347-1359).

Ademais, assinalou que os equívocos apontados pela perita contábil (fl. 1683), como por exemplo, os relativos à quantidade de cana-de-açúcar adquirida pela filial TRIÁLCOOL em 11/98, foram devidamente abatidos pela exequente, em nova planilha elaborada – Anexo 1 do Parecer Técnico).

No mesmo diapasão, o MM. juiz ressaltou que a embargante, apesar de devidamente intimada para impugnar os cálculos apresentados pelo INSS, não o fez, restringindo-se a negativas genéricas.

Por derradeiro, citou jurisprudência pacificada no âmbito do Eg. STJ, segundo a qual a desconstituição parcial da dívida fiscal não afeta a sua liquidez, quando é possível, através de simples

---

independentemente de as operações de venda ou consignação terem sido realizadas diretamente com o produtor ou com intermediário pessoa física, exceto no caso do inciso X deste artigo, na forma estabelecida em regulamento; (Redação dada pela Lei 9.528, de 10.12.97).

<sup>13</sup> CTN, art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se: I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

cálculo aritmético, apurar o saldo remanescente (REsp nº 538840/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ 06/06/2005), transcrita a seguir, *in verbis*:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. LIQUIDEZ. PAGAMENTO PARCIAL. PROSSEGUIMENTO PELO SALDO REMANESCENTE.

1. Em nosso sistema processual, o juiz não está adstrito aos fundamentos legais apontados pelas partes. Exige-se, apenas, que a decisão seja fundamentada. Aplica o magistrado ao caso concreto a legislação por ele considerada pertinente. Inocorrência de violação ao art. 535 do CPC.

2. A desconstituição parcial de dívida fiscal, consubstanciada em certidão de dívida ativa, não afeta a sua liquidez quando é possível, através de simples cálculos aritméticos, apurar-se o saldo remanescente, dando ensejo ao prosseguimento da execução fiscal. Desnecessidade de cancelamento da CDA.

3. Recurso especial improvido.

### **III - Contribuições sobre pagamentos a trabalhadores demitidos, com base em acordos trabalhistas**

A embargante aduz que foram 03 (três) os equívocos cometidos pelo INSS: a) impossibilidade de exigir as contribuições entre julho/1994 e abril/1997, uma vez que os pagamentos eram feitos sobre a produção, e não sobre a folha de salários; b) o valor pago é feito sobre as verbas pagas conforme acordo ajustado entre as partes e homologado na Justiça do Trabalho, nos termos do art. 43 da Lei 8.212/91 e seu parágrafo único – este com redação vigente à época dos fatos<sup>14</sup>. Neste sentido, afirma que o INSS teria violado

---

<sup>14</sup> Art. 43. Nas ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, o juiz, sob pena de responsabilidade, determinará o imediato recolhimento das importâncias devidas à Seguridade Social. (Redação dada pela Lei nº 8.620, de 5.1.93). Parágrafo único. Nas sentenças judiciais ou nos acordos homologados em que não figurarem, discriminadamente, as parcelas legais relativas à contribuição previdenciária, esta incidirá sobre o valor total apurado em liquidação de sentença ou sobre o valor do acordo homologado. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.620, de 5.1.93).

o princípio da legalidade estrita, ao aplicar a OS nº 66/97, ampliando indevidamente o valor executado; c) erros contábeis nos cálculos do INSS.

Quanto ao primeiro argumento, o magistrado ressaltou que a declaração de inconstitucionalidade do § 2º do art. 25 da Lei 8.870/94 permitiu que o INSS cobrasse as diferenças entre o que foi recolhido sobre a produção e o que deveria ter sido colhido sobre a folha de pagamento. Neste ponto específico, lembrou, de maneira acertada, que a Lei nº 10.736/2003 remiu tais diferenças. Além disso, não constavam dos autos provas suficientes que todos os empregados demitidos eram vinculados ao setor agrícola da embargante, o que autorizaria o recolhimento sobre a produção (fl. 2060).

No que tange ao segundo argumento, o juiz ressaltou que o INSS negou ter aplicado a OS nº 66/97, cabendo a executada não apenas insurgir-se contra a citada OS, mas também comprovar: a) os recolhimentos supostamente realizados ao final dos processos trabalhistas; b) que as contribuições devidas à Previdência Social não teriam sido discriminadas nos acordos homologados; c) no caso de inexistência de discriminação, que os valores apurados pela fiscalização não correspondiam justamente ao montante que incidiria sobre os acordos.

Todavia, segundo o magistrado, não constavam dos autos nenhum comprovante de pagamento das contribuições previdenciárias, bem como dos termos de acordo eventualmente homologados e nem das planilhas de cálculo através das quais a embargante pudesse comprovar que os valores apurados não equivaleriam aos moldes do art. 43 da Lei nº 8.212/91 (fls. 2060-2061).

Insta frisar que na conclusão do respectivo processo administrativo, ficou consignado que o INSS aplicou apenas o art. 43 da Lei 8.212/91 (fl. 1358).

Além disso, a embargante não acostou as provas necessárias para comprovar as suas alegações. Neste sentido, o documento nº 154 (fl. 809) traz apenas a publicação da OS nº 66/97, na íntegra, sem demonstrar a sua incidência em qualquer outro documento.

Quanto ao terceiro argumento, os equívocos apontados foram considerados pela Assistente Técnica do embargado, a qual expurgou eventuais valores incorretos, mais especificamente as parcelas referentes à competência 08/93, “bem como certas contribuições recolhidas e não deduzidas pelos agentes fiscais” (fl. 2061, item 88, conforme anexos 2 e 3 do parecer apenso aos autos).

Portanto, não assiste razão ao recurso da embargante.

#### **IV - Diferenças de contribuições – ágio e deságio (cana-de-açúcar de fornecedores)**

Neste ponto, como bem ressaltou o magistrado, a Assistente Técnica do INSS reconheceu como excessiva a cobrança realizada, no montante de R\$ 21.773,05 (vinte e um mil reais, setecentos e setenta e três reais e cinco centavos) e expurgou, mais uma vez, os valores excedentes. Convém registrar que esta correção não foi impugnada nem pela perita judicial (fls. 2014-5) e nem pela embargante.

Aqui, chama a atenção o fato de que o esclarecimento da Perita Judicial – quanto ao laudo elaborado pela perita do INSS (apenso nº 3) –, foi lacônico, resumido, não impugnando pontos que foram ressaltados pela parte embargada e apontados pelo magistrado na sentença hostilizada.

#### **V - Diferenças de recolhimentos, inclusive SAT de empregados do escritório**

Em síntese, a apelante insurge-se contra a sentença que: a) reconheceu a constitucionalidade do SAT; b) considerou como correta a aplicação da alíquota de 3% (haja vista a atividade preponderante da empresa executada, já que uma parte minoritária dos empregados trabalhava em escritório); c) ressaltou a correção, pelo INSS, do equívoco relativo à diferença de 2,5% encontrada pela fiscalização (já teria sido deduzido), razão pela qual a matéria, neste ponto específico, estaria prejudicada.

Sem razão o recurso da embargante.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 343.446/SC (Rel. Min. Carlos Velloso, j. 20/03/2003), pacificou o entendimento segundo o qual: a) a aludida exação é constitucio-

nal; b) rejeitou os argumentos de que o art. 3º da Lei 7.787/89 e os art. 22, II, da Lei 8.212/91 seriam ofensivos ao art. 195, § 4º, da CF/88, c/c o art. 154, I, da CF/88, ressaltando a desnecessidade de observância da técnica de competência residual da União e da desnecessidade de lei complementar para a instituição da contribuição para o SAT; c) o art. 3º da Lei 7.787/89 não violaria o princípio da igualdade, já que tratou desigualmente os desiguais.

A título de ilustração, transcrevo o supracitado aresto:

**CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO - SAT. LEI 7.787/89, ARTS. 3º E 4º; LEI 8.212/91, ART. 22, II, REDAÇÃO DA LEI 9.732/98. DECRETOS 612/92, 2.173/97 E 3.048/99. CF, ARTIGO 195, § 4º; ART. 154, II; ART. 5º, II; ART. 150, I.**

I - Contribuição para o custeio do Seguro de Acidente do Trabalho - SAT: Lei 7.787/89, art. 3º, II; Lei 8.212/91, art. 22, II: alegação no sentido de que são ofensivos ao art. 195, § 4º, c/c art. 154, I, da Constituição Federal: improcedência. Desnecessidade de observância da técnica da competência residual da União, CF, art. 154, I. Desnecessidade de lei complementar para a instituição da contribuição para o SAT.

II - O art. 3º, II, da Lei 7.787/89, não é ofensivo ao princípio da igualdade, por isso que o art. 4º da mencionada Lei 7.787/89 cuidou de tratar desigualmente aos desiguais.

III - As Leis 7.787/89, art. 3º, II, e 8.212/91, art. 22, II, definem, satisfatoriamente, todos os elementos capazes de fazer nascer a obrigação tributária válida. O fato de a lei deixar para o regulamento a complementação dos conceitos de “atividade preponderante” e “grau de risco leve, médio e grave”, não implica ofensa ao princípio da legalidade genérica, CF, art. 5º, II, e da legalidade tributária, CF, art. 150, I.

IV - Se o regulamento vai além do conteúdo da lei, a questão não é de inconstitucionalidade, mas de ilegalidade, matéria que não integra o contencioso constitucional.

V - Recurso extraordinário não conhecido.

Tal entendimento continua inalterado, conforme se percebe da leitura do acórdão abaixo transcrito:



TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO PARA O SAT. CONSTITUCIONALIDADE DA SUA COBRANÇA ANTES E DEPOIS DA EC 20/98.

1. O acórdão embargado fundou-se em precedente do Plenário (RE 343.446/SC) que resolveu a controvérsia referente à cobrança da contribuição para o custeio do SAT, antes e depois da EC 20/98, afastando a alegação de inconstitucionalidade.

2. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade a sanar. A parte embargante repisa questão já devidamente apreciada por esta Turma.

3. Embargos de declaração rejeitados

(STF, AI 645886 AgRg-EDcl/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 31/08/2010)

Por derradeiro, o magistrado reafirmou, corretamente, o entendimento do Eg. STJ, segundo o qual a desconstituição parcial da dívida fiscal não afeta a sua liquidez, quando é possível, através de simples cálculo aritmético, apurar o saldo remanescente (REsp nº 538840/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ 06/06/2005). Assim, o equívoco reconhecido pelo INSS quanto ao percentual de 2,5% não tem o condão de extinguir a execução.

#### **VI - Acréscimos legais sobre recolhimentos (juros e multas)**

Quanto aos juros de mora, a embargante alega sucessivamente: a) impossibilidade de cobrança concomitante da Taxa SELIC e da UFIR; b) cobrança da SELIC a partir de janeiro/1995 (quando o correto seria apenas a partir de janeiro/1996); c) ilegalidade da SELIC.

Quanto à primeira alegação, não assiste razão à embargante. Isto porque não houve utilização concomitante da UFIR e da SELIC, conforme ressaltado pelo magistrado ao se referir à resposta dada pela perita judicial (fl. 1687). Ademais, analisando-se a CDA, constata-se que inexistiu a utilização concomitante de UFIR e SELIC. (Fl. 25).

No que tange à segunda alegação, esta também não merece prosperar.

Compulsando-se a CDA (fl. 25), o laudo da perita judicial (fl. 1724) e o laudo da perita do INSS (Anexo X), verifica-se que a SELIC foi aplicada a partir de abril/94, em decorrência do disposto no art. 13 da Lei 9.065/95, transcrito a seguir:

Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea c do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea a.2, da Lei nº 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.

Além disso, o magistrado ressaltou que o art. 34 da Lei 8.212/91 autorizava a utilização da SELIC nos termos do art. 13 da Lei 9.065/95:

Art. 34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia-SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Artigo restabelecido, com nova redação dada e parágrafo único acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10.12.97). (Revogado pela Medida Provisória nº 449, de 2008). Parágrafo único. O percentual dos juros moratórios relativos aos meses de vencimentos ou pagamentos das contribuições corresponderá a um por cento. (Revogado pela Medida Provisória nº 449, de 2008)

Destarte, foi aplicada a legislação vigente à época dos fatos geradores, razão pela qual não há que se falar em ilegalidade cometida pelo INSS.

Evidentemente, diante do exposto, o terceiro argumento é descabido, porque a SELIC é constitucional, conforme entendimento pacificado no âmbito do nosso ordenamento jurídico, inclusive, a título de exemplo, no que tange à repetição de indébito/compensação de créditos tributários.

Quanto às multas de até 150%, a embargante sustenta que seriam desproporcionais e violariam o princípio do não confisco (art. 150, IV, da CF/88,) aplicável apenas em situações excepcionais (cultivo ilegal de plantas psicotrópicas, conforme art. 243 da CF/88).

Em primeiro lugar, as multas são aplicadas com o objetivo de coibir a reiteração de conduta ilícita, contrária à lei. Daí, não há que se falar em abusividade ou desproporcionalidade nos percentuais aplicados, os quais oscilaram entre 10% e 150%. Quanto a este último percentual, foi aplicado conforme expressa previsão legal (Lei 8.218<sup>15</sup>, art. 4º, I, § 1º), como bem registrou o magistrado (fl. 2066).

A título de esclarecimento, transcrevo o seguinte aresto:

Tributário. ICMS. Multa com caráter confiscatório. Não ocorrência. Não se pode pretender desarrazoada e abusiva a imposição por lei de multa – que é pena pelo descumprimento da obrigação tributária –, sob o fundamento de que ela, por si mesma, tem caráter confiscatório. (RE 590.754-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 30-9-2008, Segunda Turma, DJE de 24-10-2008.)

No que diz respeito à suposta violação do princípio do não-confisco, tal argumento é equivocado, posto que, conforme entendimento pacificado nesta Eg. 3ª Turma desta Corte Federal, o aludido princípio somente poderá ser aplicado aos tributos. Como a multa não é tributo, não há que se falar em multa confiscatória.

---

<sup>15</sup> Art. 4º - Nos casos de lançamento de ofício nas hipóteses abaixo, sobre a totalidade ou diferença dos tributos e contribuições devidos, inclusive as contribuições para o INSS, serão aplicadas as seguintes multas:

**I - de cem por cento, nos casos de falta de recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;**

**II - de trezentos por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definidos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.**

**§ 1º - Se o contribuinte não atender, no prazo marcado, à intimação para prestar esclarecimentos, as multas a que se referem os incisos I e II passarão a ser de cento e cinquenta por cento e quatrocentos e cinquenta por cento, respectivamente.**

Neste sentido, basta apenas uma leitura atenta do art. 3º do CTN e do art. 150, IV, da CF/88, *in verbis*:

**Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.**

**Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) IV - utilizar tributo com efeito de confisco.**

De qualquer forma, a título de argumentação, o Pretório Excelso tem reconhecido que em determinadas situações (excepcionais), uma multa fixada no patamar de 300% pode violar o princípio da proporcionalidade, considerando-se a gravidade do ilícito praticado e a multa aplicada. Ressalte-se que não é o valor (ou percentual) da multa em si que caracterizaria a ocorrência de confisco, mas a desproporcionalidade com que é aplicada, ponderando-se os diversos elementos presentes em um determinado caso concreto.

### **VII - Honorários advocatícios**

Diante da apreciação dos inúmeros argumentos que a presente lide trouxe à discussão, cabe analisar o argumento aduzido pela Fazenda Nacional no que tange à fixação da verba honorária.

Em seu recurso, a exequente afirma que o magistrado se equivocou ao reconhecer a existência de sucumbência recíproca, uma vez que teria sucumbido apenas quanto ao 1º fato gerador (diferença entre contribuições devidas sobre folha de pagamento e a recolhida pela empresa sobre a produção de cana-de-açúcar), excluído em virtude da remissão legal prevista na Lei 10.736/2003.

Por outro lado, juntou documentos (fls. 2138 e 2139) que supostamente comprovariam a existência do montante de R\$ 51.090.501,15 (cinquenta e um milhões, noventa mil, quinhentos e um reais e quinze centavos), sendo discriminado da seguinte forma: valor principal = R\$ 12.952.998,65; TR = 2.883,79; Juros = R\$ 23.355.014,80; Multa = R\$ 6.264.570,39; honorários advocatícios = R\$ 8.515.083,52 (atualizados para a data de 06/08/2008). Ao final, pede a aplicação do art. 20 do CPC.

Como dito no relatório, o magistrado entendeu que com a redução do valor histórico da dívida de R\$ 26.331.160,19 – vinte seis milhões, trezentos e trinta e um mil, cento e sessenta reais e dezenove centavos –, para R\$ 14.556.946,53 – quatorze milhões, quinhentos e cinquenta e seis mil, novecentos e quarenta e seis reais e cinquenta e três centavos restou configurada a sucumbência recíproca.

Deve ser ressaltado que o próprio INSS reconheceu alguns equívocos cometidos no levantamento dos valores apurados pela fiscalização (vide apenso relativo ao Laudo do INSS). Destarte, a análise da matéria deve ser realizada com base no supracitado valor histórico.

De fato, o entendimento firmado na jurisprudência desta Eg. 3ª Turma é de que na análise da sucumbência em uma determinada lide, não há que se falar em cálculos matemáticos, milimetricamente fixados.

Ademais, no caso dos autos, considerando-se a fundamentação utilizada pelo juiz *a quo* para se chegar à conclusão do valor correto da dívida (repita-se, corrigido e reduzido pelo próprio INSS) não há como negar a existência de sucumbência recíproca (proporcional) entre as partes, diante da repercussão financeira já apontada e discutida à exaustão nos itens precedentes.

Por outro lado, não há que se falar em sucumbência mínima do pedido, como afirma a exequente. Isto porque, ao contrário do que alega, a embargante sagrou-se vitoriosa em mais de um dos pontos analisados, a exemplo dos excessos indevidamente cobrados e corrigidos no laudo elaborado pela perita do INSS (Item II - contribuições de fornecedores da autuada; item III - erros contábeis nas contribuições sobre pagamentos a trabalhadores demitidos; Item IV - erro nos cálculos das contribuições relativas ao ágio-deságio da cana-de-açúcar).

Com estas considerações, entendo que deve ser aplicado o *caput* do art. 21<sup>16</sup> da lei processual civil, diante da proporcional sucumbência recíproca acima demonstrada.

---

<sup>16</sup> Art. 21. Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.

Ante o acima exposto, NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO DA EMBARGANTE e NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO DA FAZENDA NACIONAL.

É como voto.

## **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 6.584-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA  
Apelante: AÇÃO SOCIAL ARQUIDIOCESANA - ASA E FAZENDA NACIONAL  
Apelados: OS MESMOS  
Adv./Procs.: DRS. FELIPE INÁCIO ZANCHET MAGALHÃES E OUTRO

***EMENTA: TRIBUTÁRIO E CIVIL. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA POR SUCESSÃO. IMPUTAÇÃO DOS DÉBITOS DO COLÉGIO ARQUIDIOCESANO PIO XII À AÇÃO SOCIAL ARQUIDIOCESANA - ASA. INVIABILIDADE LEGAL DE INCORPORAÇÃO DE FUNDAÇÃO PÚBLICA OU PRIVADA POR ASSOCIAÇÃO CIVIL. INEFICÁCIA DO ATO DE EXTINÇÃO DA FUNDAÇÃO POR INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES LEGAIS. INEFICÁCIA DO ATO DE CONFISSÃO DE DÍVIDAS/PARCELAMENTO PARA CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA, ANTE A AUSÊNCIA DA QUALIDADE DE CONTRIBUINTE OU RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO. SUCESSÃO TRIBUTÁRIA NÃO CARACTERIZADA. APELAÇÃO PROVIDA.***

***- Hipótese em que a sentença julgou improcedente o pedido de declaração de inexistência de relação jurídico-tributária, reconhecendo a validade da imputação dos débitos previdenciários do COLÉGIO ARQUIDIOCESANO PIO XII à AÇÃO SOCIAL ARQUIDIOCESANA - ASA, em virtude***

*de suposta incorporação da primeira entidade pela segunda, ressaltando apenas os débitos imputados cujo lançamento tenha ocorrido antes da apontada incorporação.*

*- Apelação da AÇÃO SOCIAL ARQUIDIOCESANA - ASA, reafirmando, em síntese, a inexistência da incorporação da fundação COLÉGIO ARQUIDIOCESANO PIO XII, ante a inobservância das disposições legais que regem a matéria, especialmente da ausência de extinção daquela fundação, da falta de intervenção do Ministério Público, da ineficácia do termo de confissão e de parcelamento de dívidas firmado sob coação, da impossibilidade de as convenções particulares, no caso a decisão tomada em assembleia da entidade tida por incorporadora, alterarem a responsabilidade tributária.*

*- Apelação da UNIÃO sustentando inexistirem provas nos autos de que parte das contribuições previdenciárias tenham sido lançadas em data posterior à incorporação, bem como, quanto a este ponto, de ocorrência de sentença extra petita, devido à ausência de requerimento da parte nesse sentido.*

*- Constatação de que os fatos narrados na presente ação se referem a duas pessoas jurídicas de direito privado, sendo que uma delas subdividida em matriz e filial, qual seja a AÇÃO SOCIAL ARQUIDIOCESANA.*

*- Relevância do fato, uma vez que, segundo afirmado pela fiscalização do INSS, na parte conclusiva do Relatório de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (fls. 103/107), o COLÉGIO ARQUIDIOCESANO PIO XII teria sido substituído e incorporado pela AÇÃO SOCIAL ARQUIDIOCESANA (FILIAL).*

*- Adoção do entendimento jurisprudencial, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, não obstante matriz e filial integrem uma*

*mesma pessoa jurídica, para certos fins tributários são consideradas pessoas distintas: AGREsp 200301637080, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, 27/08/2009; TRF1, AC 200137010009413, DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, TRF1 - QUINTA TURMA, 22/09/2009.*

*- Inviabilidade da cobrança dirigida a AÇÃO SOCIAL ARQUIDIOCESANA (MATRIZ) pelos débitos imputados à AÇÃO SOCIAL ARQUIDIOCESANA (FILIAL), em razão da distinção entre as responsabilidades tributárias, nos termos da jurisprudência citada.*

*- Ineficácia da decisão tomada na assembléia da AÇÃO SOCIAL ARQUIDIOCESANA (MATRIZ) para caracterização da extinção/incorporação do COLÉGIO ARQUIDIOCESANO PIO XII, em virtude da inobservância dos preceitos legais relacionados à extinção das fundações, notadamente a inexistência de decisão tomada por assembléia da própria fundação, a intervenção do Ministério Público e a destinação dos bens a outra fundação escolhida pelo juiz, com a mesma finalidade.*

*- Irrelevância da baixa no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ da fundação COLÉGIO ARQUIDIOCESANO PIO XII para caracterização da sucessão tributária, uma vez que resultante da decisão tomada unilateralmente pela AÇÃO SOCIAL ARQUIDIOCESANA (MATRIZ) em assembleia integrada por seus associados, em afronta às disposições do art. 67 do Código Civil.*

*- Impossibilidade legal de incorporação de uma fundação por uma associação civil, tendo em vista suas diferentes estruturas e as formalidades legais específicas que regem a constituição e extinção dessas modalidades de pessoas jurídicas. Inteligência do art. 2.033 do Código Civil.*



**- Irrelevância das conclusões do órgão de fiscalização do INSS, no sentido de que a fundação COLÉGIO ARQUIDIOCESANO PIO XII teria sido incorporado e substituído pela AÇÃO SOCIAL ARQUIDIOCESANA (FILIAL), para caracterização da sucessão tributária, haja vista, como já evidenciado, o desrespeito das regras exigíveis para a extinção das fundações.**

**- Imprestabilidade do termo de confissão de dívidas e de parcelamento, firmados pela AÇÃO SOCIAL ARQUIDIOCESANA (MATRIZ) envolvendo débitos apenas da fundação COLÉGIO ARQUIDIOCESANO PIO XII e da AÇÃO SOCIAL ARQUIDIOCESANA (FILIAL), para configurar a sucessão tributária, eis que efetivado, não sob coação, como afirmado pela apelante, mas por erro essencial sobre a condição jurídica de não-responsável tributário.**

**- Reconhecimento da inexistência de relação jurídico-tributária entre a AÇÃO SOCIAL ARQUIDIOCESANA (MATRIZ) e a UNIÃO (FAZENDA NACIONAL), em virtude dos débitos da fundação COLÉGIO ARQUIDIOCESANO PIO XII.**

**- Manutenção da responsabilidade tributária da fundação COLÉGIO ARQUIDIOCESANO PIO XII pelas dívidas que são exclusivamente suas, uma vez que subsistente sua personalidade jurídica e em razão de terem sido contraídas no exercício da finalidade para a qual foi instituída.**

**- Condenação da UNIÃO ao ressarcimento das custas processuais adiantadas e em honorários advocatícios fixados no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), com base nas disposições do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.**

**- Apelação da AÇÃO SOCIAL ARQUIDIOCESANA provida. Apelação da UNIÃO e remessa oficial prejudicadas.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, DAR PROVIMENTO à apelação da AÇÃO SOCIAL ARQUIDIOCESANA e julgar prejudicadas a apelação da UNIÃO e a remessa oficial, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 16 de dezembro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

A AÇÃO SOCIAL ARQUIDIOCESANA - ASA ajuizou ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária em face do INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, em razão de lhe terem sido imputados débitos previdenciários da fundação COLÉGIO ARQUIDIOCESANO PIO XII, sob o argumento de que teria havido incorporação caracterizadora da responsabilidade tributária por sucessão, nos termos dos artigos 132 e 133 do CTN.

Alegou inicialmente que, na tentativa de salvar as atividades educacionais do Colégio Arquidiocesano Pio XII, em situação de “notória ‘falência’ administrativa”, criou um departamento educacional para desenvolver as atividades deixadas pela fundação, sem que isso, todavia, tenha representado absorção ou sucessão da fundação Colégio Arquidiocesano Pio XII pela Ação Social Arquidiocesana - ASA.

Aduziu que o INSS, com base nesse fato, passou a imputar, de forma arbitrária e sem qualquer fundamento legal, as dívidas previdenciárias do Colégio Arquidiocesano Pio XII à Ação Social Arquidiocesana - ASA, pressionando-a, em seguida, para que aderisse ao parcelamento especial instituído pela Lei nº 10.684/2003.

Sustentou ser ilegal a mencionada imputação de débitos por entender que, somente através de modificação dos estatutos da

fundação Colégio Arquidiocesano Pio XII, antecedida de aval do Ministério Público, seria possível admitir a sucessão afirmada pelo INSS.

Defendeu que, não cabendo à lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado para definir ou limitar competências tributárias, em face do que preceitua o art. 110 do CTN, somente estaria configurada a incorporação se tivesse havido o desaparecimento da sociedade incorporada.

Noticiou que o Ministério Público Federal manifestou estranheza em relação ao fato de o Colégio Arquidiocesano Pio XII ter sido integrado à ASA, na condição de filial, com seus débitos pagos por esta, em desacordo com o disposto no art. 123 do CTN, o que teria levado o *Parquet* a concluir pela irregularidade na transferência de responsabilidade tributária.

Apontou irregularidade no reconhecimento e assunção das dívidas da fundação Colégio Arquidiocesano Pio XII pela ASA, por ocasião de parcelamento efetivado no ano de 2003, sob o argumento de que o representante da ASA não detinha poderes para assumir dívidas de terceira pessoa, tendo ele assinado o termo de confissão apenas para evitar a perda do prazo para o parcelamento dos débitos próprios, na certeza de que poderia discutir, oportunamente, na via administrativa ou judicial, a imposição feita pelo INSS.

Reafirmou não se tratar de hipótese de incorporação e sucessão tributária, haja vista a insuficiência de provas de sua ocorrência, não bastando para tanto as meras suposições levantadas pelo fisco, bem como diante da necessidade de alterações no estatuto da fundação, após autorização do Ministério Público, em face do que dispõem os artigos 28 do Código Civil e o 1.203 do Código de Processo Civil.

Devidamente citado, o INSS ofereceu contestação em defesa da imputação de débitos, sustentando, em síntese, que a responsabilização da ASA teve por fundamento os atos praticados pela própria associação na assembleia extraordinária em que ficou decidida a alteração de seu estatuto para incluir entre suas finalidades o oferecimento de educação de maior qualidade através do

Colégio Arquidiocesano Pio XII, que passou a fazer parte integrante de sua estrutura.

Na sequência, a magistrada de primeiro grau proferiu sentença acolhendo o argumento do INSS de que teria havido incorporação do Colégio Arquidiocesano Pio XII pela Ação Social Arquidiocesana, devidamente comprovada pela baixa na inscrição do Colégio Arquidiocesano Pio XII perante o Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ, constando do respectivo documento, no campo "MOTIVO DE BAIXA", o evento "INCORPORAÇÃO".

Na referida sentença, a magistrada entendeu pela responsabilidade integral da ASA, tanto pelo pagamento dos tributos quanto pelo pagamento das multas, seja de caráter punitivo ou moratório, desde que anteriores à incorporação, excluídos apenas os débitos consubstanciados na NFLD nº 35.443.381-4 por terem sido lançados após a incorporação.

Em face dessa sentença, a ASA interpôs embargos de declaração visando ao pronunciamento expresso do órgão julgador sobre a validade da incorporação sem o aval do Ministério Público. Os embargos de declaração foram acolhidos com enfrentamento da matéria, restando decidido que a ausência de intervenção do *Parquet* não prejudica o reconhecimento da incorporação porque passível de suprimento judicial.

Em seguida, a ASA e a UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) interpu- seram recursos de apelação, esta última por força da mudança de legitimidade promovida pelo § 1º do art. 16 da Lei nº 11.457/2007. Foram também oferecidas contrarrazões por ambas as partes.

A ASA repetiu em seu recurso os argumentos trazidos na petição inicial, reafirmando a inocorrência da incorporação do Colégio Arquidiocesano Pio XII, devido à inobservância das formalidades legais, em especial a autorização do Ministério Público.

A União (Fazenda Nacional) sustentou em seu recurso inexistirem provas de que as contribuições previdenciárias consubstanciadas nas NFLD's 35.023.594-5 e 35.023.597-0 tiveram lançamento em data posterior à data apontada como sendo da incorporação. Argumentou, ainda, que a decretação de insubsistência das NFLD's, sem prévio pedido da parte contrária, caracteriza decisão *extra petita*.

Para apreciação das apelações e por força da remessa necessária, vieram os autos a esta Corte.

É o que havia de relevante para relatar.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

Como evidenciado no relatório, a discussão travada nos presentes autos diz respeito à validade da imputação dos débitos previdenciários da fundação COLÉGIO ARQUIDIOCESANO PIO XII à associação AÇÃO SOCIAL ARQUIDIOCESANA - ASA.

Para o deslinde do caso, cabe analisar se os fatos evidenciados nos presentes autos são suficientes para caracterizar a sucessão tributária prevista nos arts. 132 e 133 do Código Tributário Nacional.

Antes, porém, é preciso esclarecer que esses acontecimentos se referem a duas pessoas jurídicas de direito privado, sendo que uma delas subdividida em matriz e filial:

- 1) COLÉGIO ARQUIDIOCESANO PIO XII, fundação privada, CNPJ 09.112.806/001-46, com data de abertura em **18/5/1967**, baixada em 12/4/2000, em razão de INCORPORAÇÃO, segundo informações obtidas perante o sítio da Receita Federal do Brasil.
- 2) AÇÃO SOCIAL ARQUIDIOCESANA, associação privada, CNPJ 70.133.939/0001-00 (MATRIZ), com data de abertura em **01/11/1994**, em situação atual de atividade.
- 3) AÇÃO SOCIAL ARQUIDIOCESANA, associação privada, CNPJ 70.133.939/0002-90 (FILIAL), com data de abertura em **11/9/2000**, em situação atual de atividade.

Essa informação é relevante, uma vez que, segundo afirmado pela fiscalização do INSS, na parte conclusiva do Relatório de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (fls. 103/107), o COLÉGIO ARQUIDIOCESANO PIO XII, CNPJ 09.112.806/001-46, teria sido substituído e incorporado pela AÇÃO SOCIAL ARQUIDIOCESANA, CNPJ 70.133.939/0002-90 (FILIAL).

Não obstante matriz e filial integrem uma mesma pessoa jurídica, a jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, vem entendendo constituírem pessoas jurídicas distintas para certos fins tributários, conforme se observa dos julgados adiante colacionados:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IPI. LITISPENDÊNCIA. DEMANDAS AJUIZADAS PELA MATRIZ E PELAS FILIAIS. EMPRESAS DISTINTAS.

**1. O STJ firmou o entendimento de que inexistente litispendência entre ações intentadas pela empresa matriz e filiais, porque as partes são pessoas jurídicas distintas. 2. Agravo Regimental não provido.**

(AGREsp 200301637080, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, 27/08/2009)

EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÕES DO FGTS. ALEGAÇÃO DE PAGAMENTO DOS DÉBITOS DA FILIAL PELA MATRIZ. GUIAS DE RECOLHIMENTO COM CGC DA FILIAL. REGISTROS PRÓPRIOS NO CADASTRO NACIONAL DE PESSOA JURÍDICA. PERSONALIDADES JURÍDICAS DISTINTAS. AUSÊNCIA DE CONTESTAÇÃO À NOTIFICAÇÃO DA DELEGACIA REGIONAL DO TRABALHO. REGULARIDADE DA EXECUÇÃO.

1. Não se pode acolher os comprovantes de pagamento de uma empresa como forma de isentar outra de suas obrigações junto ao FGTS, ainda quando se tratar de matriz e filial, em face da autonomia de que dispõem as pessoas jurídicas.

**2. “As filiais têm registros próprios no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ. Têm a empresa matriz e as filiais personalidades jurídicas distintas. Logo, não se pode negar às filiais Certidão Negativa de Débitos ou Certidão Positiva de Débitos com Efeito de Negativa se quem está em débito é a empresa matriz. Como decidiu a antiga 4ª Turma deste Tribunal, ao julgar o AMS 96.01.10970-6 /GO, DJ 09.10.1997, tendo como relatora a Juíza Eliana Calmon: ‘O registro e inscrição de estabelecimento filial é como se fosse o surgimento de uma nova empresa’”. (AG Nº 2004.01.00.003230-7/AM, rel. Des. Federal Tourinho Neto) [...]**

Pois bem. O INSS imputou as dívidas previdenciárias da FUNDAÇÃO à ASA MATRIZ e à ASA FILIAL considerando ter havido sucessão da primeira pessoa jurídica pela segunda. Os fatos que levaram a autarquia previdência a concluir pela existência da sucessão, segundo informado pela própria Secretaria da Receita Previdenciária (fl. 65), foram os seguintes:

- I) a decisão tomada pela ASA MATRIZ, em assembleia extraordinária realizada no dia 12/04/2000, no sentido de oficializar o Colégio Arquidiocesano Pio XII como parte integrante de seu setor educacional, deixando este de ser uma entidade administrada com recursos próprios e passando a ser mantido pela associação (vide Ata da Assembleia Extraordinária da ASA MATRIZ, fl. 50).
- II) as conclusões do órgão de fiscalização do INSS, no sentido de que o CNPJ da FUNDAÇÃO fora substituído e incorporado pelo CNPJ da ASA FILIAL, localizada no mesmo endereço, exercendo a mesma atividade e contando com o mesmo quadro de empregados da FUNDAÇÃO (vide Relatório de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 35.443.382-2, elaborado em 20/4/2002, fls. 103/107).

Além desses, outros fatos foram considerados no decorrer do processo como caracterizadores da sucessão tributária. São eles:

- III) a baixa no CNPJ da FUNDAÇÃO, com data de 12/4/2000, indicando como motivo INCORPORAÇÃO (documento de fl. 253).
- IV) o parcelamento firmado em 2003 pela ASA MATRIZ, contendo débitos previdenciários da FUNDAÇÃO, submetidos a parcelamento anterior, e débitos previdenciários contraídos pela ASA FILIAL em decorrência da suposta substituição e incorporação da FUNDAÇÃO (fls. 42/44).

Cumpra, pois, analisar cada um deles para ao final decidir se realmente a hipótese é de sucessão tributária.

## **I) DA DECISÃO TOMADA EM ASSEMBLEIA PELA ASA MATRIZ, NO SENTIDO DE TORNAR O COLÉGIO ARQUIDIOCESANO PIO XII PARTE INTEGRANTE DE SEU SETOR EDUCACIONAL**

O primeiro fato tido como caracterizador da sucessão tributária consiste na decisão tomada em assembleia da ASA MATRIZ visando à integração do Colégio Arquidiocesano Pio XII ao seu setor educacional.

Esse acontecimento, todavia, não é, a meu sentir, capaz de configurar a incorporação da FUNDAÇÃO pela ASA MATRIZ, devido à inviabilidade legal de uma pessoa jurídica ser incorporada com base apenas em decisão tomada na assembleia da entidade tida por incorporadora. Eventuais mudanças no estatuto das fundações, além de dependerem de deliberação de dois terços dos membros que compõem seu órgão de administração, estão condicionadas à aprovação do Ministério Público, conforme previsto nos incisos I e II do art. 67 do Código Civil, a seguir transcritos:

Art. 67. Para que se possa alterar o estatuto da fundação é mister que a reforma:

I - seja deliberada por dois terços dos competentes para gerir e representar a fundação;

II - não contrarie ou desvirtue o fim desta;

III - seja aprovada pelo órgão do Ministério Público, e, caso este a denegue, poderá o juiz supri-la, a requerimento do interessado.

Ainda que se admitisse o suprimento judicial de eventual negativa do Ministério Público em relação à modificação dos estatutos da FUNDAÇÃO, tal providência somente seria possível em caráter secundário, não para afastar a intervenção do órgão legalmente incumbido de defender o interesse público subjacente ao funcionamento das fundações. Entender o contrário seria indiretamente desconsiderar a exigência feita em lei para a validade do ato.

Saliente-se que o Ministério Público, ainda que por ramo diverso, manifestou estranheza quanto à suposta incorporação da FUNDAÇÃO pela ASA, vislumbrando nesse ato possível irregularidade na transferência da responsabilidade tributária, ao se pronunciar nos seguintes termos:



Abro um parêntese para destacar que quando o denunciado ainda administrava o COLÉGIO ARQUIDIOCESANO PIO XII, em 12 de abril de 2000, por meio da Portaria nº 1/2000, a instituição de ensino tornou-se “parte integrante” da AÇÃO SOCIAL ARQUIDIOCESANA - ASA, na “condição de filial”, tendo seus débitos pagos por esta (fl. 51), o que causa estranheza, uma vez que dita “operação” ocorreu em desacordo com o disposto no art. 123 do Código Tributário Nacional

(Trecho do Ofício nº 222/2005 - MPF/PR/PB - GABChefia, datado de 10/11/2005, fl. 123)

O art. 123 do CTN, referido pelo MPF, determina expressamente que as convenções particulares relativas à responsabilização pelo pagamento de tributos não produzem efeitos em relação à Fazenda Pública, exceto nos casos previstos em lei:

Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Ademais, a extinção da FUNDAÇÃO deveria obrigatoriamente ter conduzido à incorporação de seu patrimônio em outra fundação escolhida pelo juiz e que se propusesse ao mesmo fim, salvo se os atos constitutivos ou estatutos dispusessem de forma diferente:

Art. 69. Tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa a fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, ou qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou no estatuto, em outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante.

Considero questionável até mesmo a possibilidade de incorporação de uma fundação por uma associação civil, em vista das formalidades específicas que regem a constituição e extinção dessas pessoas jurídicas. Além disso, sendo a fundação um conjunto de bens e a associação um conjunto de pessoas, é difícil imaginar a transformação de uma entidade em outra sem violação das regras próprias aplicáveis a cada uma delas.

Nesse passo, entendo que o art. 2.033 do Código Civil, ao prever que “salvo o disposto em lei especial, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 44, bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este Código”, não autorizou a aplicação dos institutos da transformação, incorporação, fusão ou cisão às fundações, sendo este, aliás, o entendimento de JOSÉ EDUARDO SABO PAES, em sua obra *Fundações e Entidades de Interesse Social - Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*, 5 ed., rev. atual. e ampl. de acordo com a Lei nº 10.406, de 10.1.2002 (Novo Código Civil Brasileiro). Brasília: Brasília Jurídica, 2004, pág. 83:

Quanto ao encerramento de suas atividades, tanto o Código Civil quando o Decreto-Lei nº 41, de 18.11.1966, preveem hipóteses em que as fundações, as associações civis e as sociedades sem fins lucrativos podem ser extintas ou dissolvidas, respectivamente.

Por essa razão, nem todas aquelas formas previstas nos arts. 1.113 a 1.122 do Novo Código Civil são totalmente aplicáveis às entidades sem fins lucrativos, sobretudo às fundações, uma vez que, na maioria das situações, elas implicam a extinção da pessoa jurídica, ou a sua transformação em outra, o que vem de encontro, por exemplo, ao disposto no art. 1.204 do Código de Processo Civil, que prevê a extinção da fundação somente nos seguintes casos: I - se tornar ilícito seu objeto; II - for impossível a sua manutenção; III - se vencer o prazo de sua existência.

Diante disso, descarta-se, de imediato, a aplicabilidade dos institutos da transformação, da incorporação, da fusão e da cisão total.

Diante dessas considerações, só resta concluir que a decisão tomada na assembleia da ASA MATRIZ, no sentido de incorporar o patrimônio a FUNDAÇÃO, sem ter havido sequer a participação do Ministério Público, não serve de fundamento à transferência da responsabilidade tributária.

## **II) DAS CONCLUSÕES DO ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO DO INSS INDICANDO A ASA FILIAL COMO SUCESSORA DA FUNDAÇÃO**

O órgão de fiscalização do INSS concluiu pela existência de incorporação e de sucessão tributária levando em conta a baixa

efetivada no CNPJ da FUNDAÇÃO e o fato de a ASA FILIAL estar localizada no mesmo endereço, exercendo as mesmas atividades e empregando os antigos funcionários do Colégio Arquidiocesano Pio XII.

Partindo do pressuposto de que a FUNDAÇÃO ainda persiste, já que não foi regularmente extinta, conforme demonstrado acima, e de que o Colégio Arquidiocesano Pio XII continua a integrar seu patrimônio, concluo que as dívidas previdenciárias imputadas à ASA MATRIZ e à ASA FILIAL continuam sendo da responsabilidade da FUNDAÇÃO, não havendo, pois, que se falar em sucessão tributária.

### **III) DA BAIXA NO CNPJ DA FUNDAÇÃO COMO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA POR SUCESSÃO**

As informações constantes dos autos nos levam à conclusão de que a baixa no CNPJ da FUNDAÇÃO foi realizada apenas com base na decisão tomada na assembleia extraordinária da ASA MATRIZ.

Ora, não sendo reconhecidos os efeitos do ato de incorporação, realizado sem observância das prescrições legais, muito menos seria de se admitir que a mera alteração cadastral na situação jurídica da FUNDAÇÃO pudesse servir de fundamento idôneo à sucessão tributária.

### **IV) DO PARCELAMENTO FIRMADO EM 2003 PELA ASA MATRIZ CONTENDO OS DÉBITOS DA FUNDAÇÃO E DA ASA FILIAL**

No extrato de fls. 27/28, a FUNDAÇÃO e a ASA MATRIZ, figuram como devedoras dos mesmos débitos tributários. Do referido documento, ainda consta, em relação à ASA MATRIZ, a informação “REFIS excluído 15/05/2002” e, em relação à FUNDAÇÃO, o evento “REFIS ativo 16/5/2000”, demonstrando que os débitos ali indicados haviam sido submetidos a parcelamento em data anterior, ou pelo menos em data posterior próxima, à alegada incorporação. Demonstra igualmente que aqueles débitos foram em seguida incluídos em novo parcelamento no ano de 2003 (PAES).

O fato merece atenção, uma vez que o segundo parcelamento foi firmado apenas pela ASA MATRIZ em 29/08/2003 (fl. 29), ou

seja, depois de o INSS ter atribuído à ASA FILIAL a condição de sucessora da FUNDAÇÃO, conforme se verifica do seguinte trecho do Relatório de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (fls. 103/107), datado de 20/04/2002:

[...]

Apreciando-se o que foi exposto acima termos a premissa de concluir que:

1. Que o Colégio Pio XII, uma entidade de ensino privado, com personalidade jurídica própria, tinha existência substanciada no CNPJ de nº 09.112.806/0001-46 e tinha obrigação do recolhimento de contribuições previdenciárias pelo FPAS 574 até agosto de 2000 inclusive.
2. Que com a criação do CNPJ 70.133.939/0002-90, este veio a substituir e incorporar o CNPJ de nº 09.112.806/0001-46, uma vez que esta instituição continuou funcionando no mesmo endereço, mesmo prédio, mesmos professores e empregados e mesmos alunos sem interregno de tempo e mesmas obrigações previdenciárias de entidade civil inserida no FPAS 574, sem direito a isenção de contribuição patronal.

[...]

A partir dos documentos coligidos aos autos, não é possível identificar se a FUNDAÇÃO e a ASA MATRIZ firmaram juntas o primeiro parcelamento (REFIS) ou se este parcelamento foi inicialmente requerido pela FUNDAÇÃO e posteriormente transferido para a ASA MATRIZ. Porém, inexistem dúvidas de que a ASA MATRIZ efetuou sozinha o segundo parcelamento (PAES), incluindo não só os débitos originados da FUNDAÇÃO, mas também os débitos imputados à ASA FILIAL, estes no período de 09/2000 a 03/2002, por força do Relatório de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (fls. 103/107). Para se chegar a essa conclusão basta comparar os termos do ofício de fl. 29 e da declaração de fl. 44 com o conteúdo dos extratos de fls. 27/28 e do Relatório de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito de fls. 103/107.

A hipótese é de confissão e parcelamento de dívidas por quem não detinha a qualidade de devedora, vez que a confissão da dívida tributária e o respectivo pedido de parcelamento são prerrogativas conferidas apenas ao contribuinte ou responsável tributário.

A imprestabilidade do parcelamento para fins de atribuição de responsabilidade pelas dívidas, diferentemente do alegado pela associação autora, não decorre de ato de coação, mas de erro quanto à responsabilidade tributária, o que não impede seu reconhecimento pelo julgador, tendo em vista a aplicação do princípio *jura novit curia*.

Diante de todo o exposto, concluo que os fatos apontados pela parte ré não caracterizam a incorporação e a sucessão tributária afirmadas, sendo, portanto, insuficientes à responsabilização da ASA MATRIZ pelos débitos da FUNDAÇÃO, razão pela qual dou provimento à apelação da associação, declarando prejudicadas a remessa oficial e a apelação do ente público.

Condeno a União ao ressarcimento das custas processuais adiantadas e em honorários advocatícios, que fixo no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), com base nas disposições do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 424.372-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA  
Apelante: AGREMIAÇÃO SPORTIVA ARAPIRAQUENSE - ASA  
Apelados: UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) (1ª APDA.) E JOÃO JADER DIÓGENES TAVARES (2º APDO.)  
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ VENTURA FILHO (APTE.) E JOSÉ DIOGO THEOTONIO (2º APDO.)

**EMENTA: EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À ARREMATÇÃO. PAGAMENTO DO VALOR DA ARREMATÇÃO EM 60 (SESSENTA) PARCELAS. AFRONTA AO ART. 620, DO CPC. NULIDADE DA ARREMATÇÃO QUE SE IMPÕE. APELAÇÃO PROVIDA.**

**- É cediço que a execução se faz no interesse do credor (art. 612 do CPC), no entanto, não se pode olvidar que a mesma também deve ser realizada**

**de modo menos gravoso para o devedor (art. 620, idem). Tais dispositivos são perfeitamente aplicáveis à execução fiscal, em razão do disposto no art. 1º da Lei nº 6.830/80, que prevê a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (CPC) naquela.**

**- Ora, para o atendimento dessas premissas o magistrado, na condução do processo de execução fiscal, deve observar as circunstâncias fáticas existentes e as situações que surgem no curso do processo, de maneira a evitar eventual supervalorização dos bens ou indevida arrematação por preço vil.**

**- Nessa linha, como bem destacado no voto-*visita*, fato relevante no caso em tela deve ser observado. É que o pagamento do valor da arrematação foi dividido em 60 (sessenta) parcelas. Com efeito, tal situação traz à baila a prescrição estatuída no art. 620, do CPC, segundo a qual, quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor. Na verdade, percebe-se que a ora apelante teve o sua sede social, com as respectivas benfeitorias, arrematada em valor bem inferior à própria avaliação oficial, que sequer será depositado em juízo integralmente, mas sim em 60 (sessenta) parcelas, o que, sem dúvida, compromete a quitação da dívida executada, objetivo final do executivo fiscal. Nesse passo, tem-se que o pagamento do valor da arrematação, em 60 (sessenta) vezes, vai muito além da discussão acerca do preço vil, constituindo, na realidade, uma forma vil de se arrematar, a configurar um meio mais gravoso possível de execução, pois o devedor, além de perder seu patrimônio, tem a quitação de sua dívida fiscal prejudicada, em face da fixação de um prazo de pagamento injustificada-mente lon-**

***go. Ademais, no caso concreto, a vilania do preço da arrematação não pode restringir-se à mera comparação com o valor constante do auto de penhora e avaliação, sob pena de se fechar os olhos para a própria realidade, especialmente quando constam dos autos laudos técnicos que demonstram que o lance vitorioso não se mostra condizente com o valor de mercado do bem imóvel penhorado, transformando o processo de execução em instrumento mais do que profundamente gravoso para o devedor e de enriquecimento sem causa para o arrematante, o que não é razoável.***

***- Desse modo, tem-se por caracterizada a nulidade da arrematação por franca afronta ao art. 620 do CPC.***

***- Precedentes do STJ e do TRF da 4ª Região.***

***- Apelação provida.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Exmo. Sr. Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho (eventualmente convidado, à época do pedido de vista, em razão do impedimento do Exmo. Sr. Desembargador Federal convocado Rubens de Mendonça Canuto Neto – atuando na Turma em substituição ao Exmo. Sr. Desembargador Federal Francisco Wil-do Lacerda Dantas, por motivo de férias), por maioria, dar provimento à apelação, nos termos do novo voto do Relator, conforme notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, vencido o Exmo. Sr. Desembargador Federal Francisco Barros Dias.

Recife, 26 de outubro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de apelação interposta pela AGREMIÇÃO SPORTIVA ARAPIRAQUENSE (ASA) contra sentença, às fls. 69/73, que não conheceu, por preclusão, os embargos à arrematação, no que pertine às alegações de prescrição e de incorreção da avaliação feita pelo oficial de justiça; e que julgou improcedentes o pedido de nulidade da arrematação, extinguindo o feito, neste ponto, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil (CPC).

A recorrente, nas razões de seu apelo, às fls. 77/124, aduziu, em apertada síntese, que a arrematação padeceria do vício da nulidade, em razão dos seguintes motivos: constatação de preço vil no seu aperfeiçoamento; existência de título de domínio do imóvel lavrado em Escritura Pública de Compra e Venda com cláusula de inalienabilidade; aperfeiçoamento da decadência e da prescrição em relação à dívida fiscal cobrada; e configuração de cerceamento de defesa por inobservância ao disposto nos arts. 130 e 331 do CPC e no art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal (CF/88). Ao final, requereu o provimento da apelação, reformando-se a sentença para anular a arrematação, e, caso seja a hipótese, para permitir a juntada do laudo de avaliação da Caixa Econômica Federal (CEF), em obediência aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Contrarrazões apresentadas às fls. 131/133 e a fl. 148.

Às fls. 150/154, a embargante atravessou petição, informando sua adesão ao parcelamento instituído pela Lei nº 11.941/09, razão pela qual mais uma vez pugnou pelo provimento do recurso, de maneira a decretar a nulidade da arrematação. Em prestígio ao princípio do contraditório, foi proferido o despacho a fl. 155, determinando a intimação da UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) para se pronunciar acerca dos termos da petição anteriormente referida. Às fls. 156/157, a parte embargada sustentou que o parcelamento noticiado, posterior à efetivação da própria arrematação, não teria o condão de anular esta última, motivo pelo qual entende que o apelo não mereceria prosperar.



Na sessão de julgamento, realizada no dia 05/10/2010, após proferir voto inicial pelo não provimento da apelação, tendo sido acompanhado, na ocasião, pelo Exmo. Sr. Desembargador Federal Francisco Barros Dias, pediu vista Exmo. Sr. Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho.

Em continuidade ao julgamento, na sessão realizada no dia 26/10/2010, o Exmo. Sr. Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho proferiu voto pelo provimento da apelação, trazendo à apreciação desta Segunda Turma aspectos relevantes para o julgamento da demanda.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

Inicialmente, registro que, após levar em consideração os fundamentos aduzidos no voto-vista do Exmo. Sr. Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho, tenho por modificar o voto anteriormente por mim proferido, nos termos abaixo esposados.

Ora, é cediço que a execução se faz no interesse do credor (art. 612 do CPC), no entanto, não se pode olvidar que a mesma também deve ser realizada de modo menos gravoso para o devedor (art. 620, *idem*). Tais dispositivos são perfeitamente aplicáveis à execução fiscal, em razão do disposto no art. 1º da Lei nº 6.830/80, que prevê a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (CPC) naquela.

Com efeito, para o atendimento dessas premissas o magistrado, na condução do processo de execução fiscal, deve observar as circunstâncias fáticas existentes e as situações que surgem no curso do processo, de maneira a evitar eventual supervalorização dos bens ou indevida arrematação por preço vil.

Nessa linha, como bem destacado no voto-vista, fato relevante no caso em tela deve ser observado e considerado. É que o pagamento do valor da arrematação foi dividido em 60 (sessenta) parcelas. A meu ver, tal situação traz à baila a prescrição estatuída no art. 620 do CPC, segundo a qual, quando por vários meios o

credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor. Na verdade, verifico que a ora apelante teve o sua sede social, com as respectivas benfeitorias, arrematada em valor bem inferior à própria avaliação oficial, que sequer será depositado em juízo integralmente, mas sim em 60 (sessenta) parcelas, o que, sem dúvida, compromete a quitação da dívida executada, objetivo final do executivo fiscal. Nesse passo, tenho que o pagamento do valor da arrematação, em 60 (sessenta) vezes, vai muito além da discussão acerca do preço vil, constituindo, na realidade, uma forma vil de se arrematar, a configurar um meio mais gravoso possível de execução, pois o devedor, além de perder seu patrimônio, tem a quitação de sua dívida fiscal prejudicada, em face da fixação de um prazo de pagamento injustificadamente longo. Ademais, no caso concreto, a vilania do preço da arrematação não pode restringir-se à mera comparação com o valor constante do auto de penhora e avaliação, sob pena de se fechar os olhos para a própria realidade, especialmente quando constam dos autos laudos técnicos que demonstram que o lance vitorioso não se mostra condizente com o valor de mercado do bem imóvel penhorado, transformando o processo de execução em instrumento mais do que profundamente gravoso para o devedor e de enriquecimento sem causa para o arrematante, o que não é razoável. Cito os seguintes arestos, de maneira a lastrear, por semelhança, meu entendimento sobre a matéria:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. BEM PENHORADO. NOVA AVALIAÇÃO. ART. 13, § 1º, DA LEI 6.830/80.

1. A regra insculpida no art. 13, § 1º, da Lei de Execuções Fiscais, tem por escopo assegurar a possibilidade de qualquer das partes impugnar o laudo de avaliação e, se impugnação houver, descreve o procedimento para que o juiz proceda nova avaliação dos bens penhorados. **No entanto, daí não se deve defluir esteja o juiz impedido de determinar, de ofício, tal providência, propugnando, dessa forma, para que “a execução se faça pelo modo menos gravoso para o devedor” Princípio da Economicidade CPC, art. 620, *in fine*.**

2. Dentre os poderes que o Código de Processo, artigos 125, I; 130, ambos c/c art. 598 confere ao juiz na direção do processo de execução, subsume-se o de

determinar atos instrutórios necessários para que a execução se processe de forma calibrada, justa, de modo a não impor desnecessários sacrifícios ao devedor. Daí a necessidade de se instruir corretamente o processo para que a alienação do bem penhorado alcance preço tanto quanto possível mais próximo do valor de mercado.

3. Dentre as razões que fizeram o legislador avultar os poderes de comando do juiz no processo de execução, está a de não permitir que na realização da praça se aceite o oferecimento de preço vil (CPC, art. 692). Quer o legislador, em última análise, que a execução se ultime sempre de forma justa.

4. Se o processo de conhecimento é instruído com o escopo de permitir que o juiz o encerre com a formulação da regra aplicável ao caso concreto, ou seja, profira a sentença, **o processo de execução, na modalidade por quantia certa, é instruído de modo a possibilitar a satisfação do direito do credor, o que se consegue com a alienação do patrimônio contristado, mas, frise-se, sempre pelo preço justo.**

5. No processo de execução, em face da incidência do princípio da responsabilidade patrimonial agasalhado pelo art. 591 do Código de Processo Civil, cabe ao juiz a tarefa indeclinável de adequar o débito à responsabilidade do executado, visto ser a execução nos dias atuais parcial, vale dizer, limita-se ao necessário e suficiente para satisfazer a obrigação. **Razão por que o valor do bem penhorado deve ser sempre corretamente aferido.**

6. Recurso especial a que se nega provimento. (Negritei) (STJ - REsp - RECURSO ESPECIAL - 71960 - Relator(a): Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA - Órgão julgador: SEGUNDA TURMA - DJ: 14/04/2003, página: 206 - Decisão: Unânime)

**ARREMATACÃO. PREÇO VIL. AINDA QUE BASTE AO PAGAMENTO DO DÉBITO DO EXECUTADO, NÃO SE HAVERÁ DE ACEITAR LANÇO QUE SE POSSA CONSIDERAR COMO VIL, POR ABSOLUTO DESCOMPASSO COM O VALOR REAL DO BEM.** (Negritei) (STJ - REsp - RECURSO ESPECIAL - 28325 - Relator(a): Min. EDUARDO RIBEIRO - Órgão julgador: TERCEIRA TURMA - DJ: 08/03/1993, página: 3116 - Decisão: Unânime)

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À ARREMATACÃO. PENHORA. IMÓVEL URBANO. PREÇO VIL. VALOR ATUALIZADO.

**1. O preço vil resulta da comparação entre o valor de mercado do bem penhorado e aquele da arrematação.**

**2. O lance vitorioso deve ser condizente com o valor de mercado do bem. Este, por sua vez, deve estar corretamente refletido na avaliação.**

3. Não havendo provas da ocorrência de erro na elaboração do laudo técnico, tendo este sido elaborado com os recursos técnicos disponíveis, não merece acolhimento a impugnação. (Negritei) (TRF 4ª REGIÃO - AC 2009 70990012985 - Relator(a): Desª. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER - Órgão julgador: QUARTA TURMA - DE: 29/03/2010 - Decisão: Unânime)

Desse modo, modifico o meu entendimento anterior, entendendo por caracterizada a nulidade da arrematação por franca afronta ao art. 620 do CPC.

Ante o exposto, dou provimento à apelação.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 440.525-SE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO  
Apelante: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SEÇÃO DE SERGIPE - OAB/SE  
Apelado: WELLINGTON DA MOTA PAIXÃO  
Advs./Procs.: DRS. KELLY CHRYSTIAN SILVA SANTANA E OUTRO (APTE.) E WILSON WYNNE DE OLIVA MOTA (APDO.)

***EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. PUNIÇÃO ANULADA POR SENTENÇA JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. ALEGAÇÃO DE OCOR-***

**RÊNCIA DE CULPA EXCLUSIVA OU CONCORRENTE DA VÍTIMA EM VIRTUDE DE O INTERESADO TER PERMANECIDO INERTE NO CURSO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. NÃO CONFIGURAÇÃO DA EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. RECONHECIMENTO APENAS DE CULPA CONCORRENTE. REDUÇÃO DO MONTANTE INDENIZATÓRIO. NECESSIDADE. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA.**

**- A prescrição da pretensão indenizatória não teve início com a imposição da punição disciplinar, datada de 22/12/1999, já que com o ajuizamento da “ação declaratória de nulidade de ato jurídico”, em 29/08/2001, houve a interrupção da prescrição na forma do art. 202, I, do CC/02, razão pela qual o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, aplicável a OAB por se tratar de autarquia federal sui generis, recomeçou a correr em 11/07/2005, data do trânsito em julgado da referida ação declaratória que reconheceu, em definitivo, a ilegalidade da penalidade sofrida pelo autor, pelo que deve ser afastada a ocorrência da prescrição em razão de a presente demanda ter sido proposta em 02/02/2007, ou seja, dentro do quinquênio legal. Rejeitada, pois, a preliminar de prescrição.**

**- O fato de o autor ora apelado ter permanecido inerte no curso do procedimento administrativo deflagrado contra ele não implica a configuração de culpa exclusiva da vítima a ensejar o rompimento do nexo de causalidade entre a conduta da OAB-SE e o dano moral sofrido pelo demandante em razão da suspensão indevida de seu direito ao exercício da advocacia, haja vista que a defesa em qualquer que seja a natureza do procedimento não se constitui uma obrigação, mas um direito, uma faculdade, além do que caberia a OAB-SE, antes da aplicação da punição, ter se certificado de que realmente teria sido o recorri-**

***do quem recebeu os alvarás nas reclamações trabalhistas em que atuara como advogado, sendo certo que tal questão não poderia ter escapado da instrução administrativa já que definitivamente o autor não estava ligado ao recebimento dos ditos alvarás, mesmo porque tais processos, por serem públicos, estavam à disposição da entidade de classe recorrente.***

***- Reconhecimento da concorrência de causas, eis que a inércia do autor em não trazer qualquer elemento para o processo administrativo contribuiu, de certo modo, para o implemento da punição, situação em que, como se sabe, não afasta o dever de reparar, mas implica a redução do montante indenizatório.***

***- Não há dúvidas de que a aplicação indevida da penalidade de suspensão do direito de advogar, posteriormente anulada pelo Judiciário mediante sentença passada em julgado, é fato plenamente capaz de causar danos morais, considerando-se, pois, em ato ilícito potencialmente danoso, eis que atinge a honra (subjéctiva/objéctiva) e a fama do profissional.***

***- Redução do montante indenizatório por danos morais de R\$ 40.000,00 para R\$ 20.000,00, eis que muito embora a suspensão da inscrição do autor nos quadros da OAB-SE tenha se dado por mais de 5 anos, deve ser levada em consideração a ocorrência de culpa concorrente do demandante.***

***- Apelação parcialmente provida.***

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 9 de novembro de 2010 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de apelação interposta pela OAB/SE - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, SECCIONAL DE SERGIPE, em sede de ação ordinária por danos morais ajuizada por WELLINGTON DA MOTA PAIXÃO em desfavor da entidade autárquica ora apelante, contra sentença que julgou procedente o pedido formulado para condenar a OAB/SE a pagar a quantia de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) a título de indenização por danos morais a favor do autor, acrescida de juros de mora a razão de 0,5% ao mês a partir do trânsito em julgado, e de correção monetária desde a aplicação da punição, mês a mês, com aplicação do percentual fixado para as cadernetas de poupança. Houve, ainda, a fixação de honorários advocatícios sucumbenciais no percentual de 10% sobre o valor da condenação.

O magistrado *a quo*, hoje eminente Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho, entendeu que não havia necessidade de se rediscutir as razões que levaram a OAB/SE a suspender a inscrição do demandante ora recorrido, eis que tal questão foi abordada no Processo de nº 2001.85.00.003829-2, já transitado em julgado, onde fora reconhecida a nulidade da pena de suspensão da inscrição do autor nos quadros da entidade ré, sob o fundamento de que *“não cabia ao autor prestar contas dos valores pagos judicialmente, seja porque havia substabelecido o mandato, seja porque não recebera os alvarás alusivos aos pagamentos das indenizações”*.

Entendeu, ainda, o douto sentenciante que o fato de o autor ter silenciado nas vias administrativas não era suficiente para se aplicar a punição sofrida por ele, mesmo porque a situação fática poderia ser analisada através do cotejo das reclamações trabalhistas que, por estarem nos arquivos da Justiça Federal, eram aces-

síveis por todos, podendo a OAB/SE averiguar quem realmente teria recebido os alvarás, razão pela qual afastou o argumento de que teria havido culpa do demandante, deixando claro que a demandada agiu com erro ao condená-lo.

Em suas razões de apelação, a OAB/SE, alega, preliminarmente, a prescrição da pretensão autoral. No mérito, sustenta, em síntese, a ocorrência de causa excludente de responsabilidade na modalidade culpa exclusiva da vítima, em razão de o autor ter permanecido inerte no curso de processo administrativo que ensejou a aplicação da pena de suspensão do exercício da advocacia pelo prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por tempo indeterminado até que efetivamente fosse cumprida a obrigação de prestação de contas, período em que o autor não trouxe qualquer alegação acerca da impossibilidade de cumprimento da obrigação.

Pleiteia, em atenção ao princípio da eventualidade, na hipótese de não ser este o entendimento desta Corte, que seja reconhecida a culpa concorrente e, subsidiariamente, que seja reduzido o *quantum* indenizatório.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Inicialmente, aprecio a preliminar de prescrição levantada pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Sergipe.

A prescrição da pretensão indenizatória não teve início com a imposição da punição disciplinar, datada de 22/12/1999 (fl. 147), como alega a apelante em suas razões recursais, já que com o ajuizamento da “*ação declaratória de nulidade de ato jurídico*”, em 29/08/2001, tombada sob nº 2001.85.00.003829-2, houve a interrupção da prescrição na forma do art. 202, I, do CC/02, razão pela qual o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, aplicável a OAB por se tratar de autarquia federal *sui generis*, recomeçou a correr em 11/07/2005 (fl. 29), data do trânsito em julgado da referida ação declaratória que reconheceu,



em definitivo, a ilegalidade da penalidade sofrida pelo autor, pelo que deve ser rejeitada a preliminar de prescrição em razão de a presente demanda ter sido proposta em 02/02/2007, ou seja, dentro do quinquênio legal.

No mesmo sentido, são os seguintes precedentes:

DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA DOS ADVOGADOS DO BRASIL. SEÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. LEIS 4.215/83 E 8.906/94. EXCLUSÃO DE ADVOGADO DOS QUADROS DA OAB. PRESCRIÇÃO. DECRETO Nº 20.910/32. INCIDÊNCIA.

1. Hipótese de exclusão de advogado dos quadros da OAB, em face de o mesmo ter sido condenado pela prática do crime previsto no artigo 213, na forma continuada, nos termos do artigo 226, incisos I e II, do Código Penal, tendo sido condenado à pena de sete anos, três meses e quinze dias, sob regime de reclusão.

2. Afastadas todas as questões preliminares arguidas.

3. Quanto à prescrição, trata-se de questão antecedente de mérito que, como sabido, pressupõe um direito não exercido dentro de certo lapso temporal, tendo como consequência a extinção da ação, com resolução do mérito.

4. Com relação à Fazenda Pública, o Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, no seu artigo 1º, dispõe que as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra as Fazendas federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em 5 (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originaram.

5. A regra acima mencionada é de aplicação no caso dos autos, pois, a Ordem dos Advogados do Brasil tem natureza jurídica de autarquia *sui generis*, enquadrando-se no conceito de Fazenda Pública, como restou consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento da ADIN nº 1.717/DF. (...) 10. Prescrição reconhecida, conforme precedentes do STF e do STJ. 11. Remessa oficial a que se dá provimento e apelação a que se dá parcial provimento. (TRF 3ª, AC 817209, Des. Fed. Valdeci dos Santos, Turma Suplementar da Segunda Seção, DJF3 Data: 24/07/2008).

AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. LUCROS CES-  
SANTES. SUSPENSÃO/LIMITAÇÃO DO EXERCÍCIO  
PROFISSIONAL. ATO ILÍCITO. PRESCRIÇÃO.

- Em sendo o presente pedido de indenização decorrente de ato ilícito, passaria a correr o prazo prescricional de quando tal atitude foi definitivamente considerada irregular, no caso, quando do trânsito em julgado da sentença mandamental, em 23/11/95 (julgamento do apelo, por esta Corte), incorrendo a prescrição apontada.

- A pena de supressão, assim como a de restrição, da possibilidade profissional de uma pessoa desvela-se em verdadeira *capitis diminutio* social, devendo apenas ser aplicadas em escorreita consonância com as possibilidades e formas previstas em lei. No presente caso não o foram, consoante decisões judiciais insuscetíveis de revisão por esta Instância. Em face de tais elementos, tenho como configurado o abalo moral sofrido pelo autor, este diretamente ligado às atitudes do conselho-réu.

- No que tange à compensação financeira estipulada, andou bem o Juízo *a quo* ao aplicar a teoria do desestímulo, tentando a profilaxia quanto a novas agressões.

- Em sendo o trabalho a única fonte de renda do autor (nada nos autos indica o contrário), entendo caber a presunção da ocorrência de prejuízo material, seja no tempo em que vigeu a limitação (que impôs ao profissional trabalhar aquém de sua capacidade), seja, *a fortiori*, enquanto perdurou a suspensão do exercício profissional.

- Mesmo sendo uma compensação mitigada em relação ao que poderia o autor ter auferido, presta-se o piso salarial da categoria de engenheiro como parâmetro para se aferir o dano patrimonial. (TRF 4ª, AC 200004010749690, Rel. Des. Fed. Edgard Antônio Lippmann Júnior, 4ª Turma, DJ: 20/09/2000, página: 317)

No mérito, cumpre esclarecer que não há controvérsia acerca da qualificação jurídica do fato vivenciado pelo autor como capaz de ensejar danos morais, mas sim em verificar se o fato de o autor ter permanecido inerte no curso do procedimento administrativo que culminou a aplicação da penalidade de suspensão de sua inscrição nos quadros da OAB/SE, posteriormente anulada por sentença judicial transitada em julgado, se constitui ou não em causa excludente da responsabilidade civil na modalidade culpa exclusi-

va da vítima a ensejar o rompimento do nexo de causalidade entre a conduta da Ordem dos Advogados – Seccional de Sergipe e o dano moral sofrido pelo demandante em razão da suspensão indevida de seu direito ao exercício da advocacia.

Antes de tudo, é de se ressaltar que em se tratando de ação indenizatória por danos morais decorrente da aplicação de punição declarada nula pelo Poder Judiciário, inclusive com decisão já acobertada pelo manto da coisa julgada, não cabe mais aqui discutir os motivos pelos quais levaram a OAB/SE a efetuar a suspensão da inscrição do demandante, mas, tão somente, averiguar se o autor deu causa ou se contribuiu para a ocorrência do evento danoso.

O fato é que foi reconhecida judicialmente a nulidade da punição sofrida pelo ora recorrido, já que nos autos da ação declaratória de nº 2001.85.00.003829-2 restou consignado que *“não cabia ao autor prestar contas dos valores pagos judicialmente, seja porque havia substabelecido o mandato, seja porque não recebera os alvarás alusivos aos pagamentos das indenizações”*, conforme se lê na sentença de fls. 21/23, ratificada, no mérito, pelo acórdão de fl. 28, com trânsito em julgado em 11/07/2005, à fl. 29.

No que se refere à alegação de que teria ocorrido fato exclusivo da vítima em razão de o autor ter permanecido inerte em face da instauração do procedimento disciplinar instaurado contra si pela OAB/SE, entendo que o comportamento do demandante, por si só, não deu causa à ocorrência do evento danoso nem tampouco contribuiu para a sua configuração, já que independentemente do silêncio do autor deveria a parte ré, como constou da sentença à fl. 601, *“ter se debruçado sobre todas as reclamações julgadas procedentes, para cotejar o recebimento dos alvarás, um por um, quem os recebeu e a que reclamante se destinava a indenização, para, ouvido cada reclamante a fim de confirmar ou não o recebimento, poder emitir, afinal, a decisão de condenação ou absolvição”*, considerando que tais processos se encontravam e permanecem nos arquivos da Justiça Federal à disposição de quaisquer interessados.

Na verdade, se de um lado não caberia a OAB provar a inocência do autor, como afirmado nas razões recursais, caberia a

mesma entidade de classe, antes de aplicar a dita penalidade, ter se certificado de que realmente teria sido o apelado quem recebeu os aludidos alvarás, mediante análise minuciosa das reclamações trabalhistas a que se reportava a peça de representação da diocese de Propriá e do Sindicato dos Trabalhadores Rurais, para, em seguida, caso houvesse comprovação, passar a condenar o autor através da aplicação da sanção cabível.

Com efeito, não se pode dizer que a inércia do autor é causa exclusiva para a sua condenação em processo disciplinar, já que a defesa em qualquer que seja a natureza do procedimento não se constitui um dever, mas um direito, uma faculdade. No caso dos autos, a OAB/SE ao aplicar ao recorrido a punição de suspensão do exercício da advocacia, sem averiguar os documentos contidos nas reclamatórias trabalhistas, afastou-se do dever de diligência e de cuidado na realização da instrução administrativa, haja vista que definitivamente o recorrido não estava ligado ao recebimento dos alvarás, razão pela qual não há como reconhecer a ocorrência de culpa exclusiva, devendo, pois, a autarquia federal responder objetivamente pelo erro na condenação do autor.

No entanto, é de se reconhecer que houve uma concorrência de culpas, à medida que a inércia do autor em não trazer qualquer elemento para o processo administrativo contribuiu para o implemento da punição, situação em que, como se sabe, não afasta o dever de reparar, mas implica a redução do montante indenizatório.

Assim sendo, não há dúvidas de que a aplicação da penalidade de suspensão do direito de advogar, posteriormente anulada pelo Judiciário, é fato plenamente capaz de causar danos morais, considerando-se, pois, em ato ilícito potencialmente danoso, eis que atinge a honra (subjetiva/objetiva) e a fama do profissional.

Quanto à fixação do valor da indenização, deve ela ser lastreada em dois parâmetros básicos, quais sejam, a potencialidade danosa do ato e a idoneidade financeira do agente. Na hipótese, em que pese o douto magistrado ter fixado o valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) a título de indenização por danos morais, entendendo que a referida quantia se encontra um pouco excessiva, eis que muito embora a suspensão da inscrição do autor nos quadros

da OAB-SE tenha se dado por mais de 5 (cinco) anos – de 22/12/1999 a 11/07/2005 –, deve ser levada em consideração que, de certo modo, o demandante contribuiu para a ocorrência do evento danoso, motivo pela qual reduzo o montante indenizatório a título de danos morais para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

No mesmo sentido, cito o seguinte precedente do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OAB. IR-REGULAR APLICAÇÃO DE PENALIDADE DISCIPLINAR A ADVOGADO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADA. VALOR EXORBITANTE E DESPROPORCIONAL. REVISÃO. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

1. O dissídio jurisprudencial, fundado na letra *c* do permissivo constitucional, foi devidamente comprovado e demonstrado, nos termos exigidos pelos arts. 541, parágrafo único, do CPC, e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ. 2. O recorrido, na condição de advogado, sofreu irregular aplicação de penalidade disciplinar (suspensão do exercício profissional por 120 dias) aplicada pela recorrente. O Tribunal *a quo*, diante disso, condenou a recorrente ao pagamento de indenização por danos morais fixada em R\$ 150.000,00, acrescida de juros e correção monetária.

3. O STJ consolidou entendimento no sentido de que é possível revisar o valor da indenização por danos morais quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem que isso implique reexame dos aspectos fáticos da lide.

4. Na hipótese, considerando as circunstâncias do caso, as condições econômicas das partes e a finalidade da reparação, a indenização de R\$ 150.000,00, equivalente a quinhentos salários mínimos, é manifestamente exorbitante e desproporcional à ofensa sofrida pelo recorrido, devendo, portanto, ser reduzida para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

5. A indenização por dano moral deve ter conteúdo didático, de modo a coibir a reincidência do causador do dano, sem, contudo, proporcionar enriquecimento sem causa à vítima.

6. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 739102/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, STJ, 1ª Turma, 07/11/2005)

Sobre o montante indenizatório, deverão incidir correção monetária na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal e juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês, a contar do evento danoso (Súmula nº 54 do STJ), até o advento do atual Código Civil a partir de onde deverá ser aplicado o percentual de 1% (um por cento) ao mês. Entretanto, após a entrada em vigor da Lei nº 11.960, de 29/06/09, deverá ser aplicado o percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, previsto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.

Honorários advocatícios sucumbenciais mantidos no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação para reduzir a indenização por danos morais de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 472.678-PE**

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CRISTINA GARCEZ (CONVOCADA)  
Apelante: CARLOS ALBERTO PESSOA DE FIGUEIREDO  
Apelados: UNIÃO E CONSELHO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO - CNPQ  
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO  
Advs./Procs.: DRS. PATRÍCIA SANTA CRUZ DE OLIVEIRA E OUTROS (APTE.)

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE BOLSA DE ESTUDOS NO EXTERIOR. OBRIGAÇÕES DO BENEFICIÁRIO PREVIAMENTE DEFINIDAS EM ATO NORMATIVO EDITADO PELO CNPQ.**

**- Não é nula a sentença em razão do julgamento antecipado da lide, quando não há necessidade**

**de dilação probatória em audiência, seja em razão do farto arcabouço documental a permitir o enfrentamento dos pontos controvertidos, como por versar a lide matéria eminentemente de direito. Inteligência do inciso I do art. 330 do CPC.**

**- A União é parte legítima para figurar na lide em que se pretende a declaração de inexistência de dívida imputada pelo Tribunal de Contas da União.**

**- Conselho Nacional de Pesquisa e Desenvolvimento Tecnológico - CNPq. Concessão de bolsa para doutoramento no exterior.**

**- Obrigação de retorno do beneficiário ao País, após a conclusão dos estudos, e sua permanência por período, no mínimo, igual ao da duração da bolsa, exercendo atividades ligadas aos estudos realizados.**

**- Legalidade das exigências contidas na Instrução Normativa do CNPq.**

**- Precedente do Supremo Tribunal Federal (MS 24.519/DF, Pleno, Relator Ministro Eros Grau, unânime, DJ 2/12/2005).**

**- Descumprimento das obrigações pelo bolsista. Responsabilidade pela restituição dos recursos públicos nele investidos.**

**- Apelo do autor parcialmente provido, apenas para manter a União no polo passivo da demanda. Agravo retido prejudicado.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação do autor e julgar prejudicado o agravo retido, nos termos do voto da Relatora, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

DESEMBARGADORA FEDERAL CRISTINA GARCEZ - Relatora Convocada

## RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CRISTINA GARCEZ (Convocada):

Trata-se de apelação interposta por Carlos Alberto Pessoa de Figueiredo, objetivando a reforma da sentença de fls. 716/728, que julgou improcedentes os pedidos de “declaração de inexistência de obrigação jurídica de retorno ao Brasil e de ressarcimento das despesas oriundas de bolsa de estudos de doutoramento realizado nos Estados Unidos, objeto da Tomada de Contas/especial do TCU 018.182/2002-8, ou sucessivamente, a declaração de inexistência de obrigação jurídica de ressarcimento das parcelas dessa bolsa relativas aos anos anteriores à assinatura do termo de compromisso (26/10/93), data em que se consumou o liame obrigacional entre o autor e o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico - CNPq” (fl.716).

Preliminarmente, ratifica os termos do agravo retido interposto em face da decisão de fls. 388/394, que negou o pedido de liminar para suspender a exigibilidade e conseqüente cobrança do crédito objeto do Processo nº 018.182/2002-8 do TCU, referente à Tomada de Contas Especial proposta pelo CNPq, bem como para evitar a inscrição do nome do recorrente no CADIN.

Ainda em sede de preliminar, sustenta a legitimidade passiva da União para a causa, pugnano por sua reinserção no pólo passivo da lide.

Argui a nulidade da sentença, em razão da MM. Magistrada haver procedido ao julgamento antecipado da lide, a despeito de o apelante haver propugnado pela produção de prova oral para provar os seguintes fatos: a) não ter o conhecimento da obrigação de retorno ao país de origem, quando anuiu com o recebimento da bolsa de estudos; b) que a duração média do curso de doutorado é de seis anos e meio, e não de quatro anos como imposto pelo CNPq.

No mérito, sustenta que a mora no cumprimento de suas obrigações se deu de forma involuntária, por motivos de força maior assim delineados:



1. O valor da bolsa de estudos oferecida pelo CNPq se mostrou insuficiente para seu sustento e de sua família, composta por cinco pessoas. Esse fato, aliado aos atrasos no pagamento das taxas escolares de responsabilidade do CNPq, contribuiu para o atraso em sua produção intelectual.
2. Tentou inúmeras vezes a prorrogação do prazo de concessão da bolsa, sem obter êxito, entretanto. Tal fato motivou sua permanência no exterior para conclusão do curso, com recursos próprios.

Realça que não se mostra razoável ou proporcional a exigência de seu retorno ao Brasil e de toda a sua família, onde não há garantia de emprego, máxime em se considerando que a esposa trabalha há anos no Banco Mundial e as filhas cursam universidade. Cita em seu prola a garantia da unidade familiar estabelecida no art. 226 da Constituição Federal.

Ainda nessa linha, aduz o flagrante descabimento da obrigação de retorno ao País, “uma vez que na era digital e da globalização torna-se perfeitamente possível a contrapartida de seus conhecimentos acadêmicos angariados com o curso em comento, sem a necessidade de retorno do apelante ao Brasil” (*sic* fl. 739).

Acresce que foi coagido assinar o Termo de Compromisso de fls. como condição para recebimento da bolsa de estudos, isso um ano e meio após ter-se instalado nos Estados Unidos, tornando, no mínimo, insubsistente a cobrança das parcelas anteriores a tal assinatura, quais sejam: 11/08/1992, 16/11/1992, 10/02/1993, 04/03/1993, 10/05/1993 e 12/08/1993.

Recebida a apelação no duplo efeito (fl.751), a União ofereceu contrarrazões às fls. 761/781 reafirmando sua ilegitimidade passiva para a causa e pugnando pela manutenção da sentença.

O CNPq também contra-arrazoou o recurso (fls. 796/804), alegando, em síntese, que o apelante assinou Termo de Compromisso, em 23 de fevereiro de 1990, anuindo com as normas gerais para a concessão da bolsa, bem como assumindo o compromisso de cumpri-las. Não obstante, não cumpriu nenhuma das obrigações assumidas.

Acresce que os recursos liberados seguem regulamentos próprios, “visando á escoreita aplicação do dinheiro público em pro do desenvolvimento do País ou o ressarcimento dos valores no caso de não atendimento das obrigações pactuadas” (fl. 799). Assim, o que se está a cobrar do bolsista não é multa ou penalidade, mas tão somente a devolução ao País dos recursos despendidos com seu aperfeiçoamento, que em nada aproveitou a Nação Brasileira.

É o relatório.

## **VOTO**

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CRISTINA GARCEZ (Relatora Convocada):

### **DO AGRAVO RETIDO**

A apreciação do Agravo Retido se confunde com o mérito.

### **DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO**

A sentença hostilizada excluiu a União do polo passivo, ao fundamento de que a relação jurídica deduzida consiste no vínculo estatutário mantido entre o autor e o CNPq, por meio do qual foi possível a realização de doutorado no exterior, não existindo nenhum liame com a União.

Nesse ponto, entendo que merece reforma a sentença. É que uma das pretensões deduzidas em juízo objetiva a declaração de inexistência de obrigação de pagar débito imputado ao apelante pelo Tribunal de Contas da União, que formou contra este título executivo extrajudicial, já em fase de cobrança, através de execução em trâmite na mesma Vara. Objetiva, ainda, o apelante a anulação do lançamento desse crédito, conforme se lê, textualmente, a partir da fl. 03 da petição inicial.

Tanto é assim, que a própria Magistrada, ao afastar a arguição de impossibilidade jurídica do pedido pelo CNPq, sob o argumento de insindicabilidade pelo Poder Judiciário do mérito administrativo contido no acórdão do TCU, afirma que o controle judicial que fará da referida decisão será limitado ao exame dos motivos, da finalidade e da causa do ato, louvando-se na doutrina de Celso Antonio Bandeira de Melo e julgado desta Corte, tudo em respeito ao princípio da independência das funções estatais.

Ora, se a pretensão deduzida, em sendo acolhida, tem a consequência de desconstituir o Acórdão da Corte de Contas, deve a União integrar a lide, na condição de litisconsorte passiva necessária, uma vez que o TCU, enquanto órgão de controle externo, não detém personalidade jurídica própria.

Isso posto, voto pelo acolhimento da preliminar para manter a União no polo passivo da lide.

### **DA NULIDADE DA SENTENÇA**

Sustenta o apelante que a sentença é nula por não ter aberto a possibilidade de dilação probatória para fazer prova dos seguintes fatos:

- a) não tinha conhecimento da obrigação de retorno ao país de origem, quando anuiu com o recebimento da bolsa de estudos;
- b) a duração média do curso de doutorado é de seis anos e meio, e não de quatro anos como imposto pelo CNPq, tornando o cumprimento da obrigação inexecutável.

Realmente a MM. Juíza procedeu ao julgamento antecipado da lide. Esse fato, no entanto, não acarretou nenhum cerceamento ao direito de defesa do apelante, tendo em conta que, versando a controvérsia sobre matéria eminentemente de direito e havendo nos autos farto arcabouço documental, não se mostrava útil ou necessária a dilação probatória para colheita de prova oral genericamente requerida na inicial. Atendeu, pois, ao comando legal contido no art. 330, inc. I, do Código de Processo Civil.<sup>1</sup>

Ademais, em tema de nulidade processual impera o princípio de que não se há de declará-la se dela não sobreveio nenhum prejuízo para as partes litigantes. É o que se dá no caso em tela, em que o conjunto probatório é formado pelo inteiro teor do proce-

---

<sup>1</sup> Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, **não houver necessidade de produzir prova em audiência.** (Realcei)

dimento administrativo de Tomada de Contas Especial, onde garantida a amplitude de defesa ao apelante, em todas as suas fases; documento esse produzido pelo próprio autor, que também trouxe aos autos outros documentos, inclusive em língua inglesa vertidos para o português, tudo a permitir o exame dos pontos controvertidos na demanda.

Por fim, é de se destacar que o apelante não se desincumbiu do ônus processual de identificar onde reside o alegado prejuízo. Nem poderia, posto que, na verdade, inexistente, haja vista que, no que atine à necessidade de provar que não tinha prévio conhecimento da necessidade de retornar ao País de origem, quando anuiu com o recebimento da bolsa de estudos, além de haver prova documental suficiente a receber a valoração que merecer no enfrentamento desse ponto, o fato a ser demonstrado através da prova oral perde relevância quando o próprio apelante confessa na petição inicial (fl. 7 dos autos), que se encontra estabelecido nos Estados Unidos da América há **14 (quatorze) anos e pretende o aval judicial para lá permanecer permanentemente, sem que, com isso, tenha que ressarcir aos cofres públicos os investimentos que foram feitos pelo Estado em sua qualificação**, invocando para tanto a proteção constitucional da manutenção da unidade familiar. Em suma, não há nenhuma margem à dúvida de que o apelante não pretende voltar para seu País de origem. Na verdade, esse é um dos objetos da pretensão por ele deduzida em juízo: obter a declaração de inexistência de obrigação jurídica de retornar ao Brasil, para exercer atividades ligadas aos estudos realizados, ao argumento de que a exigência imposta se encontra caduca.

No que atine à produção de prova oral de que a duração média do curso de doutorado é de seis anos e meio, e não de quatro anos, também se mostra destituída de valia para o deslinde do feito, uma vez que o próprio CNPq anuiu com o pedido de prorrogação do prazo de conclusão do curso, apenas ressalvando que o apoio financeiro, segundo as normas previamente estabelecidas, não ultrapassaria os 48 meses adrede estabelecidos.

Voto, portanto, pela rejeição da preliminar.

## MÉRITO

O apelante obteve junto ao CNPq, em 1992, uma bolsa para realização de doutorado na George Washington University, em Washington, D.C., EUA, por um período de 48 meses, com possibilidade de duas renovações de 12 meses, cada (fl. 67 – Resolução Normativa do CNPq RN-036/91, item 4.5.3).

A mesma resolução impunha ao apelante, entre outras obrigações, no item 7.4, a de retornar ao Brasil, até 90 (noventa) dias após o encerramento das atividades relacionadas com a bolsa.

Desde 1992, e mesmo após a obtenção da titulação, no ano de 2003, o apelante continua estabelecido nos EUA, sem qualquer pretensão de retorno ao Brasil, ao tempo em que se insurge contra a cobrança dos recursos públicos que foram investidos em seu aperfeiçoamento, alegando desconhecimento da regra que lhe impunha o retorno ao País para aqui aplicar os conhecimentos adquiridos.

Aduz, ainda, que não se mostra razoável tal imposição, tendo em conta que ele, mulher e filhos se encontram com a vida estruturada no exterior, salientando que a esposa trabalha para o Banco Mundial há mais de dois anos e duas de suas filhas cursam universidade, de sorte que não podem trocar essa situação de bem-estar social por uma volta ao País, sem qualquer garantia de empregabilidade.

É, de fato, surpreendente, o caso trazido a julgamento.

A uma, porque quando o apelante solicitou a bolsa de estudos junto ao CNPq, **no dia 23 de fevereiro de 1990**, ou seja, quase dois anos antes de se mudar com a família para os EUA, e dois anos e 8 meses após assinar o contestado Termo de Compromisso de fls. 84 e verso, **declarou expressamente conhecer e concordar, para todos os efeitos e consequências de direito, com as normas gerais para a concessão de Bolsa no Exterior, fixadas pelo CNPq, assumindo o compromisso de cumpri-las, dedicando-se em tempo integral e exclusivamente às atividades do curso**, conforme se vê textualmente das folhas 63 e verso.

Sendo assim, não poderia alegar o desconhecimento das normas que regem a concessão de bolsa no exterior, fato também que não se mostra verossímil partindo de candidato a vaga em curso de doutoramento e cujas regras são amplamente conhecidas no mundo acadêmico, máxime quando apenas veio alegar o fato após a constituição da dívida em seu desfavor.

A duas, porque parece que o apelante esquece que não recebeu bolsa graciosa, mas com encargos.

O País investiu recursos públicos em seu aperfeiçoamento, através da sua agência de fomento científico e tecnológico, objetivando com isso obter um retorno social desse investimento em nosso território.

Assim, se pretende permanecer domiciliado nos EUA, onde tem aplicado todo o conhecimento adquirido, o que, frize-se, não lhe está sendo vedado pelas rés, em consonância com o direito individual de locomoção constitucionalmente garantido, deve devolver aos cofres públicos todo o montante nele investido, acrescido dos consectários legais.

Com inteira razão o CNPq, ao afirmar em suas contrarrazões que:

**O que se cobra do ex-bolsista, não é multa, ou penalidade, se exige tão somente que devolva ao País o valor que foi despendido com seus estudos e que em nada aproveitou a Nação Brasileira. O que ocorre, na verdade, é que o autor se tornou mão-de-obra extremamente qualificada servindo e enriquecendo a economia de outro País.**

(...)

**Se tal atitude for albergada, ou seja, se esse juízo permitir que não seja cobrado o que nele fora investido, abrir-se-á precedente preocupante a par de destruir a função institucional deste Conselho, eis que se começasse a vingar tal atitude, o investimento seria inócuo, trazendo apenas prejuízo para o País. (fls. 799/800) – destaquei.**

No mais, tenho como irrepreensível a sentença vergastada, pois bem examinou todos os pontos da causa, valendo-se de mui-

to bom senso e ponderação na aplicação das normas pertinentes à espécie que, no que interessa ao enfrentamento do recurso, traz a seguinte fundamentação:

No que interessa, eis o teor da Resolução Normativa 036-91 do CNPq:

#### 7. CONDIÇÕES E OBRIGAÇÕES DO BOLSISTA

7.1 - Dedicar-se integral e exclusivamente às atividades previstas no programa do curso ou atividade na instituição de destino, durante a vigência da bolsa.

7.2 - Comprovar no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, a contar da data de início da bolsa, sua matrícula no curso ou o início das atividades.

7.3 - Ressarcir, em valores atualizados, o correspondente aos benefícios da bolsa já recebidos nas seguintes situações:

a) caso não comprove sua matrícula no curso ou início das atividades, dentro do prazo mencionado no item 7.2;

b) interrupção de seus estudos, ressalvadas as situações de caso fortuito ou de força maior, devidamente comprovadas e reconhecidas pelo CNPq;

c) não sendo efetivado o retorno ao País dentro do prazo estipulado;

d) acumular bolsa no âmbito do CNPq, ou com as de quaisquer outras agências nacionais;

e) servidor público que licenciar-se (sic) para tratar de interesse particular, bem como pedir exoneração ou dispensa do cargo ou emprego, antes de decorrido o prazo de 2 (dois) anos, contado a partir do seu retorno ao Brasil.

7.4 - Retornar ao Brasil, até 90 (noventa) dias após o encerramento das atividades relacionadas com a bolsa. A partir da data o retorno, terá o prazo de 30 (trinta) dias para comunicar seu regresso, e, ainda, prestar outras informações que lhe forem solicitadas pelo CNPq.

7.5 - O bolsista somente será considerado com seus deveres quitados para com o CNPq, quando tiver apresentado a seguinte documentação:

a) relatórios técnicos;

b) comprovante de conclusão do plano proposto, a ser fornecido pela instituição de realização do curso ou atividade técnico-científica;

c) exemplar da tese;

d) declaração da instituição de origem comprovando o cumprimento de eventuais compromissos ou qualquer contrapartida para com as mesmas. (...)

Em se tratando de doutoramento, a duração do curso era de: “um período de 48 (quarenta e oito) meses, com a concessão inicial de 24 (vinte e quatro) meses. Mediante avaliação, poderão ser concedidas 02 (duas) renovações de 12 (doze) meses cada”, segundo cláusula 4.5.3.

Analisando a situação concreta, constata-se que o autor descumpru todas as suas obrigações.

**Primeiro**, tinha o prazo de 4 anos para, como bolsista, terminar o doutorado. Aqui não importa a alegação de que a média de duração do curso era de 6,5 anos, porquanto, além de não comprovado, o compromisso assumido pelo bolsista foi de se afastar de suas obrigações de trabalho e se dedicar exclusivamente a seus estudos para concluí-lo em 4 anos, não havendo previsão normativa de estendê-lo ao bel prazer do aluno bolsista. A deliberação acerca do curso no exterior deve passar também pela possibilidade de o aluno atendê-lo dentro do prazo exigido, a não ser que queira arcar com os custos da titularização.

De outro lado, a alegação de descumprimento do contrato por parte do CNPq não encontra amparo. O fim do curso deveria ocorrer em 1996, já que iniciou os estudos em setembro de 1992, mas só veio a comprovar a conclusão do curso em 2003, com a defesa da tese. Sob essa ótica, percebe-se que foi legítima a atitude do CNPq de parar de pagar a bolsa no ano de 1996, já que era o prazo máximo exigido. Ademais, mesmo que algumas taxas escolares, como a de ago/93, não tenham sido pagas tempestivamente, a Universidade não o descredenciou do curso, pelo menos não houve prova desse fato, razão porque não merece crédito a alegação de que esses atrasos teriam desviado o aluno da sua produção intelectual. Outrossim, o valor da bolsa não pode ser justificativa para o descumprimento do contrato, pois quando deixou o país presume-se que o autor deliberou acerca da possibilidade de se manter com o montante e, se não o fez, assumiu o risco de sua escolha, não podendo agora servir de alegação um suposto descumprimento do CNPq. Ressalte-se que se a demora na conclusão do curso foi causada pela necessidade de redirecionamento da pesquisa para matéria que tivesse a ver com as exigências do novo empregador, o que ocorreu segundo o autor alega em virtude da



falta de pagamento da bolsa em 1996, tal óbice ocorreu por exclusiva responsabilidade do autor, não podendo ser a conduta imputada ao programa de estudos.

**Segundo**, possuía a obrigação normatizada e contratualmente assumida de regressar no país para nele permanecer pelo mesmo tempo de 4 anos utilizados para o curso. Até o momento não retornou ao Brasil e, como alega que sua esposa já está empregada e 2 de suas filhas estão cursando universidade, constata-se claramente que não tem interesse de regresso. Na verdade, o descumprimento das regras da bolsa do CNPq importa apenas no ressarcimento dos valores pagos em prol do estudante. Por essa razão é que a obrigação de retorno e permanência é imposta apenas para que o estudante seja desobrigado do pagamento. Mesmo porque a liberdade de locomoção é direito garantido constitucionalmente, contra o qual se prevê inclusive o *habeas corpus* para corrigir eventual violação. É dizer, o bolsista é livre para permanecer no país onde cursou, muito embora esteja obrigado ao ressarcimento das despesas que o país teve com ele e que não reverterá em benefício direto do interesse público. Sob essa ótica é que não procede a alegação de que os conhecimentos do autor serão atribuídos ao Brasil independentemente de sua residência. Afinal, vige no Direito Administrativo os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público, de modo que antes de atender ao interesse individual do autor e de sua família, que já fizeram elos de ligação com o exterior, impõe-se observância às regras de financiamento do ensino complementar que têm por fim assegurar o refluxo do dinheiro investido em proveito da própria comunidade. Aliás, seria uma incongruência dispensar o pagamento dos gastos feitos com o autor em um doutorado no Estados Unidos, quando um sem número de jovens carecem sequer da conclusão do ensino médio neste país.

Descumpridas as normas do financiamento estudantil, impõe-se o ressarcimento dos valores, sem que se possa alegar desconhecimento da sanção de restituição dos valores pagos em caso de desatendimento das normas do programa. Importante o registro de decisão do Supremo Tribunal Federal que valida tal sancionamento do programa, a saber:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. AFASTAMENTO DE OUTROS

PRECEITOS LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE. CONSTITUCIONAL. AUTONOMIA DAS INSTITUIÇÕES DE PESQUISA CIENTÍFICA E TECNOLÓGICA (ART. 207, CAPUTE § 2º DA CB/88). LEGITIMIDADE DE SUAS RESOLUÇÕES. FUNÇÃO REGULAMENTAR. OBRIGAÇÃO DE RETORNO DO BENEFICIÁRIO DE BOLSA DE ESTUDOS NO EXTERIOR COM FINANCIAMENTO PÚBLICO IMEDIATAMENTE APÓS O PERÍODO DE CONCESSÃO. REGRESSO APÓS ONZE ANOS. AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE DE RESSARCIMENTO DO ERÁRIO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Embora caiba ao Tribunal de Contas da União a elaboração de seu regimento interno (art. 1º, X, da Lei nº 8.443/92), os procedimentos nele estabelecidos não afastam a aplicação dos preceitos legais referentes ao processo administrativo, notadamente a garantia processual prevista no art. 3º, III, da Lei 9.784/99. Precedentes (MS nº 23.550, Relator para o acórdão o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, *DJ* 31.10.2001).

**2. O beneficiário de bolsa de estudos no exterior, às expensas do Poder Público, não pode alegar o desconhecimento de obrigação prevista em ato normativo do órgão provedor.**

3. A legitimidade das resoluções do CNPq, bem como das demais instituições de pesquisa científica e tecnológica decorre da autonomia conferida pelo art. 207, *caput* e § 2º, da Constituição do Brasil.

4. O retorno do impetrante ao Brasil onze anos após o encerramento do benefício não afasta – ante a existência de preceito regulamentar que determinava o regresso imediatamente após o término do período de concessão da bolsa, sob pena de devolução integral dos valores recebidos – sua responsabilidade pelo ressarcimento do erário.

5. Segurança denegada.

(MS 24.519/DF, Pleno, Rel. Min. Eros Grau, unânime, *DJ* 2/12/05) – destacou-se.

Também assim o TRF da 1ª Região:

ADMINISTRATIVO. CNPQ. BOLSA DE ESTUDOS. CURSO DE DOUTORADO REALIZADO NO EXTERIOR. OBRIGAÇÃO DO ESTUDANTE DE RETORNAR AO PAÍS AO FINAL DO CURSO. NÃO-CUMPRIMENTO.

## DEVOLUÇÃO DOS RECURSOS DESPENDIDOS.

**1. A concessão de bolsa de estudos no exterior pelo CNPq, para a realização de curso de especialização profissional, tem como finalidade proporcionar ao bolsista o aprofundamento de seus conhecimentos e a sua posterior utilização nas atividades de pesquisa e desenvolvimento da ciência e da tecnologia do País.**

**2. a Resolução Normativa do CNPq nº 005/87, então vigente à época da concessão da bolsa, previa expressamente o retorno do bolsista ao País após o término do curso, sob pena de devolução dos recursos investidos. As normas internas de um órgão federal, ao serem publicadas em boletins internos, vinculam a todos no âmbito da instituição, não sendo necessária sua publicação nos órgãos oficiais (Decreto nº 96.671/88). Precedente desta Corte. Além disso, o impetrante sujeitou-se, a tais normas, pelos instrumentos de fls. 16-17 e 48-49.**

**3. Não tendo o impetrante cumprido as exigências constantes dos termos de compromisso e dos aludidos instrumentos, ao não retornar ao País, a hipótese é de denegação da ordem.**

4. Apelação do CNPq provida.

5. Apelação do impetrante improvida.

6. Remessa oficial prejudicada.

(AMS 2000.34.00.012100-8DF, 5ª Turma, Rel. Juiz Convocado Manoel José Ferreira Nunes, *DJ* 28/6/05) - destacou-se.

Aliás, essa é a razão pela qual não procede a pretensão do autor de diminuir o montante devido. Se o autor não pode alegar desconhecimento dos normativos que regeram a concessão de seu financiamento, o pagamento há de se fazer por inteiro e não apenas a partir da assinatura do termo de compromisso.

Não sendo espontaneamente pago o valor devido, seja na oportunidade administrativa concedida pelo CNPq, seja pela agora apresentada pelo TCU, a Administração Pública torna-se habilitada a executar pelas formas legais, quais sejam a execução do título extrajudicial consistente na decisão do TCU ou a inscrição em dívida ativa para execução sob as

regras da Lei 6.830/80.

Pelo exposto, dou parcial provimento à apelação do autor, apenas para manter a União no polo passivo da demanda. Julgo prejudicado o agravo retido.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 498.028-SE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Apelados: SERGIPENET INFORMÁTICA LTDA., GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A, UNIVERSO ONLINE S/A, INTERDOTNET DO BRASIL LTDA., TELEMAR NORTE LESTE S/A, MICROECIA.NET INFORMÁTICA LTDA., AOL BRASIL E OUTROS, INTERNET GROUP DO BRASIL LTDA., TERRA NETWORKS BRASIL S/A, INFONET, AMERICA ONLINE BRASIL, SUPERIG E ANATEL - AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES

Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Advs./Procs.: DRS. GILSON LUIS SOUSA DE ARAÚJO E OUTROS (1º APDO.), RENATA VIEIRA MENEZES DE CARVALHO E OUTROS (2º APDO.), ARIANNE BASTOS NASCIMENTO DE CAMPOS E OUTROS (3º APDO.), GILSON LUIS SOUSA DE ARAÚJO E OUTROS (4º APDO.), MARCUS AURÉLIO DE ALMEIDA BARROS E OUTROS (5º APDO.), ELÁDIO LASSERRE E OUTROS (6º APDO.), TAÍS BORJA GASPARIAN E OUTROS (7º APDO.), FLÁVIO ANTÔNIO ESTEVES GALDINO E OUTROS (8º APDO.), JOSÉ MENDONÇA NETO (9º APDO.) E GRIMOALDO ROBERTO DE RESENDE E OUTROS (10º APDO.)

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROVEDORES DE ACESSO À INTERNET.**

**CONEXÃO POR MEIO DE SISTEMA DE TELECOMUNICAÇÃO PREEXISTENTE. ENQUADRAMENTO COMO SERVIÇO DE VALOR ADICIONAL. ART. 61, § 1º, DA LEI Nº 9.472/97. CONEXÃO DIRETA À INTERNET SEM INTERMEDIÇÃO DO PROVEDOR. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 86 DA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES. OBSERVÂNCIA DAS EXIGÊNCIAS DO ÓRGÃO REGULAMENTADOR. MANUTENÇÃO DA NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE PROVEDOR DE ACESSO. ESCOLHA DO PROVEDOR. FACULDADE DO CONTRATANTE. ART. 6º DA LEI Nº 8.078/90. LIMITAÇÃO AO ROL FORNECIDO PELA EMPRESA DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.**

**- Hipótese em que o apelante questiona a exigência da utilização do serviço de conexão de internet de banda larga, condicionada à contratação concomitante de um provedor de acesso à internet, sob o argumento de ser imposição abusiva e desnecessária, vez que a tecnologia de telecomunicações atual permite o uso da banda larga de internet sem a necessidade de se fazer a “autenticação” na rede por meio de um provedor de acesso.**

**- A Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, estabelece em seu artigo 61 que “Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações”.**

**- A jurisprudência pátria é pacífica em reconhecer a atividade dos provedores de acesso à**

*internet como mero serviço de valor adicionado (SVA), uma vez que se utiliza da rede física de telecomunicações já existente para viabilizar o acesso do usuário final à internet.*

*- Na condição de órgão regulador das telecomunicações no país, a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL detém a competência (art. 19 da LGT) para implementar, em seu espectro de atribuições, a política nacional de telecomunicações, ficando assim incumbida de deliberar, na esfera administrativa, quanto à interpretação da legislação pertinente de telecomunicações, assim como em relação aos casos omissos, com o fito de proporcionar a otimização na prestação dos serviços de comunicações em nosso País, bem como de coibir a infração aos direitos dos usuários do aludido serviço.*

*- De acordo com as informações prestadas pelo órgão regulador de telecomunicações a conexão à internet, via banda larga, pode ser realizado independentemente da utilização de um dos chamados “provedores”, tendo em vista ser tecnicamente possível se fazer a conexão direta pela própria prestadora do serviço de telecomunicação em banda larga.*

*- O artigo 86 da Lei Geral de Telecomunicações veda a possibilidade das concessionárias prestar serviço de telecomunicações cumulativamente com o de valor adicionado, como é o caso do provedor de acesso à internet.*

*- Apesar da possibilidade técnica da utilização da conexão de banda larga sem a intermediação de um provedor de acesso, a vinculação desse serviço ao de conexão rápida, como no caso do VELOX, é considerada medida necessária pelo órgão regulador dos serviços de telecomunicações, sobretudo se for levado em conta que é o provedor de acesso que viabiliza a rotina técnica de “autenticação/reconhecimento” ou “monito-*

**ramento” do acesso de usuários na rede mundial de computadores, inclusive com a atribuição de um número específico de identificação do usuário (Internet Protocol - IP).**

**- Ao estabelecer essa exigência o órgão regulador levou em conta vários fatores, como as peculiaridades dos mecanismos de conexão com a rede mundial de computadores, onde devem ser adotadas todas as cautelas possíveis para assegurar uma eficiente autenticação na rede. Tal medida também se justifica pela garantia da pluralidade de provedores, procurando evitar a concentração e verticalização desse serviço no mercado, visto que envolve também o risco de dominação do mercado, o que seria potencialmente capaz de acarretar maiores prejuízos à coletividade.**

**- Diante das disposições contidas na Lei Geral de Telecomunicações, é imperativo manter a exigência de contratação de serviço de conexão rápida de internet (banda larga) concomitante com a de serviço de valor adicionado (provedor de acesso).**

**- Não se deve confundir provedor de acesso à internet com provedor de conteúdo, pois a contratação deste último é, de fato, uma faculdade do usuário, visto que o seu fim é apenas de disponibilizar um acervo de conteúdo específico de informações aos internautas, como o próprio nome do serviço sugere.**

**- Deve ser facultado ao usuário fazer opção quanto ao fornecedor do serviço de valor adicionado (provedor). O fato de existir cláusula contratual que limite a escolha do provedor dentre aqueles sugeridos pela fornecedora do serviço de banda larga em nada obsta a aplicação do ordenamento jurídico vigente, com a consequente adequação da relação de consumo existente à legislação pátria.**

**- A escolha do provedor de acesso não deve ficar restrita à lista oferecida pelo prestador do serviço de conexão banda larga, sob pena de afronta à liberdade de escolha de que trata o artigo 6º da Lei nº 8.078/90. Para conciliar a relação contratual com a legislação de proteção ao consumidor, deve ser facultado ao contratante escolher o provedor de sua preferência, dentre os que atendam a localidade onde será instalado o serviço de banda larga VELOX, sem que necessariamente se tenha que optar por um daqueles constantes do limitado rol de provedores sugeridos pela empresa de telecomunicações fornecedora do serviço de banda larga.**

**- Ante a insubsistência da pretensão do autor em desvincular a contratação do provedor de acesso quando da contratação da conexão de banda larga, fica prejudicada a análise quanto ao pleito acessório de reparação de danos morais e patrimoniais formulado pelo recorrente.**

**- Apelação parcialmente provida, apenas para estabelecer que deve ser facultado ao contratante do serviço de conexão banda larga escolher o provedor de sua preferência, sem ficar adstrito ao rol apresentado pelo prestador do serviço de banda larga de internet.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 23 de novembro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS  
- Relator



## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de apelação cível interposta pelo Ministério Público Federal contra sentença proferida pelo MM. Juiz Substituto da 3ª Vara Federal de Sergipe – Dr. Rafael Soares Souza – nos autos da Ação Civil Pública – Processo nº 2004.85.00.005304-0, que extinguiu parcialmente o processo, sem julgamento de mérito, no tocante ao pedido de indenização por danos morais e materiais, com fundamento no artigo 295, parágrafo único, inciso I c/c 267, VI, do Código de Processo Civil e julgou improcedentes os demais pedidos.

O Ministério Público Federal ajuizou Ação Civil Pública com pedido de liminar contra a AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL e as empresas ora recorridas, buscando tutela judicial para que fosse determinada a suspensão da obrigatoriedade de contratação de um serviço de provedor de acesso à internet, conjuntamente com a contratação de serviços de acesso rápido à internet (banda larga de conexão) prestados por empresa de telecomunicações. O autor argumentou que tal exigência configuraria a prática ilegal de “venda casada”, vedada pela legislação de proteção ao consumidor, além de ser uma imposição abusiva, ante a possibilidade técnica da utilização dos serviços de banda larga da internet apenas por meio dos serviços prestados pelas concessionárias de telecomunicações, sem a participação das empresas que atuam como provedores de acesso à internet.

O Julgador de primeiro grau afastou as preliminares de ilegitimidade ativa, possibilidade jurídica do pedido, interesse processual e de inépcia parcial da inicial quanto ao pleito indenizatório. Na apreciação do mérito argumentou que a Corte Especial do STJ considera o serviço prestado pelos provedores de acesso à internet como serviço de valor adicionado e não serviço de telecomunicações. Ressaltou que o artigo 86 da Lei nº 9.472/97 veda expressamente que as concessionárias de serviços de telecomunicações explorem outros serviços, fora do objeto da concessão. Por tal razão, não se admite que a empresa de telecomunicações ora demandada possa explorar diretamente o serviço de valor adicio-

nado em comento, sob pena de violação à legislação que regula a matéria, o que “não impede, entretanto, a criação de pessoas jurídicas com o objeto social específico de explorar tal nicho, como os demais réus têm feito, numa atuação empresarial lícita”.

Em suas razões o apelante alega, em síntese:

- (a) a aptidão da petição inicial para o fim colimado, ante a existência de pedido ou causa de pedir em relação ao pleito de reparação de danos morais e materiais decorrentes em favor dos usuários e ex-usuários do serviço VELOX;
- (b) a desnecessidade de devolução dos autos à primeira instância para apreciação do mérito do pedido para responsabilização das empresas demandadas, pelas consequências das práticas ilegais ora combatidas, sendo possível o imediato julgamento desse pleito na segunda instância;
- (c) o serviço de acesso à internet classifica-se como Serviço de Comunicação Multimídia e é regulamentado pela Resolução nº 272/2001 da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, a qual prevê em seu artigo 60 que o acesso à internet é classificado como típico serviço de telecomunicações;
- (d) as empresas ora demandadas são provedores de serviço de conexão à internet (PSCI ou, simplesmente, provedor de acesso), ao passo que as que fornecem serviços adicionais (“valor adicionado”), tais como acesso a conteúdo exclusivo, contas de e-mail, boletins informativos, salas de bate-papo, etc., são definidas como provedores de serviços de informações (PSI ou “provedor de conteúdo”);
- (e) os serviços dos provedores de conexão à internet (PSCI) não podem ser considerados serviços de valor adicionado (SVA), devendo ser classificados como tal apenas aquelas novas utilidades que se agregam a um serviço de telecomunicação preexistente, como ocorre com os serviços complementares de telefonia (auxílio à lista, despertador, caixa postal eletrônica, chamada em espera, etc);
- (f) o Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que o serviço de conexão à internet não é um serviço de valor

adicionado (SVA), mas sim um autêntico serviço de telecomunicação;

- (g) a definição legal e a aplicação prática dos serviços de valor adicionado (SVA) são incompatíveis com o serviço de acesso à internet, o qual se classifica como serviço de telecomunicação;
- (h) há uma relação de principal e acessório entre os serviços de telecomunicações e os de valor adicionado (SVA), de forma que a interpretação legislativa dada pela ANATEL ao serviço de transmissão de dados em banda larga é inconcebível, pois classifica esta como um serviço secundário (“de valor adicionado”) em relação ao “serviço principal” de ligação do usuário à internet;
- (i) os serviços de acesso à internet “devem ser tratados como uma das espécies de serviços de telecomunicação para todos os fins de direito, nos termos do artigo 60 da Lei Geral de Telecomunicações e não como um Serviço de Valor Adicionado”;
- (j) o artigo 39 da Lei nº 8.078/90 veda o fornecimento de produtos ou serviços condicionado à aquisição de outro, e assim sendo a prestação do serviço de conexão de banda larga VELOX condicionada à contratação conjunta de um provedor de acesso à internet (PSCI) é ilegal e abusiva, afrontando diretamente os direitos básicos do consumidor previstos no artigo 6º, III, do CDC;
- (k) a prática abusiva de “venda casada” dos referidos serviços implica em enriquecimento ilícito das empresas demandadas, vez que o serviço por elas prestado era completamente desnecessário;
- (l) a ilegalidade das práticas ora combatidas impõe aos consumidores prejuízo financeiro decorrente do desembolso de valores para o pagamento de serviço desnecessário, mas obrigatório, sob pena da não disponibilização do serviço de conexão à internet, situação esta capaz de causar transtornos e angústia aos usuários de tais serviços, o que dá ensejo à reparação de danos patrimoniais e morais.

Com estes argumentos, o apelante requer a reforma da sentença *a quo*, para que seja reconhecida a aptidão da petição inicial também quanto aos pedidos de indenização por danos morais e materiais perpetrados contra os usuários dos serviços ora discutidos. Pugna ainda pelo reconhecimento da ilegalidade da contratação obrigatória do serviço de conexão de banda larga do VELOX, conjuntamente com a dos serviços de provedor de acesso, por ser este desnecessário, tanto técnica como legalmente, para o acesso dos usuários à rede da internet.

Contrarrrazões apresentadas pelos apelados INTERDOTNET DO BRASIL LTDA. (fls. 1.457/1.465), MICROECIA.NET INFORMÁTICA LTDA. (fls. 1.476/1.485), AOL BRASIL, CONDOMÍNIO SOLUÇÕES DE TECNOLOGIA S.A. - BIGHOST, TERRA NETWORKS BRASIL S.A. e UNIVERSO ONLINE S.A. (fls. 1.487/1.538).

Parecer ministerial (fls. 1.613/1.615) opinando pelo reconhecimento da desnecessidade de contratação obrigatória de um provedor de acesso à internet para utilização do serviço de banda larga ADSL VELOX, bem como pelo reconhecimento da prática abusiva de “venda casada” de serviços, vedada pelo artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor.

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Trata-se de apelação cível interposta pelo Ministério Público Federal contra sentença proferida pelo MM. Juiz Substituto da 3ª Vara Federal de Sergipe, que extinguiu parcialmente o processo, sem julgamento de mérito, no tocante ao pedido de indenização por danos morais e materiais, com fundamento no artigo 295, parágrafo único, inciso I c/c 267, VI do Código de Processo Civil e julgou improcedentes os demais pedidos, por meio dos quais o Ministério Público Federal.

O recorrente defende que configura prática ilegal e abusiva a imposição feita ao usuário do serviço de conexão banda larga VELOX, no sentido de contratar obrigatoriamente os serviços de um provedor de acesso para poder fazer uso da referida conexão rápi-

da à internet. Assim, a controvérsia no caso em tela reside na análise da obrigatoriedade dessa contratação concomitante dos serviços de um provedor de internet, para a utilização do VELOX fornecido pela empresa Telemar Norte Leste S.A., ora demandada.

Para melhor compreensão dos serviços em discussão é oportuno tecer algumas considerações sobre o funcionamento dos sistemas de conexão e acesso à internet.

A internet consiste em um conjunto de redes e computadores que se interligam em nível mundial, através de redes e serviços de telecomunicações. Para tanto, utilizam em seu processo de comunicação protocolos padronizados para viabilizar a interligação universalizada dos usuário com a rede.

Para adentrar no ambiente da internet os usuários dispõem de várias opções, seja de acesso via “banda estreita”, seja por meio de conexão rápida comumente chamada de “banda larga”. Entretanto, a presente discussão ficará restrita ao acesso mediante conexão por banda larga, no caso, o serviço VELOX, fornecido pela concessionária de telecomunicações Telemar Norte Leste S/A.

A utilização do serviço de conexão VELOX, fornecido pela empresa TELEMAR, é feita através do sistema denominado ADSL (*Asymmetric Digital Subscriber Line*). Trata-se de uma tecnologia que permite a transferência digital de dados em alta velocidade por meio de linha telefônica comum (fixa) presente no endereço físico do usuário do serviço.

Para se fazer uso deste tipo de conexão rápida à internet a empresa de telecomunicações exige a contratação concomitante do serviço de um provedor de acesso à internet, para que seja feita a chamada “autenticação” ou o “reconhecimento” do usuário na rede mundial de computadores. A escolha do usuário está limitada ao rol de provedores que é oferecido pela operadora de telecomunicações. Esta imposição de contratação conjunta dos referidos serviços é exatamente a prática ora repelida pelo recorrente, ao argumento de que configura-se como “venda casada” de serviços, vedada pela legislação consumerista.

Na defesa de seus argumentos o MPF aduz que a exigência da utilização do serviço VELOX condicionada à contratação de um

provedor de acesso é abusiva e desnecessária, pois a tecnologia de telecomunicações atual permite o uso da banda larga de internet sem a necessidade de se fazer a “autenticação” na rede por meio de um provedor de acesso.

De fato, como ressaltado na decisão recorrida, não há discussão quanto à possibilidade técnica de acesso direto à internet (sem a intermediação dos provedores), pelos usuários por meio do serviço de conexão banda larga VELOX.

A Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 08/1995, assim preceitua em seus artigos 60 e 61:

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º (...).

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte **e com o qual não se confunde**, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, **classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte**, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações. (Grifado).

À luz da definição contida no artigo 61, acima transcrito, não se pode deixar de reconhecer que o serviço dos provedores de

acesso à internet, por ser uma atividade que “acrescenta” a um serviço de telecomunicações já existente “novas utilidades” (acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações), não pode ser enquadrado como um típico serviço de telecomunicações, como pretende o apelante. Ao revés, nos termos da legislação pertinente, o serviço prestado pelo provedor de acesso à internet deve ser enquadrado como um “serviço de valor adicionado”, ou simplesmente “SVA”.

A esse respeito o C. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou nos seguintes termos:

**TRIBUTÁRIO. ICMS. PROVEDORES DE INTERNET. CONEXÃO POR MEIO DE SISTEMA DE TELECOMUNICAÇÃO PREEXISTENTE. SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO. ART. 61, § 1º, DA LEI Nº 9.472/97. NÃO INCIDÊNCIA.**

1. Não incide o ICMS sobre o serviço prestado pelos provedores de acesso à internet. **A atividade por eles desenvolvida consubstancia mero serviço de valor adicionado, uma vez que se utiliza da rede de telecomunicações, por meio de linha telefônica, para viabilizar o acesso do usuário final à internet.** Precedentes das Turmas de Direito Público e da Primeira Seção.

2. Recurso especial provido.

(REsp 200400073621, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, 19/05/2006). Grifado.

**PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. SERVIÇO PRESTADO PELOS PROVEDORES DE INTERNET. ISS. NÃO-INCIDÊNCIA. PRECEDENTES.**

1. Considera-se deficiente a fundamentação de recurso especial em que não foi indicado com objetividade os dispositivos de lei federal supostamente violados. Incidência da Súmula 284/STF.

**2. A atividade desempenhada pelos provedores de acesso à internet constitui serviço de valor adicionado (art. 61 da Lei 9472/97).**

3. As Turmas de Direito Público desta Corte firmaram entendimento de que o ISS não incide sobre o serviço prestado pelos provedores de acesso à internet, em razão desta atividade não estar compreendida na lista anexa ao Dec. Lei 406/68. Precedentes.

4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.

(REsp 201000416169, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, 22/06/2010). Grifado.

TRIBUTÁRIO. ISS. PROVEDOR DE ACESSO À INTERNET. SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO. NÃO-INCIDÊNCIA.

**1. A jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido de que não incide o ICMS sobre o serviço prestado pelos provedores de acesso à internet, uma vez que a atividade desenvolvida por eles constitui mero serviço de valor adicionado (art. 61 da Lei nº 9.472/97), consoante teor da Súmula 334/STJ.**

2. O ISS incide sobre a prestação de serviços de qualquer natureza, não compreendidos aqueles que cabem o ICMS (art. 156, inciso III, da Constituição Federal).

3. Não havendo expressa disposição acerca do serviço de valor adicionado na lista anexa ao Decreto-Lei 406/68, nem qualquer identidade entre esse serviço e outro congênere nela expressamente previsto, não ocorre a incidência do ISS.

4. Recurso especial não-provido.

(REsp 200500163382, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, 07/04/2009). Grifado.

É pacífico, portanto, que quem presta o serviço típico de comunicação é a empresa concessionária de serviços de telecomunicações, no caso, a TELEMAR. O provedor apenas se utiliza desse serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, para viabilizar o acesso do usuário final à internet, colocando inclusive à sua disposição equipamentos e softwares com vistas à eficiente navegação, sendo por isso considerado um serviço de valor adicionado (SVA).

De acordo com as informações prestadas pela Agência Nacional de Telecomunicações não paira dúvida de que a conexão à internet, via banda larga, prescinde da contratação de um dos chamados “provedores”, tendo em vista ser tecnicamente possível se fazer a conexão direta pela própria prestadora do serviço de telecomunicação em banda larga.

Contudo, a “vinculação” do serviço de um provedor de acesso, quando da contratação do serviço de conexão rápida, como no



caso do VELOX, é considerada medida necessária pelo órgão regulador dos serviços de telecomunicações, sobretudo se for levado em conta que é o provedor de acesso que viabiliza a rotina técnica de “autenticação/reconhecimento” ou “monitoramento” do acesso de usuários na rede mundial de computadores, inclusive com a atribuição de um número específico de identificação do usuário (Internet Protocol - IP).

Não se deve confundir provedor de acesso à internet com provedor de conteúdo, pois a contratação deste último é, de fato, uma faculdade do usuário, pois seu fim é apenas de disponibilizar um acervo de conteúdo específico de informações aos internautas, como o próprio nome do serviço sugere.

Na condição de órgão regulador das telecomunicações no país, a ANATEL detém a competência (art. 19 da LGT) para implementar, em seu espectro de atribuições, a política nacional de telecomunicações, ficando assim incumbida de deliberar, na esfera administrativa, quanto à interpretação da legislação pertinente de telecomunicações, assim como em relação aos casos omissos, tudo com o fito de proporcionar a otimização na prestação dos serviços de comunicações em nosso País, bem como de coibir a ocorrência de infração aos direitos dos usuários do aludido serviço.

O apelante defende que em face da desnecessidade de contratação de um provedor, a conexão à internet seria feita de forma direta. Neste caso, as rotinas técnicas que geralmente são afetadas ao provedor seriam realizadas pela própria concessionária de telecomunicações que fornece o serviço de banda larga.

Merece ser ressaltado que o artigo 86 da Lei Geral de Telecomunicações veda a possibilidade das concessionárias prestar o serviço de telecomunicações cumulativamente com o de valor adicionado, como é o caso do serviço de provedor de acesso à internet. Eis o teor desse dispositivo:

Art. 86. A concessão somente poderá ser outorgada a empresa constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País, criada para **explorar exclusivamente os serviços de telecomunicações objeto da concessão.**

Parágrafo único. A participação, na licitação para outorga,

de quem não atenda ao disposto neste artigo, será condicionada ao compromisso de, antes da celebração do contrato, adaptar-se ou constituir empresa com as características adequadas. (Grifado).

Em se tratando de lei federal a sua não-aplicação somente se justificaria pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do citado artigo 86 da LGT, o que não se verificou no caso em apreço.

Nesse contexto, ainda que se reconheça a possibilidade técnica da conexão direta, tal circunstância não se afigura como motivo suficiente para afastar as regras impostas pela autoridade administrativa reguladora das comunicações. Desta forma, entendo que deva ser prestigiada a recomendação da autoridade reguladora, quanto à necessidade de contratação de serviço de conexão de banda larga de internet, de forma conjugada com um de valor adicionado, no caso, os serviços de um provedor de acesso à internet.

É certo que ao estabelecer essa exigência, a referida Agência Reguladora levou em conta vários fatores, dentre estes as peculiaridades dos mecanismos de conexão com a rede mundial de computadores, onde devem ser adotadas todas as cautelas possíveis para assegurar uma eficiente autenticação na rede, o que indubitavelmente se obtém com a realização da conexão e o acesso com a intermediação de um provedor.

Outro aspecto que move a ANATEL a exigir contratação de um provedor de acesso é a garantia da pluralidade de provedores de acesso à internet, procurando evitar a concentração e verticalização desse serviço no mercado, visto que envolve também o risco de dominação do mercado, o que seria potencialmente capaz de acarretar maiores prejuízos à coletividade. Esta circunstância também milita a favor dos interesses da Administração, o que recomenda evitar-se a concentração dos serviços em comento.

Portanto, é patente que a chamada autenticação realizada através de provedores não é tecnicamente indispensável, mas há outros aspectos inerentes à utilização da rede mundial de computadores que recomendam a contratação do serviço de provedor para se utilizar a conexão de banda larga, sem que tal prática possa ser considerada “venda casada” de serviços, nos termos alegados pelo apelante.

À luz dessas considerações, tenho que se deva observar a Lei Geral de Telecomunicações a respeito do tema em debate, especialmente diante das disposições contidas nos artigos 60, 61 e 86 daquela Norma.

Quanto à obrigatoriedade de contratação dos serviços do provedor de acesso, transcrevo os seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO. TELECOMUNICAÇÕES. INTERNET. ACESSO. PROVEDORES.

**A possibilidade física de acesso à banda larga ADSL não é suficiente para afastar a exigência de contratação de provedor de acesso.**

(TRF4, AI nº2008.04.00.015156-6/PR, Quarta Turma, Relatora MARGA INGE BARTH TESSLER, julgado em 03/06/2009). Grifado.

AGRAVO REGIMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. IDEC. EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO ESPECIAL. TUTELA ANTECIPADA. TELESP. SERVIÇO DE BANDA LARGA DENOMINADO SPEEDY. **OBRIGATORIEDADE DE CONTRATAÇÃO, SUPLEMENTAR, DE PROVEDOR.**

1. Segundo se extrai dos autos, o Tribunal de origem, no Acórdão recorrido, afastou a verossimilhança diante da necessidade de examinar os contratos celebrados pela concessionária do serviço de telefonia, as normas específicas da referida área de serviço e a questão técnica, “concernente à possibilidade material da prestação do serviço em causa com prescindência da contratação de serviços de terceiros”. Assim, em princípio, a verificação da obrigatoriedade de “compras casadas” e da viabilidade técnica da TELESP em fornecer aos consumidores acesso direto à internet, através do sistema de banda larga denominado Speedy, sem a intervenção das chamadas “provedoras”, não dispensa o exame dos contratos celebrados e de provas, já produzidas ou que serão apresentadas ao longo do processo. A incidência das vedações das Súmulas nºs 05 e 07/STJ parece, então, inevitável na hipótese presente, o que descaracteriza o *fumus boni iuris*.

2. Quanto ao *periculum in mora*, está ausente, porque o fato de algum consumidor não acessar a rede mundial de computadores mediante o serviço de conexão banda larga denominado Speedy, mais rápido, não o impossibilita de

ingressar na internet pelas vias comuns, através de um provedor único.

3. Agravo regimental desprovido.

(AGRMC 200300287681, CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, STJ - TERCEIRA TURMA, 02/06/2003). Grifado.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EFEITO SUSPENSIVO CONCEDIDO. SENTENÇA PROFERIDA NO FEITO ORIGINÁRIO, CONTRÁRIA À DECISÃO DO TRIBUNAL. NÃO-PREJUDICIALIDADE DO AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSUMIDOR. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE CONEXÃO DE BANDA LARGA À INTERNET, INDEPENDENTEMENTE DE CONTRATAÇÃO DE PROVEDOR. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EFEITO CONCESSIVO. CONCESSÃO.

1. Atribuído efeito suspensivo ao agravo que impugnou decisão interlocutória, a sobrevinda de sentença, sem que tenha havido acréscimo qualitativo à base empírica dos autos, não é capaz de restaurar efeitos contrapostos aos do agravo.

2. O serviço prestado para prover o acesso à internet não se caracteriza como serviço de telecomunicação, porque não necessita de autorização, permissão ou concessão da União (art. 21, inciso XI, da Constituição Federal). Trata-se de mero serviço de valor adicionado, servindo-se da infra-estrutura de telecomunicações.

**3. Verifica-se militar em favor da agravante a tese de que há impedimento legal para a prestação do serviço determinado pela liminar (provedor de acesso à internet – Serviço de Valor Adicionado), porquanto, nos termos do art. 61, § 1º, da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997), “serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição”.**

4. Agravo provido. Efeito suspensivo concedido.

(TRF1. AG 200401000190970, JUIZ FEDERAL CARLOS AUGUSTO PIRES BRANDÃO, TRF1 - SEXTA TURMA, 01/06/2009). Grifado.

Não há dúvida de que o serviço de conexão à internet prestado pela empresa de telecomunicações caracteriza-se como típica

relação de consumo, de forma que a sua contratação deve se pautar pela observância da legislação consumerista.

A despeito do entendimento de que se deva manter a política aplicada pela ANATEL, quanto à contratação dos serviços dos provedores de internet, recomenda-se que a escolha quanto ao fornecedor desse serviço de valor adicionado (provedor) seja feita pelo próprio usuário, sob pena de afronta à liberdade de escolha de que trata o artigo 6º da Lei nº 8.078/90.

O Contrato de Adesão ao Serviço VELOX constante dos autos (fls. 167/173) prevê em sua Cáusula Nona a necessidade de contratação de um provedor de acesso à internet, estabelecendo em seu item 9.5 que “O serviço VELOX não permite o acesso direto do ASSINANTE à Internet, sendo necessário, para tanto, a contratação pelo ASSINANTE, de Provedor de acesso à Internet apto a prover o serviço VELOX”.

Contudo, ao dispor sobre os provedores de acesso que poderão ser utilizados pelos usuários, o referido contrato prevê no item 9.6 da referida Cláusula Nona que “A lista de provedores de acesso à Internet habilitados para prestar o serviço VELOX, nos termos do item acima, encontra-se disponível no site da TELEMAR na Internet, no endereço [www.telemar.com.br/velox](http://www.telemar.com.br/velox)”.

O fato de existir cláusula contratual que limite a escolha do provedor dentre aqueles sugeridos pela fornecedora do serviço de banda larga em nada obsta a aplicação do ordenamento jurídico vigente, com a consequente adequação da relação de consumo existente à legislação pátria.

Assim, a escolha do provedor de acesso não deve ficar restrita à lista oferecida pelo prestador do serviço de conexão banda larga. Entendo que para conciliar a relação contratual com a legislação de proteção ao consumidor, deve ser facultado ao contratante escolher o provedor de sua preferência, dentre os que atendam a localidade onde será instalado o serviço de banda larga VELOX, sem que necessariamente se tenha que optar por um daqueles constantes do limitado rol de provedores sugeridos pela empresa de telecomunicações fornecedora do serviço de banda larga.

Ante a insubsistência da pretensão do autor no sentido de desvincular a assinatura de um provedor de acesso quando da contratação da conexão de banda larga, fica prejudicada a análise quanto ao pleito acessório de reparação de danos morais e patrimoniais formulado pelo recorrente.

Isso posto, **dou parcial provimento** à apelação, apenas para estabelecer que deve ser facultado ao contratante do serviço de conexão banda larga escolher o provedor de sua preferência, sem ficar adstrito ao rol apresentado pelo prestador do serviço de conexão rápida.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 500.729-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANUEL MAIA DE VASCONCELOS NETO (CONVOCADO)  
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Apelada: GENEROSA MARIA DA SILVA  
Repte.: PROCURADORIA REPRESENTANTE DO INSS  
Adv./Proc.: DR. FRANCISCO GONÇALVES DIAS (APDA.)

***EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. RURÍCOLA. PENSÃO PROVISÓRIA POR MORTE PRESUMIDA. ESPOSA. ART. 78 DA LEI 8.213/91. COMPROVADA A AUSÊNCIA E A CONDIÇÃO DE AGRICULTOR DO MARIDO DESAPARECIDO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. RECONHECIDA DE OFÍCIO A PRESCRIÇÃO DAS PARCELAS ANTERIORES AO QUINQUÊNIO QUE ANTECEDU O AJUIZAMENTO DA AÇÃO. JUROS DE MORA REDUZIDOS PARA 0,5% (MEIO POR CENTO) AO MÊS. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.960/2009 A PARTIR DA SUA VIGÊNCIA.***

***- A pensão provisória por morte presumida, declarada pela autoridade judicial competente depois de 6 (seis) meses de ausência, é assegurada ao conjunto de dependentes do segurado,***

**nos termos do art. 78 da Lei nº 8.213/91.**

**- A prova da dependência econômica da requerente, por se tratar de esposa, consoante Certidão de Casamento acostada aos autos, é presumida (Lei nº 8.213/91, art. 16, inciso I, redação da Lei nº 9.032/95).**

**- A Certidão de Casamento Civil, realizado em 25/08/1978, na qual consta a profissão de agricultor do marido e o domicílio dos nubentes na zona rural, corroborada pela prova testemunhal, produzida com as cautelas legais, mediante depoimentos coerentes e sem contradita, demonstrando conhecimento das circunstâncias dos fatos que alicerçam o direito aqui pretendido, comprovam a condição de trabalhador rural do esposo ausente da postulante.**

**- Também a ausência do segurado desaparecido ficou comprovada por meio da decisão judicial proferida pelo Juízo de Direito da Comarca de Juazeiro do Norte/CE, de modo que faz jus a autora à concessão do benefício de pensão provisória por morte presumida.**

**- Todavia, é de ser reconhecida, de ofício, a prescrição das parcelas anteriores aos cinco anos que antecederam o ajuizamento da ação (art. 219 do CPC c/redação dada pela Lei nº 11.280/2006).**

**- Relativamente à taxa dos juros de mora, não questionada pelo instituto apelante, o eg. STJ firmou entendimento “no sentido de que a incidência de juros legais e de correção monetária está implicitamente reconhecida nos pedidos em geral, nos termos do art. 293 do Código de Processo Civil e da Lei 6.899/81, respectivamente. Independentemente, portanto, de pedido expresso, bem como de determinação pela sentença, podendo, inclusive, ser fixados em sede de reexame necessário ou de apelação, ainda que a parte interessada não o suscite, sem que isso resulte reformatio in pejus ou julgamento extra petita” (AGRG**

**no REsp 912623/RJ).**

**- Destarte, entendo que, inaugurando-se novo quadro normativo que implique a modificação do percentual de juros ao longo do tempo, as novas disposições legais passam a incidir a partir de então sobre a relação jurídica processual pendente, não havendo cogitar-se, em tal contexto, que a parte possua direito adquirido (Art. 5º, XXXVI, CF) ao percentual em vigor quando do ajuizamento da ação ao longo de todo o período.**

**- Convém assinalar, por pertinente, que o próprio STF (RE 559.445 AGR/PR) encampou a tese de incidência imediata da nova lei que modifica o percentual de juros de mora, quando analisou os efeitos da edição da MP nº 2.180-35, que alterou o mesmo art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, consagrando a sua incidência imediata independentemente da época do ajuizamento da ação.**

**- Diante disto, conforme posição firmada nesta Corte, os juros moratórios são fixados em 0,5% (meio por cento) ao mês a partir da citação válida (Súmula 204-STJ), até o advento da Lei nº 11.960, de 29/06/2009, quando passará a haver a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, consoante os termos do art 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação da nova lei**

**- Apelação improvida. Remessa oficial tida como interposta parcialmente provida apenas para reconhecer, de ofício, a prescrição das parcelas anteriores aos cinco anos que antecederam o ajuizamento da ação e reduzir a taxa dos juros de mora ao percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação válida (Súmula 204 do STJ), até o advento da Lei nº 11.960/2009, quando passarão a incidir na forma prevista no art 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação da nova lei.**



## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 1º de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANUEL MAIA DE VASCONCELOS NETO - Relator Convocado

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANUEL MAIA DE VASCONCELOS NETO (Convocado):

Trata-se de remessa oficial tida como interposta e recurso de apelação da autarquia previdenciária contra a sentença que, antecipando os efeitos da tutela, condenou-a à concessão de pensão provisória por morte presumida, a contar da data da decisão judicial que declarou a ausência do marido (29/02/1996), bem como ao pagamento das parcelas atrasadas, atualizadas monetariamente, e acrescidas de juros de mora, à base de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, além de honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do valor das prestações vencidas.

Em suas razões recursais, defende o instituto apelante que não existe nos autos sequer início de prova material apto a comprovar o exercício de atividade agrícola.

Requer a reforma da sentença e a improcedência da pretensão autoral.

Contrarrazões às fls. 111/115.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANUEL MAIA DE VASCONCELOS NETO (Relator Convocado):

A pensão provisória por morte presumida, declarada pela autoridade judicial competente depois de 6 (seis) meses de ausência, é assegurada ao conjunto de dependentes do segurado<sup>1</sup>, nos termos do art. 78 da Lei nº 8.213/91.

A prova da dependência econômica da requerente, por se tratar de esposa, consoante Certidão de Casamento que repousa à fl. 13, é presumida<sup>2</sup>.

No tocante à qualidade de segurado especial do instituidor, tem-se que é pacífico o entendimento de que diante das dificuldades do trabalhador rural em obter documentos que comprovem sua atividade, deve o juiz valorar o início de prova documental, desde que idôneo, a fim de formar o seu convencimento.

Assim sendo, a Certidão do Casamento Civil (fl. 13), realizado em 25/08/1978, na qual consta a profissão de agricultor do marido e o domicílio dos nubentes na zona rural, corroborada pela prova testemunhal (fls. 66/68), produzida com as cautelas legais, mediante depoimentos coerentes e sem contradita, demonstrando conhecimento das circunstâncias dos fatos que alicerçam o direito aqui pretendido, demonstra a condição de trabalhador rural do esposo ausente da postulante.

Quanto ao fato do marido da requerente ter exercido atividade urbana, durante menos de dois anos (fl. 108), em interstícios compreendidos entre 01/12/1979 e 06/07/19982, não descaracteriza a sua condição de segurado especial, em face da necessidade dos camponeses de migrarem para as grandes cidades, durante os períodos de seca, em busca de trabalho para sua manutenção e da sua família.

Também a ausência do segurado desaparecido ficou comprovada, através da decisão judicial, proferida pelo Juízo de Direito da

---

<sup>1</sup> Lei nº 8.213/91, art. 16, inciso I, com redação dada pela Lei nº 9.032/95.

<sup>2</sup> Art. 16, § 4º, da Lei 8.213/91.

Comarca de Juazeiro do Norte/CE (fls. 15/17), de modo a **fazer jus a autora, ora apelada, à concessão do benefício de pensão provisória por morte presumida.**

Neste sentido colaciono jurisprudência desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO PROVISÓRIA EM VIRTUDE DE AUSÊNCIA DO CÔNJUGE VARÃO. ART. 78 DA LEI 8.213/91. IMPRESCINDIBILIDADE DA DECLARAÇÃO JUDICIAL DE AUSÊNCIA TÃO-SOMENTE NO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. REQUERIMENTO NA VIA JUDICIAL. PRESCINDIBILIDADE DA DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA, QUE PODERÁ SER SUPRIDA POR OUTROS MEIOS DE PROVA.

1. Objetiva a presente ação a concessão de benefício de pensão provisória em face do desaparecimento do esposo da autora.

2. Por força do disposto no art. 92, II, do CPC, indiscutivelmente a competência para o julgamento das ações de declaração de ausência, por se cuidar de ação concernente ao estado, é do juízo comum estadual. entretanto, em relação às causas tipicamente previdenciárias, como ocorre na hipótese – à exceção das ações acidentárias, por força do disposto no art. 109, I, da CF/88 –, tocam elas à justiça federal. precedentes do STJ.

3. É cediço que o art. 78 da lei 8.213/91, estabelece, textualmente que: “por morte presumida do segurado, declarada pela autoridade judicial competente, depois de 6 (seis) meses de ausência, será concedida pensão provisória, na forma desta subseção”.

4. Entretanto, embora conste em referido dispositivo legal a exigência da declaração da autoridade judicial competente como requisito necessário à concessão da pensão provisória, tal declaração só se faz imprescindível quando se pretende a concessão do benefício na via administrativa. Na via judicial, a declaração poderá ser suprida por outros meios de prova, conforme se fez no caso presente. ademais, não poderia a autora, em situação de franca necessidade, ser prejudicada pela imperícia do advogado, que manejou, perante a justiça estadual, uma ação de justificação de ausência.

5. Afastada a alegação de necessidade de declaração de ausência a ser proferida pelo juízo comum estadual, e con-

siderando que, na hipótese, a parte demonstrou, através da documentação acostada, a condição de desaparecido de seu esposo, não há como deixar de conceder-se à ora apelante, o benefício pretendido, a ser devido pelo INSS a partir do ajuizamento da ação.

6. De se realçar, ainda, que, consoante notícia publicada em jornal de grande circulação no dia 23.01.1990 (v. fl. 14), o ex-cônjuge estaria desaparecido desde o dia 10 daquele mês. Destarte, à vista da última anotação constante da CTPS, ocorrida em 01.09.1989 (a CTPS consta dos autos em sua via original), depreende-se que o ex-cônjuge da autora ainda mantinha a qualidade de segurado quando de seu desaparecimento.

7. Apelação provida.

[TRF5. AC 298777/PE (2000.83.00.002711-0). JUL: 09/05/2006. DJ: 13/06/2006. PÁG: 671. REL: DES. FEDERAL: JOANA CAROLINA LINS PEREIRA (SUBSTITUTO). 2ª TURMA. DECISÃO UNÂNIME].

No entanto, é de ser reconhecida, de ofício, a prescrição das parcelas anteriores aos cinco anos que antecederam o ajuizamento da ação (art. 219 do CPC c/redação dada pela Lei nº 11.280/2006).

Relativamente aos juros moratórios, não questionados pelo instituto apelante, o eg. STJ firmou entendimento *“no sentido de que a incidência de juros legais e de correção monetária está implicitamente reconhecida nos pedidos em geral, nos termos do art. 293 do Código de Processo Civil e da Lei 6.899/81, respectivamente. Independem, portanto, de pedido expresso, bem como de determinação pela sentença, podendo, inclusive, ser fixados em sede de reexame necessário ou de apelação, ainda que a parte interessada não o suscite, sem que isso resulte reformatio in pejus ou julgamento extra petita”*<sup>3</sup>.

Destarte, entendo que, inaugurando-se novo quadro normativo que implique a modificação do percentual de juros ao longo do tempo, as novas disposições legais passam a incidir a partir de então sobre a relação jurídica processual pendente, não havendo

---

<sup>3</sup> STJ. AGRG no REsp 912623/RJ (2006/0277976-1). Jul: 05/08/2008. DJE: 20/08/2008. Rel.: Ministra Denise Arruda. Primeira Turma. Decisão: unânime.

cogitar-se, em tal contexto, que a parte possua direito adquirido<sup>4</sup> ao percentual em vigor quando do ajuizamento da ação ao longo de todo o período.

Convém assinalar, por pertinente, que o próprio STF<sup>5</sup> encampou a tese de incidência imediata da nova lei que modifica o percentual de juros de mora, quando analisou os efeitos da edição da MP nº 2.180-35, que alterou o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, consagrando a sua incidência imediata independentemente da época do ajuizamento da ação.

Conforme posição firmada neste órgão fracionário (APELRE-EX 13901-PB) e no Pleno deste Tribunal (EINFAC 476182-PE, Rel. Des. Federal MARGARIDA CANTARELLI, 03.11.2010), os juros moratórios em causas de natureza previdenciária devem ser fixados no patamar de 0,5% ao mês até o advento da Lei nº 11.960/2009.

Diante disto, os juros moratórios são fixados em 0,5% (meio por cento) ao mês a partir da citação válida (Súmula 204-STJ), até o advento da Lei nº 11.960, de 29/06/2009, quando passará a haver a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, consoante os termos do art 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação da nova lei.

Ante estas considerações, **nego provimento à apelação do INSS e dou parcial provimento à remessa oficial tida como interposta** apenas para reconhecer, de ofício, a prescrição das parcelas anteriores aos cinco anos que antecederam o ajuizamento da ação e reduzir a taxa dos juros de mora ao percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação válida (Súmula 204 do STJ), até o advento da Lei nº 11.960/2009, quando passarão a incidir na forma prevista no art 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação da nova lei.

É como voto.

---

<sup>4</sup> Art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

<sup>5</sup> STF. RE 559.445 AGR/PR. Jul: 26/05/2009. DJE: 12/06/2009. Rel. Ministra Ellen Gracie. 2ª Turma. Decisão: unânime.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 504.468-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA

Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ALEXANDRE GONDIM GUEDES PEREIRA E OUTROS

Apelados: OS MESMOS, MARGARIDA VERENA B. TEIXEIRA DE CARVALHO E OUTROS, NEREIDA MAIRA NÓBREGA BARRETO PIRES BEZERRA, FRAYA ADRIANA BONETTE E OUTROS E UNIÃO

Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Advs./Procs.: DRS. PAULO AMÉRICO MAIA DE VASCONCELOS, MARCOS DOS ANJOS PIRES BEZERRA

***EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE REFORMA DE PARTE DA SENTENÇA QUE RECONHECEU A LITISPENDÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL QUANTO AOS RÉUS NÃO EXCLUÍDOS DA PRESENTE DEMANDA. LITISPENDÊNCIA COM A AÇÃO POPULAR Nº 91.00894-0. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. SERVIDORES QUE INGRESSARAM NO TRT DA 13ª REGIÃO SEM CONCURSO PÚBLICO ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 PELO REGIME CELESTISTA E PELO DECRETO Nº 77.242/76. REGULARIDADE DAS CONTRATAÇÕES. RECONHECIMENTO PELO TCU. TRANSPOSIÇÃO DE EMPREGO PÚBLICO PARA CARGO PÚBLICO. DESOCUPAÇÃO DOS CARGOS PELOS NÃO ESTÁVEIS E RETORNO DOS ESTÁVEIS AOS EMPREGOS DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. DESINTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO NESSE SENTIDO. PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA SEGURANÇA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO DOS JUÍZES PELAS CONTRATAÇÕES. INEXISTÊNCIA. - O MPF requer a desconstituição de investidas e a desocupação de cargos públicos de provi-***

**mento efetivo, supostamente preenchidos sem concurso público, bem como a condenação de juízes do TRT da 13ª Região, que integravam o órgão colegiado que promoveu as referidas admissões, na reparação do dano causado ao erário.**

**- Os réus excluídos do feito pela constatação de litispendência entre a presente demanda e a ação popular nº 91.00894-0 pedem sua reforma.**

**- A decisão, em sede de embargos de declaração, integrou a sentença recorrida, concluindo não ter sido configurada a litispendência quanto aos réus Ana Maria Rezende Libânio, Antônio Murilo Rodrigues, Fernando Gil Rezende Libânio, Flora Maria Rezende Libânio, Francisca das Chagas Rodrigues, Jacira dos Santos Monte, Joana D'arc Rodrigues Medeiros, Margarida V. B. T. de Carvalho, Max Mendonça Meira, Orígenes Monte Neto, Paula Carolina Teixeira Miranda Leite, Plácido Montenegro Pires, Priscila Rodrigues Pereira, Sâmara Keila M. P. Mendonça e Zuíla Rodrigues Montenegro Pires, uma vez que, por não serem beneficiários da Resolução nº 27/86, foram excluídos da Ação Popular nº 91.0000894-0.**

**- A ré Maria Letícia Teixeira de Carvalho não consta do anexo IX da sentença atacada, não tendo sido, em momento algum, excluída deste feito, de modo que não possui interesse em recorrer da sentença, uma vez que, assim como os réus acima elencados, o pronunciamento de litispendência não a atingiu.**

**- Não há identidade entre os objetos da presente demanda e da Ação Popular nº 91.00894-0, devendo ser reformada a sentença recorrida no ponto em que excluiu os réus constantes do seu anexo IX, de modo que o julgamento de mérito passa a abarcá-los.**

**- A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que antes da vigência da Lei 9.784/99 a Admi-**

**nistração podia, a qualquer tempo, revogar seus atos quando eivados de vícios, bem como de que não há prescrição de ato administrativo inconstitucional.**

**- No regime constitucional de 1967/69, a exigência de concurso público era exclusivamente para a primeira investidura em cargo, não se repetindo a previsão para a ocupação de empregos públicos, o que passou a ser exigido no regime constitucional de 1988 desde sua redação original.**

**- Não se vislumbra, quanto aos promovidos que foram contratados para o preenchimento de empregos públicos no âmbito do TRT da 13ª Região, qualquer desobediência à norma constitucional aplicável, haja vista que as certidões funcionais acostadas aos autos demonstram que eles foram contratados antes de 1988 e com base na CLT.**

**- Quanto aos servidores contratados com fulcro no Decreto nº 77.242/76, observa-se que o referido ato normativo serviu de base para a contratação de pessoas para funções de confiança e cargos em comissão, contudo não reside aí o questionamento ministerial, mas sim, na consequente transformação dessas funções em empregos públicos pelo Decreto-Lei nº 2.280/85, e, posteriormente, na transposição para os cargos públicos atualmente ocupados.**

**- A presente causa de pedir não é estranha à pretensão deduzida na inicial, uma vez que demonstra a situação de servidores contratados sob o regime celetista que passaram a ocupar cargo público sem concurso de provas e títulos, devendo ser apreciada essa questão similarmente à dos promovidos que ocuparam originalmente empregos públicos.**

**- Em face da decisão do TCU no julgamento das contas do TRT da 13ª Região dos exercícios de**



**1986/1988 (fls. 2500/2503), em que se reconheceu a regularidade de todas as contratações aqui discutidas, o foco da discussão se resume à transposição dos empregos para os cargos públicos sem concurso de provas e títulos.**

**- O legislador constituinte, no artigo 19 do ADCT, conferiu expressa e especificamente a estabilidade àqueles que ingressaram no serviço público sem concurso há mais de cinco anos da entrada em vigor da Constituição Federal.**

**- Não há que se falar em extensão, pelo artigo 33 da Emenda Constitucional nº 19/98, da estabilidade extraordinária do artigo 19 do ADCT àqueles que ingressaram no serviço público menos de cinco anos antes da entrada em vigor da Carta de 88. O referido artigo, ao prever que estes servidores são considerados não estáveis para os fins do art. 169, § 3º, II, da Constituição Federal quis apenas privilegiar, em detrimento destes, os servidores ocupantes de cargo efetivo e que ainda não adquiriram a estabilidade, não tendo como se abstrair que o legislador os considerou estáveis para todos os outros efeitos.**

**- O artigo 39 da Lei Maior, em sua redação original, determinou a unificação dos regimes de trabalho na administração direta, bem como nas autarquias e fundações públicas, extinguindo-se o regime celetista e adotando-se, exclusivamente, o estatutário. Desse modo, foi editada a Lei nº 8.112/90, que instituiu o regime jurídico único dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.**

**- Na forma do parágrafo primeiro do artigo 243 da Lei nº 8.112/90, os empregos ocupados pelos servidores incluídos no regime instituído por esta Lei ficam transformados em cargos, na data de sua publicação.**

**- A Lei nº 8.432/92, que veio dispor sobre a criação de Juntas de Conciliação e Julgamento nas**

**Regiões da Justiça do Trabalho, determinou a submissão de todos os cargos e empregos de seus quadros ao regime jurídico único, na forma do artigo 243 da Lei nº 8.112/90, tornando todos os servidores estatutários, inclusive aqueles admitidos com base no Decreto nº 77.242/76.**

- **Ainda que fosse necessário o concurso para que os antigos empregados públicos não estáveis (admitidos antes de 05 de outubro de 1983) fossem integrados aos cargos transformados pela Lei nº 8.112/90, havendo colisão de princípios fundamentais, cabível é o emprego do princípio da proporcionalidade, que permite, por meio de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto, harmonizá-los, através da redução proporcional do âmbito de aplicação de um deles.**
- **Estar-se-ia diante do confronto entre o princípio do concurso para o provimento de cargos públicos e os princípios da boa-fé e da segurança jurídica que abarcam todos os promovidos, que conforme pronunciado pelo TCU, ingressaram no TRT da 13ª Região regularmente e ocupam os cargos correspondentes por longos anos.**
- **A modificação dessas situações, conforme apontado na sentença de primeiro grau, causaria mais transtornos do que benefícios para a Administração, uma vez que o desligamento dos servidores não estáveis não geraria a abertura de vagas a serem preenchidas por concursados e o retorno dos estáveis que não se efetivaram por concurso aos empregos antes ocupados se tornou inviável, haja vista a inexistência de lei que regulamente tais empregos e, sobretudo, trate de sua remuneração.**
- **Não se pode ignorar os efeitos jurídicos das situações aqui postas à discussão em face da evidente injustiça que implicaria fazer retornar aos empregos originários ou exonerar aqueles**

**que exerceram suas atribuições por tantos anos e atingiram inegavelmente elevado grau de especialização, além de terem estruturado suas vidas e de suas famílias a partir dos patamares remuneratórios alcançados.**

**- A Administração, em momento algum, demonstrou interesse em levar a efeito as providências requeridas pelo MPF relativamente aos servidores promovidos, utilizando-se, por exemplo, da faculdade conferida pelo parágrafo sétimo do artigo 243 da Lei nº 8.112/90.**

**- Nas hipóteses em que a Administração exonera o servidor não estável e não concursado, a jurisprudência é pacífica ao definir que o ato de desligamento não comporta qualquer ilegalidade, pronunciando-se sempre de forma contrária aos interesses particulares, o que não é o caso dos autos, em que a própria União manifestou-se em defesa dos vínculos.**

**- Preliminar de prescrição quinquenal argüida pelos réus nas contrarrazões de fls. 4200/4208 rejeitada.**

**- Apelação de fls. 4096/4101 não conhecida quanto aos réus Ana Maria Rezende Libânio, Antônio Murilo Rodrigues, Fernando Gil Rezende Libânio, Flora Maria Rezende Libânio, Francisca das Chagas Rodrigues, Jacira dos Santos Monte, Joana D'arc Rodrigues Medeiros, Margarida V. B. T. de Carvalho, Max Mendonça Meira, Orígenes Monte Neto, Paula Carolina Teixeira Miranda Leite, Plácido Montenegro Pires, Priscila Rodrigues Pereira, Sâmara Keila M. P. Mendonça, Zuíla Rodrigues Montenegro Pires e Maria Letícia Teixeira de Carvalho, e provida no restante para reformar a sentença no ponto em que reconheceu a ocorrência de litispendência relativamente aos réus do seu anexo IX, de modo que o julgamento de mérito passa a atingi-los.**

**- Apelação do Ministério Público Federal parcial-**

***mente provida, apenas para reformar a sentença de primeiro grau no ponto em que indeferiu a inicial quanto aos réus que ingressaram no TRT da 13ª Região com base no Decreto nº 77.242/76, julgando improcedente o pleito ministerial quanto aos referidos servidores, devendo ser mantido o julgamento de improcedência quanto aos demais réus.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, rejeitar a preliminar de prescrição arguida pelos réus relacionados nas contrarrazões de fls. 4200/4208, não conhecer da apelação de fls. 4096/4101 quanto aos réus Ana Maria Rezende Libânio, Antônio Murilo Rodrigues, Fernando Gil Rezende Libânio, Flora Maria Rezende Libânio, Francisca das Chagas Rodrigues, Jacira dos Santos Monte, Joana D´arc Rodrigues Medeiros, Margarida V. B. T. de Carvalho, Max Mendonça Meira, Orígenes Monte Neto, Paula Carolina Teixeira Miranda Leite, Plácido Montenegro Pires, Priscila Rodrigues Pereira, Sâmara Keila M. P. Mendonça, Zuíla Rodrigues Montenegro Pires e Maria Letícia Teixeira de Carvalho, dando-lhe provimento no restante e dar parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal, apenas para julgar improcedente o pleito ministerial quanto aos réus que ingressaram no TRT da 13ª Região com base no Decreto nº 77.242/76, 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, 20 de janeiro de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de apelações cíveis interpostas pelo Ministério Público Federal e por Alexandre Gondim Guedes Pereira, Maria Letícia

Teixeira de Carvalho Rocha, Paulino Teixeira de Carvalho Filho e todos os demais promovidos constantes do anexo IX da sentença de primeiro grau, contra a sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Federal da SJ/PB.

Em sede de Ação Civil Pública, o MPF intentou a desconstituição de investidas e a desocupação de cargos públicos de provimento efetivo, supostamente preenchidos sem concurso público; bem como a condenação de juizes do TRT da 13ª Região, que integravam o órgão colegiado que promoveu as referidas admissões, na reparação do dano causado ao erário.

A sentença vergastada extinguiu o feito, sem resolução do mérito, relativamente aos réus constantes no seu anexo IX, em face da verificação de litispendência entre a presente demanda e a ação popular nº 91.00894-0, e, no restante, julgou improcedentes os pleitos formulados pelo *Parquet*.

Nos autos do agravo de instrumento nº 86.413/PB, a 1ª Turma desta Corte negou provimento ao recurso que visava ao desmembramento do presente feito relativamente aos pensionistas. Contudo, relata a Juíza de origem que, quando proferido o acórdão, a Secretaria da 3ª Vara Federal da Paraíba já havia dado cumprimento à decisão que havia deferido a tutela recursal, promovendo o referido desmembramento, o que resultou na formação do processo de nº 2008.82.00.005434-0.

Ressalta que, diante da situação em que a presente demanda se apresentava, e em homenagem aos princípios do contraditório, da economia processual, da celeridade e da efetividade da jurisdição, o desmembramento havia de ser mantido sem que isso implicasse desrespeito ao acórdão prolatado nos autos do agravo de instrumento mencionado, de modo que a sentença proferida não atingiu as pessoas constantes do seu anexo VIII, que passaram a fazer parte do processo de nº 2008.82.00.005434-0.

Em seguida, decidindo os embargos de declaração, a Juíza de origem integrou a sentença, reconhecendo que os promovidos Ana Maria Rezende Libânio, Antônio Murilo Rodrigues, Fernando Gil Rezende Libânio, Flora Maria Rezende Libânio, Francisca das Chagas Rodrigues, Jacira dos Santos Monte, Joana D'arc Rodrigues Medeiros, Margarida V. B. T. de Carvalho, Max Mendonça Meira,

Orígenes Monte Neto, Paula Carolina Teixeira Miranda Leite, Plácido Montenegro Pires, Priscila Rodrigues Pereira, Sâmara Keila M. P. Mendonça e Zuíla Rodrigues Montenegro Pires foram indevidamente excluídos desta demanda, uma vez que, por não serem beneficiários da Resolução nº 27/86, foram excluídos da Ação Popular nº 91.0000894-0, não havendo que se falar em litispendência em relação a esses réus.

Consequentemente, passou a analisar a situação das partes acima listadas, julgando improcedente o pedido do Órgão Ministerial relativamente a elas pelos mesmos fundamentos adotados para o julgamento dos demais.

Na mesma decisão, supriu também a omissão acerca da alegação de nomeação de pessoas para o exercício de cargos e funções de confiança com fundamento no Decreto nº 77.242/76 e a transformação dessas funções em empregos da tabela permanente com base no Decreto-Lei nº 2.280/85, concluindo que na inicial não houve qualquer pedido dirigido à declaração de nulidade das nomeações para o exercício de funções de confiança ou que objetivasse a anulação do ato que transformou essas funções em empregos públicos, de modo que, considerando as causas de pedir acima elencadas estranhas à pretensão deduzida, indeferiu a inicial nesse ponto, extinguindo o processo sem resolução do mérito nessa parte.

Em suas razões de apelo, alega o MPF que, embora não haja inconstitucionalidade nas contratações de empregados públicos, sem concurso, ocorridas antes da entrada em vigor da Constituição atual, faz-se mister analisar a possibilidade desses funcionários virem a ocupar cargo público sem submissão a concurso.

Reconhece, noutro aspecto, que o artigo 39 da CF determinou a instituição de um regime jurídico único para os servidores da administração direta, autarquias e fundações públicas, salientando, contudo, que esse regime estatutário não atingiu todos os servidores da mesma forma, haja vista as peculiaridades existentes em relação aos empregados.

Aduz ainda que, diferentemente do apontado na sentença, o artigo 33 da Emenda Constitucional nº 19/98 não conferiu estabilidade aos empregados admitidos sem concurso público após o dia

5 de outubro de 1983, considerando-se os mesmos não estáveis apenas para efeito de exoneração, com o fim de respeitar o limite de despesa com pessoal referido no artigo 169 da CF.

Afirma, nesse ponto, que a intenção do legislador foi tão-somente prestigiar os servidores concursados, embora ainda não estáveis, em detrimento daqueles que não se submeteram a prévio concurso de provas e títulos, não tendo sido agraciados pela estabilidade extraordinária prevista no artigo 19 do ADCT.

Questiona ainda a assertiva disposta na sentença no sentido de que os servidores não concursados, porém estáveis no serviço público, têm direito à irredutibilidade de vencimentos. A seu ver, não existe direito adquirido à remuneração pelo exercício ilegal de cargo.

Irresigna-se ainda quanto ao argumento exposto na sentença recorrida de que, considerando-se o longo lapso de tempo já decorrido, o retorno dos servidores não concursados aos empregos originalmente exercidos poderia acarretar mais transtornos do que benefícios para a Administração Pública.

Assevera o *Parquet* que a demora na entrega do provimento jurisdicional não pode servir de pálio para a permanência de situações ilegais e contrárias à Constituição.

Expõe também o MPF sua inconformidade quanto à parte da sentença, integrada pelos embargos de declaração, que indeferiu a inicial, extinguindo o processo sem resolução do mérito quanto à contratação com base no Decreto 77.242/76, sob o argumento de que não houve qualquer pedido dirigido à declaração de nulidade das nomeações para o exercício de funções de confiança ou que objetivasse a anulação do ato que transformou essas funções em empregos públicos.

Assegura o MPF que a causa de pedir sob questão não é, como dito na sentença, estranha à pretensão deduzida, uma vez que a permanência ou não, na Corte Trabalhista Paraibana, das pessoas contratadas com base no Decreto invocado passa pela análise da legislação utilizada para burlar o concurso público, uma vez que, com base no Decreto-Lei nº 2.280/85, elas saíram de suas funções comissionadas para ocupar cargos públicos.

Nesse passo, requer o MPF a reforma da sentença de primeiro grau para a tomada das seguintes providências:

a) em relação aos rés que ingressaram no quadro permanente de pessoal do TRT da 13ª Região sem prévio concurso público, após 05 de outubro de 1983, sejam declarados nulos os seus respectivos atos de provimento, sejam os relativos ao ingresso, sejam os relativos aos provimentos posteriores, devendo haver a demissão dos quadros do TRT da 13ª Região;

b) em relação aos que são abrangidos pelo artigo 19 do ADCT, ou seja, foram admitidos há mais de cinco anos da data da promulgação da CR/88, mas que não se submetem a concurso público para fins de efetivação, embora devam permanecer nos cargos, devem ser declarados nulos todos os atos de ascensão na carreira, razão pela qual devem retornar aos cargos originários, com a consequente redução salarial cabível;

c) no que diz respeito aos que possuíam mais de cinco anos no serviço público na data da promulgação da Constituição da República de 1988, mas que ocupavam no TRT da 13ª Região cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, notadamente com arrimo no Decreto nº 77.242/76, devem ser declarados nulos os seus respectivos atos de provimento, sejam os relativos ao ingresso, sejam os relativos aos provimentos posteriores, inclusive os decorrentes do Decreto-Lei nº 2.280/85, devendo também haver a demissão dos quadros do TRT da 13ª Região;

e

d) deve a sentença primária ser reformada, ainda, para condenar os juízes do TRT da 13ª Região, integrantes do órgão colegiado que promoveu as admissões alegadamente ilegais, a reparar o dano causado ao erário pela continuidade da situação ainda existente.

Os réus Alexandre Gondim Guedes Pereira, Maria Letícia Teixeira de Carvalho Rocha, Paulino Teixeira de Carvalho Filho e todos os demais promovidos constantes no anexo IX da sentença atacada alegam em sua peça recursal que não há litispendência entre a presente demanda e a ação popular referida na sentença de primeiro grau, sob o argumento de que as ações e as partes são totalmente diversas.



Contrarrazões apresentadas por Alexandre Gondim Guedes Pereira e outros às fls. 4104/4130, por Nereida Maira Nóbrega Barreto Pires Bezerra e outros às fls. 4141/4165 e por Fraya Adriana Bonette, Ary Penna Firme, Letícia Carvalho Rocha, Petrônio José da Rocha e Roberto Carlos Fernandes, por meio da Defensoria Pública da União às fls. 4210/4216, pugnando pelo não provimento da apelação interposta pelo MPF.

Contrarrazões apresentadas por Margarida Verena B. Teixeira de Carvalho e outros às fls. 4200/4208, requerendo o reconhecimento da prescrição da ação ou a sua improcedência.

A União apresentou contrarrazões às fls. 4223/4227, alegando acerto na decisão recorrida, requerendo, portanto, o não provimento da apelação manejada pelo MPF.

O MPF, em suas contrarrazões de fls. 4229/4241, pugna, preliminarmente, pelo não recebimento da apelação de fls. 4096/4101, relativamente à Maria Letícia Teixeira de Carvalho Rocha, uma vez que seu nome não consta da lista do anexo IX da sentença, bem como em relação aos promovidos listados no anexo IX que tiveram a situação apreciada por meio dos embargos de declaração; e, no mérito, pelo não provimento da referida apelação.

Parecer do MPF às fls. 4249/4264, manifestando-se pelo acolhimento das preliminares ventiladas nas contrarrazões de fls. 4229/4241, pelo não provimento da apelação dos réus e pelo provimento da apelação interposta pelo MPF.

É o que havia de relevante para relatar.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

### **1. Preliminares.**

#### **1.1. Falta de interesse recursal.**

Na apelação de fls. 4096/4101, os réus ali constantes apresentaram seu inconformismo com a parte da sentença que os excluiu do feito pela constatação de litispendência entre a presente demanda e a Ação Popular nº 91.00894-0, de modo que pede sua reforma.

Contudo, a decisão em sede de embargos de declaração, integrou a sentença recorrida, concluindo não ter sido configurada a litispendência quanto aos réus Ana Maria Rezende Libânio, Antônio Murilo Rodrigues, Fernando Gil Rezende Libânio, Flora Maria Rezende Libânio, Francisca das Chagas Rodrigues, Jacira dos Santos Monte, Joana D´arc Rodrigues Medeiros, Margarida V. B. T. de Carvalho, Max Mendonça Meira, Orígenes Monte Neto, Paula Carolina Teixeira Miranda Leite, Plácido Montenegro Pires, Priscila Rodrigues Pereira, Sâmara Keila M. P. Mendonça e Zuíla Rodrigues Montenegro Pires, uma vez que, por não serem beneficiários da Resolução nº 27/86, foram excluídos da Ação Popular nº 91.0000894-0.

Ademais, a ré Maria Letícia Teixeira de Carvalho não consta do anexo IX da sentença atacada, não tendo sido, em momento algum, excluída deste feito, de modo que não possui interesse em recorrer da sentença, uma vez que, assim como os réus acima elencados, o pronunciamento de litispendência não a atingiu.

Diante disso, não deve ser conhecida a apelação de fls. 4096/4101 quanto aos promovidos mencionados nos dois parágrafos imediatamente anteriores.

### **1.2. Litispendência.**

Quanto aos demais integrantes do anexo IX da sentença recorrida, não há que se reconhecer a ocorrência de litispendência com a ação popular nº 91.00894-0, devendo ser reformado o pronunciamento do juízo de primeiro grau nesse ponto.

Com efeito, nos termos do artigo 301, § 3º, do CPC, “há litispendência, quando se repete ação, que está em curso”, ou seja, quando a ação nova tem as mesmas partes, pedido e causa de pedir da demanda já inaugurada.

No concernente à identidade entre as partes da presente ação civil pública e da Ação Popular nº 91.00894-0, observa-se que no regime de substituição processual deve-se levar em conta o titular do interesse sob análise, não havendo necessidade, para configuração da litispendência, da identidade absoluta dos integrantes dos pólos ativo e passiva da demanda.

Contudo, em que pese a possibilidade de ocorrer litispendência entre as ações coletivas, deve-se analisar, para sua configuração, o objeto das demandas.

A mencionada ação popular tem por objeto a desconstituição da Resolução 27/86 do TRT da 13ª Região, que homologou o resultado final do processo seletivo de ascensão funcional de alguns servidores e autorizou o Presidente do referido órgão judicial a expedir os respectivos atos, relativamente aos candidatos ali habilitados e no número de vagas existentes, no quadro e na Tabela Permanente de Pessoal de sua Secretaria.

Por seu turno, a presente ação civil pública, conforme já relatado, visa à desconstituição de investiduras e a desocupação de cargos públicos de provimento efetivo, supostamente preenchidos sem concurso público; bem como a condenação de juízes do TRT da 13ª Região, que integravam o órgão colegiado que promoveu as referidas admissões, na reparação do dano causado ao erário.

Sendo assim, é de se concluir pela inexistência de identidade entre os objetos de ambas as ações coletivas, devendo ser reformada a sentença recorrida no ponto em que excluiu os réus constantes do seu anexo IX, de modo que o julgamento de mérito passe a abarcá-los.

Corroborando a tese da impossibilidade de configuração de litispendência entre ações coletivas no caso de objetos diversos, passo a transcrever ementa de decisão proferida pelo STJ:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. ANULAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. LITISPENDÊNCIA. INOCORRÊNCIA. TEM O MINISTÉRIO PÚBLICO LEGITIMIDADE PARA PROPOR ACÇÃO CIVIL PÚBLICA, VISANDO AO RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO MUNICIPAL. NÃO HÁ LITISPENDÊNCIA ENTRE ACÇÃO CIVIL PÚBLICA E ACÇÃO POPULAR, PORQUE DIVERSOS OS PEDIDOS. TRATANDO-SE DE PREJUÍZO AOS COFRES PÚBLICOS, AS IMPORTÂNCIAS PAGAS PELOS RÉUS DEVEM SER RECOLHIDAS A ELES. RECURSO IMPROVIDO.

(REsp 199700900908, GARCIA VIEIRA, STJ - PRIMEIRA TURMA, 08/06/1998).

### 1.3. Da prescrição.

Também não merece acolhida a tese de prescrição quinquenal aventada pelos réus nas contrarrazões de fls. 4200/4208. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que antes da vigência da Lei 9.784/99 a Administração podia, a qualquer tempo, revogar seus atos quando eivados de vícios, bem como de que não há prescrição de ato administrativo inconstitucional. Nesse sentido, transcrevo os precedentes abaixo:

ASSISTÊNCIA SIMPLES. PEDIDO. APELAÇÃO. JULGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO. RENOVAÇÃO. INSTÂNCIA SUPERIOR. POSSIBILIDADE. ARTS. 50 E 463 DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ASCENSÃO E PROGRESSÃO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. PROVIMENTO. NULIDADE. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ART. 54. LEI Nº 9.784/99. INAPLICABILIDADE.

I - Descabe a renovação do pedido de assistência simples depois do julgamento das apelações e dos embargos declaratórios respectivos, uma vez que já esgotado o ofício jurisdicional do Tribunal *a quo*. Possibilidade de renovação do pedido na instância superior. Inteligência dos arts. 50, parágrafo único e 463 do CPC.

II - Esta e. Corte, respaldada na jurisprudência do Pretório Excelso, firmou o entendimento no sentido de que, após o advento da Constituição Federal de 1988, restaram expungidas do ordenamento jurídico brasileiro quaisquer formas de ingresso, sem concurso público, em cargo público efetivo diverso daquele para o qual ingressou o servidor, não se admitindo a invocação de pretensão direito adquirido contra a própria Constituição Federal.

**III - Antes do advento do art. 54 da Lei nº 9.784/99, que não se aplica às situações ocorridas antes da sua entrada em vigor, conforme orientação assentada nos MS nº 9112/DF e MS nº 9.115/DF, esta e. Corte entendia que a Administração poderia revogar a qualquer tempo os seus próprios atos, quando eivados de vícios, razão pela qual descabe invocar a prescrição quinquenal do art. 1º do Decreto nº 20.910/32.**

IV - A legitimidade do Ministério Público para impugnar os atos inquinados não pode ser examinada no âmbito do recurso especial, uma vez que o fundamento do acórdão

recorrido é de natureza eminentemente constitucional. Não conhecido o recurso da Escola Técnica Federal de Pelotas, por ausência de legitimidade recursal, e desprovidos os demais recursos especiais.

(REsp 200201656564, FELIX FISCHER, STJ - QUINTA TURMA, 01/08/2006). Grifos acrescidos.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MÉRITO. TITULARIDADE DE CARTÓRIO. COISA JULGADA. OCORRÊNCIA. MATÉRIA DECIDIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA COM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA. NÃO-OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. EFEITOS DA DECISÃO DO STF EM ADI. NULIDADE ABSOLUTA. ALÍNEA B DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Os atos administrativos de delegação com fim de investidura no cargo de titular de serventia cartorária pressupõem, necessariamente, a realização de concurso público. Na hipótese esse requisito não foi observado.

2. Configuração da coisa julgada, embora a questão tenha sido decidida, em primeiro lugar, em sede de mandado de segurança.

3. Nulidade de pleno direito da nomeação, em decorrência da declaração de inconstitucionalidade pelo STF, com efeitos *ex tunc*, não havendo que se falar, portanto, em prescrição ou preclusão administrativa (Súmula nº 473 do STF).

4. Agravo regimental não provido.

(AGREsp 200701518563, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, 30/03/2010).

Conclui-se, portanto, que, como a presente demanda foi ajuizada em 1993 e questiona a constitucionalidade da ocupação de cargos públicos em razão de terem sido levadas a efeito sem concurso público, não há que se falar em prescrição.

## **2. Mérito.**

Tratando-se de contratações, sem concurso público de provas e títulos para os quadros do TRT da 13ª Região, anteriormente ao atual regime constitucional, o deslinde do feito passa, necessariamente, pela análise do conceito de estabilidade no serviço público e dos requisitos para ocupação de cargo público de provimento efetivo, devendo-se, de início, proceder-se ao estudo do histórico legislativo das formas de contratação para o serviço público.

Mister se faz, portanto, transcrever os artigos que tratam do acesso ao serviço público, respectivamente, da Constituição federal de 1967, com redação conferida pela Emenda Constitucional nº 01/69, uma vez que as contratações atacadas na presente ação civil pública se deram na vigência da referida Carta Magna, e da Constituição Federal de 1988, para que se possa fazer um paralelo entre esses dois regimes e concluir-se acerca da regularidade ou não da situação dos réus:

CF/67:

Art. 97. Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

§ 1º A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.

CF/88:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Depreende-se dos textos legais que, no regime constitucional de 1967/69, a exigência de concurso público era exclusivamente para a primeira investidura em cargo, não se repetindo a previsão para a ocupação de empregos públicos, o que passou a ser exigido no regime constitucional de 1988, ressalte-se, desde sua redação original.

Nesse passo, resta esclarecida a situação dos promovidos que foram contratados para o preenchimento de empregos públicos no âmbito do TRT da 13ª Região, visto que não se vislumbrou quanto a eles qualquer desobediência à norma constitucional aplicável, haja vista que as certidões funcionais acostadas aos autos demonstram que eles foram contratados antes de 1988 e com base na CLT.

Se não há dúvidas quanto à regularidade do ingresso no órgão judicial dos servidores contratados sob o regime celetista para ocuparem empregos públicos, resta ainda pendente de esclarecimento a situação jurídica da posterior transposição para os cargos públicos que atualmente ocupam, bem como dos que foram contratados com base no Decreto nº 77.242/76 e passaram a ocupar empregos públicos com base no Decreto-Lei nº 2.280/85.

Desse modo, faz-se necessária a apreciação do inconformismo do MPF no que toca à parte da sentença que indeferiu a inicial, extinguindo o processo sem resolução do mérito quanto à contratação com base no Decreto nº 77.242/76, sob o argumento de que não houve qualquer pedido dirigido à declaração de nulidade das nomeações para o exercício de funções de confiança ou que objetivasse a anulação do ato que transformou essas funções em empregos públicos.

Quanto à questão sob análise assiste razão ao *Parquet*. Com efeito, o Decreto nº 77.242/76 serviu de base para a contratação de pessoas para funções de confiança e cargos em comissão, contudo não reside aí o questionamento ministerial, mas sim, na conseqüente transformação dessas funções em empregos públicos pelo Decreto-Lei nº 2.280/85, e, posteriormente, na transposição para os cargos públicos atualmente ocupados.

Assim, a presente causa de pedir não é estranha à pretensão deduzida na inicial, uma vez que demonstra a situação de servidores contratados sob o regime celetista que passaram a ocupar cargo público sem concurso de provas e títulos.

É o caso de se reformar a sentença na parte em que indeferiu a inicial quanto às contratações com base no Decreto nº 77.242/76, devendo ser apreciada essa questão similarmente à dos promovidos que ocuparam originalmente empregos públicos.

Ressalte-se que, em face da decisão do TCU no julgamento das contas do TRT da 13ª Região dos exercícios de 1986/1988 (fls. 2500/2503), em que se reconheceu a regularidade de todas as contratações aqui discutidas, o foco da discussão se resume à transposição dos empregos para os cargos públicos sem concurso de provas e títulos.

Impõe-se analisar o que dispôs o artigo 19 do ADCT, quando do início da vigência da atual ordem constitucional:

Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

Infere-se do dispositivo constitucional acima transcrito que o legislador constituinte conferiu expressa e especificamente a estabilidade àqueles que ingressaram no serviço público sem concurso há mais de cinco anos da entrada em vigor da Constituição Federal.

É importante esclarecer que não há que se falar em extensão da estabilidade extraordinária do artigo 19 do ADCT àqueles que ingressaram no serviço público menos de cinco anos antes da entrada em vigor da Carta de 88. O artigo 33 da Emenda Constitucional nº 19/98, ao prever que estes servidores são considerados não estáveis para os fins do art. 169, § 3º, II, da Constituição Federal, quis apenas privilegiar, em detrimento destes, os servidores ocupantes de cargo efetivo e que ainda não adquiriram a estabilidade, não tendo como se abstrair que o legislador os considerou estáveis para todos os outros efeitos.

Ocorre que o artigo 39 da Lei Maior, em sua redação original, determinou a unificação dos regimes de trabalho na administração direta, bem como nas autarquias e fundações públicas, extinguindo-se o regime celetista e adotando-se, exclusivamente, o estatutário. Desse modo, foi editada a Lei nº 8.112/90, que instituiu o regime jurídico único dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Senão vejamos:



Art. 243. Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação.

§ 1º Os empregos ocupados pelos servidores incluídos no regime instituído por esta Lei ficam transformados em cargos, na data de sua publicação.

Nessa mesma linha, a Lei nº 8.432/92, que veio dispor sobre a criação de Juntas de Conciliação e Julgamento nas Regiões da Justiça do Trabalho, determinou a submissão de todos os cargos e empregos de seus quadros ao regime jurídico único, na forma do artigo 243 da Lei nº 8.112/90, tornando todos os servidores estatutários, inclusive aqueles admitidos com base no Decreto nº 77.242/76, o que se depreende da transcrição que segue:

Art. 44. Aos cargos e aos empregos dos Quadros e Tabelas de Pessoal da Justiça do Trabalho, inclusive as especiais decorrentes do Decreto nº 77.242, de 1976, preenchidos antes da promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, aplica-se o disposto no art. 243 e seus parágrafos, da Lei nº 8.112, de 1990.

Noutro aspecto, ainda que fosse necessário o concurso para que os antigos empregados públicos não estáveis (admitidos antes de 05 de outubro de 1983) fossem integrados aos cargos transformados pela Lei nº 8.112/90, não se deve perder de vista que, havendo colisão de princípios fundamentais, cabível é o emprego do princípio da proporcionalidade, que permite, por meio de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto, harmonizá-los, através da redução proporcional do âmbito de aplicação de um deles.

Estar-se-ia diante do confronto entre o princípio do concurso para o provimento de cargos públicos e os princípios da boa-fé e da segurança jurídica que abarcam todos os promovidos, que con-

forme pronunciado pelo TCU, ingressaram no TRT da 13ª Região regularmente e ocupam os cargos correspondentes por longos anos.

Diante disso, deve-se ponderar que a modificação dessas situações, conforme apontado na sentença de primeiro grau, causaria mais transtornos do que benefícios para a Administração, uma vez que o desligamento dos servidores não estáveis não geraria a abertura de vagas a serem preenchidas por concursados e o retorno dos estáveis que não se efetivaram por concurso aos empregos antes ocupados se tornou inviável haja vista a inexistência de lei que regulamente tais empregos e, sobretudo, trate de sua remuneração.

Ademais, não se pode ignorar os efeitos jurídicos das situações aqui postas à discussão em face da evidente injustiça que implicaria fazer retornar aos empregos originários ou exonerar aqueles que exerceram suas atribuições por tantos anos e atingiram inegavelmente elevado grau de especialização, além de terem estruturado suas vidas e de suas famílias a partir dos patamares remuneratórios alcançados. Em casos similares, o STJ e o TRF da 4ª Região decidiram com base nos princípios acima invocados:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ENQUADRAMENTO DE PROFESSORA DO ESTADO DE TOCANTINS, COM BASE EM ASCENSÃO FUNCIONAL. LEI ESTADUAL DE TOCANTINS 351/92, POSTERIORMENTE REVOGADA. NORMA INCONSTITUCIONAL. ATO PRATICADO SOB OS AUSPÍCIOS DO ENTÃO VIGENTE ESTATUTO DO MAGISTÉRIO DO ESTADO DE TOCANTINS. PREPONDERÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA RAZOABILIDADE. CONVALIDAÇÃO DOS EFEITOS JURÍDICOS. SERVIDORA QUE JÁ SE ENCONTRA APOSENTADA. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

1. O poder-dever da Administração de invalidar seus próprios atos encontra limite temporal no princípio da segurança jurídica, pela evidente razão de que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade originada do poder de autotutela do Estado, e na convalidação dos efeitos produzidos, quando, em razão de suas

consequências jurídicas, a manutenção do ato atenderá mais ao interesse público do que sua invalidação.

2. A infringência à legalidade por um ato administrativo, sob o ponto de vista abstrato, sempre será prejudicial ao interesse público; por outro lado, quando analisada em face das circunstâncias do caso concreto, nem sempre sua anulação será a melhor solução. Em face da dinâmica das relações jurídicas sociais, haverá casos em que o próprio interesse da coletividade será melhor atendido com a subsistência do ato nascido de forma irregular.

3. O poder da Administração, dest'arte, não é absoluto, de forma que a recomposição da ordem jurídica violada está condicionada primordialmente ao interesse público. O decurso do tempo ou a convalidação dos efeitos jurídicos, em certos casos, é capaz de tornar a anulação de um ato ilegal claramente prejudicial ao interesse público, finalidade precípua da atividade exercida pela Administração.

4. O art. 54 da Lei 9.784/99 funda-se na importância da segurança jurídica no domínio do Direito Público, estipulando o prazo decadencial de 5 anos para a revisão dos atos administrativos viciosos (sejam eles nulos ou anuláveis) e permitindo, *a contrario sensu*, a manutenção da eficácia dos mesmos, após o transcurso do interregno quinquenal, mediante a convalidação *ex ope temporis*, que tem aplicação excepcional a situações típicas e extremas, assim consideradas aquelas em que avulta grave lesão a direito subjetivo, sendo o seu titular isento de responsabilidade pelo ato eivado de vício.

5. Cumprir a lei nem que o mundo pereça é uma atitude que não tem mais o abono da Ciência Jurídica, neste tempo em que o espírito da justiça se apóia nos direitos fundamentais da pessoa humana, apontando que a razoabilidade é a medida sempre preferível para se mensurar o acerto ou desacerto de uma solução jurídica.

6. O ato que investiu a recorrente no cargo de Professora Nível IV, em 06.01.93, sem a prévia aprovação em concurso público e após a vigência da norma prevista no art. 37, II, da Constituição Federal, é indubitavelmente ilegal, no entanto, a sua efetivação sob os auspícios de legislação vigente à época, (em que pese sua inconstitucionalidade), a aprovação de sua aposentadoria pelo Tribunal de Contas, e o transcurso de mais de 5 anos, consolidou uma situação fática para a qual não se pode fechar os olhos,

vez que produziu consequências jurídicas inarredáveis. Precedente do Pretório Excelso.

7. A singularidade deste caso o extrema de quaisquer outros e impõe a prevalência do princípio da segurança jurídica na ponderação dos valores em questão (legalidade vs segurança), não se podendo ignorar a realidade e aplicar a norma jurídica como se incidisse em ambiente de absoluta abstratividade.

8. Recurso Ordinário provido, para assegurar o direito de a recorrente preservar sua aposentadoria no cargo de Professor, nível IV, referência 23, do Estado do Tocantins. (ROMS 200701304927, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - QUINTA TURMA, 17/11/2008)

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NULIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS QUE PERMITIRAM A ASCENSÃO FUNCIONAL DE SERVIDORES PÚBLICOS SEM CONCURSO.**

- O instituto da ascensão funcional é forma de provimento derivado, onde o cargo é preenchido por quem já detém vínculo anterior com o serviço público. Através da ascensão o servidor é guindado de um cargo para outro mais elevado, ou seja, é forma de provimento de cargo público.  
- Com o advento da Constituição Federal de 1988, a teor do que dispõe o artigo 37, II, a ascensão funcional não mais é admitida.

- A questão, portanto, não mais guarda controvérsia, sendo exigível o concurso público não mais apenas para a primeira investidura, mas para qualquer forma de provimento em cargo público.

- Segundo, quando as situações individuais, seria injusto fazer retornar aos cargos anteriores funcionários que, pelo longo tempo transcorrido, atingiram elevado grau de especialização nas novas funções e estruturaram suas vidas, pessoais e familiares, a partir dos novos patamares remuneratórios.

- Logo, entendo ser inadequado, construídos, naquele momento, dentro de uma aparente legalidade e em estrito cumprimento de norma legal que se tinha por vigente, desconsiderando os efeitos concretos que advieram. Supremo Tribunal Federal RE 442.683/RS.

(AC 200204010432422, VÂNIA HACK DE ALMEIDA, TRF4 - TERCEIRA TURMA, 26/07/2006)

Ainda assim, é de salientar-se que a Administração, em momento algum, demonstrou interesse em levar a efeito as providências requeridas pelo MPF relativamente aos servidores promovidos, utilizando-se, por exemplo, da faculdade conferida pelo parágrafo sétimo do artigo 243 da Lei nº 8.112/90:

Art. 243 (...)

§ 7º Os servidores públicos de que trata o *caput* deste artigo, não amparados pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, poderão, no interesse da Administração e conforme critérios estabelecidos em regulamento, ser exonerados mediante indenização de um mês de remuneração por ano de efetivo exercício no serviço público federal. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

Nos casos em que a Administração exonera o servidor não estável e não concursado, a jurisprudência é pacífica ao definir que o ato de desligamento não comporta qualquer ilegalidade, pronunciando-se sempre de forma contrária aos interesses particulares, o que não é o caso dos autos:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FUNCIONÁRIO PÚBLICO ESTADUAL ADMITIDO SEM CONCURSO PÚBLICO E REDISTRIBUÍDO PARA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO. EFETIVAÇÃO POR RESOLUÇÃO DA MESA. FORMA DERIVADA DE INVESTIDURA EM CARGO PÚBLICO. DESFAZIMENTO DO ATO ADMINISTRATIVO PELA MESA DIRETORA DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA. ILEGALIDADE DO ATO QUE DECLAROU A NULIDADE DA INVESTIDURA DO SERVIDOR. IMPROCEDÊNCIA. EFETIVIDADE E ESTABILIDADE.

1. Servidor contratado para o cargo de carreira integrante do Poder Executivo estadual e redistribuído para a Assembleia Legislativa do Estado. Efetivação por ato da Mesa Legislativa. Forma derivada de investidura em cargo público. Inobservância ao artigo 37, II, da Constituição Federal. 1.1. O critério do mérito aferível por concurso público de provas ou de provas e títulos é, no atual sistema constitucional, indispensável para o cargo ou emprego isolado ou de carreira. Para o isolado, em qualquer hipótese; para o de carreira, só se fará na classe inicial e pelo concurso público de provas ou de provas e títulos, não o sendo, porém, para os cargos subsequentes que nela se escalo-

nam até seu final, pois, para estes, a investidura se dará pela forma de provimento que é a “promoção”. 1.2. Estão banidas, pois, as formas de investidura antes admitidas – ascensão e transferência –, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso. 1.3. O preceito constitucional inserto no art. 37, II, não permite o “aproveitamento”, uma vez que, nesse caso, há igualmente o ingresso em outra carreira, sem o concurso público exigido. Precedente.

2. Efetividade e estabilidade. Não há que confundir efetividade com estabilidade. Aquela é atributo do cargo, designando o funcionário desde o instante da nomeação; a estabilidade é aderência, é integração no serviço público, depois de preenchidas determinadas condições fixadas em lei, e adquirida pelo decurso de tempo.

3. Estabilidade: artigos 41 da Constituição Federal e 19 do ADCT. A vigente Constituição estipulou duas modalidades de estabilidade no serviço público: a primeira, prevista no art. 41, é pressuposto inarredável à efetividade. A nomeação em caráter efetivo constitui-se em condição primordial para a aquisição da estabilidade, que é conferida ao funcionário público investido em cargo, para o qual foi nomeado em virtude de concurso público. A segunda, prevista no art. 19 do ADCT, é um favor constitucional conferido àquele servidor admitido sem concurso público há pelo menos cinco anos antes da promulgação da Constituição. Preenchidas as condições insertas no preceito transitório, o servidor é estável, mas não é efetivo, e possui somente o direito de permanência no serviço público no cargo em que fora admitido, todavia sem incorporação na carreira, não tendo direito a progressão funcional nela, ou a desfrutar de benefícios que sejam privativos de seus integrantes. 3.1. O servidor que preencher as condições exigidas pelo art. 19 do ADCT-CF/88 é estável no cargo para o qual fora contratado pela Administração Pública, mas não é efetivo. Não é titular do cargo que ocupa, não integra a carreira e goza apenas de uma estabilidade especial no serviço público, que não se confunde com aquela estabilidade regular disciplinada pelo art. 41 da Constituição Federal. Não tem direito a efetivação, a não ser que se submeta a concurso público, quando, aprovado e nomeado, fará jus à contagem do tempo de serviço prestado no período de estabilidade excepcional, como título.

4. Servidor estável *ex vi* do art. 19 do ADCT, redistribuído para Assembleia Legislativa e efetivado na carreira por ato da Mesa Legislativa. Anulação. Ilegalidade e existência de direito adquirido. Alegação improcedente. Súmula 473/STF. 4.1. O ato de “redistribuição” ou “enquadramento”, assim como o de “transferência” ou “aproveitamento”, que propiciou o ingresso do servidor na carreira, sem concurso público, quando esse era excepcionalmente estável no cargo para o qual fora contratado inicialmente (art. 19, ADCT), é nulo, por inobservância ao art. 37, II, da Constituição Federal. Legítimo é o ato administrativo que declarou a nulidade da Resolução da Mesa da Assembleia Legislativa, que efetivou o agente público, pois a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos (Súmula 473). A Constituição Federal não permite o ingresso em cargo público - sem concurso. Recurso extraordinário conhecido e provido, para cassar a segurança concedida.

(RE 167635, MAURÍCIO CORRÊA, STF).

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR CELETISTA. DISPENSA. ATO MOTIVADO. PRÉVIO PROCESSO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. LEI ESTADUAL 10.254/90. DECRETO NÚMERO 31.930/90.

1. A legislação correlata estabeleceu apenas que o ato de dispensa de servidores celetistas, condicionado a oportunidade e conveniência, avaliadas exclusivamente pela administração pública, fosse devidamente motivado, prescindindo, assim da instauração de processo administrativo.

2. A análise de eventual direito da recorrente a indenização, refoje ao Mandado de Segurança.

3. Não cumpridos, inclusive, os requisitos da CF/88, Art. 19, ADCT, ou seja, estar em exercício por mais de cinco anos antes da promulgação da Constituição e ter recebido pelos cofres públicos.

4. Recurso não provido.

(ROMS 199700353770, EDSON VIDIGAL, STJ - QUINTA TURMA, 28/06/1999).

E, repita-se, no caso concreto a administração pública nunca pretendeu afastar os servidores de que trata este feito. Pelo contrário, através da AGU defendeu os vínculos existentes.

No que tange ao pedido de condenação dos juízes do TRT da 13ª Região, integrantes do órgão colegiado que promoveu as admissões alegadamente ilegais, a reparar o suposto dano causado ao erário; esclarecido que não houve irregularidade nas contratações, conforme declarado pelo TCU, não merece acolhida o pleito ministerial.

Considerando-se os argumentos e os fundamentos acima dispostos, essencialmente os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, conclui-se pelo acerto da sentença recorrida no tocante à manutenção dos servidores em seus cargos e respectivos patamares remuneratórios.

### **3. Conclusão.**

Ante o exposto:

I - rejeito a preliminar de prescrição quinquenal aventada pelos réus nas contrarrazões de fls. 4200/4208;

II - não conheço da apelação de fls. 4096/4101 quanto aos réus Ana Maria Rezende Libânio, Antônio Murilo Rodrigues, Fernando Gil Rezende Libânio, Flora Maria Rezende Libânio, Francisca das Chagas Rodrigues, Jacira dos Santos Monte, Joana D'arc Rodrigues Medeiros, Margarida V. B. T. de Carvalho, Max Mendonça Meira, Orígenes Monte Neto, Paula Carolina Teixeira Miranda Leite, Plácido Montenegro Pires, Priscila Rodrigues Pereira, Sâmara Keila M. P. Mendonça, Zuíla Rodrigues Montenegro Pires e Maria Letícia Teixeira de Carvalho, dando-lhe provimento no restante para reformar a sentença no ponto em que reconheceu a ocorrência de litispendência relativamente aos réus do seu anexo IX, de modo que o julgamento de mérito passa a atingi-los; e

III - dou parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal, apenas para reformar a sentença de primeiro grau no ponto em que indeferiu a inicial quanto aos réus que ingressaram no TRT da 13ª Região com base no Decreto nº 77.242/76, julgando improcedente o pleito ministerial quanto aos referidos servidores, devendo ser mantido o julgamento de improcedência quanto aos demais réus.

É como voto.



## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 506.075-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO RESENDE MARTINS (CONVOCADO)  
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Apelado: LUIZ DE ALMEIDA AGRA NETO  
Repte.: PROCURADORIA DO INSS  
Advs./Procs.: DR. ALBERICO MOURA CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE E OUTRO (APDO.)

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO DE SENTENÇA QUE RECONHECEU A CONTAGEM QUALIFICADA DO TEMPO DE SERVIÇO PARA FINS DE APOSENTADORIA.**

**- Hipótese em que a sentença reconheceu como especial o período de 07 de junho de 1976 a 05 de março de 1997, ressalvando que a aposentação seria devida se a soma dos demais períodos trabalhados pelo autor atendesse aos requisitos respectivos.**

**- Nula é a sentença que julga a ação procedente, condicionada esta procedência ao preenchimento de determinados requisitos legais pelo autor (*Theotônio Negrão*, In *Código de Processo Civil*, 38ª edição, p. 518). Exame de mérito pelo Tribunal. Ampliação do efeito devolutivo pelo § 3º, do art. 515, do CPC.**

**- Apenas com a edição da Lei 9.258/97, arrimado na jurisprudência do STJ, passou a ser imprescindível a realização de laudo pericial para fins de comprovação da exposição aos agentes nocivos respectivos.**

**- Segurado que demonstrou tempo de serviço em condições especiais no período de 07 de junho de 1976 a 19 de agosto de 1998 – atividade exercida com exposição à energia elétrica com tensão acima de 250 volts e temperatura acima de 28º.**

**- Mesmo aplicado o precedente do STJ (ao qual guardo reservas), segundo o qual, a partir da vigência Decreto nº 2.172/97, a eletricidade não pode ser considerada como agente nocivo, uma vez que não consta no Anexo IV do referido Decreto (AgRg no REsp 992885-SC, min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 06 de novembro de 2008), ainda assim resta assegurada a contagem qualificada até 19 de agosto de 1998, face ao agente calor.**

**- A soma do tempo especial convertido, mais o tempo comum, totaliza mais de trinta e oito anos de tempo de serviço/contribuição, na data do requerimento administrativo (08 de junho de 2006), sendo devida a aposentação.**

**- Nulidade da sentença. Procedente o pedido do autor.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, declarar, do ofício a nulidade da sentença e julgar procedente o pedido, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 3 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO RESENDE MARTINS - Relator Convocado

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO RESENDE MARTINS (Convocado):

Trata-se de apelação interposta pelo INSS contra sentença que reconheceu a contagem qualificada do tempo de serviço para fins de aposentadoria.

A autarquia previdenciária proclama que não ficaram demonstradas as condições especiais em que as atividades foram desenvolvidas, proclamando que a atividade/função de cabista de em-

presa telefônica não é especial, destacando, ainda, que, na hipótese de confirmação do reconhecimento de atividade insalubre, o período anterior à Lei 6.887/80 não pode ser convertido em tempo comum com aplicação do índice de conversão por ausência de previsão legal.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO RESENDE MARTINS (Relator Convocado):

A sentença julgou procedente, em parte, o pedido *para reconhecer como especial o período de 07.06.76 a 05.03.97, condenando o INSS a convertê-lo em tempo comum e somar o produto aos demais períodos trabalhados pelo autor e concedendo, se alcançado o mínimo legal, a aposentadoria pleiteada, caso em que deve informar a RMI a este Juízo para fins de aferição dos atrasados, a partir da data do primeiro requerimento administrativo*, fl. 190.

Ensina Theotônio Negrão que *nula é a sentença que julga a ação procedente, condicionada esta procedência ao preenchimento de determinados requisitos legais pelo autor (In Código de Processo Civil, 38ª edição, p. 518)*.

Declaro, em preliminar, a nulidade da sentença e passo ao exame do mérito por força do disposto no art. 515, § 3º, do CPC, estando a ação pronta para julgamento.

O demandante busca a aposentadoria especial, ao fundamento de ter trabalhado em condições especiais no período de 07 de junho de 1976 a 10 de fevereiro de 2006, asseverando direito ao benefício desde o requerimento administrativo de 08 de junho de 2006, fl. 44. Alternativamente, pede a aposentadoria por tempo de contribuição, valendo-se da conversão do tempo especial em comum e posterior soma ao tempo comum.

Colhe-se dos autos que o requerente exerceu a função de auxiliar-técnico/técnico de redes, na Telecomunicações de Pernambuco S/A - TELPE, no período de 07 de junho de 1976 a 15 de abril de 2002, na Telemar Norte, no período de 17 de abril de 2002

a 10 de fevereiro de 2006, consoante cópia da CTPS de fls. 24 e 39.

Os formulários sobre atividades prestadas em condições especiais e o perfil profissigráfico, fls. 65-68, informam que o trabalhador, durante seu labor, expunha-se a temperaturas acima de 28º C, tensão elétrica acima de 250 volts e animais peçonhentos.

O laudo pericial de fls. 69-76, datado de setembro de 1998, atesta que os profissionais responsáveis pela instalação, operação e manutenção de redes telefônicas – aérea e subterrânea – expõem-se a temperaturas acima de 28º e tensão elétrica superior a 250 volts.

O exercício de atividade em locais com exposição à eletricidade, em condições de perigo de vida, foi considerado especial pelo Anexo do Decreto n.º 53.831/64 – item 1.1.8 – sujeita a aposentadoria após 25 (vinte e cinco) anos de trabalho.

No que se refere ao período posterior ao advento do Decreto nº 2.172/97, em que pese a existência nos autos de laudo técnico pericial e perfil profissigráfico previdenciário, entendeu o STJ que a eletricidade não pode ser considerada como agente nocivo, uma vez que não consta no Anexo IV do referido Decreto, em razão do agente nocivo destacado, assim, até 05 de março de 1997 é possível o enquadramento do tempo de serviço como especial.

Nesse sentido, transcrevo o seguinte precedente:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL PARA COMUM. EXPOSIÇÃO AO AGENTE ELETRICIDADE. DECRETO 2.172/97. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O segurado que presta serviço em condições especiais faz jus ao cômputo do tempo nos moldes previstos à época em que realizada a atividade. Isso se verifica à medida que se trabalha.

2. O agente agressivo eletricidade (acima de 250 volts) teve enquadramento no Decreto 53.831/64 até 5/3/97, data da edição do Decreto 2.172, que não mais o relacionou entre os agentes nocivos.

3. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp 992885-SC, min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 06 de novembro de 2008).

Quanto à exposição à temperatura, no esteio do anexo do Decreto 53.831/64, item 1.1.1, a atividade exercida com exposição a temperatura acima de 28° é considerada especial. As normas que o sucederam consagram a nocividade da exposição ao calor – anexo do Decreto 83.080/79, anexo Decreto 2.172/97, anexo do Decreto 3.048/99.

Ressalto que para o agente ruído e calor, é indispensável a constatação por perito dos níveis de exposição aos agentes referidos:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. NECESSÁRIA A APRESENTAÇÃO DE LAUDO TÉCNICO PARA RUÍDO E CALOR. NÃO INFIRMADA A AUSÊNCIA DO LAUDO TÉCNICO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 283/STF. DECISÃO MANTIDA.

1. A decisão agravada merece ser mantida por estar afinada com a jurisprudência atual e pacífica desta Corte de que, em relação a ruído e calor, sempre foi necessária a apresentação de laudo técnico.

2. O recorrente não infirmou o principal fundamento da decisão agravada, qual seja, a afirmação do acórdão de inexistência do necessário laudo técnico, situação que esbarra no óbice contido no enunciado nº 283 do STF .

3. Agravo regimental improvido.

(AGREsp - 941885, rel. Jorge Mussi, julgado em 19 de junho de 2008).

Na hipótese em exame, o laudo técnico colabora para o reconhecimento das condições especiais em que a atividade era exercida até 19 agosto de 1998 (data em que foram realizadas as medições respectivas, fl. 75).

Mesmo aplicado o precedente do STJ (ao qual guardo reservas), segundo o qual, a partir da vigência Decreto nº 2.172/97, a eletricidade não pode ser considerada como agente nocivo, uma vez que não consta no Anexo IV do referido Decreto (AgRg no REsp 992885-SC, min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 06 de novembro de 2008), ainda assim resta assegurada a contagem qualificada até 19 de agosto de 1998, em face do agente calor/temperatura.

Cabe destacar que o uso do EPI confirma a natureza insalubre da atividade desenvolvida, registre-se julgado desta eg. Turma:

Previdenciário. Tempo de serviço exercido em condições insalubres. Agente agressivo. Ruído. Comprovação. Laudo técnico. Aposentadoria especial. Concessão. Comprovado através de laudo técnico que o autor exerceu atividade junto à empresa aeroviária, por mais de 25 (vinte e cinco) anos, estando exposto de forma habitual e permanente a condições insalubres (ruído), é de se lhe reconhecer o direito à aposentadoria especial; O uso de equipamento de proteção individual (EPI), não descaracteriza a situação de insalubridade; Os honorários advocatícios devem ser mantidos em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, mas observados os limites previstos na Súmula 111 do STJ; Apelação do INSS e remessa oficial parcialmente providas. Apelação do autor prejudicada. (AC 415627/CE, Des. Paulo Roberto de Oliveira Lima, julgado em 26 de julho de 2007).

Não deve ser acatada a alegação da autarquia de que os laudos juntados não sirvam para demonstrar a natureza especial das atividades exercidas, na soleira de que são extemporâneos à época em que o segurado prestou o serviço. A presença do agente nocivo quando da realização do laudo favorece a pretensão do demandante porque comprova a natureza especial das condições de trabalho, embora tenham ocorrido inovações tecnológicas e outras variáveis que mitigaram o contato com os agentes prejudiciais à saúde do trabalhador. Assim, à época em que prestou efetivamente seu labor, é razoável se reputar que o contato com os agentes referidos fosse igualmente prejudicial.

Também não socorre ao reclamo da autarquia o fato da exposição ao agente nocivo não ter ocorrido durante toda a jornada de trabalho do segurado. No caso, em relação ao período anterior à Lei 9.032/95, entende-se suficiente que a atividade desenvolvida seja permanente, com continuidade, possibilitando o contato com o agente nocivo, ainda que não seja durante toda a jornada laboral.

Nesse sentido, cite-se julgado do STJ:

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM CONDIÇÕES INSALUBRES. COMPROVAÇÃO. AGENTE NOCIVO ELE-

TRICIDADE. RECURSO QUE DEIXA DE IMPUGNAR OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA Nº 283/STF.

1. O direito à contagem, conversão e averbação de tempo de serviço é de natureza subjetiva, enquanto relativo à realização de fato continuado, constitutivo de requisito à aquisição de direito subjetivo outro, estatutário ou previdenciário, não havendo razão legal ou doutrinária para identificá-lo a norma legal de regência com aquela que esteja a vigor somente ao tempo da produção do direito à aposentadoria, de que é instrumental.

2. O tempo de serviço é regido pela norma vigente ao tempo da sua prestação, consequencializando-se que, em respeito ao direito adquirido, prestado o serviço em condições adversas, por força das quais atribuía a lei vigente forma de contagem diversa da comum e mais vantajosa, esta é que há de disciplinar a contagem desse tempo de serviço.

3. Considerando-se a legislação vigente à época em que o serviço foi prestado, não se pode exigir a comprovação à exposição a agente insalubre de forma permanente, não ocasional nem intermitente, uma vez que tal exigência somente foi introduzida pela Lei nº 9.032/95.

4. O tempo de trabalho permanente a que se refere o parágrafo 3º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91 é aquele continuado, não o eventual ou intermitente, não implicando, por óbvio, obrigatoriamente, que o trabalho, na sua jornada, seja ininterrupto sob o risco.

5. Fundado o acórdão alvejado em que a atividade exercida pelo segurado é enquadrada como especial, bem como em que restou comprovado, por meio dos formulários SB-40 e DSS-8030 e perícia, que o autor estava efetivamente sujeito a agentes nocivos, fundamentação estranha, todavia, à impugnação recursal, impõe-se o não conhecimento da insurgência especial.

6. “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.” (Súmula do STF, Enunciado nº 283).

7. Recurso parcialmente conhecido e improvido.

(REsp 658016-SC, min. Hamilton Carvalhido, Data da decisão: 18 de outubro de 2005, DJU-I de 21 de novembro de 2005).

Portanto, reconheço como tempo de serviço especial o período de 07 de junho de 1976 a 19 de agosto de 1998.

O tempo de serviço especial acima destacado é inferior a vinte e cinco anos, sendo indevida a aposentadoria especial.

Por outro lado, convertendo-se o tempo especial (índice de conversão de 1,40), período de 07 de junho de 1976 a 19 de agosto de 1998, alcança-se 31 anos e vinte e oito dias. Somando-se ao tempo comum (período de 20 de agosto de 1998 a 10 de fevereiro de 2006), na data do requerimento administrativo (08 de junho de 2006, fl. 44) o segurado contava com trinta e oito anos, um mês e vinte dias de tempo de serviço/contribuição.

Sobre a possibilidade de conversão do tempo de serviço especial em comum para as atividades desenvolvidas antes do advento da Lei 6.887/80, penso que deve ser dada maior amplitude à interpretação das normas previdenciárias, notadamente quando se reconhece inafastável o caráter social do direito em análise. Parece-me esse o sentido do art. 70, Decreto 3.048/99, com redação dada pelo Decreto 4.827/2003:

Art. 70. A conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum dar-se-á de acordo com a seguinte tabela: (Redação dada pelo Decreto nº 4.827, de 2003)

TEMPO A CONVERTER	MULTIPLICADORES	
	MULHER (PARA 30)	HOMEM (PARA 35)
DE 15 ANOS	2,00	2,33
DE 20 ANOS	1,50	1,75
DE 25 ANOS	1,20	1,40

§ 1º A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço. (Incluído pelo Decreto nº 4.827, de 2003)

§ 2º As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em



qualquer período. (Incluído pelo Decreto nº 4.827, de 2003)  
(destaquei)

Nos termos do art. 3º da Emenda Constitucional 20/98, ficou garantida aposentadoria aos segurados já inscritos no RGPS se cumpridos os requisitos antes da vigência da referida emenda, ou, se após sua vigência, observassem a idade mínima (53 anos, no caso de homem) e o tempo adicional (pedágio), conforme prevê seu art. 9º.

Conforme cálculos acima expostos, o segurado contava com mais de trinta anos de serviço antes da Emenda Constitucional (dezembro de 1998), totalizando mais de trinta e cinco anos quando requereu a aposentação em 08 de junho de 2006, f. 44, fazendo jus à aposentadoria integral.

Sobre as diferenças devidas devem incidir correção monetária e juros de mora, estes desde a citação (Súmula 204/STJ).

A partir da vigência Lei 11.960, de 29 de junho de 2009, a correção monetária e os juros de mora devem ser calculados considerando os índices da caderneta de poupança.

Condeno a apelada em honorários advocatícios, fixados em dez por cento sobre o valor da condenação, observando-se o limite da Súmula 111 do STJ.

Ante o exposto, em preliminar, de ofício, declaro a nulidade da sentença, e julgo procedente o pedido para reconhecer como tempo de serviço especial o período de 07 de junho de 1976 a 19 de agosto de 1998, determinando-se a concessão da aposentadoria integral do requerente, desde o requerimento administrativo.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 507.643-PE**

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI

Apelante: SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS - SINCOFARMA

Apelados: BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE, EMPREENDIMENTOS PAGUE MENOS S/A E CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

Partes Rés: NEX DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA. E N. LANDIM COMÉRCIO LTDA.

Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO (CADE)

Advs./Procs.: DRS. ANTÔNIO VENÂNCIO DE SOUSA E OUTROS (APTE.); JOAO MAURICIO CAVALCANTI GOMES DA FONSECA (1º APDO.); EDUARDO DOS SANTOS RAMOS NETO E OUTROS (2º APDO.); ANDRÉ LUIZ SALGADO PINTO E OUTROS (1ª PARTE RÉ) E CASSIANO PERIQUITO FALANGOLA E OUTROS (2ª PARTE RÉ)

***EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SUPOSTA PRÁTICA DE PREÇOS PREDATÓRIOS NA VENDA DE MEDICAMENTOS POR FARMÁCIAS E DROGARIAS, CONFORME PREVISITO NOS ARTIGOS 20 E 21 DA LEI Nº 8.884/1994. LIVRE CONCORRÊNCIA. FALTA DE DADOS SUFICIENTES PARA COMPROVAR CONDUTA ILÍCITA. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA.***

***- Ao magistrado, condutor do processo, cabe analisar a necessidade da dilação probatória, conforme os artigos 125, 130 e 131 do código de processo civil. Assim, o julgador, considerando a matéria contestada na ação, pode indeferir pedido de produção de outras provas, por entendê-la desnecessária, diante da documentação acostada aos autos.***

**- Para que se configure a conduta prevista no art. 21 da Lei nº 8.884/1994, faz-se preciso que a venda de mercadoria com preço abaixo de seu custo vise um dos efeitos citados no art. 20 da mesma lei, quais sejam, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar o mercado relevante de bens ou serviços ou aumentar arbitrariamente os lucros ou, ainda, exercer de forma abusiva posição dominante.**

**- No caso, não restou configurada a conduta dos réus como prática de preço predatório definido nos termos do art. 21, XVIII, da Lei nº 8.884/1994. Mesmo que estejam os apelados vendendo suas mercadorias em preço inferior a de outras empresas, faz-se necessária a demonstração que estejam objetivando violar à ordem econômica. Ademais, os réus, ao fixarem o preço dos medicamentos, não poderiam, de maneira aleatória, posteriormente, reajustá-los para garantir a recuperação dos prejuízos que possam ter sofrido ao sustentarem o preço baixo, uma vez que o preço máximo dos medicamentos ao consumidor é determinado pela CMED. Assim, não há que se falar em aumento arbitrário dos lucros, requisito indispensável para a configuração da prática de preço predatório.**

**- 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 Federal da 5ª Região, à unanimidade, em negar provimento à apelação, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 16 de novembro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI -  
Relatora

## RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de ação civil pública movida pelo Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado de Pernambuco - SINCOFARMA/PE contra Empreendimento Pague Menos S/A, Bompreço Supermercados do Nordeste LTDA. e N. Landim Comércio LTDA., objetivando a proibição da prática de descontos ao consumidor final superiores a 15% sobre os preços máximos dos remédios não genéricos/similares, fixados pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos, bem como superiores a 30% para os remédios genéricos e similares. Foi pedida liminar para que a medida jurisdicional alcançasse todas as farmácias e drogarias que atuassem no mercado varejista de produtos farmacêuticos na Região Metropolitana do Recife.

O réu Pague Menos S/A contestou alegando, em suma, incompetência do Juízo, conexão da ação, existência de litispendência, inépcia da inicial, e o cabimento dos descontos realizados nos medicamentos.

O Bompreço supermercados do Nordeste LTDA. contestou às fls. 491/538 alegando carência da ação por ilegitimidade ativa e falta de interesse de agir, defendendo a licitude dos descontos nos preços dos medicamentos vendidos ao consumidor.

A N. Landim Comércio Limitada (Farmácia dos Pobres) ofereceu contestação asseverando ser vítima também da conduta de preços predatórios praticada pela rede de Farmácias Pague Menos, sendo compelida a baixar seus preços também, sob pena de perder a clientela.

O MM. Juiz monocrático julgou improcedente o pedido.

Inconformado, recorre o Sindicato, sustentando a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, sob o fundamento de ausência de pronunciamento sobre a dilação probatória e pela rejeição das diligências postuladas pelo representante do MPF, violando-se as garantias constitucionais previstas no art. 5º, LIV e LV, da CF. No mérito, defende a proibição da prática de preços inferiores dos medicamentos realizada pelos réus, devendo os descontos

se limitarem a 15% para os remédios considerados de “marca” e 30% para aqueles classificados como genéricos ou similares, evitando-se a violação à livre concorrência.

Após contrarrazões subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

É o relatório.

Inclua-se o feito em pauta para julgamento.

### **VOTO**

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Reside a questão na existência o não da prática de infração à ordem econômica, consistente na venda de mercadoria com descontos abaixo de 15% para os medicamentos ditos de “marca” e de 30% para os remédio classificados como genéricos ou similares.

A Constituição Federal, no seu art. 170, preceitua que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios que indica.

A Lei que regula a livre iniciativa e a vedação às práticas anti-concorrenciais (Lei 8.884/94) deve subsumir-se aos princípios maiores da Constituição Federal.

A Lei nº 8.884/1994 foi criada com a finalidade de se prevenir, bem como reprimir as infrações contra a ordem econômica, orienta, contudo, pelas normas constitucionais, observando-se a liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa do consumidor, dignidade da pessoa humana e repressão ao abuso do poder econômico.

Em seus arts. 20 e 21, XVIII, a Lei nº 8.884/1994 dispõe que:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

(...)

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

(...)

XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;

Conforme se observa, a lei pretende coibir que alguém se utilize de vender produtos de baixo custo ao ponto de se evidenciar que o objetivo é, mesmo que a longo prazo, a eliminação da concorrência, propiciando-se um ambiente próximo ao monopólio, em que os preços serão arbitrariamente fixados por uma única empresa sobrevivente ou mesmo um oligopólio, ou seja, por poucas empresas que ditam a política de preço do mercado.

Conduto, para que se configure a conduta prevista no art. 21 da norma acima citada, faz-se preciso que a venda de mercadoria com preço abaixo de seu custo vise um dos efeitos citados no art. 20 da Lei nº 8.884/1994, quais sejam, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar o mercado relevante de bens ou serviços ou aumentar arbitrariamente os lucros ou, ainda, exercer de forma abusiva posição dominante.

Ressalte-se que proíbe-se a venda abaixo de custo quando considerada injustificada, sendo considerada lícita a venda abaixo do preço de custo que tenha uma causa razoável, ou seja, justificada. Há de se utilizar o critério da razoabilidade pra aferir a venda abaixo do preço de custo é justificada ou não.

Ora, a prática de preço predatório não seria apta a aumentar arbitrariamente os lucros se o agente econômico não puder, em momento posterior, compensar os prejuízos ocorridos ao sustentar o preço baixo.

Não basta vender o produto abaixo do preço de custo para se cometer infração à ordem econômica, devendo ser observados outros fatores, como bem fundamentou a decisão recorrida.

No caso, não restou configurada a conduta dos réus como prática de preço predatório definido nos termos do art. 21, XVIII, da Lei nº 8.884/1994. Mesmo que estejam os apelados vendendo suas mercadorias, em preço inferior a de outras empresas, faz-se necessária a demonstração de que estejam objetivando violar a ordem econômica.

Ademais, os apelados ao fixarem o preço dos medicamentos, não poderiam, de maneira aleatória, posteriormente, reajustá-los para garantir a recuperação dos prejuízos que possam ter sofrido ao sustentarem o preço baixo. Sabe-se que o preço máximo dos medicamentos ao consumidor é determinado pela CMED, não podendo os réus aumentar o preço de seus remédios de forma aleatória, sem observarem o determinado pela CNED. Assim, não há que se falar em aumento arbitrário dos lucros, requisito indispensável para a configuração da prática de preço predatório.

Como bem fundamentou o MM. Juiz monocrático:

Portanto, a legislação brasileira de controle de preços de medicamentos (Lei nº 10.742/2003), ao estabelecer o preço máximo que eles poderão alcançar nas vendas ao consumidor, impede que haja o reajuste ao bel prazer dos empresários. Isso torna inexistente a liberdade na definição dos preços dos medicamentos pelos comerciantes, tornando impraticável a recuperação dos prejuízos incorridos com a venda abaixo do preço de custo, o que descaracteriza a infração à ordem econômica conhecida como preços predatórios (art. 21, XVIII, Lei 8.884/94).

De mais a mais, não existem barreiras, além daquelas inerentes a qualquer atividade empresarial no país, à entrada de novos competidores no mercado varejista de produtos farmacêuticos. A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça apurou que, conforme procedimento administrativo às fls. 1.335/1.354 e 1.623/1.668, é considerada fácil a entrada de novos concorrentes no mercado varejista de medicamentos, haja vista o baixo investimento para abertura de uma farmácia, a facilidade de obtenção de crédito a juros diferenciados, o tempo relativamente curto para iniciar atividade e a inexistência de entraves para estabelecer uma rede de fornecedores. Se a entrada de novos concorrentes no mercado varejista é tida como fácil, não há como se alcançar o efeito de prejudicar a concor-

rência com a venda de medicamento abaixo do preço de custo. Ao aumentar os preços dos medicamentos para recuperar os prejuízos incorridos com o preço abaixo do custo, o empresário atrairia novos competidores ao mercado, os quais não teriam dificuldades de se instalar e atuar nesse mercado, conforme visto, restabelecendo ou até mesmo aumentando a concorrência e forçando a baixa do preço dos medicamentos. Enfim, não há como o empresário exercer seu poder de domínio de mercado, impondo o preço que desejar por longo período, a fim de recuperar os prejuízos, em face da facilidade com que surgiriam novos competidores a forçar a baixa de preços pelas leis de mercado. Portanto, forçoso reconhecer a impossibilidade de domínio, bem assim prejuízo à livre concorrência, o que afasta a caracterização da infração à ordem econômica de preço predatório (inciso XVIII do art. 21, Lei 8.884/94).

(...)

As grandes redes de farmácias que ingressaram no mercado, tais como os réus, algumas, inclusive, de capital estrangeiro, são fruto dessa nova realidade da economia mundial. Ao fazerem uso de sua vantagem competitiva para conquistar posição no mercado varejista de medicamentos não praticam ilicitude alguma. Se a posição dominante da empresa no mercado resulta de sua maior eficiência em relação aos demais competidores, não se caracteriza infração à ordem econômica, a teor do disposto no §1º do art. 20 da Lei 8.884/94. Assim, as grandes redes de farmácias, por serem mais eficientes, adotam o modelo norteamericano de drugstore, incrementando seu faturamento com a diversificação de produtos e serviços ofertados ao consumidor, adquirindo medicamentos de seus fornecedores com maiores descontos, detendo uma vantagem competitiva em relação aos seus competidores, o que lhes permite vender a preço mais baixo que o de seus concorrentes, conquistando posição relevante no mercado varejista de medicamentos. Nisso não há que se falar em conduta reprovável.

Nesse contexto, é natural que os empresários tomem medidas para manter ou aumentar sua participação no mercado, reduzindo custos, aumentando a eficiência, aprimorando estratégias mercadológicas, o que resultará, qua-



se sempre, na redução do preço ao consumidor, o que, a toda evidência, não constitui infração à ordem econômica.

Portanto, adoto o mesmo entendimento da sentença, pelos seus próprios fundamentos.

Não procede a alegação de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, sob o fundamento de ausência de pronunciamento sobre a dilação probatória e pela rejeição das diligências postuladas pelo representante do MPF, não havendo que se falar em violação às garantias constitucionais previstas no art. 5º, LIV e LV, da CF.

O fato é que não se faz necessária a produção de provas, posto que a questão está bem delimitada nos autos, pois independentemente de estarem os réus vendendo medicamentos abaixo do preço de custo, não se verifica ofensa à ordem econômica. Portanto, não se faz necessária a apresentação de outras provas.

Ao magistrado, condutor do processo, cabe analisar a necessidade da dilação probatória, conforme os artigos 125, 130 e 131 do Código de Processo Civil. Assim, o julgador, considerando a matéria contestada na ação, pode indeferir pedido de produção de outras provas, por entendê-la desnecessária, diante da documentação acostada aos autos.

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.113-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES  
Apelantes: MILSON XAVIER DE CARVALHO E WALTER JOSÉ CAVALCANTE DE MELO  
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Advs./Procs.: DR. ADEMAR RIGUEIRA NETO E OUTROS (1º APTE.) E VINÍCIUS MAGALHÃES DE SALES (2º APTE.)

**EMENTA: PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CORRÉU QUE ADMITE, SOZINHO, A PRÁTICA ILÍCITA. RESPONSABILIDADE DO CONTADOR NÃO EVIDENCIADA. CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DE CULPABILIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO CABAL.**

**- Se o responsável pela empresa sonegadora admite que, sozinho, sem orientação do contador, corréu, praticou o ilícito, não há que se impingir a este último a corresponsabilidade pelo crime, visto não possuir o domínio do fato.**

**- A inexigibilidade de conduta diversa capaz de excluir a culpabilidade do agente, consubstanciada na impossibilidade de recolher os tributos aos cofres públicos, não pode ser apenas alegada, necessário se faz produzir prova do que se afirma, já que a autoria e materialidade criminosa restaram indubitáveis.**

**- Parcial provimento da apelação de Walter José Cavalcante de Melo.**

**- Provimento da apelação de Milson Xavier de Carvalho.**

### **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apela-

ção de Milson Xavier de Carvalho, 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 dezembro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Milson Xavier de Carvalho e Walter José Cavalcante de Melo, recorrem ante sentença da lavra do Dr. Allan Endry Veras Ferreira, MM. Juiz Federal Substituto da 13ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco que, entendendo provadas a materialidade e autoria do crime definido no artigo 1º, I, c/c artigo 12, I, ambos da Lei nº 8.137/90, em concurso de agentes, condenou-os a quatro anos e seis meses de reclusão e multa.

Milson Xavier de Carvalho alega, em síntese, que o corréu, responsável pela empresa, admitiu a autoria do crime e negou que houvesse sido orientado pelo ora apelante em sua prática ilícita, não devendo se manter a sentença condenatória por total ausência de prova de sua participação nos eventos ilícitos.

Walter José Cavalcante de Melo, por seu turno, afirma que houve causa excludente de culpabilidade, caracterizada na inexigibilidade de conduta diversa, requerendo a sua absolvição. Em pedido alternativo, requereu a redução da pena.

O Ministério Público, em contrarrazões e em Parecer, foi pelo improvimento dos recursos.

É o relatório.

À revisão regimental.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Do fato ilícito não se tem qualquer dúvida. A empresa WJ Cavalcante de Melo ME, deixou de recolher tributos à União usando o expediente de informar que estava em inatividade, quando na verdade não estava.

Identificado o responsável pela empresa, o Sr. Walter José Cavalcante de Melo, este confirmou a omissão, assumiu a responsabilidade pelo crime, mas tentou justificá-lo ao argumento de que “deixou de pagá-los pelo fato de que caso pagasse os impostos não teria dinheiro para pagar fornecedores e funcionários” (fl. 342/343).

Essa linha de defesa, apesar de aceita pela jurisprudência, necessita consignar aos autos provas dessas dificuldades, não se admitindo apenas alegações nesse sentido. Esse é o entendimento desta Corte. Leia-se:

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ARTIGO 168-A DO CPB (ACRESCENTADO AO CÓDIGO PENAL PELA LEI Nº 9.983/2000 QUE REVOGOU O ANTIGO ART. 95, ALÍNEA D, DA LEI Nº 8.212/91). *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*. CRIME OMISSIVO PRÓPRIO. DOLO GENÉRICO. DIFICULDADES FINANCEIRAS DA EMPRESA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO CABAL PELA DEFESA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DO DÉBITO FISCAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO. PENA MÍNIMA. PRIMARIEDADE E AUSÊNCIA DE MAUS ANTECEDENTES. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITO. ARTIGOS 43, 44, 46, § 4º E 55 DO CPB COM A NOVA REDAÇÃO QUE LHEIS FORAM DADA PELA LEI Nº 9.714/98. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA MONOCRÁTICA.

1 - O crime de apropriação indébita previdenciária, atualmente consignado no Artigo 168-A do CPB, acrescido ao Código Penal com o advento da Lei nº 9983/2000, que tão somente alterou o *nomem iuris* do delito já descrito na lei

anterior – artigo 95, *d*, da Lei 8.212/91, não ensejou a ocorrência da *abolitio criminis*. A conduta criminosa descrita no art. 168-A do CP perfaz-se com o não recolhimento, na época própria, de contribuição ou outra importância destinada à Previdência Social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros, ou arrecadada do público.

2 - Por ser uma Lei que estabelece menor *quantum* para a sanção jurídica *in abstracto*, há de ser o acusado julgado como incurso nas penas do artigo 168-A do CP, sendo esta a classificação jurídica dos fatos descritos na denúncia – hipótese de lei que retroage para beneficiar o réu – *novatio legis in melius*.

3 - No crime de apropriação indébita, a natureza é um crime de ação; no crime de que cuida o atual artigo 168-A (apropriação indébita previdenciária), uma ação não comissiva, uma ação omissiva – deixar.

4 - Suficientemente comprovadas a autoria e materialidade delituosas, e inadmitida a mera alegação de crise financeira generalizada, desacompanhada de qualquer prova ligada ao caso concreto, impõe-se a reforma do decreto absolutório, no sentido de serem os réus condenados pela prática do crime de apropriação indébita previdenciária – artigo 168-A CPB, à pena mínima – 02 anos de reclusão, atendendo à primariedade e ausência de maus antecedentes.

5 - Reconhecendo que o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; não sendo os acusados reincidentes em crime doloso; indicando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e as personalidades dos condenados, bem como os motivos e as circunstâncias como suficientes à substituição da pena privativa de liberdade, ora aplicada no mínimo legal – 02 anos de reclusão, pela restritiva de direito – modalidade prestação de serviço à comunidade (arts. 43 e 44 do CP, com a nova redação que lhes foram dada pela Lei nº 9.714/98).

6 - Apelação do réu improvida.

(ACR - Apelação Criminal nº 4175/PE; Órgão Julgador: Segunda Turma; Relator: Desembargador Federal Napoleão Maia Filho; Relator p/ Acórdão: Desembargador Federal Petrucio Ferreira; Data de Julgamento: 14/06/2005; Publicações: Fonte: Diário da Justiça - Data: 05/08/2005 - Página: 749 - Nº: 150 - Ano: 2005).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. DELITO DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A DO CP. CONDENAÇÃO DA RÉ EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO CRIMINAL. AVENTADAS DIFICULDADES FINANCEIRAS DA EMPRESA, NO AFÃ DE SE AFASTAR A ILCITUDE DA CONDUTA PRATICADA PELA AGENTE. JURISPRUDÊNCIA ASSENTE DO COLENDO STJ NO SENTIDO DA CONSUMAÇÃO DO DELITO COM A SIMPLES OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. APELO DA RÉ CONHECIDO, MAS IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. A Apelante restou condenada pelo Juízo de primeiro grau pela prática da conduta tipificada no art. 168-A, *caput*, c/c o art. 71, *caput* (quarenta e sete vezes), ambos do Código Penal brasileiro, sob o argumento de haver, na qualidade de responsável legal pela empresa TRANSCÉLOS TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS LTDA., deixado de recolher aos cofres públicos os valores das contribuições previdenciárias descontadas das verbas laborais dos empregados da empresa, nas competências de setembro/94 a junho de 1996.

2. Nas razões de seu apelo, a Recorrente, para justificar a inexigibilidade de conduta diversa, argumentou que a empresa que geria atravessava sérias dificuldades financeiras (estado de necessidade), bem como que a responsabilidade pelas diferenças de valores a menor encontradas deveriam ser imputadas a terceiros, responsáveis pela contabilidade da sociedade. A Turma rejeitou tais alegativas, pois não se verificou nos autos qualquer demonstração incontestável de que a Empresa se encontrava impossibilitada de proceder ao recolhimento das contribuições previdenciárias, descontadas de seus empregados em favor dos cofres do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, não logrando-se êxito em se comprovar a ocorrência de inexigibilidade de conduta diversa por parte da ré.

3. A jurisprudência dominante do Colendo STJ orienta-se no sentido de que o dolo, no crime de omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias, é a vontade livre e consciente de não recolher aos cofres públicos as importâncias devidas, sendo desnecessário que se comprove especial fim de agir (dolo específico), ou seja, que haja a intenção de se apropriar dos valores arrecadados e não

recolhidos aos cofres da Previdência Social (*animus rem sibi habendi*).

4. Apelação Criminal interposta pela ré conhecida, mas improvida. Sentença a quo mantida incólume.

(ACR - Apelação Criminal nº 3589/PE; Órgão Julgador: Primeira Turma; Relator: Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante; Data de Julgamento: 02/12/2004; Publicações: Fonte: Diário da Justiça; Data: 18/01/2005; Página: 384 - Nº: 12 - Ano: 2005).

Assim, a simples alegação da ocorrência de dificuldades financeiras não é suficiente para caracterizar a inexigibilidade de conduta diversa, visto que esta requer a produção de perícia, onde se demonstre à saciedade o que se alegou, fato não ocorrido no caso presente.

Quanto à presença de dolo, este restou evidente que o réu agiu intencionalmente e consciente de que praticava um ilícito, não o socorrendo a tese da necessidade de comprovação da intenção de lesar ao erário, posto que evidenciada no não recolhimento dos tributos.

No entanto, no que tange à pena de reclusão, penso que deve haver uma adequação. É que apenas a culpabilidade foi tida em desfavor do réu, e esta foi tida em grau mediano ao fundamento de que “o réu WALTER se valeu conscientemente de fraude para reduzir o pagamento dos tributos devidos pela empresa que administrava, deixando de recolher aos cofres públicos valor razoável” (fl. 273). Como se percebe, a fundamentação é quase a repetição literal da conduta ilícita e não a demonstração do grau mediano de culpabilidade.

Assim, dou parcial provimento à apelação do réu Walter José Cavalcante de Melo, para fixar a pena-base no mínimo legal, ou seja, dois anos, mantendo, no entanto, a análise procedida no primeiro grau no que se refere às agravantes, atenuantes, causas de aumento e diminuição, o que resulta em uma pena final de três anos de reclusão, em regime aberto, mais a pena de multa já fixada em primeiro grau.

Verificando ainda que o réu atende aos requisitos elencados no artigo 44 do Código Penal, determino a substituição da pena

privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, em modalidades a serem definidas no Juízo da execução.

No que pertine ao outro apelante, Milson Xavier de Carvalho, penso que seu recurso deve ser inteiramente provido.

Embora tenha sido denunciado por ter sido, em tese, o “responsável pelas informações repassadas à Secretaria da Receita Federal ... com o escopo deliberado de suprimir o pagamento de tributos federais, no ano-calendário de 2004” (fl. 04), não é isso que se apurou durante a instrução.

Em primeiro lugar, a acusação não logrou provar ser ele o responsável pelas “informações repassadas à Secretaria da Receita Federal”, visto que a declaração de inatividade era feita sem qualquer certificação digital do declarante, sendo o mesmo incriminado por suposição.

Em segundo lugar, o responsável único pela empresa declarou diversas vezes e expressamente “que não foi orientado por seu contador para deixar de recolher os tributos” e que “chegou ao ponto de fazer, por vontade própria, mais uma vez sem medir as consequências futuras, declaração de inatividade no Imposto de renda de Pessoa Jurídica”.

Clara está a autoria do crime, não havendo elementos para incriminar o contador.

Desse modo, dou provimento à apelação de Milson Xavier de Carvalho para absolve-lo, com base no art. 386, IV, do Código de Processo Penal.

É como voto.



## **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO RESCISÓRIA Nº 6.139-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT  
Embargante: CLAUBER BARROSO CORDEIRO  
Embargado: UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC  
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO  
Adv./Proc.: DR. JOÃO RENATO BANHOS CORDEIRO (EMBTE.)

***EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO RESCISÓRIA QUE MODIFICOU JULGADO QUE DETERMINARÁ A REIMPLANTAÇÃO DE VANTAGEM PESSOAL NOMINALMENTE IDENTIFICÁVEL (VPNI) NO CONTRACHEQUE DE SERVIDOR PÚBLICO DA UFC. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. ERRO MATERIAL. CORREÇÃO.***

***- Os embargos declaratórios possuem abrangência limitada aos casos em que haja obscuridade ou contradição na sentença ou no acórdão, ou quando for omitido ponto sobre o qual se devia pronunciar o Juiz ou o Tribunal (art. 535 do CPC).***

***- Alega a parte embargante que o decisum atacado (i) restou omissis, vez que deixou de apreciar pontos fundamentais ventilados em sua contestação, tais como os pressupostos de cabimento da ação rescisória; (ii) contraditório, ao ter extrapolado a causa de pedir inserta na inicial da rescisória, pois ela, em momento algum, defende ter ocorrido a absorção da vantagem pessoal pela aplicação do próprio PCC instituído pela Lei 7.596/87, apenas assentando que tal absorção teria ocorrido pelos PCC's posteriores; (iii) além de ter aplicado interpretação equivocada ao Decreto nº 95.689/88.***

***- O acórdão embargado reconheceu a existência***

***dos pressupostos necessários da ação rescisória ao apreciar a pretensão de rescindir acórdão de mérito, transitado em julgado, com fundamento em violação a literal disposição de lei.***

***- Este aspecto, inclusive, já havia sido apreciado, em decisão anterior que deferiu, em parte, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela (fls. 44/48), cujo teor sequer foi impugnado pelo embargante em momento próprio. Inexistência de omissão no julgado.***

***- Ausência de contradição espelhada em julgamento extra petita, porque, ao invés de julgamento fora do pedido, o acórdão embargado incorreu, na verdade, em erro material ao afirmar que a vantagem pessoal foi absorvida pelo plano de cargos estabelecido com a própria Lei 7.596/87, quando a referência deveria ter sido realizada à Lei 7.923/89.***

***- São incabíveis Embargos de Declaração utilizados com a indevida finalidade de instaurar uma nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada.***

***- Tendo em vista o princípio da livre convicção do Juiz, é possível ao Magistrado ficar adstrito aos elementos que sejam suficientes para fundamentar sua decisão, não sendo necessário que haja manifestação acerca de todos os argumentos e preceitos legais trazidos pelas partes.***

***- Embargos de declaração parcialmente providos, tão somente para corrigir o erro material apontado (referência à Lei 7.596/87, quando deveria ser à Lei 7.923/89) e fazer constar do acórdão os fundamentos ora desenvolvidos sem atribuição de efeitos infringentes.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AR 6.139-CE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do Pleno do TRF da 5ª Região, por unanimi-

dade, em dar provimento parcial aos embargos declaratórios, mas sem atribuição de efeitos infringentes, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 3 de novembro de 2010 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA  
ERHARDT - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Trata-se de embargos de declaração interpostos por CLAUBER BARROSO CORDEIRO contra acórdão prolatado pelo pleno do TRF que, por maioria de votos, julgou procedente a AR 6.139-CE, com ementa vazada nos seguintes termos:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. SUPRESSÃO DE VANTAGEM PESSOAL NOMINALMENTE IDENTIFICADA (VPNI). DECRETO Nº 95.689/88. POSTERIOR ABSORÇÃO PELA REMUNERAÇÃO DO CARGO. LEI Nº 7.923/89. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA IRREDUTIBILIDADE DOS VENCIMENTOS. INOCORRÊNCIA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO RESCISÓRIO.

1. A vantagem nominalmente identificada (VPNI), instituída pelo Decreto nº 95.689/88 em favor dos servidores que sofreram decesso em seus vencimentos com o advento do Plano Único de classificação e retribuição de cargos e empregos, implementado pela Lei nº 7.596/87, restou posteriormente absorvida pela remuneração do cargo por ocasião da reestruturação da carreira operada pela retrocitada lei, sendo, portanto, ilegal o seu percebimento após a vigência deste dispositivo legal.

2. A retirada de vantagem susmencionada não violou os princípios constitucionais do devido processo legal e o da irredutibilidade de vencimentos, tendo em vista que, *in casu*, em se tratando de matéria decorrente da simples aplicação de lei, não é necessária a instauração de um procedimento legal para se apurar se houve decesso salarial, ressaltando-se, ainda, que a legislação que implementou a

reclassificação trouxe, inegavelmente, vantagem para o servidor, do que se conclui, destarte, que o decesso salarial discutido nos presentes autos teria ocorrido apenas durante um breve lapso de tempo.

3. Pedido rescisório que se julga procedente.

2. Alega a parte embargante, em síntese, que o *decisum* atacado restou omissivo, vez que deixou de apreciar pontos fundamentais ventilados em sua contestação, tais como os pressupostos de cabimento da ação rescisória, aduzindo, ainda, que o julgado ora vergastado aplicou interpretação equivocada ao Decreto nº 95.689/88 (fls. 129/132).

3. Sustenta, também, que o decisório encontra-se em desconformidade com os princípios da congruência, bem como do contraditório e da ampla defesa, por desconsiderar esses argumentos trazidos pelo ora recorrente, além de se mostrar contraditório ao ter extrapolado a causa de pedir inserta na inicial da rescisória, pois ela, em momento algum, defende ter ocorrido a absorção da vantagem pessoal pela aplicação do próprio PCC instituído pela Lei 7.596/87, apenas assentando que tal absorção teria ocorrido pelos PCC's posteriores.

4. Devidamente intimada, a UFC não apresentou contrarrazões.

5. É este o breve relatório.

## VOTO

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

1. O recurso de Embargos Declaratórios previsto nos arts. 535 a 538 do Código de Ritos, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei 8.950/94, possui a sua abrangência limitada às hipóteses em que *haja obscuridade ou contradição na Sentença ou no Acórdão, ou quando for omissivo ponto sobre o qual se devia pronunciar o Juiz ou o Tribunal.*

2. No presente caso, alega, inicialmente, o embargante a eiva de omissão quanto à presença dos pressupostos de cabimento da ação rescisória, o que, a meu ver, não merece prosperar, tendo em vista que o acórdão embargado reconheceu a existência de

tais pressupostos da ação rescisória ao apreciar a pretensão de rescindir acórdão de mérito, transitado em julgado, com fundamento em violação a literal disposição de lei.

3. Registre-se que, quanto a esse ponto específico, o egrégio Plenário desta Corte, de certa forma, já havia se pronunciado, ao deferir, em parte, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, consoante se vê na decisão de fls. 44/48, cujo teor, inclusive, não foi impugnado pelo embargante em momento próprio.

4. Por outro lado, faz-se imperioso destacar que o *decisum* também não reconheceu a necessidade de revisão de fatos e provas, tendo em vista que a discussão se manteve no plano jurídico, voltado para os dispositivos constitucionais e legais invocados na decisão rescindenda.

5. Analisou-se a natureza transitória da vantagem pessoal em causa e a absorção do respectivo valor pela legislação posterior, afastando-se a alegação de direito adquirido e desrespeito ao princípio da irredutibilidade vencimental; logo, não se reconheceu a incidência da Súmula 343 do STF, em razão da existência dos aspectos constitucionais já citados.

6. Tanto é assim que as transcrições realizadas no acórdão embargado evidenciam que a decisão rescindenda não se harmoniza com a atual jurisprudência do STJ e desta Corte sobre a matéria.

7. De igual sorte, embora não tenha constado esmiuçadamente no voto condutor impresso colacionado aos autos, no julgamento da AR 6.139-CE pelos eminentes componentes do Plenário desta Corte, foi afastado o argumento de decadência administrativa para retirada da vantagem em causa, porque já em época anterior à prolação do acórdão rescindendo se consolidara o entendimento do STJ (MS 9.112-DF, 9115-DF, 9.157-DF e EREsp 441.103-PR) segundo o qual, o prazo de 5 anos estabelecido pela Lei 9.784/99 não poderia iniciar-se em data anterior à vigência da referida lei:

ADMINISTRATIVO. ATO ADMINISTRATIVO: REVOGAÇÃO. DECADÊNCIA. LEI 9.784/99. VANTAGEM FUNCIONAL. DIREITO ADQUIRIDO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. 1. Até o advento da Lei 9.784/99, a Administração podia revogar a qualquer tempo os seus próprios atos, quando

eivados de vícios, na dicção das Súmulas 346 e 473/STF.  
2. A Lei 9.784/99, ao disciplinar o processo administrativo, estabeleceu o prazo de cinco anos para que pudesse a Administração revogar os seus atos (art. 54).

3. A vigência do dispositivo, dentro da lógica interpretativa, tem início a partir da publicação da lei, não sendo possível retroagir a norma para limitar a Administração em relação ao passado.

4. Ilegalidade do ato administrativo que contemplou a impenetrante com vantagem funcional derivada de transformação do cargo efetivo em comissão, após a aposentadoria da servidora.

5. Dispensada a restituição dos valores em razão da boa-fé da servidora no recebimento das parcelas.

6. Segurança concedida em parte.

(MS 9.112-DF, Rel. Min. ELIANA CALMON, julgado em 16.02.05).

**MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ATO ADMINISTRATIVO. REVOGAÇÃO. VANTAGEM FUNCIONAL. DECADÊNCIA. LEI Nº 9.784/99. DIREITO ADQUIRIDO.**

A Lei nº 9.784/99, que disciplina o processo administrativo, estabeleceu, em seu art. 54, o prazo de cinco anos para que a Administração Pública possa revogar seus atos. Contudo, dentro de uma lógica interpretativa, esse lapso temporal há de ser contado da vigência do dispositivo, e não da data em que o ato foi praticado, sob pena de se emprestar efeito retroativo à citada Lei.

Não há que se falar em direito adquirido à percepção de vantagem funcional identificada como parcela variável quando o ato que instituiu o benefício estava eivado de vício insanável.

Segurança denegada. (MS 9.115-DF, Rel. Min. CESÁR ASFOR, julgado em 16.02.05).

**ADMINISTRATIVO. ATO ADMINISTRATIVO: REVOGAÇÃO. DECADÊNCIA. LEI 9.784/99. VANTAGEM FUNCIONAL. DIREITO ADQUIRIDO.**

1. Até o advento da Lei 9.784/99, a Administração podia revogar, a qualquer tempo, os seus próprios atos, quando eivados de vícios, na dicção das Súmulas 346 e 473/STF.

2. A Lei 9.784/99, ao disciplinar o processo administrativo, estabeleceu o prazo de cinco anos para que pudesse a

Administração revogar os seus atos (art. 54).

3. A vigência do dispositivo, dentro da lógica interpretativa, tem início a partir da publicação da lei, não sendo possível retroagir a norma para limitar a Administração em relação ao passado.

4. Ilegalidade do ato administrativo que contemplou o impetrante com vantagem funcional identificada como parcela variável. Ausência de direito adquirido.

5. Segurança denegada.

(MS 9.157-DF, Rel. Min. ELIANA CALMON, julgado em 16.02.05).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. QUINTOS INCORPORADOS. PORTARIA Nº 474/87 DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. REVISÃO DO ATO. PARECER AGU Nº GQ 203/99. ART. 54 DA LEI Nº 9.784/99. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. NÃO-OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

1. A teor do art. 54 da Lei nº 9.784/99, o “direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

2. Consoante a orientação desta Corte, o art. 54 da Lei nº 9.784/99 deve ter aplicação a partir de sua vigência, e não a contar da prática dos atos eivados de ilegalidade, realizados antes do advento do referido diploma legal (MS 9.112/DF, Corte Especial, Rel. Min. Eliana Calmon).

3. Embargos acolhidos.

(EREsp. 441.103-PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/05/2006, DJ 05/06/2006, p. 240).

8. Ao acolher essa orientação, o acórdão embargado também entendeu ser inaplicável a tese acerca da incidência, por analogia, do Decreto nº 20.910/32, pois a Administração, em relação a atos viciados praticados antes da vigência da Lei nº 9.784/99, podia revê-los, a qualquer tempo, nos termos do Enunciado 473 da Súmula do STF; entretantes, a partir da vigência do aludido diploma legal, o prazo prescricional quinquenário passou a ser a regra.

9. Já com relação à alegação de contradição espelhada em julgamento *extra petita*, esta também não merece prosperar.

10. Isto porque, ao invés de julgamento fora do pedido, o acórdão embargado incorreu, na verdade, em erro material ao afirmar que a vantagem pessoal foi absorvida pelo plano de cargos estabelecido com a própria Lei 7.596/87, quando a referência deveria ter sido realizada à Lei 7.923/89.

11. Com efeito, considerou-se que a vantagem se destinou tão somente a cortar possíveis reduções remuneratórias decorrentes da aplicação do Plano estabelecido pela Lei 7.596/87, sendo evidente a sua transitoriedade.

12. No mais, vale destacar que são incabíveis embargos de declaração utilizados com a indevida finalidade de instaurar uma nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada e que o Juiz ou Tribunal não está obrigado a analisar cada um dos argumentos e preceitos legais trazidos à baila pelas partes, nem fica limitado aos fundamentos por elas indicados, podendo, em razão do princípio da livre convicção do Juiz, adstrir-se àqueles elementos que sejam suficientes para fundamentar sua decisão.

13. Sobre o assunto, este TRF já sedimentou a seguinte diretriz:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS. INOCORRÊNCIA. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REEXAME DA MATÉRIA. IMPOSIBILIDADE.

1. É pressuposto específico de admissibilidade dos embargos de declaração a existência de obscuridade, omissão ou contradição no acórdão, sobre ponto que devia pronunciar-se o órgão colegiado.

2. Os embargos de declaração não se prestam ao reexame de matéria sobre a qual já houve pronunciamento. Os declaratórios não se aproveitam para submeter o exame da matéria ao julgador nos termos que pretendido pela parte.

3. Mesmo que os embargos tenham por escopo o questionamento, ainda assim não se pode dispensar a existência de requisito específico, dentre as hipóteses traçadas pelo art. 535 do Código de Processo Civil.

4. O juiz não está obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos ou preceitos legais invocados pelas partes, podendo ficar adstrito àqueles elementos que, frente à sua livre convicção, sejam suficientes para formar seu entendi-



mento sobre a matéria.

5. Precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional.

6. Embargos Declaratórios improvidos.

(TRF5, EMB. DECL. EM AMS 85.046/CE, Rel. Des. Federal FRANCISCO CAVALCANTI, DJU 21.02.05).

14. Em face do exposto, *dou provimento parcial aos Embargos de Declaração tão somente para corrigir o erro material já apontado (referência à Lei 7.596/87, quando deveria ser à Lei 7.923/89) e fazer constar do acórdão os fundamentos ora desenvolvidos sem atribuição de efeitos infringentes.*

15. É como voto.

## **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 410.848-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA  
Apelante: UNIÃO (FAZENDA NACIONAL)  
Apelados: EURÍDICE LUCENA PEDULLA E OUTROS  
Embargante: UNIÃO (FAZENDA NACIONAL)

***EMENTA: EXECUÇÃO FISCAL. “TAXA” DE OCUPAÇÃO. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NOVO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO POR DETERMINAÇÃO DO STJ. OMISSÕES CARACTERIZADAS E SUPRIDAS. NULIDADE NÃO VERIFICADA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS PROVIDOS, COM ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS MODIFICATIVOS.***

***- Inicialmente, convém destacar que, após análise do recurso especial, interposto pela UNIÃO (FAZENDA NACIONAL), o STJ, dando provimento ao referido recurso, determinou o retorno dos autos a esta Corte Regional para novo julgamento dos embargos de declaração, de maneira a consignar-se, de modo claro e preciso, a aplicação dos prazos decadencial e prescricional ao caso concreto.***

**- Na verdade, a presente execução fiscal envolve a cobrança de “taxas” de ocupação, relativas aos anos de 1992 a 2002. De fato, no que diz respeito à decadência e à prescrição, o julgado recorrido demanda maiores esclarecimentos, implicando, com o saneamento das omissões referentes ao art. 47 da Lei nº 9.636/98, em sua redação originária e nas subsequentes, após o advento das Leis nºs 9.821/99 e 10.852/04, e ao art. 177 do Código Civil de 1916 (CC/1916), atribuição de efeitos modificativos.**

**- Ora, resta sedimentado na jurisprudência desta Corte e do próprio STJ, que a “taxa” de ocupação, cobrada pela UNIÃO, não detém natureza tributária. Na realidade, cuida-se de remuneração pela utilização de um bem público, de maneira que não se aplicam, ao caso, as disposições do Código Tributário Nacional (CTN). Nessa linha, dada a sua natureza jurídica de preço público, as “taxas” de ocupação figuram como receitas patrimoniais originárias, sendo, portanto, notória a relação de Direito Administrativo envolvida.**

**- Com efeito, o art. 47 da Lei nº 9.636/98, instituiu a prescrição quinquenal para a cobrança da “taxa” de ocupação de terreno de marinha. Por sua vez, a Lei nº 9.821/99, que passou a vigorar a partir do dia 24/08/99, estabeleceu em cinco anos o prazo decadencial para constituição do crédito, mediante lançamento, mantendo o prazo prescricional quinquenal para a sua exigência. Em seguida, com a promulgação da Lei nº 10.852/04, publicada em 30/03/04, houve nova alteração do art. 47 da Lei nº 9.636/98, estendendo-se o prazo decadencial de cinco para dez anos, mantido o lapso prescricional de cinco anos, a ser contado do lançamento.**

**- In casu, como se pode depreender da evolução legislativa anteriormente aduzida, não se há de**

*falar em decadência do crédito executado. Primeiro, porque, antes da vigência da Lei nº 9.821/99 (24/08/99), os créditos relativos à “taxa” de ocupação dos anos de 1992 a 1998 não dependiam de ato formal para sua constituição, considerando-se, portanto, constituídos desde seus respectivos vencimentos. Segundo, porque, em relação aos créditos posteriores à vigência da citada norma, ou seja, referentes aos anos de 1999 a 2002, houve a constituição formal daqueles em 15/10/2002 (data da respectiva notificação), ou seja, no prazo decadencial aplicável.*

*- Por outro lado, relativamente às “taxas” de ocupação dos anos de 1992 a 1997, deve ser reconhecido, sim, o aperfeiçoamento da prescrição quinquenal, pois, em relação às situações anteriores à vigência da Lei nº 9.636/98, dada a natureza de preço público das “taxas” de ocupação, deve ser afastada a aplicação da regra ínsita no Direito Civil (art. 177 do CC/1916). Na realidade, no período anterior à vigência da Lei nº 9.636/98, em razão da ausência de previsão normativa específica, deve ser aplicado, com base no princípio da isonomia (simetria), o prazo de prescrição quinquenal previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, até porque a relação de direito material que dá origem à “taxa” de ocupação de terrenos de marinha é regida pelo Direito Administrativo, o que torna inaplicável a prescrição de que trata o art. 177 do CC/1916, invocado pela recorrente. Ora, como se verifica não se há de falar em declaração de inconstitucionalidade do artigo anteriormente mencionado, nem do art. 47 da Lei nº 9.636/98, o que faz cair por terra a alegação de nulidade por afronta aos arts. 93, IX, e 97 da Constituição Federal (CF/88), e aos arts. 480, 481 e 482 do Código de Processo Civil (CPC). No entanto, em relação à “taxa” de ocupação relativa ao ano de 1998 (vencimento em 30/06/*

**1998), embora o prazo prescricional, com o advento da Lei nº 9.636/98, continue quinquenal, deve ser afastada a prescrição, em virtude da suspensão do referido prazo, por 180 dias, pela inscrição em Dívida Ativa, ocorrida em 13/05/2003, por força do disposto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.830/80, aplicável à espécie, diante da natureza não-tributária do débito. Outrossim, ainda no que tange à “taxa” de ocupação de 1998, a parte exequente teria até o dia 27/12/2003 para propor a execução fiscal. Como se pode perceber, tendo sido o executivo fiscal proposto em 01/12/2003 e o despacho citatório ocorrido em 19/12/2003 (hipótese interruptiva da prescrição, em caso de dívida não-tributária – art. 8º, § 2º, da Lei nº 6.830/80), apenas em relação às “taxas” de ocupação dos anos de 1992 a 1997 é que se mostra cristalino o aperfeiçoamento da prescrição quinquenal, devendo a execução fiscal prosseguir normalmente em relação às “taxas” de ocupação de 1998 a 2002.**

**- Assim, em obediência à determinação do STJ, têm-se por supridas as omissões apontadas, com o provimento dos aclaratórios, aos quais se atribuem efeitos infringentes.**

**- Precedentes do STJ e desta Corte.**

**- Embargos declaratórios providos, com atribuição de efeitos modificativos, para, suprimindo as omissões, afastar a decadência e reconhecer a prescrição quinquenal apenas em relação às “taxas” de ocupação referentes aos anos de 1992 a 1997, devendo o executivo fiscal regularmente prosseguir no tocante às “taxas” de ocupação não prescritas (relativas aos anos de 1998 a 2002).**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regio-

nal Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento aos embargos declaratórios, com atribuição de efeitos modificativos, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 18 de janeiro de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de reapreciação, por determinação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme *decisum* às fls. 109/114, dos embargos declaratórios interpostos pela UNIÃO (FAZENDA NACIONAL), às fls. 41/55, contra acórdão da lavra da Segunda Turma desta Corte Regional, à fl. 36, que, por unanimidade, deu parcial provimento à sua apelação, possibilitando o regular prosseguimento da execução fiscal em relação às parcelas não prescritas.

A embargante, nas razões de seu recurso, aduziu, em apertada síntese, que o acórdão teria sido omissivo, ao não observar o disposto no art. 177 do Código Civil de 1916 (CC/1916), relativo à prescrição vintenária, e no art. 47 da Lei nº 9.636/98, com as modificações instituídas pelas Leis nºs 9.821/99 e 10.852/04, o que afastaria a prescrição dos valores, objeto da presente execução fiscal. Alegou ainda a ocorrência de nulidade (*error in procedendo*), em razão da declaração de inconstitucionalidade do art. 177 do CC/1916, e do art. 47 da Lei nº 9.636/98, sem o atendimento das disposições do art. 97 da Constituição Federal (CF/88), e dos arts. 480, 481 e 482, todos do Código de Processo Civil (CPC). Ao final, pugnou pelo provimento dos aclaratórios, com atribuição de efeitos infringentes.

Às fls. 117/118, diante da possibilidade de atribuição de efeitos modificativos, foi proferido despacho, determinando a intimação da parte embargada para pronunciar-se sobre os embargos declaratórios.

Sem manifestação da parte embargada, conforme certidão à fl. 120.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

Os embargos de declaração merecem ser providos pelos fundamentos abaixo esposados.

Inicialmente, convém destacar que, após análise do recurso especial, interposto pela UNIÃO (FAZENDA NACIONAL), o STJ, dando provimento ao referido recurso, determinou o retorno dos autos a esta Corte Regional para novo julgamento dos embargos de declaração, de maneira a consignar-se, de modo claro e preciso, a aplicação dos prazos decadencial e prescricional ao caso concreto.

Na verdade, a presente execução fiscal envolve a cobrança de “taxas” de ocupação, relativas aos anos de 1992 a 2002. De fato, no que diz respeito à decadência e à prescrição, o julgado recorrido demanda maiores esclarecimentos, implicando, com o saneamento das omissões referentes ao art. 47 da Lei nº 9.636/98, em sua redação originária e nas subsequentes, após o advento das Leis nºs 9.821/99 e 10.852/04, e ao art. 177 do Código Civil de 1916 (CC/1916), atribuição de efeitos modificativos.

Ora, resta sedimentado na jurisprudência desta Corte e do próprio STJ, que a “taxa” de ocupação, cobrada pela UNIÃO, não detém natureza tributária. Na realidade, cuida-se de remuneração pela utilização de um bem público, de maneira que não se aplicam, ao caso, as disposições do Código Tributário Nacional (CTN). Nessa linha, dada a sua natureza jurídica de preço público, as “taxas” de ocupação figuram como receitas patrimoniais originárias, sendo, portanto, notória a relação de Direito Administrativo envolvida.

Com efeito, o art. 47 da Lei nº 9.636/98, instituiu a prescrição quinquenal para a cobrança da “taxa” de ocupação de terreno de marinha. Por sua vez, a Lei nº 9.821/99, que passou a vigorar a partir do dia 24/08/99, estabeleceu em cinco anos o prazo decadencial para constituição do crédito, mediante lançamento, mantendo o prazo prescricional quinquenal para a sua exigência. Em

seguida, com a promulgação da Lei nº 10.852/04, publicada em 30/03/04, houve nova alteração do art. 47 da Lei nº 9.636/98, estendendo-se o prazo decadencial de cinco para dez anos, mantido o lapso prescricional de cinco anos, a ser contado do lançamento.

*In casu*, como se pode depreender da evolução legislativa anteriormente aduzida, não se há de falar em decadência do crédito executado. Primeiro, porque, antes da vigência da Lei nº 9.821/99 (24/08/99), os créditos relativos à “taxa” de ocupação dos anos de 1992 a 1998 não dependiam de ato formal para sua constituição, considerando-se, portanto, constituídos desde seus respectivos vencimentos. Segundo, porque, em relação aos créditos posteriores à vigência da citada norma, ou seja, referentes aos anos de 1999 a 2002, houve a constituição formal daqueles em 15/10/2002 (data da respectiva notificação), ou seja, no prazo decadencial aplicável.

Por outro lado, relativamente às “taxas” de ocupação dos anos de 1992 a 1997, deve ser reconhecido, sim, o aperfeiçoamento da prescrição quinquenal, pois, em relação às situações anteriores à vigência da Lei nº 9.636/98, dada a natureza de preço público das “taxas” de ocupação, deve ser afastada a aplicação da regra ínsita no Direito Civil (art. 177 do CC/1916). Na realidade, no período anterior à vigência da Lei nº 9.636/98, em razão da ausência de previsão normativa específica, deve ser aplicado, com base no princípio da isonomia (simetria), o prazo de prescrição quinquenal previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, até porque a relação de direito material que dá origem à “taxa” de ocupação de terrenos de marinha é regida pelo Direito Administrativo, o que torna inaplicável a prescrição de que trata o art. 177 do CC/1916, invocado pela recorrente. Ora, como se verifica, não se há de falar em declaração de inconstitucionalidade do artigo anteriormente mencionado, nem do art. 47 da Lei nº 9.636/98, o que faz cair por terra a alegação de nulidade por afronta aos arts. 93, IX, e 97 da Constituição Federal (CF/88), e aos arts. 480, 481 e 482 do Código de Processo Civil (CPC). No entanto, em relação à “taxa” de ocupação relativa ao ano de 1998 (vencimento em 30/06/1998), embora o prazo prescricional, com o advento da Lei nº 9.636/98, continue quinquenal, deve ser afastada a prescrição, em virtude da suspensão do referido prazo, por 180 dias, pela inscrição em Dívida Ativa, ocorri-

da em 13/05/2003, por força do disposto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.830/80, aplicável à espécie, diante da natureza não-tributária do débito. Outrossim, ainda no que tange à “taxa” de ocupação de 1998, a parte exequente teria até o dia 27/12/2003 para propor a execução fiscal. Como se pode perceber, tendo sido o executivo fiscal proposto em 01/12/2003 e o despacho citatório ocorrido em 19/12/2003 (hipótese interruptiva da prescrição, em caso de dívida não-tributária – art. 8º, § 2º, da Lei nº 6.830/80), apenas em relação às “taxas” de ocupação dos anos de 1992 a 1997 é que se mostra cristalino o aperfeiçoamento da prescrição quinquenal, devendo a execução fiscal prosseguir normalmente em relação às “taxas” de ocupação de 1998 a 2002.

Colaciono, por fim, os seguintes arestos, aplicáveis, por semelhança, à hipótese em apreço:

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TERRENOS DE MARINHA. TAXA DE OCUPAÇÃO. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA.**

1. O art. 47 da Lei 9.636/98 instituiu a prescrição quinquenal para a cobrança da taxa de ocupação de terreno de marinha. A Lei 9.821/99, que passou a vigorar a partir do dia 24 de agosto de 1999, estabeleceu em cinco anos o prazo decadencial para constituição do crédito, mediante lançamento, mantendo-se o prazo prescricional quinquenal para a sua exigência. Com o advento da Lei 10.852/2004, publicada em 30 de março de 2004, houve nova alteração do art. 47 da Lei 9.636/98, para estender o prazo decadencial de cinco para dez anos, mantido o lapso prescricional de cinco anos, a ser contado do lançamento.

**2. No período anterior à vigência da Lei 9.636/98, em razão da ausência de previsão normativa específica, deve-se aplicar o prazo de prescrição quinquenal previsto no art. 1º do Decreto 20.910/32. Orientação da Primeira Seção nos REsp 961.064/CE, julgado na sessão de 10 de junho de 2009.**

**3. A relação de direito material que dá origem à taxa de ocupação de terrenos de marinha é regida pelo Direito Administrativo, tornando inaplicável a prescrição de que trata o Código Civil.**

**4. Assim, o prazo prescricional para a cobrança da taxa de ocupação de terrenos de marinha é de cinco**



**anos, independentemente do período considerado.**

5. Embargos de divergência não providos. (Negritei)  
(STJ - EREsp 200800317409 - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL - 961064 - Relator(a): Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI - Órgão julgador: PRIMEIRA SEÇÃO - DJe: 31/08/2009 - Decisão: Por maioria).

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ADMINISTRATIVO. TAXA DE OCUPAÇÃO DE TERRENO DE MARINHA. NATUREZA NÃO TRIBUTÁRIA. COBRANÇA. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. PRESCRIÇÃO/DECADÊNCIA. DÉBITO ANTERIOR À PUBLICAÇÃO DA LEI Nº 9.636, DE 15.05.98. ART. 177 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. NÃO INCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI 20.910/32. PRECEDENTES DO STJ.

1. Trata-se de apelação interposta pelo embargante contra sentença que julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida na inicial para, com fundamento no art. 269, I, do CPC, extinguir o feito e determinar a substituição da CDA, a fim de que sejam excluídos os valores pagos administrativamente pelo executado.

**2. A “taxa” de ocupação cobrada pela União, em verdade, não possui natureza tributária, trata-se de remuneração pela utilização de um bem público, de modo que não se aplicam, ao caso, as disposições do CTN.**

**3. Sobre o disciplinamento da prescrição aventada nos autos, atinente à cobrança da chamada “taxa” de ocupação relativa a exercícios anteriores à publicação da Lei nº 9.636/98, de 18 de maio de 1998, o Superior Tribunal de Justiça entende que deve ser aplicado o disposto no art. 1º do Decreto 20.910/32, ou seja, deve incidir o prazo prescricional de cinco anos para a União promover a execução.**

**4. Não há se falar em decadência antes da publicação da Lei nº 9.821/99, que modificou a Lei nº 9.636/98, introduzindo o prazo decadencial de 05 anos, posto que tal instituto alcança apenas os débitos ocorridos naquele período. Em outras palavras, a contagem do prazo decadencial só se inicia após a vigência da Lei nº 9.821/99 e em relação apenas aos débitos surgidos a partir de sua publicação, em 24.08.99.**

5. *In casu*, trata-se de cobrança de taxa de ocupação rela-

tiva aos exercícios de 1993/1994 (conforme cdas constantes na execução fiscal nº 2004.83.00.000915-0). Nessas hipóteses, não há que se falar em decadência, devendo-se, contudo, aplicar o prazo prescricional quinquenal (art. 1º do Decreto 20.910/32), contado a partir do débito, para a exequente promover a execução.

6. Como os vencimentos dos débitos ocorreram em 30/06/1993 e 29/04/1994 e o ajuizamento da execução fiscal apenas ocorreu em 13/01/2004, é forçoso concluir que ocorreu a prescrição da pretensão executória da credora.

7. Por fim, observa-se que ainda persiste a cobrança do débito inscrito na CDA pertinente à multa/transferência, cujo vencimento ocorreu em 10/08/2000. Como não se consumou a prescrição de tal pretensão, não é possível determinar “a extinção total da dívida exequenda”, como pretende a apelante.

8. Apelação parcialmente provida. (Negritei)

(TRF 5ª REGIÃO - AC 486327 - UF: PE - Órgão Julgador: Primeira Turma - Relator: Des. Federal FREDERICO PINTO DE AZEVEDO (Convocado) - *DJe*: 08/10/2010, página: 132 - Decisão: Unânime)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. TERRENO DA MARINHA. TAXA DE OCUPAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. **APLICAÇÃO DO DECRETO 20.910/32. CABIMENTO. DECADÊNCIA. AFASTADA.**

**1. A questão relativa à prescrição da taxa de ocupação restou assentada no eg. STJ, tendo a primeira seção daquela alta Corte entendido que:**

**“2. No período anterior à vigência da Lei 9.636/98, em razão da ausência de previsão normativa específica, deve-se aplicar o prazo de prescrição quinquenal previsto no art. 1º do Decreto 20.910/32.**

**3. A relação de direito material que dá origem à taxa de ocupação de terrenos de marinha é regida pelo Direito Administrativo, tornando inaplicável a prescrição de que trata o Código Civil”. (REsp 961064/CE, REL. P/ ACÓRDÃO MIN. CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, JULGADO EM 10/06/2009, DJE 31/08/2009).**

4. Na hipótese, a agravante pretende a reforma da decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade sob o fundamento de que não ocorreu a prescrição/decadência do crédito exequendo relativo à “taxa” de ocupação do período

compreendido entre 1989 e 2002.

**5. É de se reconhecer a consumação do lustro prescricional quinquenal, prevista no Decreto nº 20.910/32, da cobrança relativa aos períodos de 1989 a 1997, eis que o vencimento mais recente de tais anuidades constantes nas CDA'S é datado de 31/07/1997, enquanto que o ajuizamento da execução fiscal se deu em 14/10/2003.**

6. No que se refere aos períodos de 1998 a 2002, não há que se falar em prescrição, haja vista que entre a data de constituição do crédito exequendo (notificação em 18/03/2003) e a prolação do despacho que ordenou a citação (14/10/2003) não transcorreu o prazo quinquenal previsto no art. 47 da Lei nº 9.636, de 18/05/1998, bem como não foram atingidos, de igual forma, pela decadência.

7. A desconstituição parcial da CDA não afeta a liquidez do título quando é possível, através de simples cálculos aritméticos, apurar-se o saldo remanescente. Prosseguimento da execução fiscal que se impõe.

8. Agravo de instrumento parcialmente provido. (Negritei) (TRF 5ª REGIÃO - AGTR 96272 - UF: SE - Órgão Julgador: Segunda Turma - Relator: Des. Federal FRANCISCO WILDO - *DJe*: 14/01/2010, página: 255 - Decisão: Unânime).

Desse modo, em obediência à determinação do STJ, têm-se por supridas as omissões apontadas, com o provimento dos aclaratórios, aos quais se atribuem efeitos infringentes.

Ante o exposto, dou provimento aos embargos declaratórios, com atribuição de efeitos modificativos, para, suprimindo as omissões, afastar a decadência e reconhecer a prescrição quinquenal apenas em relação às “taxas” de ocupação referentes aos anos de 1992 a 1997, devendo o executivo fiscal regularmente prosseguir no tocante às “taxas” de ocupação não prescritas (relativas aos anos de 1998 a 2002).

É como voto.

## EMBARGOS INFRINGENTES NA AÇÃO RESCISÓRIA Nº 5.983-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
Embargante: ADVOCACIA PIAUHYLINO MONTEIRO  
Embargada: FAZENDA NACIONAL  
Advs./Procs.: DR. JOÃO MAURICIO CAVALCANTI GOMES DA FONSECA E OUTROS (EMBTE.)

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. COFINS. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO RESCISÓRIA. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA BOA-FÉ. POSSIBILIDADE.**

*- Os efeitos que serão ao final emprestados à decisão rescisória, longe de encerrarem um mero embate doutrinário, hão de ser sopesados de modo a jamais se olvidar a situação concreta que serve de suporte ao feito. De tal modo que o raciocínio a ser empreendido não deve perder de vista a dimensão social da decisão que porá fim à contenda, nem tampouco o ânimo que motivou o embargante a, durante todo esse tempo, deixar de realizar o pagamento do tributo.*

*- Há de se reconhecer que a conduta da embargante restou amparada por decisão judicial transitada em julgado e mais ainda em decisão que salvaguardou entendimento pacífico à época, qual seja, o de que a contribuição ora analisada era inconstitucional. De maneira que a superveniente mudança de entendimento acerca da matéria, por força de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, não faz desaparecer a boa-fé que revestia e legitimava a conduta da embargante até então.*

*- Insta notar, outrossim, a afirmação erigida pela embargante de que a cobrança retroativa “poderá gerar agravação da situação jurídica na qual*

**ela se encontrava anteriormente à propositura do mandado de segurança originário” não se afigura, ao menos prima facie, uma mera alegação hiperbólica, desprovida de forte carga de verossimilhança, formulada apenas com o fito de sensibilizar este Juízo colegiado. Deveras, a manutenção da decisão, nos moldes ora vergastados, importaria em imposição de ônus deveras grave à embargante, além de atentar contra a própria noção de segurança jurídica – fundamento de todo e qualquer sistema democrático de Direito.**

**- “PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. TRIBUTÁRIO. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE. ISENÇÃO CONCEDIDA ATRAVÉS DO ART. 6º, II, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 70/91. REVOGAÇÃO PELO ART. 56 DA LEI Nº 9.3430/96. SÚMULA 343 DO STF. MODULAÇÃO DE EFEITOS. PRECEDENTE DO STF.**

**- O cômputo para aferição da tempestividade da ação rescisória, nos termos do art. 495 do CPC deve levar em consideração a data do trânsito em julgado da última decisão efetivamente proferida nos autos, independentemente se ali restou decidida a inadmissibilidade de recurso outrora interposto.**

**- O Supremo Tribunal Federal já se manifestou em inúmeros julgados, sendo favorável à possibilidade de revogação da isenção concedida através do art. 6º, II, da Lei Complementar nº 70/91 pelo art. 56 da Lei nº 9.3430/96. Tratando-se de matéria de cunho constitucional, afasta-se a aplicabilidade da Súmula 343 do STF à espécie.**

**- Aplicação da modulação dos efeitos da decisão, no sentido de que o recolhimento da CO-FINS deva ser efetivado, tão-somente, a partir da data deste julgamento.**

**- Precedente do STF. (RE-AgR 295563/RS, Rel. Ministro CEZAR PELUSO, DJ 07.10.2008).**

**- Ação Rescisória julgada parcialmente procedente” – AR 6025, Pleno, Relator Desembargador Federal Francisco Wildo, pub. DJ: 30/04/2009.**  
**- Embargos infringentes providos.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Pleno do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, dar provimento aos embargos infringentes, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 13 de outubro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de embargos infringentes interpostos contra acórdão prolatado pelo Pleno deste e. Tribunal em sede de embargos de declaração em que, por maioria, foi dado parcial provimento a este recurso sem, no entanto, atribuir-lhe efeitos infringentes, mantendo o posicionamento de que os efeitos da decisão proferida em sede de ação rescisória dêem-se retroativamente.

A União (Fazenda Nacional) ajuizou a presente demanda buscando a rescisão do acórdão prolatado pela c. Primeira Turma deste Tribunal, com a consequência da reforma do entendimento outrora salvaguardado, a fim de que fosse reconhecida devida a incidência da COFINS, nos termos da art. 56 da Lei nº 9.430/96, responsável pela revogação da isenção prevista no art. 6º, II, da Lei Complementar nº 70/91, em face da violação literal aos arts. 146; 195, I; e 150, § 6º, todos da Constituição Federal de 1988.

O acórdão objurgado, da lavra do eminente Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, restou assim ementado (fl. 464):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE DA RESCISÓRIA. PRETENSÃO À MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA RESCISÃO. DESCABIMENTO.

1. A alegação de intempestividade da rescisória restou expressamente apreciada no acórdão que adotou corretamente a tese da indivisibilidade do julgamento no que respeita à apuração do prazo para a interposição da rescisória. Assim, somente do julgamento do último recurso se conta o prazo decadencial, donde o improvimento dos declaratórios.
2. Reconhecida a omissão do acórdão que deixou de apreciar o pedido formulado pelo réu no sentido de ver “modulado” os efeitos da rescisão, atribuindo-lhe eficácia *ex nunc*. Provimento dos embargos, sem efeitos infringentes, dado que a rescisão opera, sempre, eficácia *ex tunc*.
3. Demais disso, em casos de prestador de serviço de advocacia, cujos preços não são fixados em função dos tributos eventualmente incidentes, não teria sentido mesmo falar-se em modulação de efeito de rescisão, procedimento de natureza desconstitutiva e que comporta necessariamente efeitos retrooperantes.
4. Embargos de Declaração parcialmente providos, mas sem efeitos infringentes.

O posicionamento prevalecente acolheu a divergência inaugurada pelo voto do ilustre Desembargador Relator do acórdão, de cujo teor extrai-se o seguinte excerto (fls. 462 e 463), deveras relevante para o entendimento da controvérsia:

Quanto à questão da modulação, a exemplo do que ocorre com alguns colegas e esse precedente, estou lembrado, foi um precedente por escassa maioria e objeto de vivas discussões. Sempre defendi que não havia possibilidade dessa modulação e continuo pensando assim, por isso que conheço dos embargos de declaração porque a omissão de fato existiu, mas dou-lhe provimento para reconhecer que a matéria não foi apreciada.

(*omissis*)

Ainda chamo a atenção que a modulação poderia ter uma razão muito forte, reconheço, quando se trata de empresas que trabalham com preços e produtos durante vários anos entendendo que determinado tributo não era devido,

e ele já vendeu por um preço “x”, e ao depois tem uma ação rescisória julgada contra si e obrigado a fazer o pagamento do tributo sem poder modificar o preço de venda do produto porque são fatos passados, parece-me que ficaria numa situação muito difícil para pagar esses tributos sem ter como recuperá-los da clientela que já comprara. Chamo a atenção porque aqui, no caso, trata-se de escritório de advocacia. Os honorários não se sujeitam a esse tipo de raciocínio. Nenhum escritório de advocacia cobra os seus honorários em função de carga tributária.

Na sessão de julgamento, restaram vencidos no tocante à possibilidade de modulação dos efeitos da decisão, os eminentes Desembargadores Federais Francisco Barros Dias (Relator), Frederico Azevedo, Bruno Carrá, Manoel Erhardt e Rogério Fialho Moreira. Foram vencedores, com o Relator para o acórdão, os ilustres Desembargadores Geraldo Apoliano, Paulo Gadelha, Marcelo Navarro, Vladimir Souza Carvalho, Rubens Canuto.

Inconformada, a demandada sustenta, em apertada síntese, que a retroação dos efeitos terminaria por lhe causar danos incalculáveis, podendo, inclusive, comprometer sua atividade social. Aduz, outrossim, que a decisão vergastada salvaguarda ilegalidade, posto que faz ressurgir obrigação passada, sem o supedâneo de lei revigoradora anterior.

Contrarrazões às fls. 483/493.

Relatei.

À revisão, na forma regimental.

### **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Como ensaiado no relatório, o cerne da matéria devolvida ao exame deste Tribunal pelos embargos infringentes ora analisados cinge-se à modulação dos efeitos do acórdão proferido na ação rescisória nº 5983/PE, a reconhecer a possibilidade de a Lei nº 9.430/96 ter revogado a isenção conferida pela Lei Complementar nº 70/91, a da COFINS sobre os serviços profissionais prestados por Advocacia Piauhylino Monteiro. Tal aresto foi objeto de embar-



gos declaratórios, havendo o Tribunal Pleno, por maioria, como se informou no relatório, decidido pelo incabimento da modulação, entendendo atribuir eficácia *ex tunc* aos efeitos rescisórios. Eis aí a divergência que ensejou os embargos infringentes.

Penso, todavia, que a pretensão recursal merece ser acolhida. Esclareço.

Em situação pretérita, por ocasião do julgamento da AR209/CE, ocorrido em 17 de maio de 2006, posicionei-me, como Relator, pela possibilidade de modulação dos efeitos da decisão rescisória, a fim de preservar a segurança jurídica que deve, necessariamente, revestir as relações interpessoais e evitar a invalidação dos atos praticados com suporte em decisão trânsita em julgado. Seguiram o posicionamento por mim defendido, naquela oportunidade, os Desembargadores Federais Lázaro Guimarães, Margarida Cantarelli, Napoleão Nunes Maia Filho, Luiz Alberto Gurgel de Faria, Francisco Wildo e Élio Wanderley Siqueira.

Eis a ementa da sobredita decisão:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. LEI Nº 7.689/88. SÚMULA 343. ACÓRDÃO REFORMADO PELO STJ. RETORNO DOS AUTOS PARA NOVO JULGAMENTO.

- Afastada a aplicação da Súmula 343 do STF por decisão do Superior Tribunal de Justiça, deve o tribunal de origem examinar o mérito da ação rescisória.

- O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 138.284-CE e 150.764-PE, declarou a inconstitucionalidade dos artigos 8º e 9º da Lei nº 7.689/88, assentando, portanto, a conformidade dos demais comandos legais com o texto constitucional.

- Conforme precedentes do STJ: se a lei é conforme a Constituição e o acórdão deixa de aplicá-la à guisa de inconstitucionalidade, o julgado se sujeita à ação rescisória ainda que à época os tribunais divergissem a respeito (STJ - RESP nº 128.239/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, publicado no *DJ* de 01.12.1997, pp. 62.712).

- Rescisão com efeitos *ex nunc*, a partir da publicação do acórdão.

- Ação rescisória parcialmente procedente.

Como distinta não é a hipótese ora ventilada nos autos – e como continuo convicto de que os atos praticados sob a égide de sentença transitada em julgado não devem ser fulminados por decisão judicial posterior –, defendo, também nesta oportunidade, a possibilidade de modulação dos efeitos do sobredito acórdão, de modo a fazer com que os tributos do caso possam ser cobrados somente a partir da publicação do acórdão da ação rescisória declarada, e nunca retroativamente.

Dada a relevância da matéria ora trazida à discussão, atehome ao tema de maneira pormenorizada.

É certo que a garantia da coisa julgada, longe de encerrar direito absoluto, não impede que o Judiciário reveja, em hipóteses taxativamente elencadas, o posicionamento salvaguardado em momento anterior. No âmbito processual civil, esse rol de possibilidades insere-se no art. 485 do CPC.

Ocorre, no entanto, que a prolação de nova decisão, em sentido diverso da outrora válida, conduz inexoravelmente a um conflito temporal, cuja solução nem sempre é branda e incontestada. Constitui simples expressão dessa afirmação a contenda ora apreciada.

Perceba-se: a prevalecer o entendimento ora impugnado, a parte demandada deverá arcar com a tributação desde o momento em que deixara de realizar o pagamento da COFINS, por força do desfazimento da isenção por decisão judicial; do contrário, ou seja, caso se admita a modulação dos efeitos da decisão, restar-lhe-á o pagamento do tributo tão somente a partir da data do julgamento da ação rescisória.

Deveras, os efeitos que serão ao final emprestados à presente decisão, longe de encerrarem um mero embate doutrinário, hão de ser sopesados de modo a jamais olvidar a situação concreta que serve de suporte ao feito. Partindo dessa premissa é que reconhecimento não existir, *in casu*, fundamento para a atribuição de efeitos *ex tunc* à decisão rescisória.

Parece-me que o raciocínio a ser empreendido não deve perder de vista a dimensão social da decisão que porá fim à contenda, nem tampouco o ânimo que motivou a embargante a durante

todo esse tempo deixar de realizar o pagamento do tributo. Põe-se a indagação: por qual razão não foi cumprida a obrigação tributária? E a partir da constatação desse “inadimplemento”, haveria de se exigir a cobrança desde o instante em que a obrigação deixou de ser cumprida?

Dessarte, mister notar, na esteira do bem lançado voto vencido do eminente Desembargador Manoel Erhardt, no julgamento dos embargos de declaração na Ação Rescisória 5.983/PE, que *toda a jurisprudência dizia que essa contribuição [COFINS] era inconstitucional. Isso era pacífico na jurisprudência. De repente temos uma mudança por força de uma decisão do Supremo em sede de controle difuso e em função dessa decisão do Supremo vem a ação rescisória pretendendo desconstituir quem estava amparado numa coisa julgada. E não numa coisa julgada contrária à lei, uma coisa absurda que tivesse que corrigir. Uma coisa julgada mansa e pacífica porque não havia dúvida que a contribuição era inconstitucional* (fl. 460).

Havia um título judicial a amparar a embargante, portanto. E, conforme mencionado, um título com trânsito em julgado fundado em um entendimento pacificamente adotado à época. Logo, o pagamento do tributo não ocorreu por negligência da parte demandada. Ao reverso: sua conduta encontrava pleno amparo à época.

Ora, mas se houve uma razão legitimadora do não-pagamento, não avisto sentido em atribuir ao embargante o dever de arcar com valores que à época não deviam ter sido pagos, mormente se essa medida coercitiva importar em gravame deveras oneroso, como ocorre.

Nesse particular, cumpre trazer à colação o posicionamento do ilustre Desembargador Federal Francisco Barros Dias, defensor da atribuição de efeitos *ex nunc* ao julgado, também nos mesmos embargos aclaratórios:

Há de se considerar que o pagamento retroativo da COFINS em relação a todo o período em que foi reconhecida a isenção de tal contribuição por acórdão acobertado pela coisa julgada, além de ferir o princípio da segurança jurídica lhe acarretará grandes danos, já que teria que pagar tais contribuições acrescidas dos encargos legais (fl. 458).

A afirmação levantada pela embargante de que a cobrança retroativa *poderá gerar agravação da situação jurídica na qual ela se encontrava anteriormente à propositura do mandado de segurança originário* (fl. 475) não se afigura, ao menos *prima facie*, uma mera alegação hiperbólica, desprovida de forte carga de verossimilhança, formulada apenas com o fito de sensibilizar este Juízo colegiado.

A manutenção da decisão, nos moldes ora vergastados, importaria, de fato, em imposição de ônus deveras grave à embargante, além de atentar contra a própria noção de segurança jurídica – fundamento de todo e qualquer sistema democrático de Direito.

Imperioso notar que esta e. Corte se manifestou sobre o tema em situação exatamente igual em outra oportunidade, quando restaram vencedores os eminentes Desembargadores Federais Geraldo Apoliano, Francisco Cavalcanti, Paulo Gadelha, Francisco Wildo Lacerda Dantas (Relator), Marcelo Navarro, Manoel Erhardt, Vladimir Carvalho, Rogério Fialho Moreira e Manuel Maia - vencidos, por seu turno, os insignes Desembargadores Lázaro Guimarães, César Arthur Carvalho, Paulo Machado Cordeiro e Carlos Rebêlo Júnior:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. TRIBUTÁRIO. PRELIMINAR DE INTÉMPESTIVIDADE. ISENÇÃO CONCEDIDA ATRAVÉS DO ART. 6º, II, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 70/91. REVOGAÇÃO PELO ART. 56 DA LEI Nº 9.3430/96. SÚMULA 343 DO STF. MODULAÇÃO DE EFEITOS. PRECEDENTE DO STF.

- O cômputo para aferição da tempestividade da ação rescisória, nos termos do art. 495 do CPC deve levar em consideração a data do trânsito em julgado da última decisão efetivamente proferida nos autos, independentemente se ali restou decidida a inadmissibilidade de recurso outrora interposto.

- O Supremo Tribunal Federal já se manifestou em inúmeros julgados, sendo favorável à possibilidade de revogação da isenção concedida através do art. 6º, II, da Lei Complementar nº 70/91 pelo art. 56 da Lei nº 9.3430/96. Tratando-se de matéria de cunho constitucional, afasta-se a aplicabilidade da Súmula 343 do STF à espécie.

- Aplicação da modulação dos efeitos da decisão, no sentido de que o recolhimento da COFINS deva ser efetivado, tão-somente, a partir da data deste julgamento.
- Precedente do STF. (RE-AgR 295563/RS, Rel. Ministro CEZAR PELUSO, DJ. 07.10.2008)
- Ação Rescisória julgada parcialmente procedente. (AR 6025, Pleno, Relator Desembargador Federal Francisco Wildo, pub. DJ: 30/04/2009)

Ademais, restam algumas considerações a serem tecidas quanto ao fundamento perfilhado pelo douto Desembargador Paulo Roberto de Oliveira Lima, ao não admitir a atribuição de efeitos *ex nunc* à decisão, em razão da natureza da atividade exercida pela embargante, a de prestação de serviços de advocacia, que não lida com oferta de produtos e nem com preços.

Assim se pronunciou aquele eminente Desembargador, ao inaugurar a divergência desfavorável à embargante:

Os honorários não se sujeitam a esse tipo de raciocínio. Nenhum escritório de advocacia cobra os seus honorários em função de carga tributária. Os honorários de advocacia são fixados de acordo com tabelas da OAB ou em função de valor da causa, variando de 10 a 20%. Independentemente de existir o pagamento ou deixar de existir não se pode dizer que o contribuinte, na hipótese, amargue um prejuízo excepcional por esse tardio entendimento de que o tributo seria devido, abandonando-se a ideia originária de que o tributo não era devido, como foi o resultado da ação no primeiro momento. (Fl. 463)

Não se pode, de fato, ignorar a realidade de que um escritório de advocacia somente presta serviços, nunca alienando produtos ou bens, ao contrário das atividades comerciais e industriais.

Entretanto, em todas as hipóteses, a carga tributária representa importante fator a ser lembrado quando da fixação do valor do produto ou do serviço. Vale dizer, não existe relação mais estreita do que entre o valor do tributo e o do bem ou serviço ofertado, numa proporção tão clássica quanto óbvia: quanto maior for a carga tributária incidente, mais elevado será o preço do bem ou serviço – isso, é claro, tomando como pressuposto as condições de funcionamento regular da economia.

Esses apontamentos são certos e não avisto fundamento capaz de combatê-los com um mínimo de cientificidade.

Os escritórios de advocacia, através da atividade exercida pelos advogados que o integram, não põem à venda bens materiais. Mas prestam serviços que importam na defesa dos interesses de seus clientes que por eles pagam com valores que compõem o faturamento dos prestadores de serviços e do qual o Fisco não se esquece. De consequência, a evidente relação tributária já mencionada, em termos da COFINS, não pode ser olvidada tão facilmente aqui.

Parece-me que a análise perfunctória dessa temática conduz a conclusões em certa medida equivocadas que, acaso sejam mantidas, conduzirão a uma grave injustiça.

Explico.

Como disse acima, a relação tributária concernente à atividade profissional da empresa de causídicos é tão evidente quanto a relativa aos afazeres exercidos pelo comerciante.

Se bem pensadas as coisas, isto é, se superadas as impressões obtidas a partir de uma análise superficial do tema, pode-se vislumbrar, com farta dose de clareza, o sopesamento do liame existente entre os serviços prestados pelo escritório de advocacia e as disposições tributárias abstratas previstas em lei, quando se tratar de estipular o valor da remuneração dos serviços.

A essa mesma conclusão chegou com bastante felicidade o ilustre Desembargador Manoel Erhardt que, na prolação do voto vencido, nos embargos de declaração da presente ação rescisória, assim observou:

É certo que, realmente, há uma diferença grande entre o escritório de advocacia e as empresas comerciais. Isso é inegável, mas não acho que se deva dizer que a questão dos tributos não seja considerada pelo advogado até traçar o perfil dos seus honorários advocatícios. Acho que isso é um fator levado em conta pelos profissionais liberais quando estabelecem os honorários que pretendem cobrar. (Fl. 460).

Ora, não é por não se cogitar de relação de compra e venda de bens que essa atividade liberal deixará de inserir-se no âmbito econômico e, por conseguinte, não será atingida pelas regras tributárias, cuja repercussão sobre ela mostra-se inexorável, sabe-se.

Proponho um exercício de imaginação bastante simples: se sobre a remuneração obtida pelo advogado (honorários), em uma determinada época, incidirão os tributos “x” e “y”, o acerto inicial feito com o cliente contratante deverá prever que parcela “z” do valor a ser recebido será destinada ao Estado. Fixar-se-á, nesse caso, um dado percentual que seja capaz de absorver essa “mordida leonina” esperada. Mas, se à época da celebração do contrato de prestação de serviços, somente o tributo “x” poderia incidir sobre os valores percebidos, o profissional poderia estipular percentual menor de honorários, de modo a garantir que aquele cliente contratasse seus serviços e não os de outro causídico.

Nesse caso, poder-se-ia dizer que, por não se tratar de relação estritamente de alienação de bens ou produtos, a incidência de um dado tributo não seria capaz de afetar a atividade exercida pelos prestadores de serviços de advocacia? Parece-me que não.

Como já disse antes, os serviços oferecidos por escritório de advocacia, a despeito de não envolverem relações de compra e venda de bens ou produtos, não são estranhos ao campo econômico, nem tampouco desconhecem a influência sofrida em decorrência das normas tributárias.

Nesse passo, o prestador de serviços de advocacia (e não apenas o comerciante) que pactuou os seus honorários em um valor “x”, porquanto ausente norma tributária capaz de reduzi-los, não poderá modificar o valor do contrato na hipótese de retroação dos efeitos de natureza tributária de uma ação rescisória, tendo de arcar, inevitavelmente, com a perda patrimonial daí advinda. A rigor, a situação é idêntica à dos vendedores de bens e produtos. Apenas se substituem os sujeitos da relação e a maneira de pensar o vínculo tributário que, em qualquer caso, exhibe-se nítido e concreto.

De tal modo que me parece equivocado sustentar a necessária atribuição de efeitos retroativos à decisão rescisória com base

na alegação de que a sociedade de advocacia não trabalha com produtos e bens, apesar de manipular preços de serviços.

Diante do exposto, reafirmo o entendimento de que, em situações dessa natureza, a modulação dos efeitos é medida que se impõe, sob pena de afronta à segurança jurídica e à boa-fé do jurisdicionado que, amparado por decisão transitada em julgado, deixou de pagar determinado tributo.

Com tais considerações, dou provimento aos embargos infringentes para atribuir efeitos *ex nunc* à decisão proferida em sede de ação rescisória, a fim de fazer prevalecer o posicionamento defendido pelos votos vencidos anteriormente proferidos.

Assim voto.

### **HABEAS CORPUS Nº 4.164-SE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO  
Impetrante: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
Impetrado: JUÍZO DA 2ª VARA FEDERAL DE SERGIPE  
Paciente: LUZIA DA CONCEIÇÃO SANTOS

***EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PEDIDO DE TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. DENÚNCIA POR INVASÃO E CONSTRUÇÃO DE MORADIA EM ÁREA DE MANGUEZAL. MANIFESTA ATIPICIDADE DO FATO. ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO QUE CONFERIU RAZOÁVEL PRESUNÇÃO DE REGULARIDADE À MORADIA. AUSÊNCIA DE DOLO EVIDENCIADA.***

***- Restando omissa a denúncia em especificar a data do pretenso dano ambiental – descumprindo o art. 41 do CPP –, há que se acolher a informação de que a paciente reside no local há mais de 10 (anos), pelo que se deve reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do delito tipificado no art. 38 da Lei nº 9.605/98.***



**- Verificando-se que o próprio Poder Público municipal autorizou a permanência de várias famílias instaladas na área da “Invasão Olimar”, que hoje se apresenta como um verdadeiro bairro, com ruas pavimentadas, iluminação pública, esgotamento sanitário e outras estruturas que confirmam a presença do Estado no local, não há que se cogitar da ocorrência do delito previsto no art. 20 da Lei n. 4.947/66.**

**- Hipótese onde as circunstâncias trazem uma presunção natural de que há uma aparência de regularidade na situação aos olhos dos moradores, de sorte que seria incontornável que a exordial apontasse algum elemento, por menor que fosse, a evidenciar a conduta dolosa daqueles indivíduos desfavorecidos, demonstrando que eles, sabendo que o imóvel era público, ainda assim resolveram ocupá-lo.**

**- Denúncia que se limitou a escudar-se no trabalho feito pelo IBAMA, com o que acabou virando as costas para a grave questão social ali vivenciada, cujo deslinde não deve ser buscado no âmbito do Direito Penal, que, regido pelo princípio da fragmentariedade, somente deve ter suas normas invocadas quando os demais ramos do direito se revelarem incapazes de solver as contendas.**

**- Ordem concedida. Ação penal trancada, em face da manifesta atipicidade do fato narrado.**

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 25 de janeiro de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Cuida-se de ordem de *habeas corpus* impetrada pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO em favor de LUZIA DA CONCEIÇÃO SANTOS contra ato do MM. Juízo da 2ª Vara Federal de Sergipe, objetivando pôr termo ao constrangimento ilegal consubstanciado no recebimento de denúncia apresentada em face da paciente.

Informa que o Ministério Público Federal propôs ação penal em que atribui à paciente a prática dos delitos tipificados nos arts. 20 e 38 da Lei nº 9.605/98, mercê da construção de moradia em área de manguezal, qualificada como Área de Preservação Permanente (APP), na região conhecida como Loteamento Olimar, situada no Município de Barra dos Coqueiros/SE.

Salienta que, por ocasião da defesa preliminar, levantou as seguintes teses: a) prejudicial de prescrição do crime previsto no art. 38 da Lei nº 9.605/98; b) a extinção da punibilidade pelo direito subjetivo à concessão do direito real de uso especial para fins de moradia; c) a atipicidade da conduta narrada na exordial, à míngua dos elementos objetivos e subjetivos do tipo penal; e d) a ausência de potencial consciência da ilicitude e o estado de necessidade.

A decisão que se seguiu, segundo afirma o impetrante, não enfrentou todos os fundamentos da defesa, repelindo a alegação de prescrição e consignando, no tocante à ausência de potencial consciência da ilicitude, que essa tese não tem o condão de permitir a absolvição sumária.

Ressalta o defensor público que já existe em curso uma ação civil pública e um termo de ajustamento de conduta que soluciona a permanência dos moradores do Loteamento Olimar, tombada sob o número 0020265420104058500, em relação à qual já houve decisão em agravo de instrumento, proferida nesta Corte, nos autos do AGTR n. 108674, antecipando a tutela recursal para determinar que a UNIÃO suspenda, pelo período de um ano, a demolição dos imóveis construídos na área em questão.

Além disso, destaca que o termo de ajustamento de conduta firmado revela que o governo federal já disponibilizou os recursos

necessários à construção de 480 casas populares, nas quais serão acomodados os ocupantes da citada área de preservação.

Assim, conclui que o recebimento da denúncia atenta ao princípio da fragmentariedade do Direito Penal, na medida em que a questão já está sendo solucionada no âmbito civil, de modo que o manejo da ação penal pública representa medida arbitrária e precipitada, razão pela qual lhe falta justa causa.

Após repetir os argumentos ventilados na referida defesa preliminar, o impetrante pugna pela concessão de liminar que determine o imediato trancamento da ação penal, ou, quando não, a suspensão da audiência de instrução e julgamento designada para o próximo dia 2 de dezembro de 2010.

No mérito, requer o reconhecimento da ausência de justa causa para a ação penal, com o seu consequente trancamento (fls. 2-60).

Deferi, em parte, o pedido de liminar, para determinar o sobrestamento da Ação Penal n. 0004021-39.2009.4.05.8500, até o julgamento da presente impetração (fls. 63-65).

Notificada, a ilustre autoridade impetrada apresentou as informações de estilo, limitando-se a narrar os eventos verificados no processo (fls. 134-146).

A douta Procuradoria Regional da República, em seu parecer, opinou pela denegação da ordem (fls. 149154).

Por fim, a impetrante, buscando reforçar sua tese, requereu a juntada de sentença proferida em ação penal que, segundo afirma, “versa sobre situação jurídica idêntica”, da lavra do MM. Juízo da 3ª Vara Federal de Sergipe, o qual acolheu as teses ventiladas nesta impetração (fls. 156-163).

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

O Ministério Público Federal denunciou a paciente pela suposta prática dos delitos tipificados nos arts. 20 e 38 da Lei nº 9.605/

98, em decorrência da construção de moradia em área de man-  
guezal, qualificada como Área de Preservação Permanente (APP),  
na região conhecida como Loteamento Olimar, situada no Municí-  
pio de Barra dos Coqueiros/SE.

A impetração persegue o trancamento da ação penal, valen-  
do-se dos seguintes argumentos: a) prejudicial de prescrição do  
crime previsto no art. 38 da Lei n. 9.605/98; b) a extinção da punibi-  
lidade pelo direito subjetivo à concessão do direito real de uso es-  
pecial para fins de moradia; c) a atipicidade da conduta narrada na  
exordial, à míngua dos elementos objetivos e subjetivos do tipo  
penal; e d) a ausência de potencial consciência da ilicitude e o  
estado de necessidade.

Pois bem. É sabido que a providência em questão se reveste  
de caráter excepcional, somente tendo lugar quando evidenciada  
nos autos: a) a ausência de indícios de autoria ou a inexistência de  
materialidade delitiva; b) a atipicidade da conduta; ou c) a extinção  
da punibilidade do réu.

Nesse sentido, caudalosa é a jurisprudência, da qual colho o  
precedente que encontro mais à mão:

**HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE INFLUÊNCIA. PEDIDO  
DE TRANCAMENTO DA AÇÃO. ALEGAÇÃO DE ATIPI-  
CIDADE DA CONDUTA E DE INÉPCIA DA DENÚNCIA.  
IMPROCEDÊNCIA.**

**1. Segundo a iterativa jurisprudência desta Corte, o  
trancamento da ação penal, pela via do *habeas cor-  
pus* é medida excepcional, só admissível quando  
despontada dos autos, de forma inequívoca, a  
ausência de indícios de autoria ou materialidade deliti-  
va, a atipicidade da conduta ou a extinção da puni-  
bilidade.**

2. A peça vestibular preenche os requisitos do art. 41 do  
Código de Processo Penal, descrevendo, com todas as  
suas circunstâncias, a existência de crime em tese, bem  
como a respectiva autoria, com indícios suficientes para a  
deflagração da persecução penal.

3. A exordial acusatória narra que o paciente assumira o  
compromisso, com terceira pessoa, em troca de proveito  
econômico, de tomar providências, junto à Prefeitura do  
Município de Santo André, para que fosse efetuado o pa-

gamento do crédito de determinada empresa.

4. Perde relevância o momento da obtenção da vantagem econômica indevida, já que o delito previsto no art. 332 (tráfico de influência) é de ação múltipla ou conteúdo variado, contentando-se, nas modalidades formais, com a simples solicitação, exigência ou cobrança do proveito, em troca da suposta influência em ato funcional.

5. Ordem denegada.

(STJ, 6a T., HC 146038/SP, rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 10.5.2010) – destacamos.

No caso em apreço, a despeito do entendimento veiculado no parecer da douta Procuradoria Regional da República, a quem rendo minhas homenagens, considero que a ação penal é desarrazoada, mercê da manifesta atipicidade do fato narrado na denúncia.

Tal qual destaquei por ocasião do deferimento da liminar, as teses sustentadas na impetração já renderam ensejo, inclusive, a algumas sentenças benéficas a acusados em idêntica situação, extinguindo as respectivas ações penais sem resolução de mérito, conforme se lê nas reproduções de fls. 47-48 e 56-57.

Chama a atenção, no mesmo contexto, a decisão monocrática proferida nesta Corte Regional, nos autos do AGTR 108674/SE, na qual o eminente relator, o Desembargador Convocado EMILIANO ZAPATA LEITÃO, assim consigna:

[...] Ante o exposto, defiro, em parte, o pedido de antecipação da tutela recursal **para determinar que a União suspenda pelo período de 1 (um) ano, a contar da presente decisão, os atos de demolição dos imóveis construídos na área objeto do litígio, bem assim quaisquer outros atos que importem retirada das famílias e de seus pertences daquela área**, a fim de que, nesse período, as partes envolvidas e o poder público possam encontrar e adotar as medidas necessárias à acomodação e ao assentamento das famílias envolvidas no litígio em locais condignos e capazes de atender suas necessidades básicas de moradia. [...] – fls. 41-42.

Esses dados realmente corroboram a alegação, formulada pelo impetrante, no sentido de que este Tribunal reconheceu o problema da moradia como déficit, sendo incoerente conferir uma cono-

tação penal à conduta dos ocupantes da área em litígio, que ali se encontram há mais de 10 anos, conforme enfatizado na decisão que deferiu sua permanência no local.

Com efeito, afigura-se desarrazoado pretender-se resolver na seara criminal uma questão que envolve o problema das ocupações irregulares de terras da UNIÃO, os pretensos danos ambientais e a mora do poder público em assegurar o direito social à moradia.

Cumprir observar que o delito tipificado no art. 38 da Lei 9.605/98, cuja conduta consiste na “*Destruição ou danificação de floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção*”, é classificado como instantâneo de efeitos permanentes, eis que a violação não se protraí no tempo, como evidenciam os verbos que figuram como núcleos do tipo.

Na hipótese, o Ministério Público não se preocupou em fixar os fatos no tempo, deixando de especificar a data em que ocorreu o pretendo dano ambiental, com o que descumpriu os termos do art. 41 do CPP.

Assim, considerando-se a informação, constante da impetração, no sentido de que a ré já mora no local há mais de 10 (anos) – conforme, repita-se, foi reconhecido na decisão proferida no supracitado agravo de instrumento –, tem-se que o prazo prescricional começou a fluir a partir do alegado dano, consumando-se em 8 (oito) anos, em razão da pena máxima cominada à dita infração penal.

Tendo a denúncia sido recebida no ano de 2010, resta evidente a ocorrência dessa causa extintiva da punibilidade, de vez que o delito já se encontrava prescrito desde 2008.

No tocante ao injusto penal de que trata o art. 20 da Lei nº 4.947/66, a situação merece ser vista sob outro ângulo. Referida conduta delituosa se acha assim descrita:

Art. 20. Invadir, com intenção de ocupá-las, terras da União, dos Estados e dos Municípios:

Pena: Detenção de 6 meses a 3 anos.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, com idên-

tico propósito, invadir terras de órgãos ou entidades federais, estaduais ou municipais, destinados à Reforma Agrária.

Como mencionei, foram proferidas algumas sentenças absolutórias na Seção Judiciária de Sergipe, em favor de pessoas que se encontram na mesma situação da paciente, todas apontando a deficiência da denúncia em descrever o elemento volitivo inerente ao fato delituoso.

Realmente, o *Parquet* limitou-se a fundamentar sua pretensão punitiva meramente no auto de infração lavrado pelo IBAMA, que não se mostra suficiente para retratar o dolo do agente em praticar o crime em tela.

Nesse contexto, precisa é a observação do Juiz Federal EDMILSON PIMENTA, da 3ª Vara da Seção Judiciária de Sergipe, ao proferir sentença na Ação Penal nº 0004111-47.2009.4.05.8500, absolvendo uma das moradoras dessa mesma área:

[...] Aliás, procede a informação passada pela acusada de que o próprio Poder Público municipal autorizou a permanência de várias famílias instaladas na área da Invasão Olimar nesta, uma vez que a Lei Estadual nº 6.367/2008 destinou, em seu art. 1º, inciso IV, item 9, recursos para pavimentação e drenagem dos “Loteamentos Olimar, Marivan e Moisés Gomes Pereira na Barra dos Coqueiros”, tanto que, **hoje, a área se apresenta como um verdadeiro bairro, com ruas pavimentadas, iluminação pública, esgotamento sanitário e outras estruturas que confirmam a presença do Estado no local.** [...] (fl. 160) – destacamos.

Ora, não há dúvidas de que o quadro acima exposto traz uma presunção natural de que há uma aparência de regularidade na situação aos olhos dos moradores, de sorte que seria incontornável que a exordial apontasse algum elemento, por menor que fosse, a evidenciar a conduta dolosa daqueles indivíduos desfavorecidos, demonstrando que eles, sabendo que o imóvel era público, ainda assim resolveram ocupá-lo.

Preferiu o MPF, lamentavelmente, escudar-se no trabalho feito pelo IBAMA, com o que acabou virando as costas para a grave questão social ali vivenciada, cujo deslinde não deve ser buscado

no âmbito do Direito Penal, que, regido pelo princípio da fragmentariedade, somente deve ter suas normas invocadas quando os demais ramos do direito se revelarem incapazes de solver as contendas.

Isso é o quanto me basta para deferir a ordem impetrada, determinando o imediato trancamento da ação penal, em razão da manifesta atipicidade do fato narrado na denúncia.

É como voto.

### **INCIDENTE DE QUESTÃO DE ORDEM NO INQUÉRITO Nº 2.197-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

Indic./Invdo.: SEM INDICIADO

Investigados: ROMERO MAGALHÃES LEDO; ERIVALDO SARAIVA FEITOSA; AMAURY DA SILVA PINTO; AMAURY DA SILVA PINTO JÚNIOR; MARCÍLIO DE ALMEIDA GOMES; LUCÍLIO RODRIGUES DOS SANTOS; RODRIGO PEREIRA GUEDES; LUIZ GONZAGA PORTELA FARIAS; FILOGÔNIO ARAÚJO DE OLIVEIRA; RODRIGO FERNANDO SIQUEIRA MOURA DE MATOS; EDIRCE EUGÊNIA CORREIA PINTO; ARTUR MONTENEGRO DA SILVA REGO FILHO; ALBERTO FERNANDO MOURA DE MATOS; ANTÔNIO FERNANDO DA SILVA; OSÍRIS SABINO BORGES DO NASCIMENTO JÚNIOR; TÁCITO CORREIA PINTO E RODOLFO CÉSAR MOSTAERT LÓCIO

***EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. PROCES-  
SUAL PENAL. INQUÉRITO. NÚMERO EXCESSI-  
VO DE INDICIADOS. FORO POR PRERROGATI-  
VA DE FUNÇÃO. EXCLUSIVIDADE PARA ÚNICO  
AGENTE POLÍTICO. DESMEMBRAMENTO. POS-  
SIBILIDADE.***



**- De acordo com a previsão do legislador no art. 80 do Código do Processo Penal, demonstra-se cabível o desmembramento dos processos criminais, em função da conveniência da instrução criminal.**

**- Ausência de violação ao disposto na Súmula 704 do STF (Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados), vez que a pluralidade subjetiva não impede a aplicação da previsão legislativa, que não encontra ressalvas.**

**- Tratando-se de processo volumoso, onde constam todas as respostas de todos os indiciados e reclama a análise pormenorizada das defesas preliminares, o que reclamaria excessivo lapso temporal para análise e respectivo julgamento, bem como instrução processual prolongada, haja vista a necessária produção de provas em favor de cada um dos envolvidos.**

**- A complexidade da causa envolve igualmente a própria descrição das condutas delitivas, cada uma das quais divididas em células de atuação, na própria peça acusatória, o que demonstra, inclusive, a possibilidade de apreciação das condutas delitivas de forma apartada, o que não impediria o referido desmembramento.**

**- O respeito ao regular trâmite do processo judicial, durante lapso temporal razoável e através de andamento processual célere e condizente com o interesse da sociedade – especialmente nas ações criminais, que envolvem eventual dano ao erário – é medida que se impõe em favor da atuação do Poder Judiciário proeficiente em prol do próprio interesse público.**

**- Precedentes: AP-AgR 336, CARLOS VELLOSO, STF; Inq-AgR 2527, ELLEN GRACIE, STF; APN 200702970501, ELIANA CALMON, STJ - CORTE**

**ESPECIAL, 28/06/2010; INQ 1621, MARCELO NAVARRO, TR5ª - REGIÃO.**

**- Das células especificadas na peça acusatória, restringe-se o interesse nos autos do presente inquérito àquela da qual participaria o prefeito de Itacuruba/PE, vez que na qualidade de agente político detém o foro por prerrogativa de função, fixando-se em seu favor, apenas, a competência deste egrégio colegiado.**

**- Questão de ordem resolvida determinando o desmembramento do inquérito em dois, com a remessa à primeira instância daquele em que figuram como indiciados os que não ostentam a prerrogativa de foro por função.**

## **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, resolver a questão de ordem determinando o desmembramento do processo, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 1º de dezembro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS  
- Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de Denúncia ofertada originariamente pelo Ministério Público do Estado de Pernambuco - MPE/PE, ratificada pelo Ministério Público Federal quando encaminhado o processo a este Tribunal, em desfavor de ROMERO MAGALHÃES LEDO (Prefeito do Município de Itacuruba/PE), ERIVALDO SARAIVA FEITOSA, AMAURY DA SILVA PINTO, AMAURY DA SILVA PINTO JÚNIOR, MARCÍLIO DE ALMEIDA GOMES, LUCÍLIO RODRIGUES DOS SANTOS, RODRIGO PEREIRA GUEDES, LUIZ GONZAGA POR-

TELA FARIAS, FILOGÔNIO ARAÚJO DE OLIVEIRA, RODRIGO FERNANDO SIQUEIRA MOURA DE MATOS, EDIRCE EUGÊNIA CORREIA PINTO, ARTUR MONTENEGRO DA SILVA REGO FILHO, ALBERTO FERNANDO MOURA DE MATOS, ANTÔNIO FERNANDO DA SILVA, OSÍRIS SABINO BORGES DO NASCIMENTO JÚNIOR, TÁCITO CORREIA PINTO, RODOLFO CÉSAR MOSTAERT LÓCIO.

### **1. Do enquadramento dos Acusados.**

ROMERO MAGALHÃES LÊDO foi denunciado pela suposta prática dos crimes previstos no art. 1º, incisos I, II, III, IV e V, do Decreto-Lei nº 201-67 (crimes de responsabilidade), art. 89 da Lei nº 8.666/93 (inexigibilidade de licitação) e arts. 288 (formação de quadrilha ou bando), 203 (frustração de direito assegurado por lei trabalhista), *caput*, com incidência nos arts. 61, II, *g* (circunstância agravante – prática criminosa com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão), 69 (concurso material) e 71 (crime continuado), todos do Código Penal.

ERIVALDO SARAIVA FEITOSA, AMAURY DA SILVA PINTO, AMAURY DA SILVA PINTO JÚNIOR, EDIRCE EUGÊNIA CORREIA PINTO, ARTUR MONTENEGRO DA SILVA REGO FILHO e ALBERTO FERNANDO MOURA DE MATOS foram acusados em função de eventual incursão dos tipos penais previstos no art. 1º, incisos I, II, III, IV e V do Decreto-Lei nº 201-67 (crimes de responsabilidade), parágrafo único do art. 89 da Lei nº 8.666/93 (benefício em favor próprio da inexigibilidade de licitação) e arts. 203, *caput* (frustração de direito assegurado por lei trabalhista), 288 (formação de quadrilha ou bando), 299 (falsidade ideológica), 312 (peculato) e 317 (corrupção passiva), *c/c* os arts. 29 (concurso de pessoas), 30 (circunstâncias incommunicáveis), 69 (concurso material) e 71 (crime continuado), todos do Código Penal.

LUIZ GONZAGA PORTELA FARIAS, FILOGÔNIO ARAÚJO DE OLIVEIRA, RODRIGO FERNANDO SIQUEIRA MOURA DE MATOS, ANTÔNIO FERNANDO DA SILVA e OSÍRIS SABINO BORGES DO NASCIMENTO JÚNIOR, MARCÍLIO DE ALMEIDA GOMES, LUCÍLIO RODRIGUES DOS SANTOS, RODRIGO PEREIRA GUEDES, TÁCITO CORREIA PINTO e RODOLFO CÉSAR MOSTAERT LÓCIO, em função da suposta prática criminosa pre-

vista no parágrafo único do art. 89 da Lei nº 8.666/93 (benefício em favor próprio da inexigibilidade de licitação), art. 1º, incisos I, II, III, IV e V, do Decreto-Lei nº 201-67 (crimes de responsabilidade), 203, *caput* (frustração de direito assegurado por lei trabalhista), 288 (formação de quadrilha ou bando), 299 (falsidade ideológica), com incidência nos arts. 30 (circunstâncias incomunicáveis) e 71 (crime continuado), todos do Código Penal.

## **2. Dos fatos mencionados na Denúncia.**

### **2.1. Do suporte fático inicial.**

Relatou o *parquet* que, por intermédio do Relatório Preliminar de Auditoria do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco relativo à Prefeitura Municipal de Pesqueira/PE, chegou ao conhecimento do Ministério Público Estadual que, no período de janeiro de 2002 a março de 2003, os acusados estariam envolvidos mediante associação criminosa com a finalidade de, reiteradamente, cometer crimes contra a Administração Pública e outros delitos, estando alguns deles à frente da administração da pessoa jurídica denominada CENTRO DE GERAÇÃO DE EMPREGO - CEGEPO, Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, conforme Portaria editada pelo Ministério da Justiça, em meados de 2001, e outros atuando em função da mesma, em atividades paralelas.

A qualificação da pessoa jurídica acima mencionada, na qualidade de entidade parceira da Administração Pública se deu em função da finalidade de interesse público concretizada na prestação de serviços voluntários na área de educação, saúde, entre outros, às pessoas jurídicas de direito público – ao todo cerca de 30 (trinta) municípios –, com os quais celebra os denominados “Termos de Parceria”, instrumentos de vínculo entre a iniciativa privada e o Poder Público.

Aduziu o MPE/PE que: “Em cumprimento ao Mandado de Busca e Apreensão concedido pela Autoridade Judicial, no Processo Criminal nº 3.403/06, obteve-se o acesso ao conteúdo de documentos referentes à parceria entre a OSCIP - Centro de Geração de Empregos - CEGEPO, representado pelo Sr. Erivaldo Saraiva Feitosa, e a Prefeitura de Itacuruba, representada pelo Sr. Romero

Magalhães Ledo, com vigência no período de junho a dezembro de 2005, para execução dos Programas Sentinela, Agente Cidadão, Educação Infantil, Saúde da Família, Saúde para Todos, Agentes Comunitários de Saúde, Educação de Jovens e Adultos, Erradicação do Trabalho Infantil, Agentes Jovens Egressos do PETI, Se Liga, Epidemiologia, Incentivo ao Desenvolvimento Agropecuário, Educação e Saúde e Educação e Arte”.

Com base na documentação apreendida, mais precisamente recibos, sustentou o MPE/PE que se verificou a efetivação de repasses de eventuais verbas federais por parte da Prefeitura Municipal de Itacuruba ao CEGEPO no montante de R\$ 895.419,60 (oitocentos e noventa e cinco mil, quatrocentos e dezenove reais e sessenta centavos), para aplicação em programas sociais, referente a diversos termos de parceria. Do referido montante total, teria ficado um valor correspondente a R\$ 514.131,18 (quinhentos e quatorze mil, cento e trinta e um reais e dezoito centavos) sem a devida comprovação de sua destinação, haja vista o encontro dos recibos do CEGEPO e os valores depositados nas contas correntes destinadas ao recebimento do numerário.

Prossegue a entidade denunciante que se constatou a indicação nos relatórios do CEGEPO que teriam sido aplicados ao todo o valor de R\$ 601.865,35 (seiscentos e um mil, oitocentos e sessenta e cinco reais e trinta e cinco centavos) – correspondente ao percentual de 69,68% (sessenta e nove vírgula sessenta e oito por cento) no reembolso de voluntários, evidenciando-se verdadeiro caráter remuneratório, mediante a condição de pagamento fixo e, em alguns casos, corresponderem exatamente ao valor do salário mínimo vigente, o que afrontaria o disposto na Lei nº 9.608/98, o que descaracterizaria a condição de voluntariado prevista no referido diploma legal.

Assim, defende que “restou patente que a administração municipal se valeu dessas ‘parcerias’, firmadas com o CEGEPO, basicamente, para se furtar aos limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal 101/200 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF), notadamente no que concerne aos gastos com pessoal previstos em seu art. 18, escudando-se, para tal, na legislação que trata do serviço voluntário. Tal constatação deve-se ao fato de que,

caso a municipalidade efetuasse a contratação desse pessoal, da forma correta, através de contratação temporária ou mediante a contratação de prestação de serviços, ou ainda, por meio de fiscalização de concurso público, em qualquer das hipóteses, tais gastos seriam considerados no cômputo de despesas com pessoal em relação ao total de suas receitas líquidas, conforme previsto no art. 19, inciso III, da LRF. No presente caso por se caracterizar como terceirização de mão-de-obra, a Prefeitura de Itacuruba deveria contabilizar essa despesa na rubrica “Outras Despesas de Pessoal” (art. 18, § 1º, da LRF) e considerá-la para cálculo de limite de gastos com pessoal, o que não ocorreu”.

No que tange a outra parte do valor que teria sido repassado pela administração pública municipal à OSCIP, correspondente ao percentual restante de 25,98% (vinte e cinco vírgula noventa e oito por cento) referente ao numerário de R\$ 224.400,00 (duzentos e vinte e quatro mil e quatrocentos reais), este foi indicado no relatório da entidade parceira como tendo sido utilizado no pagamento de serviços de pessoa física.

Sustenta-se, na peça acusatória, que inexistente qualquer documentação demonstrando a necessidade e o objeto de tais serviços, ou ao menos relatórios que comprovem a efetiva realização da prestação ou justificativa dos preços ou comprovação da qualificação dos profissionais contratados. Com base em tais premissas, o Denunciante conclui que tais gastos se prestaram basicamente para o comprometimento de recursos, de forma que não houvesse sobras, desobrigando, assim, o CEGEPO, a efetuar restituições à Prefeitura de Itacuruba, sendo essa uma forma de remuneração da instituição e conseqüentemente de seus dirigentes.

Informa, ainda, o MPE/PE que os relatórios apresentados não passam de meras peças contábeis/financeiras, pois tratam das metas e resultados de maneira evasiva sem trazer indicadores que demonstrem o efetivo impacto dos programas nas condições sociais da população atingida. Conclui, portanto, que o CEGEPO se beneficiou das parcerias para terceirizar mão-de-obra para efetuar contratação direta com o município de Itacuruba sem participar de licitação, em desacordo com a Lei nº 8.666/93.

Aduziu, por último, que “o CEGEPO expandiu suas atividades criminosas nos diversos municípios e obteve seus ganhos ilícitos através de Assessorias Contábeis, Jurídicas e Administrativas, com recibos de pessoas físicas e notas fiscais de pessoas jurídicas prestadoras desses serviços, as quais, pela impossibilidade de estarem presentes em diversos municípios simultaneamente, raramente prestavam os mesmos, fornecendo comprovantes gratuitos que serviam apenas para justificar supostos gastos realizados em prol dos termos de parcerias celebrados com as prefeituras municipais. De tão gritantes as irregularidades, terminaram por atrair a atenção do TCE”.

## **2.2. Do enquadramento das atividades imputadas a cada um dos Acusados.**

A materialidade das condutas criminosas é imputada pelo Denunciante a três células de atuações distintas e que estariam interligadas, que atuariam na manipulação de diversas pessoas físicas e jurídicas (SERVIL SERVIÇOS LTDA., APTA EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS LTDA., REALIZE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., OSASCO CONSTRUÇÕES LTDA., IDECI - INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO E CIDADANIA e MIXPREL - UNIÃO DE PROFISSIONAIS EMPREENDEDORES LTDA.), as quais usariam notas fiscais que efetivamente não correspondiam às compras ou contratações de serviços para os municípios (notas fiscais inidôneas ou notas fiscais frias), locupletando-se indevidamente de verbas públicas e supostamente ocultando e dissimulando a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, dos crimes de lesão ao patrimônio público.

A primeira célula identificada na peça acusatória é representada, segundo alegações do Denunciante, pelo Sr. ROMERO MAGALHÃES LEDO, Prefeito de Itacuruba, representando o Poder Público, que teria celebrado vários termos de parceria com a OSCIP - CEGEPO, que possui como presidente o denunciado ERIVALDO SARAIVA FEITOSA e como administradores ocultos (AMAU- RY DA SILVA PINTO, EDIRCE EUGÊNIA CORREIA PINTO e AMAU- RY DA SILVA PINTO JÚNIOR). Conclui o MPE/PE que a ligação destes últimos se evidencia em função de suas atuações nas em-

presas que orbitam em torno do CEGEPO, quais sejam, a SERVIL, APTA, REALIZE, OSASCO, IDECI, MIXPREL, bem como atua o próprio ERIVALDO SARAIVA FEITOSA, que também é sócio das empresas REALIZE, OSASCO e MIXPREL, que se beneficiariam das verbas públicas de forma fraudulenta.

A segunda célula de atuação nos crimes imputados na exordial, é identificado pelo *Parquet* como sendo supostamente formada pelos colaboradores e prestadores de serviço, comandada pelos investigados MARCÍLIO DE ALMEIDA GOMES, LUCÍLIO RODRIGUES DOS SANTOS, RODRIGO PEREIRA GUEDES, LUIZ GONZAGA PORTELA FARIAS, FILOGÔNIO ARAÚJO DE OLIVEIRA, RODRIGO FERNANDO SIQUEIRA MOURA DE MATOS, EDIRCE EUGÊNIA CORREIA PINTO, ARTUR MONTENEGRO DA SILVA REGO FILHO, ALBERTO FERNANDO MOURA DE MATOS, ANTÔNIO FERNANDO DA SILVA, OSÍRIS SABINO BORGES DO NASCIMENTO JÚNIOR, TÁCITO CORREIA PINTO, RODOLFO CESAR MOSTAERT LÓCIO, que manteriam as atividades criminosas mais intimamente relacionadas ao funcionamento do CEGEPO e ao recebimento simultâneo de pagamentos referentes aos serviços de Auditoria, Advocatícios, Contábeis, de Assessoria e Consultoria prestados em diversos Termos de Parcerias, supostamente realizados em vários Municípios do Estado de Pernambuco, entre os quais está o Município de Itacuruba.

A terceira e última célula de atuação, indicada pelo Denunciante, teria a participação dos acusados LUIZ GONZAGA PORTELA FARIAS, ERIVALDO SARAIVA FEITOSA, AMAURY DA SILVA PINTO e ARTUR MONTENEGRO DA SILVA REGO FILHO, que participariam de eventuais fraudes através de suas empresas SERVIL, APTA, REALIZE, OSASCO, IDECI e MIXPREL que atuam em torno do CEGEPO.

### **3. Das conclusões da denúncia.**

Por fim, o Ministério Público Estadual requereu que a presente denúncia fosse recebida e processada, até final condenação do Acusado ROMERO MAGALHÃES LEDO, em função da prática criminosa, ao desobedecer aos limites da LRF para despesas de pessoal e ainda favorecendo a circulação de dinheiro público entre os componentes das células criminosas, privando os supostos voluntários de seus direitos trabalhistas, bem como deixando de



realizar procedimento licitatório, inexistindo-o fora dos casos previstos na Lei 8.666/90. Pugna-se, ao final, pela sua condenação nas penas referentes aos crimes previstos no art. 1º, incisos I, II, III, IV e V, do Decreto-Lei nº 201-67 (**crimes de responsabilidade**), art. 89 da Lei nº 8.666/93 (**inexistência de licitação**) e arts. 288 (**formação de quadrilha ou bando**), 203 (**frustração de direito assegurado por lei trabalhista**), *caput*, com incidência nos arts. 61, II, *g* (**circunstância agravante – prática criminosa com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão**), 69 (**concurso material**) e 71 (**crime continuado**), todos do Código Penal.

Em relação ao Acusado ERIVALDO SARAIVA FEITOSA, na qualidade de presidente do CEGEPO, teria ele concorrido e se beneficiado da conduta ilegal do primeiro denunciado, que inexigiu licitação fora dos casos previstos no art. 25 da Lei nº 8.666/93, vez que teria assinado termos de parceria que não corresponderam às contratações de serviços para os municípios pernambucanos, dentre os quais, o de Itacuruba, sendo também sócio das empresas REALIZE, OSASCO e MIXPREL, que forneceriam recibos para justificar as supostas despesas realizadas na execução dos Termos de Parceria entre o CEGEPO, na qualidade de OSCIP, e a administração municipal de Itacuruba, servindo para dar uma aparência de legalidade ao desvio de verbas públicas.

AMAURY DA SILVA PINTO foi indicado pelo Denunciante como administrador oculto do CEGEPO, a quem seriam atribuídas atividades de cunho eminentemente decisório na administração da referida entidade, bem como se utilizando das dependências da OSCIP como comitê político de sua candidatura a Deputado Estadual. AMAURY DA SILVA PINTO JUNIOR e EDIRCE EUGÊNIA CORREIA PINTO, respectivamente, filho e esposa daquele, com o qual agiram em unidade de desígnios, também se qualificariam como administradores ocultos, vez que, apesar de não constarem no quadro do CEGEPO, teriam sido verdadeiros mentores intelectuais, participantes e beneficiários das fraudes promovidas, ao assinarem recibos que não corresponderiam às contratações de serviços para os municípios, recebendo supostamente de forma simultânea pela prestação de serviços de Consultoria de vários programas sociais.

Aos Acusados ARTUR MONTENEGRO DA SILVA REGO FILHO e ALBERTO FERNANDO MOURA DE MATOS foram imputadas as condutas criminosas, em função de serem supostamente beneficiários das fraudes, ao receberem grandes quantidades de dinheiro de diversas prefeituras pela prestação de serviços supostamente realizados nos Termos de Parcerias firmados pelo CEGEPO e assinando recibos que não corresponderiam às contratações de serviços para as referidas entidades da administração pública.

Em relação aos Acusados ERIVALDO SARAIVA FEITOSA, AMAURY DA SILVA PINTO, AMAURY DA SILVA PINTO JÚNIOR, EDIRCE EUGENIA CORREIA PINTO, ARTUR MONTENEGRO DA SILVA REGO FILHO e ALBERTO FERNANDO MOURA DE MATOS, requereu o Ministério Público Estadual pela condenação nas práticas criminosas previstas no art. 1º, incisos I, II, III, IV e V, do Decreto-Lei nº 201-67 (**crimes de responsabilidade**), parágrafo único do art. 89 da Lei nº 8.666/93 (**benefício em favor próprio da inexigibilidade de licitação**) e arts. 203, *caput* (**frustração de direito assegurado por lei trabalhista**), 288 (**formação de quadrilha ou bando**), 299 (**falsidade ideológica**), 312 (**peculato**) e 317 (**corrupção passiva**), c/c os arts. 29 (**concurso de pessoas**), 30 (**circunstâncias incommunicáveis**), 69 (**concurso material**) e 71 (**crime continuado**), todos do Código Penal.

MARCÍLIO ALMEIDA GOMES foi indicado como sendo Auditor independente responsável pela auditoria externa no CEGEPO, como supostamente participante e beneficiário das fraudes promovidas pelo grupo criminoso, em função de eventual assinatura de recibos que não corresponderiam às contratações de serviços para os municípios, recebendo simultaneamente pela prestação desses serviços de Consultoria de Programas Sociais.

Os acusados LUCÍLIO RODRIGUES DOS SANTOS e RODRIGO PEREIRA GUEDES, na qualidade de Advogados do CEGEPO, também seriam participantes e beneficiários das fraudes promovidas pela quadrilha, dando suporte jurídico às empreitadas da organização criminosa, assinando recibos que não corresponderiam às contratações de serviços para os municípios, recebendo supostamente pela prestação de Assessoria Jurídica e Servi-

ços Advocatícios em vários programas, além de serem responsáveis pelas defesas apresentadas pelo CEGEPO contra as reclamações trabalhistas dos supostos prestadores de serviços voluntários.

Os acusados LUIZ GONZAGA PORTELA FARIAS, FILOGÔNIO ARAÚJO DE OLIVEIRA, RODRIGO FERNANDO SIQUEIRA MOURA DE MATOS e EDIRCE EUGÊNIA CORREIA PINTO, na qualidade de contadores e tesoureiros do CEGEPO, participariam da investida criminoso ao assinarem recibos que não corresponderiam às contratações de serviços de assessoria contábil para os municípios, recebendo pelas prestações respectivas, sendo supostamente responsáveis por toda contabilidade do CEGEPO e encarregados de produzir recibos e notas fiscais (indicadas pelo MPE/PE como inidôneas e frias) para justificar supostas despesas realizadas nos programas.

Em relação aos Acusados ANTONIO FERNANDO DA SILVA, OSIRIS SABINO BORGES DO NASCIMENTO JÚNIOR, juntamente com ARTUR e ALBERTO, anteriormente mencionados, na qualidade de sócios do CEGEPO, bem como com TÁCITO CORREIA PINTO e RODOLFO CÉSAR MOSTAERT LÓCIO teriam assinado recibos que não corresponderiam às contratações e supostamente recebendo pela prestação de serviços de Consultoria a vários programas sociais.

Sustentou o MPE/PE que o CEGEPO teria como administradores ocultos AMAURY DA SILVA PINTO, ALBERTO SARAIVA FEITOSA, ALBERTO FERNANDO MOURA DE MATOS, ARTUR MONTENEGRO DA SILVA REGO FILHO e RODRIGO FERNANDO SIQUEIRA MOURA DE MATOS, os quais poderiam supostamente acessar as contas centralizadoras do Banco do Brasil e da Caixa Econômica Federal no Janga, que também eram administradas pelo presidente do CEGEPO, ERIVALDO SARAIVA FEITOSA.

Evidenciou-se, na peça acusatória, ainda, que teria se dado a constituição de empresas que “gravitavam” em torno do CEGEPO, fornecedoras de notas fiscais necessárias para o fechamento da contabilidade dos Termos de Parcerias, dentre as quais, destaca o *Parquet*, a MIXPREL, constituída em dezembro de 2001, pelos Acusados LUIZ GONZAGA (Presidente), ERIVALDO, AMAU-

RY, ARTUR e OSASCO CONSTRUÇÕES, constituída em novembro de 2002, figurando como sócios ARTUR e ERIVALDO.

Na peça acusatória, requereu-se, por fim, a condenação dos acusados LUIZ GONZAGA PORTELA FARIAS, FILOGÔNIO ARAÚJO DE OLIVEIRA, RODRIGO FERNANDO SIQUEIRA MOURA DE MATOS, ANTÔNIO FERNANDO DA SILVA e OSÍRIS SABINO BORGES DO NASCIMENTO JÚNIOR, MARCÍLIO DE ALMEIDA GOMES, LUCÍLIO RODRIGUES DOS SANTOS, RODRIGO PEREIRA GUEDES, TÁCITO CORREIA PINTO e RODOLFO CÉSAR MOSTAERT LÓCIO, em função da suposta prática criminosa prevista no parágrafo único do art. 89 da Lei nº 8.666/93 (**benefício em favor próprio da inexigibilidade de licitação**), art. 1º, incisos I, II, III, IV e V, do Decreto-Lei nº 201-67 (**crimes de responsabilidade**), 203, *caput* (**frustração de direito assegurado por lei trabalhista**), 288 (**formação de quadrilha ou bando**), 299 (**falsidade ideológica**), com incidência nos arts. 30 (**circunstâncias incomunicáveis**) e 71 (**crime continuado**) todos do Código Penal.

#### 4. Das Defesas Preliminares.

A denúncia foi apresentada inicialmente no Tribunal de Justiça de Pernambuco, tendo sido distribuído para o Exmo. Desembargador Relator Antonio de Melo e Lima, que determinou a notificação dos Acusados para oferecerem resposta escrita.

##### 4.1. Lucílio Rodrigues dos Santos.

Às fls. 538/577, o Sr. Lucílio apresentou resposta à notificação aduzindo o seguinte: a) ter prestado consultoria jurídica ao CEGEPO, na qualidade de advogado, tendo sido remunerado em face da prestação dos serviços prestados; b) o CEGEPO não foi constituído com o objetivo de prestar serviços voluntários, vez que a referida prestação se consubstancia apenas como umas das finalidades possíveis a uma organização da sociedade civil de interesse público; c) houve prestação de serviço de consultoria jurídica por parte do notificado ao CEGEPO, para atuações em procedimentos no Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco e na Justiça Laboral, inexistindo qualquer vínculo com os Termos de Parceria ou outros Municípios, formalizados pela referida entida-

de, na qualidade de OSCIP; d) desconhecer a apontada transferência de recursos entre contas correntes do CEGEPO, não tendo contribuído para qualquer tipo de fraude, vez que ante a prestação dos serviços de assessoria jurídica se valeu da contraprestação que lhe era devida; e) inexistir qualquer impropriedade no recebimento dos valores devidos através de outros moldes de pagamento, além do cheque nominal, não se perfazendo a remuneração recebida como beneficiamento de fraudes.

**4.2. Rodrigo Pereira Guedes. Tácito Correia Pinto. Edirce Eugênia Correia Pinto. Rodolfo César Mostaert Lócio. Marcílio de Almeida Gomes.**

Os denunciados ofertaram defesas preliminares, às fls. 587/606, 749/762, 765/777, 899/911 e 1063/1076, respectivamente, alegando, em síntese: a) impossibilidade da investigação criminal por parte do Ministério Público, haja vista entendimento do STF no HC nº 84548; b) não preenchimento das disposições do art. 41 do CPP, haja vista a ausência de exposição clara e precisa de um fato criminoso com todas as circunstâncias inerentes; c) afronta ao art. 43 do CPP, por não ter sido narrado fato criminoso e ilegitimidade da parte; d) ter sido indigitada a tipificação do Ministério, mediante verdadeiro desvirtuamento da realidade dos fatos da própria peça delatória.

**4.3. Osiris Sabino Borges do Nascimento. Artur Montenegro da Silva Rego Filho. Luiz Gonzaga Portela Farias.**

Os investigados alegaram em suas razões, às fls. 608/622, 625/640 e 668/683, respectivamente: a) impossibilidade da investigação criminal por parte do Ministério Público; b) indigitada denúncia, em função do relatório preliminar de auditoria do TCE/PE não ter sido submetido ao Pleno; c) ser devida a Taxa de Administração, correspondente ao percentual de 20%; d) a CEGEPO, qualificada como OSCIP, possui o poder de decidir como serão gastos os valores transferidos a título de Taxa de Administração; e) a Lei nº 10.637/2002 trata da isenção fiscal da Oscip, não sendo devida a arguição do *Parquet* acerca do pagamento do Imposto de Renda; f) legalidade do serviço voluntário; g) falta de individualização da suposta ação criminosa.

#### **4.4. Antônio Fernando da Silva.**

Às fls. 643/666, constam as seguintes alegações: a) impossibilidade da investigação criminal por parte do Ministério Público; b) indigitada denúncia, em função do relatório preliminar de auditoria do TCE/PE não ter sido submetido ao Pleno; c) ser devida a Taxa de Administração, correspondente ao percentual de 20%; d) a CEGEPO, qualificada como OSCIP, possui o poder de decidir como serão gastos os valores transferidos a título de Taxa de Administração; e) a Lei nº 10.637/2002 trata da isenção fiscal da OSCIP, não sendo devida a argüição do *Parquet* acerca do pagamento do Imposto de Renda; f) legalidade do serviço voluntário; g) falta de individualização da suposta ação criminosa; h) afronta ao art. 43 do CPP, por não ter sido narrado fato criminoso e ilegitimidade da parte; i) ter sido indigitada a tipificação do Ministério, mediante verdadeiro desvirtuamento da realidade dos fatos da própria peça delatória.

#### **4.5. Amaury da Silva Pinto. Erivaldo Saraiva Feitosa. Amaury da Silva Pinto Júnior.**

Os imputados defenderam-se preambularmente, às fls. 695/746, 835/897 e 1079/1116, sob os seguintes argumentos, em síntese: a) impossibilidade da investigação criminal por parte do Ministério Público; b) em relação ao pagamento aos voluntários que não faziam jus em função de supostamente não terem realizado os trabalhos referentes aos termos de parceria firmados com diversos municípios, houve desobediência ao art. 41 do CPP, vez que inexistente descrição de circunstância da suposta atividade criminosa; c) inexistir burla mediante a contratação de trabalho voluntário, cuja remuneração no caso dos autos se efetivou em valor abaixo daquele estipulado pelo TJPE; d) ser necessária a pré-fixação da remuneração do trabalho voluntário, como sendo indenização pela efetiva prestação do serviço, vez que a contabilidade de custos é bastante complexa; e) legalidade da cobrança da Taxa de Administração, devido à previsão contratual, conforme entendimento consolidado pelo TCE/PE, fundamentado em parecer do Ministério Público daquela Corte; f) todos os que assinaram os recibos efetivamente receberam valores neles descritos, tendo apresentado os trabalhos correspondentes; g) a intermediação de mão de obra é fato atípico; h) inexistente a burla à Lei de Responsabilidade

Fiscal, vez que a CEGEPO não detém o poder de determinar o modo pelo qual a despesa será escriturada na contabilidade do município; i) inexistir burla ao princípio constitucional do concurso público, haja vista a contratação para a prestação de serviços para a área meio, não existindo previsão no quadro do pessoal, não cabendo à CEGEPO nenhum poder de decisão neste sentido, mas apenas à Administração; j) ausência de desrespeito ao princípio constitucional de licitação, em função da caracterização de hipótese fática que autoriza a dispensa formalizada pela edilidade para escolha da instituição para firmar termo de parceria; l) inexistência de desvio de verbas públicas, eis que o TCE/PE nunca imputou débito a esta OSCIP; m) a Lei nº 10.637/2002 trata da isenção fiscal da OSCIP, não sendo devida a argüição do *Parquet* acerca do pagamento do Imposto de Renda; n) indigitada denúncia, em função do relatório preliminar de auditoria do TCE/PE não ter sido submetido ao Pleno; o) a CEGEPO, qualificada como OSCIP, possui o poder de decidir como serão gastos os valores transferidos a título de Taxa de Administração; p) legalidade do serviço voluntário; q) falta de individualização da suposta ação criminoso; r) afronta ao art. 43 do CPP, por não ter sido narrado fato criminoso e ilegitimidade da parte; s) ter sido indigitada a tipificação do Ministério, mediante verdadeiro desvirtuamento da realidade dos fatos da própria peça delatória.

#### **4.6. Filogônio Araújo de Oliveira. Rodrigo Fernando Siqueira de Moura. Alberto Fernando Moura de Matos.**

Alegam em defesa proemial, às fls. 695/746, 913/967 e 963/988, respectivamente: a) impossibilidade de recebimento da denúncia ante a ausência de individualização de conduta possivelmente imputada contra si; b) o denunciado está sendo denunciado por fatos ocorridos no ano de 2006, tendo se afastado desde o ano de 2005; c) impossibilidade de reconhecimento de responsabilidade penal por ato de outrem; d) as acusações contra o defendente se referem a tipos penais exclusivos da responsabilidade do Prefeito Municipal, conforme art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67.

#### **4.7. Romero Magalhães Lêdo.**

O denunciado, em epígrafe, em suas razões preparatórias, às fls. 1219/1226 suscitou: a) preliminarmente, ilegitimidade do Minis-

tério Público para proceder investigação criminal, sendo devido o arquivamento da denúncia sob pena de nulidade processual por não estar a denúncia precedida de investigação policial; b) ter sido legal o procedimento de escolha da OSCIP na Administração do Município de Itacuruba/PE, haja vista a obediência aos ditames da Lei nº 9.709/99, tendo a CEGEPO sido vencedora do processo seletivo e apresentado todos os documentos exigíveis; c) que foram repassados todos os valores devidos à CEGEPO, totalizando R\$ 914.037,26 (novecentos e quatorze mil, trinta e sete reais e vinte e seis centavos), remetendo-se à planilha anexada e cópias dos respectivos empenhos e comprovantes de depósitos; d) na qualidade de administrador municipal, teve suas contas devidamente aprovadas pelo órgão competente para fazê-lo, devendo ser atribuídos os erros encontrados praticados à CEGEPO, sendo desta última e seus administradores as responsabilidades civis e penais que se fizerem necessárias; e) ser indevida a atribuição da chefia da primeira célula, ante a ausência de demonstração de qualquer ligação deste com qualquer outro denunciado; f) ausência dos requisitos previstos no art. 41 do CPP; g) os termos de parceria foram firmados amparados na lei do voluntariado, sendo a relação entre os voluntários e a OSCIP uma questão *interna corporis*; h) frustração da denúncia ao art. 288 do CPP. Documentos às fls. 1227/1362.

Constam nos autos as folhas de antecedentes dos investigados, às fls. 1020/1040.

O Ministério Público Estadual de Pernambuco, instado a se manifestar, ofertou parecer às fls. 1381/1391, arguindo a incompetência da Justiça Estadual para processar e julgar o feito, em função da suposta execução dos termos de parceria firmados com a CEGEPO com a utilização de verbas federais repassadas aos Municípios, pelos Ministérios da Educação e Saúde, sendo devida a aplicação da Súmula 208 do STJ: “*Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal.*”

Recebidos os presentes autos nesta egrégia Corte, o Ministério Público Federal se manifestou, à fl. 1421, limitando-se a ratificar a denúncia oferecida pelo *Parquet* estadual, requerendo a in-



clusão do feito em pauta para decisão acerca do recebimento da inicial acusatória.

Consta às fls. 1422/1423 um ofício da Procuradoria da República, encaminhando o procedimento administrativo e requerendo o apensamento ao presente inquérito.

É o relatório.

## **VOTO**

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

Trata-se de Denúncia ofertada originariamente pelo Ministério Público do Estado de Pernambuco - MPE/PE, ratificada pelo Ministério Público Federal, quando encaminhado o processo a este Tribunal, em desfavor de ROMERO MAGALHÃES LEDO (Prefeito do Município de Itacuruba/PE), ERIVALDO SARAIVA FEITOSA, AMAURY DA SILVA PINTO, AMAURY DA SILVA PINTO JÚNIOR, MARCÍLIO DE ALMEIDA GOMES, LUCÍLIO RODRIGUES DOS SANTOS, RODRIGO PEREIRA GUEDES, LUIZ GONZAGA PORTELA FARIAS, FILOGÔNIO ARAÚJO DE OLIVEIRA, RODRIGO FERNANDO SIQUEIRA MOURA DE MATOS, EDIRCE EUGÊNIA CORREIA PINTO, ARTUR MONTENEGRO DA SILVA REGO FILHO, ALBERTO FERNANDO MOURA DE MATOS, ANTÔNIO FERNANDO DA SILVA, OSÍRIS SABINO BORGES DO NASCIMENTO JÚNIOR, TÁCITO CORREIA PINTO, RODOLFO CÉSAR MOS- TAERT LÓCIO.

O fundamento principal para a oferta da presente peça acusatória foi um Relatório Preliminar de Auditoria do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco relativo à Prefeitura Municipal de Pesqueira/PE, que chegou ao conhecimento do Ministério Público Estadual, informando que, no período de janeiro de 2002 a março de 2003, os acusados estariam envolvidos mediante associação criminosa com a finalidade de, reiteradamente, cometer crimes contra a Administração Pública e outros delitos, estando alguns deles à frente da administração da pessoa jurídica denominada CENTRO DE GERAÇÃO DE EMPREGO - CEGEPO, Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, conforme Portaria editada pelo Ministério da Justiça em meados de 2001, e outros atuando em função da mesma, em atividades paralelas.

## 1. Da desnecessidade de inclusão em pauta.

Inicialmente, cumpre destacar que a apresentação de questão de ordem, conforme previsão regimental (art. 69, inciso II, do Regimento Interno do TRF-5ª Região), independe de prévia inclusão em pauta, tratando-se o presente incidente exatamente sobre o processamento do feito, de acordo com a previsão contida na norma invocada.

Nesse sentido, já entendeu esta Corte:

QUESTÃO DE ORDEM. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO ANTERIOR. NOVO PRONUNCIAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA EM AÇÃO COLETIVA. ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS REFERENTES À FASE EXECUTÓRIA DO JULGADO, APÓS PROMOÇÃO DO ATO CITATÓRIO. PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA.

- Questão de ordem suscitada e acolhida para anular o julgamento do agravo regimental realizado no dia 29 (vinte e nove) de janeiro do corrente, pois fora juntado o recurso pertinente a outro feito, equívoco ora sanado. **Incidente a prescindir a sua inclusão em pauta futura, podendo de logo ser apreciado.**

- Caso em que foi requerida, na petição que deu início à execução da sentença, a citação do devedor para arcar com a eventual verba advocatícia sucumbencial pertinente a essa fase processual, mas esse pleito passou despercebido, não integrando o ato citatório.

- O direito do advogado em ver fixada a obrigação para o devedor de arcar com o ônus sucumbencial pertinente à fase de execução da sentença não se encontra precluso, pois não fora objeto de denegação expressa ou implícita, nem é incompatível logicamente com o início das medidas voltadas para a satisfação da obrigação principal em benefício dos autores/exequentes, tampouco havendo preclusão *pro judicato* para a apreciação desse pleito.

- Os honorários sucumbenciais da execução são devidos, independentemente de a sentença dos embargos à execução ter afastado a condenação por sucumbência recíproca, ao reconhecer um excesso na cobrança do principal, face aos trabalhos do advogado para cobrar o remanescente. Questão de ordem acolhida para anular o julga-

mento anterior. Agravo regimental desprovido.  
(QUOAG 20080500090581201, Desembargador Federal  
Cesar Carvalho, TRF5 - Primeira Turma, 29/05/2009).

## **2. Da possibilidade do Incidente.**

De acordo com o inciso IV do art. 28 do Regimento Interno deste Tribunal Regional Federal da 5ª Região, figura dentre as atribuições do Relator a possibilidade de suscitar questão de ordem ao Plenário, nos seguintes termos:

Art. 28. Ao Relator incumbe:

(...)

**IV - submeter ao Plenário ou à Turma, ou aos respectivos Presidentes, conforme a competência, questões de ordem para o bom andamento dos feitos;**

(...)

## **3. Do fundamento da Questão de Ordem.**

De acordo com o art. 80 do Código de Processo Penal, facultase ao julgador a separação das ações criminais, nas seguintes circunstâncias:

Art. 80. Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação.

Evidencia-se, portanto, a possibilidade de desmembramento do processo criminal, sugerido pelo próprio legislador, quando no trâmite processual se depare com excessivo número de acusados, como medida a viabilizar a própria instrução no processo penal.

Na específica hipótese dos autos, demonstra-se suporte fático a autorizar a aplicação do referido dispositivo legal, haja vista se tratar de demanda, onde constam dezessete indiciados, dentre os quais apenas um deles detém prerrogativa de foro, no caso o Prefeito de Itacuruba, Romero Magalhães Ledo.

Trata-se de processo volumoso, onde constam todas as respostas de todos os indiciados e reclama a análise pormenorizada

das defesas preliminares, o que reclamaria excessivo lapso temporal para análise e respectivo julgamento, bem como instrução processual prolongada, haja vista a necessária produção de provas em favor de cada um dos envolvidos.

A complexidade da causa envolve igualmente a própria descrição das condutas delitivas, cada uma das quais divididas em células de atuação, na própria peça acusatória, o que demonstra, inclusive, a possibilidade de apreciação das condutas delitivas de forma apartada, o que não impediria o referido desmembramento.

O respeito ao regular trâmite do processo judicial, durante lapso temporal razoável e através de andamento processual célere e condizente com o interesse da sociedade – especialmente nas ações criminais, que envolvem eventual dano ao erário – é medida que se impõe em favor da atuação do Poder Judiciário proeficiente em prol do próprio interesse público.

Como bem assentado, pelo Exmo. Desembargador Federal, MARCELO NAVARRO, nos autos do incidente no Inquérito 1621, cujo voto foi acolhido pelo Plenário desta egrégia Corte, autorizando-se o desmembramento daquele processo, “*o risco de desgaste do Judiciário manifesta-se com mais veemência com a cobrança crescente de uma resposta à sociedade (...) a cisão do processo beneficiará os próprios réus, que, assim, na instrução penal, poderão exercitar suas defesas o mais precisamente possível*”.

Esse posicionamento a favor do desmembramento nas ações criminais, vem se consolidando em nossas Cortes Superiores, conforme se verifica nos julgados abaixo transcritos:

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

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

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

III - Agravos não providos.

(AP-AgR 336, CARLOS VELLOSO, STF). Grifo nosso.

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO DE DESMEMBRAMENTO DO PROCESSO. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. ART. 80, CPP. IMPROVIMENTO.

1. Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática que determinou a separação do processo relativamente aos demais acusados, mantendo apenas em relação ao parlamentar que tem prerrogativa de foro.

2. O art. 129, I, da Constituição da República, atribui ao Ministério Público, com exclusividade, a função de promover a ação penal pública (incondicionada ou condicionada à representação ou requisição) e, para tanto, é necessária a formação da *opinio delicti*. Como já pontuou o Min. Celso de Mello, “a formação da *opinio delicti* compete, exclusivamente, ao Ministério Público, em cujas funções institucionais se insere, por consciente opção do legislador constituinte, o próprio monopólio da ação penal pública (CF, art. 129, I). Dessa posição de autonomia jurídica do Ministério Público, resulta a possibilidade, plena, de, até mesmo, não oferecer a própria denúncia” (HC 68.242/DF, 1ª Turma, DJ 15.03.1991). Apenas o órgão de atuação do Ministério Público detém a *opinio delicti* a partir da qual é possível, ou não, instrumentalizar a persecução criminal (Inq-QO 2.341/MT, rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ 17.08.2007).

3. **Esta Corte vem se orientando no sentido de admitir a separação do processo com base na conveniência da instrução e na racionalização dos trabalhos** (AP-AgR 336, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 10.12.2004; AP 351, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17.09.2004).

4. No caso em questão, a razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII) não vinha sendo atendida, sendo que as condutas dos 8 (oito) acusados foram especificadas na narração contida na denúncia.

5. Relativamente à imputação sobre possível crime de quadrilha, esta Corte já decidiu que há “a possibilidade de separação dos processos quando conveniente à instrução penal, (...) também em relação aos crimes de quadrilha ou bando (art. 288, do Código Penal)” (AP-AgR nº 336/TO, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 10.12.2004).

6. Agravo regimental improvido.  
(Inq-AgR 2527, ELLEN GRACIE, STF). Grifo nosso.

QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. PROCESSUAL PENAL. ART. 80 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA *RATIONE PERSONAE* DESTA CORTE FIRMADA APENAS EM RELAÇÃO A UM DOS DENUNCIADOS. POSSIBILIDADE, NECESSIDADE E UTILIDADE DE DESMEMBRAMENTO DO FEITO.

1. Ostenta esta Corte precedentes, embasado em decisões do STF, ordenando o desmembramento do processo quando, pelo número excessivo de denunciados seria sacrificada a instrução. É o que ocorre na hipótese dos autos em que há 27 (vinte e sete) denunciados, sem que haja unidade de participação entre todos eles.

**2. A manutenção da unidade do processo mostra-se contraproducente e contrária ao princípio constitucional da duração razoável do processo, dando azo à verificação da prescrição da pretensão punitiva e à inefetividade da *persecutio criminis in iudicio*.**

**3. Nos termos do art. 80 do Código de Processo Penal, o desmembramento da ação penal é facultativo e justificado quando o órgão judicial reconhece motivo relevante, consistente, na espécie, no fato de que apenas um dos réus tem foro por prerrogativa de função nesta Corte.**

4. Questão de ordem resolvida no sentido de desmembrar a presente ação penal, extraindo-se cópia integral dos autos para serem encaminhados à 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado da Bahia (Juízo constitucionalmente competente para processar e julgar os delitos supostamente praticados em sua área de jurisdição, nos termos do art. 109, IV, da Constituição da República de 1988) para que prossiga no processamento do feito em relação aos crimes praticados por cada um dos acusados sem participação do Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado da Bahia, mantendo-se o feito nesta instância apenas em relação aos delitos praticados pelos denunciados nos eventos denominados “A. H. C. N.” e “LICITAÇÃO CODEBA - na parte deste tópico em que se imputa a prática de delito ao detentor de foro privilegiado”.

(APN 200702970501, ELIANA CALMON, STJ - CORTE ESPECIAL, 28/06/2010). Grifo nosso.

O referido posicionamento não afronta o disposto na Súmula 704 do STF (*Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados*), haja vista que o desmembramento da ação criminal se autoriza em função de questões atinentes à conveniência da instrução processual penal, sendo que a pluralidade subjetiva não impede a aplicação da previsão legislativa, que não encontra ressalvas conforme previsto no art. 80 do CPP.

#### **4. Do suporte fático.**

A denúncia relata a prática criminosa por um grupo de envolvidos, que atuariam em três células de atuações distintas e que estariam interligadas, executada a manipulação de diversas pessoas físicas e jurídicas (SERVIL SERVIÇOS LTDA., APTA EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS LTDA., REALIZE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., OSASCO CONSTRUÇÕES LTDA., IDECI - INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO E CIDADANIA e MIX-PREL - UNIÃO DE PROFISSIONAIS EMPREENDEDORES LTDA.), as quais usariam notas fiscais que efetivamente não correspondiam às compras ou contratações de serviços para os municípios (notas fiscais inidôneas ou notas fiscais frias), locupletando-se indevidamente de verbas públicas e supostamente ocultando e dissimulando a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, dos crimes de lesão ao patrimônio público.

Das células especificadas na peça acusatória, restringe-se o interesse nos autos do presente inquérito àquela da qual participaria o prefeito de Itacuruba/PE, vez que na qualidade de agente político detém o foro por prerrogativa de função, fixando-se em seu favor, apenas, a competência deste egrégio colegiado.

O foro privilegiado do Prefeito encontra guarida constitucional, haja vista a previsão contida no art. 29, inciso X, da Carta Magna, que assim preceitua:

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal,

que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

(...)

X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça; (Inciso renumerado pela Emenda Constitucional nº 01/92).

Em função da declaração de inconstitucionalidade *ex tunc* dos parágrafos 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, a qual estabelecia a permanência do foro privilegiado para ex-autoridades, deve-se atentar para a qualificação atual do agente como prefeito, a fim de se conceder o foro privilegiado, não sendo este último possível de verificação após o término do mandato, por exemplo.

Evidenciando-se, portanto, a atual condição de Prefeito de Romero Magalhães Ledo, bem como o suscitado interesse da União, haja vista o eventual desvio de verbas federais repassadas para a execução de programas sociais, fixa-se a competência do órgão colegiado federal.

Desta feita, almejando, como adrede mencionado, a efetividade da atuação jurisdicional, de um lado, e próprio interesse dos acusados que poderão exercer o direito de ampla defesa eficientemente, de outro, há de prosseguir nesta Corte o presente Inquérito apenas em relação a Romero Magalhães Ledo, Prefeito do Município de Itacuruba/PE.

## **5. Dispositivo.**

Ante o exposto, resolvo a presente questão de ordem, determinando:

A) o desmembramento do presente procedimento investigatório em dois Inquéritos remanescentes;

B) o prosseguimento do Inquérito apenas em relação a ROMERO MAGALHÃES LEDO, haja vista a sua prerrogativa de foro por ostentar a qualificação de agente político;

C) a remessa do outro Inquérito, integrado pelos demais indicados, à Seção Judiciária da Justiça Federal de Pernambuco, onde será livremente distribuído o feito para uma das varas especializadas em Direito Penal.



Deverá ser procedido o referido desmembramento mediante a extração das cópias necessárias, devendo retornar os autos conclusos.

É como voto.

## INQUÉRITO Nº 1.621-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO  
Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Indic./Invdo.: CLAUDIANO FERREIRA MARTINS  
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ AUGUSTO BRANCO E OUTRO

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. ARTS. 41 E 395 DO CPP. DESVIOS DE VERBAS FEDERAIS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. CRIMES DOS ART. 91 E 93 DA LEI DE LICITAÇÕES. PRESCRIÇÃO. DELITOS DOS ARTS. 288 E 317 DO CP; DO ART. 1º, I, DO DL Nº 201/67 E DO ART. 90 DA LEI Nº 8.666/93. TIPICIDADE APARENTE. ABSORÇÃO DO INCISO III DO ART. 1º DO DL Nº 201/67 PELO INCISO I DA MESMA NORMA. CONSUNÇÃO DOS CRIMES NA LICITAÇÃO PELOS DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITOS. INAPLICABILIDADE. RECEBIMENTO PARCIAL DA DENÚNCIA.**

**- A denúncia descreve desvios de recursos provenientes de verbas oriundas de fundos e programas do governo federal, que não se incorporam ao patrimônio dos municípios porque têm destinação específica e, por essa razão, mantêm as características de verbas federais, sujeitas à fiscalização do TCU. Competência da Justiça Federal (Súmula 208 do STJ).**

**- Insubsistência da alegação de cerceamento de**

*defesa, pois foi garantido aos advogados do denunciado, ainda na fase inquisitória, o acesso aos autos, inclusive para extração de cópias dos documentos e mídias coligidos na investigação policial.*

*- As interceptações telefônicas realizadas na fase inquisitorial, sem a ouvida prévia dos envolvidos, não ferem a regra do contraditório, pois as provas obtidas mediante tais procedimentos serão oportunamente submetidas ao crivo da defesa, antes que sejam definitivamente consideradas pelo Judiciário.*

*- Prescrição dos crimes tipificados nos arts. 91 e 93 da Lei nº 8.666/93.*

*- A denúncia expõe indícios de que teria havido a articulação permanente e estável do acusado com prefeitos, secretários e servidores de municípios do Agreste pernambucano, além de terceiros por eles cooptados, entre 2001 e 2005, para a possível prática de expedientes fraudulentos visando à apropriação e ao desvio de verbas públicas federais, em detrimento das destinações legais de tais recursos, em proveito do acusado e de terceiros, com grave prejuízo ao Erário, não sendo o caso de descartar, de plano, a configuração de uma quadrilha, também sendo possível vislumbrar, em princípio, a adequação típica no inciso I do art. 1º do DL nº 201/67.*

*- A denúncia e os indícios nela referidos dão conta de possíveis fraudes lesivas aos cofres públicos, realizadas em licitações abertas durante o mandato do acusado como Prefeito de Itaíba, com a participação deste. Plausibilidade do enquadramento na tipificação do art. 90 da Lei nº 8.666/93.*

*- Não há falar, ao menos na fase embrionária da perseguição penal, em duplicidade na imputação concomitante dos crimes de responsabilidade de prefeitos e de fraude do caráter competitivo da*

**licitação. Precedente do STJ.**

**- Estampada na inicial uma narrativa coerente de condutas aparentemente típicas, relacionadas com elementos indiciários existentes nos autos, de modo a fundamentar a opinio delicti e permitir ao denunciado o exercício da ampla defesa, sem denotar, à primeira vista, a pretensão de responsabilizá-lo penalmente pelo simples fato de ocupar cargo político ou manter amizade com os demais envolvidos no suposto esquema delituoso.**

**- Preliminares rejeitadas e denúncia em parte recebida para instaurar ação penal quanto aos fatos relacionados aos delitos do art. 288 do CP, art. 1º, inciso I, do DL nº 201/67 e art. 90 da Lei nº 8.666/93. Extinção da punibilidade quanto aos delitos dos arts. 91 e 93 da Lei nº 8.666/93.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar as preliminares, receber em parte a denúncia e declarar extinta a punibilidade quanto aos delitos dos arts. 91 e 93 da Lei nº 8.666/93, nos termos do voto do Relator.

Recife, 12 de janeiro de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ofereceu a denúncia de fls. 4-A/160-A contra o Deputado Estadual CLAUDIANO FERREIRA MARTINS, ex-Prefeito de Itaíba/PE, indicando-o como incurso nas seguintes sanções: quadrilha ou bando (art. 288 do CP), crimes de responsabilidade de prefeitos (art. 1º, I e III, do Decreto-Lei nº 201/67) e crimes em licitações (arts. 90, 91 e 93 da Lei nº 8.666/93), combinados com os arts. 69, 71 e 29 do CP.

Também foram acusadas outras pessoas, não detentoras de privilégio de foro, porém a denúncia contra elas não será objeto de apreciação pelo Tribunal, em face do desmembramento do processo, decidido pelo egrégio Plenário na sessão de 02.09.2009.

A peça acusatória, com base em relatório de ação de controle da Controladoria-Geral da União e noutros elementos indiciários colhidos no inquérito, narra a participação do denunciado numa organização criminosa em permanente atuação no Agreste pernambucano, que, sob sua liderança, teria sido responsável por esquemas de desvios na aplicação de recursos federais repassados a diversos municípios pelos Ministérios da Educação, da Saúde, do Desenvolvimento Agrário, da Integração Nacional e do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.

Para o Ministério Público, o denunciado se associou a prefeitos, secretários e servidores municipais, além de terceiros cooptados pelos integrantes da quadrilha, para fraudar procedimentos licitatórios dos quais participavam empresas de fachada e/ou ligadas entre si, com o fim de adjudicar em proveito próprio os objetos licitados, sacando diretamente do caixa bancário cheques administrativos emitidos para o pagamento das obras e serviços contratados, apresentando, em seguida, notas fiscais “frias” para dar aparência de legalidade a tais operações, redundando num prejuízo ao Erário estimado pela CGU em R\$ 16.048.695,28.

Apresentada a denúncia, determinei, atendendo ao art. 4º da Lei nº 8.038/90, a notificação do acusado para oferecer resposta preliminar, vindo, às fls. 4.966/5.022, as seguintes alegações da defesa:

- a) incompetência da Justiça Federal, por tratar-se de verbas repassadas pela União ao Município mediante convênio;
- b) cerceamento da defesa, que não conheceu do inteiro teor das provas citadas na denúncia;
- c) ilegalidade da prova obtida por meio de interceptações telefônicas, e cerceamento de defesa por não ter havido gravação dos diálogos interceptados;
- d) nulidade da denúncia, que deveria ter sido formulada pelo Procurador Regional-Chefe da República, em face da prerrogativa de foro do denunciado;

e) inépcia da denúncia, que não descreveu minuciosamente os fatos puníveis com todas as suas circunstâncias;

f) falta de justa causa para a perseguição penal, em face da inadequação das acusações às provas dos autos, e da ausência de indícios de autoria e de materialidade dos fatos típicos imputados ao acusado.

O MPF (5.268/5.305) ratifica os termos da denúncia, em síntese, reafirmando a existência de indícios fortes das práticas criminosas narradas na denúncia, aptos a justificar o recebimento da inicial, para a instauração da ação penal contra o denunciado.

Por fim, importa esclarecer sobre o apensamento dos inquéritos nº 1704-PE, 1706-PE, 1707-PE, 1708-PE, 1709-PE, 1710-PE, 1711-PE, 1712-PE, 1713-PE, 1714-PE, 1715-PE, 1716-PE, que vieram da Justiça Federal de Primeiro Grau, na qual tiveram origem, assim que foi constatado o envolvimento delituoso do deputado ora denunciado e de outras pessoas que, naquela época, detinham prerrogativa de foro perante este Tribunal.

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Egrégio Plenário.

Antes mesmo de verificar se estão presentes, na peça acusatória, os requisitos para o seu recebimento (art. 41 do CPP), e se ocorrem as hipóteses de sua rejeição (art. 395 do CPP), impende registrar que um dos denunciados não detentores de prerrogativa de foro, Brás José Nemésio Silva, interpôs recurso especial contra a decisão de desmembramento, o qual ficou retido nos autos, nos termos do art. 543, § 2º, do CPC, por decisão também minha, na condição de Vice-Presidente, confirmada pelo Pleno na sessão do dia 24.11.2010.

Contudo, não sendo regra a suspensividade do recurso especial, muito menos do recurso que fica retido nos autos, e também levando-se em consideração que a denúncia será apreciada tão somente quanto ao deputado Claudiano Ferreira Martins, não en-

xergo prejuízo ao Sr. Brás Nemésio, nem qualquer outra razão impeditiva do presente julgamento.

Quanto à proximidade do término do mandato do Deputado Estadual Claudiano Ferreira Martins, sem que ele tenha sido reeleito ou, de algum modo, conduzido a outro cargo que mantivesse a sua prerrogativa de foro perante esta Corte Regional, nada disso influi na competência do Tribunal para processar e julgar o feito até o dia 31.01.2011.

E o acórdão do Tribunal que, hoje, receber a denúncia, produzirá eficácia, ao menos, para interromper a prescrição.

Há, ainda, questões processuais levantadas na resposta apresentada pelo denunciado Claudiano Ferreira Martins que merecem ser apreciadas preliminarmente.

Assim, para a defesa, haveria: a incompetência da Justiça Federal, por tratar-se de verbas repassadas pela União a municípios mediante convênio; o cerceamento de defesa em razão da negativa de acesso aos autos; a nulidade das provas obtidas mediante escutas telefônicas.

Não é bem assim.

Os crimes descritos na denúncia referem-se a desvios de verbas federais que não se incorporam ao patrimônio dos Municípios porque têm destinação específica e, por essa razão, mantêm as características de verbas federais, sujeitas ao crivo de fiscalização do Tribunal de Contas da União, conforme dispõe o art. 11 da Lei nº 9.424/96, sem prejuízo das atribuições dos órgãos federais de controle, como a Controladoria-Geral da União.

Com ampla citação de precedentes, o Superior Tribunal de Justiça decidiu conflito de competência em favor da Justiça Federal para o processamento e julgamento de crimes de desvio de verbas do FUNDEF (STJ, CC 53068-MS, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJ* 26.03.2007), fazendo incidir, na espécie, o disposto no Enunciado nº 208 da Súmula do STJ:

Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal.

Também nesse sentido é a orientação do Excelso Pretório, calcada, aliás, em hipótese semelhante à deste inquérito:

*Habeas Corpus*. Crime previsto no art. 2º, I, do Decreto-lei nº 201/67. Prefeito municipal. Fraude em licitações. Desvio de verbas provenientes do FUNDEF, do FNDE e do FPM. Art. 71, VI, da CF. Sujeição de quaisquer recursos repassados pela União a Estados, Distrito Federal e Municípios à fiscalização pelo Congresso Nacional, por intermédio do Tribunal de Contas da União. Presença de interesse da União a ser preservado, evidenciando a competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes contra esse interesse (art. 109, IV, da CF). Havendo concurso de infrações, essa competência também alcança os outros crimes. Precedentes citados: HHCC nºs 68.399, 74.788 e 78.728. *Habeas corpus* deferido parcialmente.

(STF, HC 80867-PI, rel. Min. Ellen Gracie, DJ12.04.2002).

No presente caso, irregularidades na aplicação de recursos oriundos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF), do Fundo Nacional do Desenvolvimento da Educação (FNDE), do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), do Programa Dinheiro Direto na Escola (PDDE), do Programa de Educação de Jovens e Adultos (EJA), do Programa Recomeço, do Programa de Atendimento Assistencial Básico à Saúde (PAB), do Fundo Nacional de Saúde (FNS) e do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), pelas Prefeituras de Itaíba, Águas Belas, Tupanatinga e Manari, foram investigadas pela CGU, que acabou por encaminhar os resultados de sua apuração à Polícia Federal, dando origem ao inquérito que serve de subsídio para a denúncia. Desse modo, a competência da Justiça Federal é inequívoca.

Quanto à alegação de impedimento do acesso da defesa ao inteiro teor do conjunto probatório, é preciso esclarecer que, em todos os casos em que os patronos do acusado solicitaram vista dos autos e cópias de documentos e mídias de seu interesse, deferi tais pedidos com o cuidado de não ferir os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, até mesmo estendendo o prazo para a apresentação de resposta preliminar à denúncia em face do volume de material copiado.

Aliás, este Plenário já rejeitou alegação idêntica veiculada no agravo regimental interposto por CLAUDIANO MARTINS, ora denunciado:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RESPOSTA PRELIMINAR À DENÚNCIA. PRAZO DO *CAPUT* DO ART. 4º DA LEI Nº 8.038/90. DILAÇÃO. INDEFERIMENTO.

1. Não se justifica, abstratamente, a dilação automática do prazo para resposta à denúncia, ainda na fase pré-processual (art. 4º, *caput*, da Lei nº 8.038/90), pelo mesmo lapso de tempo efetivamente utilizado pelo Ministério Público na elaboração da exordial. Necessidade da comprovação do prejuízo (art. 563 do CPP e Súmula nº 523 do STF).

2. Não há falar em cerceamento de defesa, considerando-se que a defesa teve pleno acesso ao inquérito, inclusive para tirar cópia integral dos autos, e que o prazo para a resposta preliminar só começou quando tais cópias foram entregues ao advogado.

3. Manutenção da decisão agravada, estendidos os seus efeitos ao codenunciado patrocinado pelos mesmos advogados do recorrente.

4. Explicitado o acesso da defesa dos postulantes às mídias constantes nos autos, com a contagem do prazo para resposta a partir da intimação deste acórdão.

5. Agravo regimental improvido.

Ainda no tema das nulidades, a defesa alega a contaminação das provas por interceptações telefônicas ilegais, porque a polícia judiciária podia valer-se de meios de prova menos gravosos.

No entanto, ainda na fase inicial deste inquérito policial, a CGU passou à Polícia Federal um extenso relatório a respeito de irregularidades nas contas de várias Prefeituras do Agreste pernambucano, justificando-se, assim, a quebra do sigilo telefônico de pessoas e empresas investigadas. Tais documentos, em conjunto com as interceptações então realizadas, revelaram indícios da prática de delitos graves, como os de quadrilha e lavagem de dinheiro, o que não só autorizou a prorrogação da quebra do sigilo telefônico, mas também as prisões temporárias de algumas das pessoas envolvidas no esquema delituoso, a apreensão de documentos em residências, empresas e órgãos públicos e a quebra dos sigilos



bancário e fiscal. Por sua vez, as novas provas obtidas com essas diligências aumentaram o escopo da investigação, tornando necessária, uma vez mais, a dilação das interceptações telefônicas.

A quadra é oportuna para registrar-se que as interceptações telefônicas realizadas na fase inquisitorial, sem a ouvida prévia dos investigados, não ferem a regra do contraditório, pois as provas obtidas mediante tais procedimentos serão oportunamente submetidas ao crivo das partes, antes que sejam definitivamente consideradas pelo Judiciário. É o que os mestres italianos chamam de *contraddittorio posticipato*, no qual, segundo o comentário de Cruz e Tucci<sup>1</sup> ao art. 5º, XII, da CF/88:

(...) a garantia da audiência bilateral não se delinea violada, mas, por certo, tão só dilargada para um momento sucessivo à ordem e realização da providência liminar, “*che poi a sua volta, allorche si realizza, è assistita da tutte le garanzie del modello ordinario*”.

Não se pode dizer, portanto, que a condução do inquérito no Tribunal tenha ferido os direitos fundamentais dos denunciados.

Vencidas as questões preliminares, passo ao juízo de admissibilidade da denúncia, nos termos dos arts. 41 e 395 do CPP:

Art. 41. A denúncia ou queixa conterà 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.

(...)

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

---

<sup>1</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: RT, 1993, pág. 32. No mesmo texto, Cruz e Tucci cita COLESANTI (*Principio del contraddittorio e procedimenti speciali in Rivista di Diritto Processuale*, 1975(4):588 e 618).

Exigem-se, pois, para o regular exercício da ação penal condenatória, a aptidão formal da peça acusatória (art. 41 c/c art. 395, I, do CPP), a presença dos pressupostos processuais ou condições de procedibilidade (art. 395, II, do CPP) – que são: a) a tipicidade aparente; b) a punibilidade concreta; e c) a legitimidade da parte –, além da justa causa (art. 395, III, do CPP).

No juízo de admissibilidade da acusação não se perquire a tipicidade, que é matéria de mérito, mas sim aquilo que a Doutrina denominou **tipicidade aparente**. Por isso, a denúncia não prescinde da exposição da pretensão punitiva, que deverá conter a descrição das condutas criminosas imputadas aos acusados para que estes possam exercer a defesa.

A **punibilidade concreta** diz com a inexistência de qualquer uma das causas de extinção da punibilidade descritas no art. 109 do CP, além de outras previstas em lei.

Por seu turno, a **legitimidade *ad causam*** decorre da correlação entre o tipo de ação penal (de iniciativa pública ou privada) e o autor da acusação (o Ministério Público ou o querelante).

Outro importante aspecto a ser considerado em relação à denúncia é que a propositura da ação penal não pode prescindir da existência de prova do fato típico e de indícios da autoria.

Trata-se, pois, da **justa causa** para o exercício da ação penal (art. 395, III, do CPP), que se revela na existência de uma pretensão viável, quer no plano objetivo, quer no plano subjetivo, sem a qual a denúncia deverá ser rejeitada.

Imbuído das premissas até agora fincadas é que passo a examinar a possibilidade de receber a denúncia de fls. 4-A/160-A.

A Lei não exige, no caso presente, a atuação do Procurador-Chefe da Procuradoria Regional da República, como quer o denunciado, invocando falsa analogia com o Procurador-Geral de Justiça do Estado.

Com efeito, o Ministério Público, presente na pessoa de cada Procurador Regional da República que subscreveu a denúncia, tem legitimidade para promover ação penal originária contra autoridade que detém prerrogativa de foro perante este Tribunal, quan-

do os crimes apurados forem da competência da Justiça Federal, nos termos do art. 1º da Lei nº 8.038/90, *verbis*:

Art. 1º Nos crimes de ação penal pública, o Ministério Público terá o prazo de 15 (quinze) dias para oferecer denúncia ou pedir arquivamento do inquérito ou das peças informativas.

Além disso, as penas máximas abstratamente previstas para os delitos de quadrilha ou bando (art. 288 do CP) – crime continuado, na forma do art. 71 do mesmo CP –, crimes em licitações (art. 90 da Lei nº 8.666/93) e de responsabilidade de prefeitos (art. 1º, I e III, do Decreto-Lei nº 201/67), cessados em novembro de 2005, com a operação policial que resultou nas prisões dos principais integrantes da quadrilha, inclusive a do ora denunciado, afastam o espectro da prescrição, nos termos do art. 111 do CP:

Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

(...)

III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência.

**O mesmo não se diga dos crimes dos arts. 91 e 93 da Lei nº 8.666/93, cujas penas máximas são de dois anos, prescrevendo em quatro anos nos termos do art. 109 do CP. Portanto, deve ser extinta a punibilidade do denunciado quanto a esses dois delitos capitulados na denúncia.**

Contudo, mesmo que a prescrição não tivesse atingido esses crimes, a denúncia quanto a eles não poderia ser recebida, por não conter a narrativa suficiente para a imputação do art. 91 da Lei de Licitações, e porque o delito do art. 93 é absorvido pelo do art. 90, ambos da mesma Lei, como se verá no capítulo dedicado aos crimes em licitações.

Ultrapassados os aspectos referentes à aptidão formal da denúncia e aos pressupostos processuais, prossigo com a análise *in concreto* da justa causa para a ação penal.

Como relatado, a defesa do acusado junta uma quantidade considerável de documentos, com eles levantando uma série de objeções quanto à origem, à veracidade, à pertinência e a outras questões relativas às provas da acusação. A denúncia, por sua

vez, encontra-se referta de documentos, escutas telefônicas, depoimentos de testemunhas e autos de interrogatório, com os quais o MP pretende embasar a acusação.

Instaurou-se, portanto, uma controvérsia de mérito que não pode ser resolvida nos estreitos limites do juízo de admissibilidade da denúncia. *Hic et nunc*, cumpre somente realizar a tarefa de verificar a existência de um lastro mínimo de prova, e não realizar a análise da prova, pois, como ensina o mestre Silva Jardim, saber “se a prova é boa ou ruim constitui matéria de mérito”<sup>2</sup>.

Ademais, é importante realçar a temeridade de se descartar, de plano, em cognição sumariíssima, o extenso conjunto probatório dos autos, porque dessa forma encerrado o processo, somente com outras provas poderá ser oferecida nova denúncia (Súmula 524 do STF).

Diante do volume dos fatos a serem analisados, optei pela divisão do voto em capítulos, nos quais serão agrupadas as condutas individuais do acusado, concatenadas com os respectivos tipos incriminadores indicados na denúncia.

## **I - IMPUTAÇÃO DO CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA (ART. 288 DO CP).**

Em regra, o crime de quadrilha pode ser demonstrado por evidências de uma *societas delinquentium* (art. 288 do CP), isto é, da associação de agentes que seja capaz de levar a bom termo um fim criminoso pretendido. Não importa que os agentes se conheçam, pois, muitas vezes, no crime organizado, a formação de núcleos ou células estanques é feita para manter a clandestinidade do grupo e assim garantir a impunidade do delito. Na verdade, o elemento subjetivo do tipo é a consciência do agir comum para a prática reiterada de crimes determinados.

Na sua abertura, a presente denúncia expõe o modo pelo qual teria havido a articulação do denunciado com prefeitos, secretários e servidores municipais, além de terceiros por eles coopta-

---

<sup>2</sup> *Apud* MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, *Justa causa para a ação penal*. São Paulo: RT, 2001, p. 21.

dos, por meio de distintos grupos ou núcleos com tarefas bem definidas, para o desvio de verbas federais, mediante fraudes a licitações seguidas de atos conducentes à ocultação de provas, testemunhas e bens relacionados com aqueles crimes, conforme descrito no seguinte trecho da acusação que se encontra às fls. 8-A/11-A dos autos:

As investigações levadas a efeito até o presente momento identificaram a existência de organização criminosa em permanente atuação no Estado de Pernambuco, especializada na prática de crimes contra a Administração Pública, notadamente na execução de fraudes em procedimentos licitatórios, frustrando o caráter competitivo destes, em afronta aos preceitos da Lei nº 8.666/93.

A organização atuava da seguinte forma:

1. o prefeito municipal firmava convênios ou contratos de repasse com a União, com o intuito de angariar recursos visando a apropriar-se deles ou desviá-los;
2. fraudava-se o procedimento licitatório como forma de desviar o dinheiro público. As empresas participantes das supostas licitações eram inexistentes de fato (“empresas de fachada”) ou tinham ligações umas com as outras, fato este que, por si só, já frustrou o caráter competitivo da licitação; (...)
3. não havia a prestação do serviço contratado, e também se constatou a ausência de entrega do material adquirido; ainda assim, a empresa contratada apresentava notas fiscais falsas (“notas frias”) para a Prefeitura fazer a inidônea prestação de contas;
4. o dinheiro da União repassado para a Prefeitura era sacado diretamente no caixa bancário pelos prefeitos da época (Brás José Nemézio, CLAUDIANO e Nomeriano Martins), pelos seus tesoureiros (Valter Vieira Martins), secretários de finanças (Edilázio Wanderley de Lima) ou por terceiros sem relação com as empresas que deveriam receber os valores, conforme descrito de forma pormenorizada;
5. com as notas fiscais falsas fornecidas pelas empresas, a prefeitura elaborava a sua prestação de contas fraudulenta.

A organização criminosa causou dano à União de R\$ 16.048.695,28 (dezesseis milhões, quarenta e oito mil, seis-

centos e noventa e cinco reais e vinte e oito centavos), conforme levantamento da CGU, da seguinte forma:

a) Município de Águas Belas: R\$ 2.849.496,60 (constatado na auditoria neste município) e R\$ 2.573.290,96 (constatado na análise do material apreendido), totalizando R\$ 5.422.787,56;

b) Município de Itaíba: R\$ 1.583.435,30 (constatado na auditoria neste município) e R\$ 3.198.102,39 (constatado na análise do material apreendido), totalizando R\$ 4.781.537,69;

(...)

d) Município de Tupanatinga: R\$ 4.896.098,74 (constatado na análise do material apreendido).

Traçado o panorama da suposta organização criminosa, a denúncia passa à individualização das formas de participação do acusado na *societas sceleris*, que podem ser divisadas nos seguintes trechos destacados da denúncia:

CLAUDIANO FERREIRA MARTINS foi Prefeito do Município de Itaíba/PE nos períodos 1997/2000 e 2001/2004 e afastou-se para concorrer ao mandato de Deputado Estadual, que atualmente ocupa. Trata-se do chefe da organização criminosa e mentor das fraudes ocorridas na cidade de Itaíba, que se estenderam aos Municípios de Águas Belas, Manari e Tupanatinga.

A CGU realizou auditoria no Município de Itaíba, no período de 18 a 22 de outubro de 2004, que redundou no Relatório de Ação e Controle nº 0190.009360/2004-19. Analisou exclusivamente o uso de recursos federais aplicados nesse município (...).

A fim de desviar verba pública ou dela apropriar-se, os denunciados realizaram diversos procedimentos licitatórios (...) em desconhecimento com a Lei nº 8.666/93. Apurou-se, em alguns casos, que não houve registro algum do recebimento dos produtos licitados; também não havia registros de entrada e saída das mercadorias no almoxarifado da Prefeitura, o que demonstra que as mercadorias nunca foram entregues.

As informações levantadas sobre as empresas licitantes na Receita Estadual, bem como a falta de registros sobre o recebimento dos produtos, aliadas à informação inverídica do real favorecido citado no recibo de pagamento e as cópias de cheques fornecidas pelo Banco do Brasil, às quais demons-

traram que os cheques foram sacados pelo Prefeito Municipal, na época CLAUDIANO MARTINS, comprovam que as licitações não passavam de meios para que os denunciados se apropriassem indevidamente de dinheiro público ou o desviassem em proveito próprio ou alheio (fl. 12-A).

(...) o denunciado CLAUDIANO FERREIRA MARTINS, na qualidade de Prefeito Municipal, em concurso com MARIA DE FÁTIMA TENÓRIO MARTINS, SOLINEIDE MARIA MARTINS, AUGUSTO CÉSAR BARBOSA DE MATOS e VALDOMIRO DOS SANTOS MARTINS [integrantes da Comissão Permanente de Licitação], com vontade livre e consciente, desviou em proveito próprio rendas públicas federais de forma continuada. Para tanto, fraudou o caráter competitivo de numerosos procedimentos licitatórios, com o intuito de obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação em favor de empresas que lhe permitiriam consumir a apropriação de dinheiro público; além disso, com a mesma finalidade, fraudou a realização de atos de numerosos procedimentos licitatórios (fl. 48-A).

(...) CLAUDIANO MARTINS, associado a MARIA DE FÁTIMA TENÓRIO MARTINS, SOLINEIDE MARIA MARTINS e VALDOMIRO DOS SANTOS MARTINS para cometerem crimes, foi responsável pela frustração do caráter competitivo da carta-convite nº 5/2001, a fim de adjudicar o objeto do certame à empresa CARLOS ALEXANDRE MORENO LYRA (fl. 42-A).

CLAUDIANO MARTINS, em concurso com ROGÉRIA MARIA MARTINS, desviou R\$ 14.280,00 da verba repassada pelo Ministério da Educação para o atendimento ao Programa Educação de Jovens e Adultos. O desvio só foi possível graças à licitação fraudada, cujo caráter competitivo restou frustrado por CLAUDIANO MARTINS, MARIA DE FÁTIMA TENÓRIO MARTINS, SOLINEIDE MARIA MARTINS e VALDOMIRO DOS SANTOS MARTINS (fl. 29-A).

(...) da interceptação telefônica realizada com autorização judicial se extrai que CLAUDIANO ainda possui grande influência na cidade de Itaíba e interfere diretamente em assuntos internos da Prefeitura. A exemplo disso, CLAUDIANO resolve questões de pagamentos dos servidores, como se fosse, de direito, o Prefeito. Como prova adicional de sua infiltração no poder municipal, suas irmãs ROGÉRIA MARTINS e SOLINEIDE MARTINS trabalham naquela Prefeitura (fl. 15-A).

Outros diálogos mostram a ingerência de CLAUDIANO em outras Prefeituras, até solicitando falar com as empresas que nelas participam de licitações. Ademais, CLAUDIANO participa de tratativas envolvendo divisão de valores com empresas que participam de licitações (fl. 17-A).

[ROGÉRIA MARIA MARTINS e SOLINEIDE MARIA MARTINS BARBOSA] Foram, respectivamente, tesoureira e presidente da comissão permanente de licitação - CPL de Itaíba na gestão do então Prefeito CLAUDIANO MARTINS, de quem são irmãos. ROGÉRIA MARIA MARTINS mandou que RIVALDO DE BARROS SOUTO sacasse do caixa o cheque nº 000017, no valor de R\$ 16.050,00, o cheque nº 000020, no valor de R\$ 16.050,00, e o cheque nº 000026, no valor de R\$ 18.000,00.

Em depoimento prestado à Polícia Federal (fl. 901, vol. 3, do Inq. 1621/PE), RIVALDO SOUTO, que sacou alguns cheques da Prefeitura de Itaíba diretamente no caixa bancário, afirmou que o fez a mando de ROGÉRIA MARTINS e entregou-lhe os valores, confirmando que ela e CLAUDIANO MARTINS, em conluio, desviaram verbas públicas federais destinadas ao município” (fl. 61-A).

Para aquisição de gêneros alimentícios para o Programa EJA, o denunciado [CLAUDIANO FERREIRA MARTINS] fez instaurar o convite nº 34/2001 (...) A empresa ELESSANDRA APARECIDA CARDOSO saiu-se vencedora, com proposta no valor de R\$ 21.900,00. De acordo com consulta ao sítio da Receita Federal na internet, o número da certidão negativa de débito apresentada por ela não é compatível com o contribuinte informado (...).

No endereço de ELESSANDRA não funcionava uma empresa, mas a Associação Meninos do Futuro, conforme relatório da CGU/PE. Na verificação *in loco* feita pelo DPF, constatou-se que a empresa passara a funcionar no mesmo escritório das empresas Astec Engenharia e Megaplan, cujos sócios são os irmãos (...) de ELESSANDRA, tudo demonstrando que se tratava de mais uma empresa de fachada (fls. 34-A/35-A).

No trecho abaixo, demonstra-se que CLAUDIANO MARTINS utiliza gasolina do posto como se fosse sua. Ademais, o primeiro confessa que a gasolina do posto era utilizada por diversas pessoas e colocada na conta da Prefeitura, conforme se extrai das conversas abaixo:



CLAUDIANO MARTINS X MARCOS/NOGUEIRA - Dia  
04 Ago 2006 14:39:45h - Duração: 00:00:40h  
Resumo: Distribuição de gasolina no posto Nogueira -  
ressalte-se que este posto ganhou a licitação de Águas  
Belas.

Terminal Alvo - 81-9915-7094

Terminal Interlocutor - 87-9925-3019

(...) CLAUDIANO amanhã eu chego aí, viu?...

NOGUEIRA agora venha cedo, tem de se reunir, tem 10  
assuntos para nós tratar...

CLAUDIANO certo...

NOGUEIRA você chega que horas?...

CLAUDIANO chego 11 horas, me bote 20 litros de ga-  
solina para essa abelha...

NOGUEIRA tá bom, deixa comigo...

CLAUDIANO MARTINS X ESPOSA(NILZA) - 07:32:35h  
- Duração: 00:05:12h

Resumo: Farra de Combustível, todo mundo abastecia.

Terminal Alvo - 81-9915-7094

Terminal Interlocutor - 87-3849-1617

00:01:41

(...) ESPOSA Marivaldo tá abastecendo não, num é?...

CLAUDIANO ninguém, deu 30.000 a conta...

ESPOSA quantos dias?...

CLAUDIANO 10 dias, 3.000 por dia, 90.000 por mês...

ESPOSA tá louco! Não tá no controle mais, não é?...

CLAUDIANO não, fizeram uma farra, num é...

00:03:55

(...)ESPOSA só quem abastecia era eles, né?...

CLAUDIANO todo mundo, Ranilson, Augusto, eu, Brás,  
Juliano, Marivaldo, todo mundo. Fizeram uma farra com  
o dinheiro dos outros... (fls. 83-A).

Deflui-se da narrativa da exordial um modo de agir uniforme da organização criminosa nos Municípios de Itaíba, Águas Belas e Tupanatinga, no período de 2001 a 2005, sob a liderança imediata dos respectivos prefeitos, com a colaboração de secretários e servidores municipais, desviando verbas públicas mediante a realização de licitações das quais participavam empresas de fachada e/ou ligadas entre si, controladas por terceiros cooptados pela quadrilha.

O Deputado CLAUDIANO FERREIRA MARTINS é apontado pelo *Parquet* como chefe mediato da organização criminosa, valendo-se da sua influência política no Agreste pernambucano para interferir diretamente, ou por intermédio de seus correligionários, parentes ou empresários integrantes da quadrilha, em assuntos internos daquelas Prefeituras.

Pois bem. À luz do que ficou consignado na denúncia – os trechos acima transcritos são apenas ilustrativos de um cabedal de informações –, percebem-se indícios seriíssimos da associação permanente e estável, ou mesmo duradoura, do denunciado com mais de três pessoas, para a prática de crimes (art. 288 do CP), não sendo o caso de descartar, de plano, a configuração de uma *societas sceleris*.

Desse modo, recebo a denúncia por formação de quadrilha (art. 288 do CP) formulada contra CLAUDIANO FERREIRA MARTINS.

## **II - IMPUTAÇÃO DE CRIMES DE RESPONSABILIDADE DOS PREFEITOS (ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67). HIPÓTESE DE ABSORÇÃO DO INCISO III DO ART. 1º DO DECRETO-LEI Nº 201/67 PELO INCISO I DA MESMA NORMA.**

A denúncia expõe a prática de expedientes fraudulentos visando à apropriação e ao desvio de verbas públicas federais, em detrimento das destinações legais de tais recursos, em proveito dos Prefeitos dos Municípios de Itaíba, Águas Belas e Tupanatinga e de outros integrantes da quadrilha, com grave prejuízo ao Erário.

Não me estenderei além do que considero imprescindível, por ora, no detalhamento do que consta nas 156 páginas da denúncia. Em síntese, as condutas relativas aos supostos desvios e mau uso do dinheiro público são as seguintes:

A Prefeitura Municipal de Itaíba realizou, no exercício de 2001, o pagamento da nota fiscal nº 000122, de 30/11/2001, emitida por “A Salvadora Ltda.”, no valor de R\$ 64.100,00. Segundo o ofício nº 34/2004, de 25/10/2004, do Chefe da Circunscrição de Garanhuns da Secretaria da Fazenda de Pernambuco, a empresa não possuía estoque para suprimento dessa nota fiscal. Acrescenta, ainda, que a empresa sonegou à Receita Estadual as informa-

ções referentes à nota.

Além disso, consta como favorecido no recibo de pagamento relativo à NF nº 000122 a empresa “A Salvadora”, mas na cópia microfilmada do cheque nº 936522, de R\$ 64.100,00, fornecida pelo Banco do Brasil, vê-se que o então prefeito, o denunciado CLAUDIANO MARTINS sacou o importe diretamente no caixa (fls. 121 e 126/127 do apenso 9, INQ 1621/PE).

Tais fatos demonstram que CLAUDIANO MARTINS desviou os R\$ 64.100,00 (fl. 39-A).

O município realizou a tomada de preços nº 2/2004, com a finalidade de adquirir gêneros alimentícios para a Unidade Mista de Saúde João Vicente, para o Programa Recomeço e para o próprio PETI.

No certame, sagrou-se vencedora a empresa “J. & M. Comércio, Representações e Serviços Ltda. (...)”, com proposta no valor de R\$ 105.889,60 (na parte referente ao programa sob exame).

Com relação aos pagamentos efetuados a essa empresa, o denunciado CLAUDIANO MARTINS, com vontade livre e consciente, fez depositar em sua própria conta corrente (...) o cheque nº 850061, emitido em 23/8/2004, no valor de R\$ 5.316,13, nominal à “J. & M. Comércio, Representações e Serviços Ltda.”, o que comprova a apropriação indevida de dinheiro público federal em favor do ex-prefeito, atual deputado estadual (vide conclusão de fls. 46/47 do relatório nº 00190.009360/2004-19, da CGU)” (fls. 47-A/48-A).

O cheque 850004, de 1/6/2001, no valor de R\$ 33.000,00, da Prefeitura, tem como favorecida a empresa “Milênio Comércio e Representações Ltda.”, mas foi endossado e sacado por CLAUDIANO MARTINS. O mesmo se diga em relação ao cheque 850005, de 20/6/2001, no valor de R\$ 12.000,00 (fls. 233/237/238 do apenso I, vol. II, IPL 290/05) (fl. 30-A).

Para aquisição de material didático para o Programa EJA foi realizada a carta-convite nº 33/2001. O denunciado designou MARIA DE FÁTIMA TENÓRIO MARTINS, SOLINEIDE MARIA MARTINS e VALDOMIRO DOS SANTOS MARTINS para compor a comissão de licitação (...) O caráter competitivo da licitação foi dolosamente frustrado, tendo em vista a ligação das empresas ELESSANDRA APARECIDA CARDOSO e “A Salvadora Comércio e Representa-

ções”. A titular da primeira e seu sócio são testemunhas da constituição das empresas “A Salvadora Ltda.” e “Multiservice Dist. de Produtos e Serviços Ltda.” Essas empresas nunca existiram de fato, conforme relatou o Departamento de Polícia Federal (fls. 1.226/1.411, vol. 5, Inq. 1.621/PE). O sócio da “Multiservice” confirmou, no depoimento de fl. 1.079, que as empresas eram de “fachada”, apenas emitiam notas fiscais para as prefeituras.

(...) Com a fiscalização da CGU, a Prefeitura apresentou cópia da emissão do cheque 850007, de 20/8/2001, no valor de R\$ 13.500,00, tendo como favorecida a empresa “A Salvadora Ltda.” Contudo, o microfilme fornecido pelo Banco do Brasil demonstra que o cheque foi endossado e sacado por CLAUDIANO MARTINS (fls. 246 e 248/249 do apenso I, vol. II, IPL 290/05). O mesmo ocorreu com o cheque 850008, de 20/8/2001, no valor de R\$ 4.100,00, também sacado e endossado pelo denunciado CLAUDIANO MARTINS (fls. 253 e 256/257 do apenso I, vol. II, IPL 290/05). Merece destaque o fato de que o crime em tela só foi possível graças à participação de MARIA DE FÁTIMA TENÓRIO MARTINS, SOLINEIDE MARIA MARTINS e de VALDOMIRO DOS SANTOS MARTINS.” (fls. 30-A/31-A, 34-A).

No tocante ao cheque 850011, de 3/10/2001, no valor de R\$ 1.380,00, a prefeitura apresentou cópia da emissão dele tendo como favorecida a empresa ELESSANDRA APARECIDA CARDOSO [conforme exposto no tópico III, 1.2, “c”, a “Multiservice” era empresa fictícia ligada às empresas ELESSANDRA APARECIDA CARDOSO, “Comereles Comércio e Representações Ltda.” e “A Salvadora Com. e Rep. Ltda.”]. Entretanto, o título foi endossado e sacado por RIVALDO DE BARROS SOUTO, que não possuía ligação com a suposta empresa favorecida (fls. 258 e 260/61 do apenso I, vol. II, IPL 290/05). Em depoimento prestado ao DPF (fl. 901, vol. III, INQ 1621/PE), RIVALDO SOUTO, que sacou alguns cheques da Prefeitura de Itaíba diretamente no caixa, afirmou que o fez a mando de ROGÉRIA MARTINS, a quem entregou os valores. Isso confirma que ROGÉRIA MARTINS, em conluio com CLAUDIANO MARTINS, se apropriou das verbas federais destinadas a Itaíba (fl. 36-A).

Por fim, conforme dados fornecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, nos anos-calendário 2003 e 2004,

a movimentação financeira de CLAUDIANO MARTINS foi incompatível com a renda que ele próprio declarou ao fisco federal, como se vê no quadro abaixo (...) (fl. 48-A).

Em face dessas condutas, o *parquet* incrimina o denunciado pela prática dos delitos do art. 1º, incisos I e III, do Decreto-Lei nº 201/67:

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

I - apropriar-se de bens/rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio; (...)

III - desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas; (...)

§ 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.

Vê-se que a denúncia diz que o Deputado CLAUDIANO FERREIRA MARTINS, na época em que exerceu mandato de Prefeito de Itaíba, teria efetuado, pessoalmente ou por intermédio de pessoas da sua confiança, saques de cheques administrativos destinados ao pagamento de fornecedores da Prefeitura, embora tais cheques, na contabilidade da Prefeitura, constassem como nominais às empresas contratadas.

O deputado supostamente realizou saques ilícitos, para tanto aliciando terceiros para a realização dos saques, ou manipulando a emissão de notas fiscais de empresas fornecedoras do Município, objetivando disfarçar os desvios.

Em termos indiciários, vislumbro a adequação típica no inciso I do art. 1º do DL nº 201/67, pois a narrativa da denúncia diz com possíveis desvios, apropriações ou mau-uso de verbas e recursos públicos federais, em prejuízo de programas estatais, até mesmo com favorecimento do denunciado.

Não vejo, contudo, lesividade remanescente no delito do inciso III do mencionado DL nº 201/67, que, prescindindo da exigência do favorecimento ilícito do Prefeito ou de terceiro, se exaure no

crime do inciso I do mesmo artigo. Acerca dessa distinção, ensina o paranaense João Gualberto Garcez Ramos<sup>3</sup>:

Desviar significa dar ao bem ou à renda pública uma destinação física ou jurídica não pública, diversa daquela para a qual estavam afetados. Em outras palavras, subtraí-lo da sua regular utilização ou dar-lhe outro destino. **Não qualquer destino**, pois o proveito próprio é tipificado pelo art. 1º, inciso I. Neste caso [o do inciso III], o tipo incrimina a conduta do Prefeito que desvia uma renda ou verba pública sem, no entanto, visar à auferição de qualquer proveito privado. (Grifado no original).

Recebo, pois, a denúncia formulada contra CLAUDIANO FERREIRA MARTINS pela prática do delito do art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67.

### **III - IMPUTAÇÃO DE CRIMES NA LICITAÇÃO (ART. 90 DA LEI Nº 8.666/93).**

Os Prefeitos denunciados, por vezes em concurso com licitantes e terceiros interessados, teriam praticado diversos delitos previstos na Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93).

Eis no que, para o *Parquet*, consistiu o agir delitivo do acusado:

Mediante o convênio EP 1688/99 - SIAFI 391218 (Apenso I do Inq. 1706/PE, fls. 133/140), realizado entre a União e o Município de Itaíba, com vigência de 21/1/2000 a 14/8/2000 para a realização de obras de saneamento básico nessa municipalidade, o Ministério da Saúde repassou R\$ 150.000,00 ao Município.

Em virtude desse convênio realizou-se processo licitatório (convite nº 22/2000), cujo objeto era a construção de obras e saneamento básico. O então prefeito CLAUDIANO MARTINS designou SOLINEIDE MARIA MARTINS, AUGUSTO CÉSAR BARBOSA DE MATOS e MARIA DE FÁTIMA para comporem a comissão permanente de licitação (CPL), sob

---

<sup>3</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. *Crimes Funcionais de Prefeitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 36.

a presidência da primeira [apenso I do Inq. 1706/PE, fl. 7].  
(...)

Sagrou-se vencedora a empresa CARLOS ALEXANDRE MORENO LYRA, cujo nome de fantasia é “Astec Engenharia”. Contudo, realizando inspeção no endereço da contratada (...) não foi identificado no local o funcionamento de uma construtora com porte físico e estrutura suficientes para a realização das obras, mas apenas um escritório comercial.

Diligência realizada pela CGU no CREA/PE demonstrou que a “Astec Engenharia” não realizara anteriormente obra compatível com a contratada, de modo que não tinha aptidão nem estrutura para a execução dos serviços. Ademais, consta dos registros do CREA/PE que a empresa, em sua existência, somente realizou as obras contratadas pela Prefeitura Municipal de Itaíba, o que indica que foi constituída apenas para participar das licitações fraudulentas em tela.

Além disso, a CGU constatou que a “Astec Engenharia” possuía o mesmo endereço que a empresa “Megaplan Construções e Serviços Ltda.”, uma de suas supostas concorrentes em diversos procedimentos licitatórios descritos ao longo desta inicial. Some-se a isso que ambas participaram de outras licitações fraudadas nesse Município, como adiante se apontará. Com todos esses fatos, é inegável que a carta-convite nº 22/2000 não passou de instrumento para desviar dinheiro público. (...)

Ademais, verificou-se *in loco*, em companhia do fiscal de obras do Município, que foram realizados serviços em desacordo com o previsto no projeto básico, e identificaram-se diferenças significativas nos quantitativos do projeto básico, conforme demonstra o relatório de ação de controle nº 001.190.0093/2004-19, as quais geraram diferença a menor de R\$ 94.100,78 em serviços executados.

Estava prevista a construção de sistema de esgotamento sanitário, compreendendo: 721m de rede coletora; 1.746m de ramal condominial; 14 poços de visita; 242 caixas de passagem e 200 ligações domiciliares.

No entanto, foi constatada a execução de apenas 195m de rede coletora, 341m de ramal condominial, seis poços de visita, 62 caixas de passagem e 102 ligações domiciliares. Também foi constatada a execução de fossa séptica, orçada em R\$ 12.493,27, não constante das propos-

tas de preços do processo licitatório, e não houve alteração contratual incluindo a construção da fossa.

Diante das evidências apresentadas, verificou-se que o então Prefeito de Itaíba, CLAUDIANO MARTINS, apropriou-se de R\$ 58.000,00 da verba repassada por meio do convênio EP 1688/99 - SIAFI 391218. Para tanto, fraudou o processo licitatório nº 28/2000, convidando dolosamente uma empresa de fachada para participar do certame, a quem adjudicou o objeto da licitação. Outrossim, constatou-se que a execução física da obra não dá suporte ao montante sacado da conta corrente do convênio.

Com CLAUDIANO MARTINS, concorreram para a fraude: CARLOS ALEXANDRE DE MORENO LYRA, SOLINEIDE MARIA MARTINS (presidente da CPL), AUGUSTO CÉSAR BARBOSA DE MATOS e MARIA DE FÁTIMA TENÓRIO MARTINS” (fls. 21-A/23-A).

Com o fim de construir uma estrada ligando a rodovia PE-300 (...) ao assentamento Angico Torto, o Município de Itaíba firmou contrato de repasse nº 0095.042-08/1999/ Caixa/Incrá, mediante o qual lhe foram repassados R\$ 30.000,00 (ordem de serviço 154117). Em virtude desse contrato, o denunciado CLAUDIANO MARTINS fez realizar o processo licitatório nº 4/01 (convite nº 4/2001), para o qual foram convidadas as seguintes empresas: a) CARLOS ALEXANDRE MORENO LYRA (...); b) “Meta Construções e Estrutura Metálica Ltda.” (...); c) “Megaplan - Construção e Serviços Ltda.” (...).

A comissão permanente de licitação, composta por MARIA DE FÁTIMA TENÓRIO MARTINS, SOLINEIDE MARIA MARTINS e VALDOMIRO DOS SANTOS MARTINS julgou vencedora a CARLOS ALEXANDRE MORENO LYRA, cujo nome de fantasia é “Astec Engenharia”.

Ocorre, todavia, que das três empresas convidadas na carta-convite, duas possuíam endereços semelhantes. Tanto a “Astec Engenharia” quanto a “Megaplan” teriam endereço na Rua XV de Novembro, 219, Garanhuns/PE, sendo que a primeira, supostamente na sala 9B e a segunda, na sala 9A. Esses endereços também constam do sistema CNPJ, da Receita Federal do Brasil. Ao realizar inspeção nos endereços, os fiscais da CGU verificaram que “não há separação da sala de número nove da galeria situada no mesmo logradouro, havendo, portanto, apenas uma sala, onde as duas empresas estariam supostamen-



te funcionando”. Além disso, “não foi identificado no local o funcionamento de construtoras, mas apenas um escritório comercial”. Por fim, constatou-se no sistema CNPJ que o endereço residencial dos responsáveis pelas empresas era o mesmo.

Constata-se que as empresas possuem vínculo entre si e evidencia-se o convite a duas empresas interligadas, sem se poder comprovar a sua real existência física, para a apresentação de propostas no mesmo processo licitatório.

Diligência no CREA/PE demonstrou que a “Astec Engenharia” não tinha realizado anteriormente obra compatível com a contratada, ou seja, a empresa não teria aptidão nem estrutura para a execução dos serviços. Ademais, consta dos registros do CREA/PE que a empresa, em toda a sua existência, somente realizou as obras contratadas pela Prefeitura Municipal de Itaíba.

Desta forma, resta comprovado que CLAUDIANO MARTINS se associou a MARIA DE FÁTIMA TENÓRIO MARTINS, SOLINEIDE MARIA MARTINS e VALDOMIRO DOS SANTOS MARTINS para cometer crimes, fraudou a carta-convite nº 4/2001 e frustrou o seu caráter competitivo, a fim de adjudicar o objeto da licitação a CARLOS ALEXANDRE MORENO LYRA” (fls. 39-A/41-A).

O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra realizou um contrato de repasse com o Município de Itaíba [Inq. 1704-PE/inquérito policial 305/2005, apenso, fls. 129/136] com o fim de transferir recursos financeiros para implantação de abastecimento de água no projeto de assentamento Barra Verde, naquela municipalidade. Diante desse repasse, foi realizado o procedimento licitatório nº 5/01 (carta-convite nº 5/2001). Para tanto, o então prefeito CLAUDIANO MARTINS designou para compor a comissão permanente de licitação MARIA DE FÁTIMA TENÓRIO MARTINS (presidente), SOLINEIDE MARIA MARTINS (secretária) e VALDOMIRO DOS SANTOS MARTINS (relator).

Foram convidadas para esse processo licitatório as seguintes empresas: a) “Meta Construções e Estrutura Metálica Ltda.” (...); b) “Megaplan - Construção e Serviços Ltda.” (...); c) CARLOS ALEXANDRE MORENO LYRA (...) (vencedora).

Ocorre que, conforme exposto no item 1.3a acima, a “Astec Engenharia” e a “Megaplan” localizam-se no mesmo endereço, onde funciona apenas um escritório comercial, em vez de uma construtora. Merece, ainda, destaque o fato de que o endereço comercial dos responsáveis pelas empresas é também o mesmo. Resta, assim, evidente que o caráter competitivo inerente a todo procedimento licitatório quedou completamente frustrado. Foram emitidos em favor da “Astec Engenharia” dois cheques: um no valor de R\$ 45.000,00 e outro no de R\$ 16.800,00 [Inq. 1710-PE (IPL 308/2005), apenso, fl. 93]. Desse modo, CLAUDIANO MARTINS, associado a MARIA DE FÁTIMA TENÓRIO MARTINS, SOLINEIDE MARIA MARTINS e VALDOMIRO DOS SANTOS MARTINS para cometerem crimes, foi responsável pela frustração do caráter competitivo da carta-convite nº 5/2001, a fim de adjudicar o objeto do certame à empresa CARLOS ALEXANDRE MORENO LYRA” (fls. 41-A/42-A).

Em face dessas práticas, o Ministério Público Federal denunciou CLAUDIANO FERREIRA MARTINS pela prática dos delitos tipificados pelos arts. 90, 91 e 93 da Lei nº 8.666/93.

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. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

A peça acusatória delinea, com detalhes bastantes para ser recebida, o conluio do denunciado com os diversos braços da or-

ganização criminosa para fraudar o caráter concorrencial de licitações, em proveito próprio ou no de alguns dos integrantes da quadrilha, com prejuízo ao Erário apurado pela CGU em R\$ 16.048.695,28, revelando hipótese de incidência do tipo do art. 90 da Lei nº 8.666/93.

É possível, nesse crime próprio de licitantes, a coautoria de agentes públicos que concorram para a sua prática, desde que um deles possua a qualidade pessoal exigida na tipificação, na linha da teoria monista consagrada no artigo 29 do CP.

Por sua vez, os delitos descritos nos arts. 91 e 93 da Lei de Licitações foram atingidos pela prescrição, conforme expliquei no início deste voto.

Todavia, no que pertine a tais imputações, registro, apenas a título de *obiter dictum*, que não receberia a denúncia pelo crime do art. 93 da Lei nº 8.666/93, aqui restrito à ação de fraudar, porque a acusação insere os atos de “*impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório*”, no âmbito de supostos esquemas de fraudes mais amplos, aptos a corromper todo o procedimento licitatório, no intuito de desviar ou encobrir a apropriação de recursos federais em proveito dos integrantes da quadrilha.

Sendo assim, à parte da prescrição, a tipicidade do art. 90 da Lei de Licitações, no tocante ao ora denunciado, absorveria a do crime do art. 93, cuja apenação abstrata, aliás, é significativamente mais leve.

Também seria possível descartar, de plano, a imputação do art. 91 da Lei nº 8.666/93, porque a denúncia não indica um só caso de licitação ou contrato administrativo que tenha sido invalidado pelo Poder Judiciário, posto que tal invalidação componha a tipificação em comento.

O que mais importa, porém, é que a peça acusatória, no que se refere ao denunciado CLAUDIANO FERREIRA MARTINS, narra fatos que, em tese, justificam a imputação do tipo do art. 90 da Lei nº 8.666/93, com incidência do art. 29 do CP.

#### IV - HIPÓTESE DE INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO DOS CRIMES NA LICITAÇÃO PELOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITOS.

Na lição de Fragoso<sup>4</sup>, tem-se a consunção quando a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime. Metzger, citado pelo mestre Heleno, acrescenta que há consunção, ou absorção, quando “uma lei, conforme seu próprio sentido, inclui já em si o desvalor delitivo de outra, e não permite, por isso, a aplicação desta última.”

Com efeito, nas oportunidades em que deparei o tema, na egrégia Quarta Turma, apliquei o princípio da absorção quando o tipo penal, realizado como meio de um crime final, exauria neste toda a sua potencialidade lesiva.

No caso em exame, não vislumbro duplicidade na imputação concomitante dos crimes de responsabilidade de Prefeitos (art. 1º do DL nº 201/67) e de fraude em licitação (art. 90 da Lei nº 8.666/93), e isso por três razões, a saber:

*Primo*, nos citados crimes de responsabilidade, as reprimendas incidem sobre a conduta imoral de prefeitos e seus colaboradores, mais especificamente o desvio e a apropriação de verbas públicas, em favor de si e de terceiros, e o emprego indevido de recursos públicos, enquanto no crime da Lei de Licitações acima referido, sancionam-se hipóteses antijurídicas absolutamente diversas, como o ajuste para frustrar o caráter competitivo de licitação.

*Secundo*, a fraude em licitação nem sempre é meio necessário ou fase normal de preparação ou de execução de crime funcional de prefeito, tanto assim que, segundo o M.P., quando o denunciado era Prefeito de Itaíba, também teria praticado desvios de verbas federais sem valer-se de licitações fraudulentas, mas simplesmente endossando em nome próprio cheques da Prefeitura.

---

<sup>4</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 359.

*Tertio*, a potencialidade lesiva dos delitos da Lei nº 8.666/93 não se esgota nos crimes de responsabilidade. A questão fica mais simples quando se têm em vista as respectivas objetividades jurídicas. Nos crimes na licitação, é especialmente atingida a lisura do certame, em detrimento do Estado e dos concorrentes; nos delitos funcionais de prefeitos, agride-se a boa versão do patrimônio público, bem assim a execução de políticas públicas legalmente impostas.

Na mesma linha é a orientação pretoriana do STJ:

O Prefeito Municipal, como ordenador de despesas, não pode deixar de ser responsabilizado criminalmente, nos termos do art. 89 da Lei nº 8.666/93, quando burla a exigência de licitação, através de expedientes fraudulentos, como o fracionamento de despesa ou, ainda, quando fraudada o próprio certame, com propostas contendo data anterior à do convite, condutas estas, ademais, diversas da descrita no art. 1º, XI, do Decreto-Lei nº 201/67, pelo que não há falar em *bis in idem*. Recurso não conhecido. (STJ, 5.ª Turma, REsp 504785-PB, Rel. Min. Arnaldo da Fonseca, DJ02.10.2003).

Assim, pelo menos nessa fase embrionária da perseguição penal, timbro em frisar, deixo de aplicar a consunção do crime em licitação pelos crimes funcionais de prefeitos.

## **V - CONCLUSÃO**

Eis o que a denúncia disse de mais relevante a respeito dos acusados.

Ao final, como é de regra, o MPF pede a condenação dos denunciados e arrola testemunhas.

A denúncia, aqui citada e comentada na sua parte mais importante, referente ao acusado CLAUDIANO FERREIRA MARTINS, estampa a narrativa adequada de condutas aparentemente típicas, relacionando-as com provas existentes nos autos, de modo a fundamentar a opinio delicti e permitir ao denunciado o exercício da ampla defesa, sem pretender responsabilizá-lo penalmente pelo simples fato de ocupar cargo público ou manter relações amistosas com os demais integrantes da suposta quadrilha.

Dessa forma repilo, ao menos nesta fase preambular de convencimento, a alegação de que faltaria justa causa para a instauração da ação penal.

E de toda a argumentação expendida nas respostas dos acusados, e do que pude apreciar de ofício, somente admito como claramente perceptíveis, neste momento e nesta fase, a absorção do tipo do inciso III do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67, pelo inciso I da mesma norma, além da prescrição dos delitos dos arts. 91 e 93 da Lei nº 8.666/93.

**Tudo isso posto:**

REJEITO as preliminares de incompetência, de cerceamento de defesa e de nulidade procedimental.

RECEBO a denúncia, em parte, para instaurar ação penal quanto aos fatos relacionados aos delitos do art. 288 do Código Penal, art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67 e art. 90 da Lei nº 8.666/93, imputados a CLAUDIANO FERREIRA MARTINS.

DECLARO, ainda, extinta a punibilidade quanto aos crimes tipificados nos arts. 91 e 93 da Lei de Licitações.

É como voto.

**INQUÉRITO Nº 1.908-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO  
Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Indic./Invdo.: SEM INDICIADO  
Investigado: ANTONIO DORIVAL DE OLIVEIRA  
Adv./Proc.: DR. FRANCISCO IONE PEREIRA LIMA (INVDO.)

***EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. PREFEITO MUNICIPAL. MANUTENÇÃO DE ATERRO SANITÁRIO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. ART. 54, § 2º, V, DO CÓDIGO PENAL. INEXISTÊNCIA DE OUTRO LOCAL PARA DEPOSIÇÃO E ATERRAMENTO DOS RESÍDU-***

**OS SÓLIDOS PRODUZIDOS PELO MUNICÍPIO. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA.**

**- Prefeito Municipal denunciado por manter um aterro sanitário em Área de Preservação Ambiental – Chapada do Araripe/CE.**

**- Em se tratando de recebimento de denúncia de ação penal originária, deve ser analisada, além dos indícios da autoria e da materialidade do crime, a presença de justa causa para a instauração da ação penal, especialmente quando a denúncia e a defesa preliminar trazem acervo probatório mínimo para o conhecimento dos julgadores e também pelo fato de que os denunciados serão processados e julgados diretamente pelo Tribunal, sendo-lhes retirado ao menos um grau de jurisdição para a apreciação de possível inconformidade com uma decisão condenatória.**

**- Prefeito do Município de Altaneira/CE que, assim como os seus predecessores, utilizou uma área da Chapada do Araripe/CE, dentro da qual está integralmente localizado o Município, como depósito de resíduos sólidos produzidos pela crescente população local.**

**- Inexistência de qualquer outro local para a eliminação segura do lixo produzido pelo Município. Prefeito que, dentro de suas condições, tomou todas as providências possíveis para minimizar o dano ambiental à Área de Conservação Permanente, ao mesmo tempo em que buscou atender às necessidades de limpeza pública exigidas pela população local, agindo dentro daquilo que estava ao seu alcance para resolver o problema ambiental de forma mais imediata e pronta possível.**

*- Em face da inexistência de outro local disponível e ambientalmente seguro para servir como aterro sanitário municipal, e tendo o Prefeito, ora denunciado, adotado as medidas cabíveis dentro das possibilidades do Município para evitar o máximo possível o dano ambiental, não deve ser ele responsabilizado penalmente, por não ter condições de agir de forma diversa.*

*- Ausência de justa causa para a ação penal em face da inexigibilidade de conduta diversa, excludente da culpabilidade. Incidência do disposto no art. 395, III, do vigente Código de Processo Penal. Denúncia rejeitada.*

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar a denúncia, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 12 de janeiro de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

### RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Inquérito formulado pelo Ministério Público Federal, instaurado ao fito de apurar a possível responsabilidade do atual Prefeito do Município de Altaneira/RN, **Antônio Dorival de Oliveira**, referente à poluição do meio ambiente com o lançamento de resíduos sólidos (lixo) em desacordo com a legislação ambiental vigente, requerendo a sua condenação nas penas do art. 54, § 2º, da Lei nº 9.605/98.



Foi dito que o Prefeito promoveu a utilização de uma Área de Proteção Ambiental conhecida como a Chapada do Araripe como aterro sanitário para resíduos sólidos (lixo), localizada a, aproximadamente, 2 km da zona urbana do Município, às margens da estrada carroçável que dá acesso ao “Sítio Romão” e sobre rochas cristalinas de baixa espessura que impedem o aterramento do lixo, **poluindo a área**, além de não promover o isolamento da região, que pode ser livremente acessada por pessoas e animais.

Na Promoção nº 142/2008, o MPF propôs ao denunciado a suspensão condicional do processo, com o cumprimento das condições previstas no art. 89, § 1º, da Lei nº 9.099/95 – fls. 81/82.

O denunciado rejeitou a proposta, fundamentando-se em que as exigências indicadas no art. 89, § 1º, da Lei nº 9.099/95 equivaleriam a uma condenação – fls. 107.

Notificado, nos termos e para os fins do art. 4º da Lei nº 8.038/90, o denunciado sustenta, em preliminar, a inépcia da denúncia, porque ela não conteria a exposição clara e objetiva dos fatos alegadamente delituosos, faltando ainda os elementos essenciais e circunstanciais que lhe são inerentes, não permitindo o exercício pleno do direito de defesa.

No mérito, alega a inexistência de dolo (do desiderato consciente de praticar o crime), afirmando que o Município não dispõe de um local para ser o depósito de resíduos sólidos, porque todo o Município acha-se encravado na APA da Chapada do Araripe/CE, não dispondo de uma área em que colocar os resíduos sólidos municipais.

Esclarece que junto com os Municípios de Nova Olinda e Santana do Cariri, localizados na mesma área, concordaram e tentaram iniciar a construção de uma unidade conjunta de resíduos sólidos (lixão) que atendesse às necessidades dos três municípios, tendo tomado, desde o ano de 2005, as providências a seu alcance para evitar a degradação ambiental, ressaltando as dificuldades enfrentadas pelo fato do Município se encontrar incrustado na APA. Requerendo, ao fim, a sua absolvição porque ausente o dolo de prejudicar o meio ambiente, sendo, portanto, atípica a sua conduta.

Intimado a se pronunciar sobre a peça de defesa, o douto representante da Procuradoria da República subscreveu a promoção de fls. 114/115, na qual sustentou, preliminarmente, a ausência de inépcia da denúncia que, segundo afirmou, teria preenchido todos os requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal. Pugnou pelo conhecimento da peça.

No mérito, **requereu o recebimento da denúncia**, argumentando que a irregularidade do aterro sanitário causa dano a todo o ambiente ao redor, ressaltando que os Técnicos do IBAMA embarcaram a área ao constatar a impossibilidade de o local continuar como depósito de resíduos sólidos, por se tratar de área de preservação permanente, havendo nos autos indícios suficientes da autoria e da materialidade do crime previsto no art. 54, § 2º, V, da Lei nº 9.605/98.

Determinei o que o investigado apresentasse documentos comprobatórios das providências indicadas na defesa preliminar e, em tese, tomadas pela Prefeitura de Altaneira/CE no ano de 2005, para a redução dos impactos ambientais do aterro sanitário municipal na Chapada do Araripe/CE – fl. 133.

O investigado apresentou os documentos de fls. 139/276.

Dispensei a revisão.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

O Inquérito que foi instaurado contra JOSÉ WILTON XAVIER destinou-se a apurar a suposta prática do delito previsto no art. 1º, inc. XIV, da Lei nº 201/67.

Analisando a preliminar suscitada pelo denunciado, observo que não há como acolher-se o argumento de que a denúncia seria inepta, eis que foram descritos, de maneira satisfatória, os fatos criminosos, as circunstâncias em que se deram tais fatos e os meios supostamente utilizados por ele (o Prefeito) para a realização do delito, assegurando, desta forma, os limites da acusação, sobre os quais se deu a defesa do denunciado.

Nos termos da denúncia, os fatos foram assim descritos:

No dia 10/03/2005, o Município de Altaneira, Estado do Ceará, foi autuado pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA por poluir o meio ambiente com o lançamento de resíduos sólidos (lixo), em desacordo com a legislação ambiental vigente (Auto de Infração nº 244150 – fl. 15).

O aterro sanitário está inserido na área de proteção ambiental, denominada Chapada do Araripe, localizada a aproximadamente 2km da zona urbana do Município, às margens de estrada carroçável que dá acesso ao Sítio Romão e sobre rochas cristalinas de baixa espessura que impossibilitam o soterramento do lixo. E mais, o seu perímetro não é cercado, possibilitando a entrada de veículos, pessoas e animais.

Além do Auto de Infração, também foi lavrado Auto de Embargo de nº 348756, série C (fl. 16), o qual não foi cumprido pelo Município, como constataram os técnicos do IBAMA, em 08.07.2005 (cf. Laudo Técnico do IBAMA – fls. 29/30).

(...)

O Prefeito de Altaneira Antônio Dorival de Oliveira, ao promover a utilização de área de proteção ambiental como aterro sanitário, provocou dano ao meio ambiente, à saúde humana e à dos animais, caracterizando crime de poluição tipificado no art. 54, § 2º, inciso, V, da Lei nº 9.605/98 – fls. 02/03.

A peça acusatória subsume-se ao que se acha posto no art. 41 do CPP e, em face disso, não é inepta.

Com relação ao mérito, anoto que para o recebimento da inicial acusatória cumpre empreender uma análise, não apenas dos indícios da autoria e da materialidade do crime, mas também da presença de justa causa para a instauração da ação penal, verificando-se a possível existência, ou não, de causas de justificação, de exclusão da culpabilidade ou de extinção da punibilidade.

Em se tratando de ação penal originária do Tribunal, a análise deve ser ainda mais cuidadosa porque a denúncia e a defesa preliminar encerram acervo probatório mínimo, a ser submetido ao exame dos julgadores, e porque os denunciados podem ser ime-

diatamente processados e julgados pelo Tribunal, sendo-lhes subtraído, pelo menos, um grau de jurisdição, para o exame de uma possível inconformidade com uma decisão eventualmente condenatória.

O atual Prefeito de Altaneira/CE foi denunciado pelo crime previsto no art. 54, § 2º, V, da Lei nº 9.605/98 que preceitua, *verbis*:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

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

§ 2º Se o crime:

V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

No tocante à materialidade é possível constatar nos autos a presença do Laudo Técnico do IBAMA, que atesta que, já em 2004, na gestão anterior à do denunciado, a Prefeitura Municipal de Altaneira foi autuada e notificada pelo depósito indevido de resíduos sólidos, na Área de Preservação Permanente Chapada do Araripe/CE, esclarecendo, na ocasião, que o ora denunciado, atual Prefeito Municipal, deu continuidade ao depósito de lixo, compactando-o com um trator e empurrando-o para uma área de rochas cristalinas, o que impossibilita soterramento dos resíduos, de tal forma que eles são empurrados por uma encosta e permanecem a céu aberto, sendo nele constatado a presença de pessoas (adultos e crianças) e animais, afirmando que “o lixo empurrado no declive degrada uma nascente temporária localizada no sopé do morro (em época chuvosa, de três a quatro meses, é afluente do Rio Carrius), poluindo suas águas e conseqüentemente as do rio, e destrói a vegetação em volta da mesma, também Área de Preservação Permanente”, estando presente, portanto, ao menos em tese, a existência de suporte mínimo probatório sobre a materialidade, próprio para justificar o recebimento da denúncia – fls. 33/34.

Mas o exame da justa causa para o recebimento da ação penal não se limita aos indícios mínimos de materialidade, devendo-

se examinar também a autoria, a imputação objetiva do comportamento e possíveis causas de exclusão do delito.

Do acervo probatório já coligido aos autos observa-se que o Denunciado não praticou o ato indicado como criminoso com o dolo deliberado (dolo) de prejudicar o meio-ambiente, mas sim, com a intenção de dar uma destinação ao lixo produzido pelo Município, evitando, por outro lado, um outro problema ambiental e de saúde pública, consistente na manutenção, dentro dos limites do município, dos resíduos sólidos produzidos pela população local.

Da leitura dos autos observa-se que a questão da destinação do lixo no Município não se desvincula da própria existência da Comuna, que se encontra, **em sua totalidade**, localizada em Área de Preservação Ambiental de Conservação Permanente, o que torna de difícil solução o problema relativo à destinação dos resíduos sólidos produzidos pela população da área, problema que vem de administrações anteriores à atual Prefeitura e que também se alastra por todos os Municípios que hoje se situam na multicitada Área de Preservação Ambiental.

Todo aterro sanitário acarreta danos ambientais a uma região, seja atingindo o solo, o ar e/ou os recursos hídricos do local em que está instalado. Ao mesmo tempo, deve ser dada uma destinação ao lixo produzido pelas comunidades, sobretudo se forem levados em conta o aumento populacional e o consumo de bens não duráveis, mas que deixam resíduos sólidos (embalagens de várias espécies), por exemplo). Por esta razão, deve-se analisar de forma conjunta a necessidade do serviço de coleta de lixo, e o provável impacto ambiental gerado pelo local de sua destinação.

Conforme se observa dos depoimentos do ex-Prefeito e do atual Prefeito, ora Denunciado, o lixão já estava instalado antes de suas administrações, tendo eles que administrar o problema, esclarecendo que, para agravar a questão, não havia, como ainda não há, outro local disponível e que não seja área de proteção ambiental, onde se possa construir um novo aterro sanitário.

Nesse sentido são esclarecedores os depoimentos do ex-Prefeito João Ivan Alcântara:

Que foi Prefeito de Altaneira/CE em 05 oportunidades distintas; que era Prefeito de Altaneira/CE no dia 28/07/2004, data da lavratura da notificação de nº 345088, processo nº 2007.0003497/04-15, da lavra do IBAMA; que se recorda de ter informado ao dito Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Disponíveis que estava no aguardo de um técnico ambiental que daria a opção do local destinado aos resíduos sólidos (lixão) provenientes do Município de Altaneira/CE, com menor impacto ambiental possível; que o Secretário da SOMA (Secretaria de Ouvidoria do Meio Ambiente) , à época, o Deputado VASQUES LANDIM, ficou de enviar a solução do problema, já que o interrogado sofria pressões constantes de fiscais do IBAMA; que infelizmente o problema do lixão em Altaneira/CE é comum a todos os outros Municípios brasileiros. Que faltam recursos financeiros para começar a reciclar o lixo do Brasil; (...); que a solução seria a criação de uma usina de reciclagem para atender aos Município inseridos na Chapada do Araripe, entre eles ALTANEIRA, NOVA OLINDA, ASSARÉ, SANTANA DO CARIRI, entre outros; que o IBAMA está sendo simplista em apenas embargar o dito lixão, já que não oferece alternativas para a solução do problema; (...) que já herdou de seus antecessores lixões em locais mais inapropriados do que o de fls. 08/09, como por exemplo, um lixão que se situava às margens de uma barragem da qual sangra para um açude público; que foi o próprio interrogado que estabeleceu o local de fls. 08/09, num despenhadeiro distante da Cidade, minimizando o efeito danoso à saúde pública – fls. 64/65.

Em agosto de 2008, esclareceu o Denunciado, atual Prefeito, em sua defesa preliminar, que adotou, durante o exercício de 2005, as providências a seu alcance, entre as quais o isolamento da área que compõe o “lixão”, a retirada de pessoas do local, a compactação do lixo com trator, para a redução de volume, e a reciclagem do lixo hospitalar – fls. 100.

Ele afirmou, também, em declarações prestadas à Polícia Federal que *“a dita Prefeitura aguarda que o IBAMA indique um local apropriado para o dito lixão, ou solução conciliatória; que o declarante está empenhado em solucionar a questão investigada, tanto que oficiou a CEMACE, vem procurando compactar com máquinas os resíduos sólidos, evitando a extensão dos danos*

*causados ao meio ambiente; que tem ciência que o lixão está inserido na APA da Chapada do Araripe, a 1 km de Nova Olinda/CE, a 3km de Assaré/CE, a 3 km com Santana do Cariri/CE, razão pela qual o declarante procurou, sem sucesso, até a presente data, formar um consórcio com os demais Municípios limítrofes. Que o Município de Altaneira/CE é composto de uma pequena extensão de terra de apenas 186km quadrados, todo inserido na APA da Chapada do Araripe; que não possui disponibilidades financeiras para criar uma usina de reciclagem, embora já tenha feito contato com autoridades políticas da região, a respeito do fato” – fls. 52/53.*

No meu entender, o atual Prefeito, assim como as Administrações Públicas Municipais anteriores de Altamira/CE, adquiriram com seus mandatos um passivo ambiental a ser resolvido de forma administrativa e com responsabilidade ambiental, mas das provas dos autos não se nota que se esteja diante de um caso de responsabilidade penal.

Isto porque o crime previsto no art. 54 ,§ 2º, V, do Código Penal exige que o agente, por ação ou omissão, cause deliberadamente, ou seja, com dolo, um prejuízo ambiental.

O Prefeito apresentou o Plano de Gerenciamento Integrado de Resíduos Sólidos Urbanos do Município de Altaneira/CE, elaborado em agosto de 2008, em colaboração com vários órgãos, entre os quais a Secretaria de Infraestrutura, o CONDEMA - Conselho Municipal de Defesa do Meio Ambiente e a Associação dos Agentes Recicladores de Altaneira/CE - AARA, e sob coordenação de uma Engenheira Florestal, com o fito de melhorar a situação do lixão.

Analisando a quantidade de resíduos sólidos existentes no Município, constatou-se que a maioria deles é residencial (papéis, papelão, plástico, metal (ferroso e não ferroso), papel orgânico, vidro), embora existam os comerciais ( entulhos de construção civil e de serviços de saúde), além dos resíduos orgânicos (restos de frutas, verduras e outros alimentos) da feira livre que ocorre no Município todo domingo – fls. 157/158.

O laudo esclareceu que a Prefeitura realiza atividades essenciais para evitar a acumulação de lixo, de entulhos e entupimento dos canais e esgotos, indicando o lixão como depósito de resí-

duos sólidos e indicando a forma pela qual os ditos resíduos são descartados, afirmando que “... existe a pré-separação de alguns resíduos encontrados no vazadouro a céu aberto (lixão), estes são utilizados para a reutilização por parte de catadores e agentes recicladores pertencentes à AARA (Associação dos Catadores do Município). Posteriormente são levados até a associação, pesados e comercializados com o responsável para entrega nos centros maiores de recebimento de resíduos nas cidades de Crato e Juazeiro do Norte” – fls. 168.

A Prefeitura disponibiliza um caminhão, com carroceria, de sua frota para a AARA para transportar resíduos sólidos até o centro de reciclagem, em terreno cedido pelo Município e protegido por alvenaria, embora depositado a céu aberto, de forma provisória, porque a AARA ainda não está regularizada, estando o processo de criação ainda em andamento, estando a AARA, todavia, já em funcionamento – fls. 172/173.

As fotos de fls. 186/196 documentam as fases da limpeza pública do Município e de coleta de resíduos sólidos e as de fls. 274/275 atestam a fase final de colocação dos resíduos no dito lixão.

De acordo com as provas dos autos, o denunciado, a meu entender, não teve outra alternativa, a não ser continuar utilizando a dita área como depósito de resíduos sólidos, uma vez que não lhe foram oferecidas quaisquer alternativas para a eliminação segura do lixo produzido pelo Município. Mesmo utilizando o dito local como “lixão”, ele, na medida de suas condições, procurou tomar providências (já alistadas acima) para minimizar o dano ambiental o máximo possível, ao mesmo tempo que atende à necessidade de limpeza pública exigida pela população local, agindo dentro daquilo que está ao seu alcance para resolver o problema ambiental de forma mais imediata e pronta.

Conforme ressaltou o denunciado, o problema só será efetivamente resolvido quando houver um local aprovado pelo IBAMA e pela Prefeitura para transferência e destinação segura aos resíduos sólidos municipais.

Só após existir este local é que, se o Prefeito nele não depositar os resíduos sólidos municipais, terá a sua conduta classificada



como ação ou omissão criminosa. Não havendo ainda um local determinado, devem ser consideradas adequadas às circunstâncias e condições atuais do Município as soluções provisoriamente adotadas pelo Prefeito para evitar dano ambiental maior ao meio ambiente, com o aterro sanitário municipal.

O agente público – é o que ressaí dos autos – tem adotado todas as medidas que, se não resolvem, pelo menos reduzem o impacto ambiental provocado pelo local em que está situado o aterro sanitário, ressalte-se, único local que existe atualmente.

Além disso, é de ressaltar-se que a condenação do Prefeito e o fechamento do lixão tornarão pior o problema ambiental, porque a interdição permanente do aterro sanitário municipal conduzirá, inevitavelmente, à abertura de lixões clandestinos, uma vez que a população local sempre necessitará de locais para descartar o lixo.

Deve ser aplicado ao caso, no meu entender, inexigibilidade de conduta diversa, causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

Apesar de o legislador não tê-la previsto, não se pode admitir a punição do ora denunciado apenas pela existência do “lixão”, ressaltando que ele não dispõe de uma escolha imediata no tocante ao local para o depósito de resíduos sólidos porque, além de o atual já estar instalado há vários anos, não há outro local para servir como aterro sanitário, uma vez que todo o Município localiza-se em Área de Proteção Ambiental.

Por não ter outro local disponível para servir como aterro sanitário municipal, restou ao Prefeito, ora denunciado, dar continuidade a ele, adotando, contudo, as medidas cabíveis e possíveis para evitar ao máximo, o dano (ou o agravamento dele) ambiental, não tendo ele condições de agir de forma diversa em face do atual momento financeiro municipal, sendo aplicável ao caso a inexigibilidade de conduta diversa excludente da culpabilidade.

Forrado nessas razões, voto pelo não recebimento da denúncia, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal.

É como voto.

## RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.129-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO RESENDE MARTINS (CONVOCADO)  
Recorrente: EMMANUEL FERNANDES DA SILVA  
Recorrido: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Adv./Proc.: DR. AUDAS DINIZ DE CARVALHO BARROS (RECTE.)

**EMENTA: PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. TRIBUNAL DO JÚRI. SUMÁRIO DE CULPA. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE HOMICÍDIO TENTADO (ART. 121 C/C O ART. 14 DO CÓDIGO PENAL) PARA TENTATIVA DE LESÃO CORPORAL (ART. 129 C/C O ART. 14 DO CP). POSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA NA PROVA DOS AUTOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA DO RÉU. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO SINGULAR. IMPROVIMENTO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO.**

**- Recorrido denunciado em virtude de ter, supostamente, efetuado um disparo de arma de fogo contra o Policial Federal que pediu sua identificação na barreira ostensiva montada pela Polícia Federal na PE-360, perto do Município de Ibimirim/PE, por estar ele dirigindo um veículo no qual constavam resíduos de 30kg (trinta quilos) de maconha apreendidos pela PM/PE na mesma ocasião, incidindo ele, em tese, nas penas dos crimes previstos nos arts. 12 e 14 da Lei nº 6.368/76, arts. 329, § 1º e 121 c/c os arts. 14 e 69 do Código Penal.**

**- Na fase do sumário da culpa, fim da primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri, relativo aos crimes dolosos contra a vida, pode o Juiz, decidindo pela admissibilidade da denúncia, proceder a desclassificação do delito indicado na inicial acusatória (art. 121 c/c o art. 14 do CP) por crime de competência do Juiz Singular (art. 129**

*c/c o art. 14 do CP).*

*- Inexistência de qualquer prejuízo à defesa do réu/recorrente porque, com a desclassificação, houve apenas uma adequação do tipo penal ao caso concreto, modificando-se a capitulação indicada na denúncia, porém a descrição dos fatos, da qual ele se defende, mantém-se.*

*- Desclassificação que se revelou benéfica ao recorrente com relação à pena aplicável, uma vez que a pena da lesão corporal tentada (03 meses a um ano, com redução de 1/3 a 2/3) é inferior à pena da tentativa de homicídio (seis a doze anos, com redução de 1/3 a 2/3).*

*- Improvimento do Recurso em Sentido Estrito.*

## **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 ao Recurso em Sentido Estrito, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 14 de outubro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO RESENDE MARTINS - Relator Convocado

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO RESENDE MARTINS (Convocado):

Recurso em Sentido Estrito, interposto por Emanuel Fernandes da Silva Magalhães, em face da decisão do MM. Juiz Federal Substituto da 2ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, que, nos autos da Ação Penal em que ele foi denunciado pela prática, em tese, dos crimes previstos nos arts. 12 e 14 da Lei nº 6.368/76, arts. 329, § 1º, e 121 c/c os arts. 14 e 69 do Código Penal

e após a conclusão do sumário de culpa nos crimes de competência do Tribunal do Júri desclassificou o crime de tentativa de homicídio (crime doloso contra a vida) para crime de tentativa de lesões corporais (crime de competência do Juízo singular).

Narra a decisão impugnada que o ora Recorrente fora denunciado porque, na madrugada do dia 19.08.2006, na companhia do índio atikum Herbert Novais de Almeida Freire (codenunciado), ao passar por uma barreira ostensiva montada pela Polícia Federal na PE-360, perto do Município de Ibimirim/PE, com um veículo no qual constavam resíduos de 30kg (trinta quilos) de maconha, previamente apreendidos pela PM-PE na mesma data, junto com documentos dele, efetuou um disparo de arma de fogo contra o Policial Federal que o interrogou e pediu seus documentos na dita barreira, fugindo em seguida na direção de Cruzeiro do Nordeste, sendo perseguido pelos Policiais Federais, conseguindo se evadir até ser preso no dia 23.08.2006, ficando preso até 01.02.2007, quando foi concedida a sua liberdade provisória mediante o HC nº 2.671/PE por ordem deste egrégio Tribunal.

Fundamenta a dita decisão para desclassificar o crime de tentativa de homicídio (crime doloso contra a vida) para crime de tentativa de lesões corporais (crime de competência do Juízo singular), que o recorrente não teria agido com *animus necandi* ao atirar no APF Jacobs, uma vez que estando a cerca de meio metro a um metro da vítima e sendo policial militar experiente no manuseio de arma de fogo não teria errado o disparo, a menos que assim o quisesse, de forma que o tiro teria constituído um disfarce para desviar a atenção dos policiais federais e fugir da barreira para evitar a prisão por tráfico de entorpecentes – fls. 75/82.

Em suas razões, afirma o recorrente que a tentativa de homicídio imputada a ele na denúncia (art. 121 c/c o art. 14, ambos do Código Penal) não poderia ter sido desqualificada pelo Juiz para tentativa de lesão corporal, em face inexistência desta figura delitosa no Código Penal, afirmando que a desqualificação adotada pelo sentenciante constituiu um pré-julgamento, que prejudicou seu direito de defesa, suprimiu uma instância e deixou de analisar devidamente a prova já produzida, requerendo a manutenção da tipificação penal dada na denúncia e a remessa dos autos ao MPF,

para que ele seja levado a julgamento perante o Tribunal do Júri de Pernambuco – fls. 12/18.

Em suas contrarrazões, o MPF salienta que, embora inicialmente tenha pugnado pela pronúncia do recorrente pelo crime de tentativa de homicídio, verificou o acerto da decisão judicial que desclassificou o delito para lesão corporal tentada, fundamentando-se em que, ao contrário do que alega o recorrente, o Código Penal prevê a dita figura típica no art. 129 c/c o art. 14 do citado Diploma Legal, esclarecendo que a desclassificação não causou prejuízo ao recorrente, porque ele se defende dos fatos e não da capitulação jurídica indicada na denúncia e, em segundo lugar, porque a pena da lesão corporal tentada é inferior à pena da tentativa de homicídio.

Por último, salienta que não houve supressão de instância, porque a sentença ainda não teria sido proferida, esclarecendo que a decisão impugnada é meramente interlocutória, havendo apenas, com a desclassificação do crime de tentativa de homicídio para lesão corporal tentada, a modificação da competência, com a competência repassada do Tribunal do Júri para o Juízo Singular, ambos de primeira instância, não podendo o réu escolher o órgão julgador da demanda – fls. 40/46.

Oficiando no feito, a douta Procuradoria Regional da República opina pelo improvimento do Recurso em Sentido Estrito, sustentando que no procedimento do Júri, relativo aos crimes dolosos contra a vida, ao se chegar na fase do sumário de culpa, pode o Magistrado proceder à desclassificação do delito, e reconhecendo a incompetência do Tribunal do Júri, remeter os autos ao Juízo Singular, não havendo qualquer dano à defesa do recorrente – fls. 92/109.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO RESENDE MARTINS (Relator Convocado):

Com o devido respeito aos pensamentos dissonantes, penso não merecer acolhida a pretensão do recorrente.

O procedimento do Júri, mesmo com a reforma trazida com a Lei nº 11689/2008, ainda persiste com a divisão do procedimento em duas partes: a parte que se denomina *judicium accusationes* (que compreende os atos praticados a partir do recebimento da denúncia até a pronúncia) e a *judicium causae* (que abarca todos os atos situados entre a pronúncia e o julgamento pelo Tribunal do Júri).

A primeira fase do procedimento de crimes dolosos contra a vida está disciplinada no art. 406 a 421 do Código de Processo Penal, que se inicia com o oferecimento da denúncia ou queixa crime e vai até a audiência de instrução, interrogatório, debates e decisão, na qual, após os debates orais, proferirá o juiz sua decisão acerca de admissibilidade da denúncia, imediatamente ou no prazo de dez dias.

No momento da decisão acima mencionada, nos termos do art. 411, § 9º, do CPP, poderá o Juiz: a) pronunciar o acusado (art. 413 do CPP); impronunciar o acusado (art. 414 do CPP); c) absolver sumariamente o acusado (art. 415 do CPP) e d) desclassificar a infração penal – art. 419 do CPP.

Dispõe o art. 419 do Código de Processo Penal:

Art. 419. Quando o juiz se convencer, em discordância com a acusação, da existência de crime diverso dos referidos no § 1º do art. 74 deste Código e não for competente para o julgamento, remeterá os autos ao juiz que o seja.

A decisão do Juiz, prolatada nos termos do art. 419 do CPP, refere-se à chamada desclassificação, que ocorre quando o Juiz considera o fato em apuração delito diverso de crime doloso contra a vida, enviando o processo em seguida para o Juiz competente.

No presente caso, o recorrente fora denunciado pela prática, em tese, dos crimes previstos nos arts. 12 e 14 da Lei nº 6.368/76, arts. 329, § 1º, e 121 c/c os arts. 14 e 69 do Código Penal porque, na madrugada do dia 19.08.2006, na companhia do índio *atikum* Herbert Novais de Almeida Freire (codenunciado), ao passar por uma barreira ostensiva montada pela Polícia Federal na PE-360, perto do Município de Ibimirim/PE em um veículo no qual consta-

vam resíduos de 30kg (trinta quilos) de maconha, previamente apreendidos pela PM-PE na mesma data, junto com documentos dele, efetuou um disparo de arma de fogo contra Policial Federal que pediu sua identificação na dita barreira, fugindo em seguida na direção de Cruzeiro do Nordeste, sendo perseguido pelos Policiais Federais, conseguindo se evadir até ser preso no dia 23.08.2006, ficando preso até 01.02.2007, quando obteve sua liberdade provisória.

Sustenta o recorrente a impossibilidade de desclassificação do delito, porque inexistiria a figura típica de lesão corporal tentada, além de que ela constituiria um pré-julgamento impeditivo de seu direito de defesa, porque teria suprimido uma instância (consistente na análise do caso pelo Tribunal do Júri) e deixado de analisar detidamente a prova já produzida, requerendo a manutenção dos crimes conforme determinado na denúncia e a remessa dos autos ao Tribunal do Júri.

Contrariamente ao alegado pelo recorrente, existe a figura típica da tentativa de lesão corporal. Está presente no Código Penal com a conjugação dos arts. 129 e 14, inc. II, do referido Diploma Legal, *verbis*:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Art. 14 - Diz-se o crime:

(...)

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

A desclassificação do crime não prejudica a defesa do ora recorrido.

Na denúncia, foram descritos, de maneira satisfatória, os fatos criminosos, as circunstâncias em que se deram tais fatos e os meios utilizados por ele para a realização do delito, assegurando-se, desta forma, os limites da acusação, sobre os quais deverá se dar a defesa durante todo o processo, a tramitar perante o Juízo Singular, independentemente da capitulação jurídica.

A capitulação jurídica, ou seja, o tipo penal indicado pelo acusador na denúncia, não limita ou “prende”o Julgador, que pode dar aos fatos capitulação diversa daquela indicada pelo Ministério Pública Federal na inicial acusatória, desclassificando-a, no caso de crimes de competência do tribunal do Júri ou, em caso de crimes de competência do Juízo Singular, aplicando, na ocasião da sentença, a *emendatio libelli* prevista no art. 383 do Código de Processo Penal para modificar a capitulação jurídica feita na denúncia, não causando tal modificação, em qualquer caso, prejuízo à defesa, porque não existe fato novo imputável ao então réu, mas sim a adequação do dispositivo legal aplicável aos fatos descritos na denúncia.

Desta forma, não há qualquer prejuízo à defesa do réu, porque com a desclassificação, houve apenas uma adequação do tipo penal ao caso concreto, modificando-se a capitulação indicada na denúncia, porém ao contrário do alegado pelo recorrente, foi analisada detidamente a prova produzida, tanto que tal análise pelo Juiz, após a primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri, levou à desclassificação.

A decisão impugnada, em suas dez páginas, analisou detidamente os fatos, as provas material e testemunhal existentes nos autos, da qual transcrevo alguns trechos:

Apesar de os policiais afirmarem que o disparo foi efetuado em direção dos APFs, mais especificamente do agente Jacobs, sobreleva notar que o réu Emanuel, acusado de ter efetuado o disparo, estava bastante próximo dos mesmos (...).

Nessa condições, é mais do que evidente que o autor do disparo não agiu com *animus necandi*. Pode-se afirmar, com certeza, que, estando a menos de 1,0 m (um metro) do agente da polícia federal, seria impossível a pessoa errar o disparo, ainda mais se considerar que o tiro veio do lado do motorista, vale dizer, de um policial militar, que, por regra de experiência, possui um domínio superior às pessoas comuns no manejo de uma arma de fogo. Na situação em exame, o réu Emanuel Fernandes da Silva Magalhães tinha plenas condições de acertar um disparo no agente que, seja numa região letal ou não (barriga, peito, cabeça), no entanto não o fez, haja vista que se encon-



trava a uma distância de 30 a 50cm do agente, o que equivaleria a um tiro à queima roupa.

Vê-se, pois, que o disparo constitui mais um disfarce para desviar a atenção dos policiais federais e consequentemente fugir da barreira policial, de modo a evitar a atuação em flagrante pelo crime de tráfico de drogas.

Não obstante as doudas razões do Ministério Público Federal, entendo que, no caso em exame, após a análise percuciente do material, não restou evidenciada a existência do *animus necandi* do delito de homicídio, devendo o crime ser desclassificado para a tentativa de lesões corporais simples, de competência do Juízo singular – fls. 80/81.

Ressalte-se que a desclassificação se revelou benéfica ao Recorrente com relação à pena aplicável, uma vez que a pena da lesão corporal tentada (03 meses a um ano, com redução de 1/3 a 2/3) é inferior à pena da tentativa de homicídio (seis a doze anos, com redução de 1/3 a 2/3).

Finalmente, é incabível a alegação de que, ao desclassificar o crime de competência do Tribunal do Júri para a competência do Juiz Singular, a decisão impugnada tenha suprimido uma instância julgadora, prejudicando a defesa do recorrente.

Apesar da denominação, o Tribunal do Júri é um órgão de primeira instância, ou de primeiro grau, da Justiça Comum, podendo ser estadual ou federal, da mesma forma que o Juiz Singular, diferenciando-se deste por ser o único órgão judicial com participação da população, que, representada por sete jurados, julga os seus iguais nos crimes dolosos contra a vida.

Contrariamente ao alegado pelo recorrente, a sua defesa não ficou prejudicada pelo processamento e julgamento do processo perante o Juiz Singular. De acordo com a Constituição Federal (art. 5º, XXXVIII, c), a decisão do Tribunal do Júri é soberana, não podendo ser modificada no mérito em grau de recurso pelo Tribunal, que apenas pode vir a anular a decisão do Júri por vício formal ou determinar um novo julgamento, em caso de haver uma decisão contrária à prova dos autos, ao passo que, em caso de sentença proferida pelo Juiz Monocrático, pode o Tribunal reformar integralmente a decisão por ele proferida, desde que respeitando a proibição do *reformatio in pejus*.

Ao fim, observo que, apesar de o MPF, na denúncia, ter requerido a condenação do ora Recorrente nas penas do art. 121 c/c o art. 14, II, do Código Penal, salienta ele em suas contrarrazões que *“dúvidas não há de que a decisão proferida por esse Juízo, que desqualificou a tentativa de homicídio (art. 121 c/c o art. 14, inciso II, do Código Penal), para tentativa de lesões corporais (art. 129 c/c o art. 14, II, do CP), remanescendo os demais crimes sob a competência da Justiça Federal, não merece reforma”, “por absolutamente coerente com as provas dos autos, razão pela qual restou convencido e entendeu desnecessário o manejo de qualquer recurso”* – fls. 43/44.

Se o titular da Ação Penal concorda com a desclassificação feita pelo Juiz, não cabe ao réu a escolha da capitulação jurídica adequada à sua conduta, bem como a do Tribunal e/ou Juiz que processará e julgará a Ação Penal, esclarecendo que, no presente caso, a decisão que desclassificou o delito e remeteu o processo ao Juízo competente foi tomada de acordo com a legislação aplicável à matéria.

Isto posto, nego provimento ao Recurso em Sentido Estrito.

É como voto.

## **ÍNDICE SISTEMÁTICO**

---



## **JURISPRUDÊNCIA**

### **AÇÃO RESCISÓRIA**

6070-PE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro .....	13
6303-PE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena .....	23

### **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

92180-RN	Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior ...	40
109284-PE	Rel. Des. Federal Leonardo Resende Martins (Convocado) .....	49
110557-PE	Rel. <sup>a</sup> . Des. <sup>a</sup> . Federal Margarida Cantarelli .....	57
111734-PE	Rel. Des. Federal Frederico Wildson da Silva Dantas (Convocado) .....	63

### **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO**

2383-AL	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.	68
6584-PB	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira .....	94

### **APELAÇÃO CÍVEL**

424372-AL	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha .....	109
440525-SE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo .....	116
472678-PE	Rel. <sup>a</sup> . Des. <sup>a</sup> . Federal Cristina Garcez (Convocada) .....	126
498028-SE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias .....	140
500729-CE	Rel. Des. Federal Manuel Maia de Vasconcelos Neto (Convocado) .....	158
504468-PB	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira .....	166
506075-PE	Rel. Des. Federal Leonardo Resende (Convocado) .....	193
507643-PE	Rel. <sup>a</sup> . Des. <sup>a</sup> . Federal Margarida Cantarelli .....	202

### **APELAÇÃO CRIMINAL**

7113-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães .....	210
---------	--	-----

## **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO RESCISÓRIA**

6139-CE Rel. Des. Federal Manoel Erhardt..... 217

## **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL**

410848-PE Rel. Des. Federal Paulo Gadelha ..... 225

## **EMBARGOS INFRINGENTES NA AÇÃO RESCISÓRIA**

5983-PE Rel. Des. Federal José Maria Lucena ..... 236

## ***HABEAS CORPUS***

4164-SE Rel. Des. Federal Francisco Wildo ..... 248

## **INCIDENTE DE QUESTÃO DE ORDEM EM INQUÉRITO**

2197-PE Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias ..... 256

## **INQUÉRITO**

1621-PE Rel. Des. Federal Marcelo Navarro ..... 281

1908-CE Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano ..... 310

## **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO**

1129-PE Rel. Des. Federal Leonardo Resende  
(Convocado) ..... 322

## **ÍNDICE ANALÍTICO**

---





## A

- Adm Ação civil pública. Provedores de acesso à internet. Conexão por meio de sistema de telecomunicação preexistente. Enquadramento como serviço de valor adicionado. Conexão direta com a internet sem intermediação do provedor. Vedação legal. Observância das exigências do órgão regulador. Manutenção da necessidade de contratação de serviço de provedor de acesso. Escolha do provedor. Faculdade do contratante. Limitação ao rol fornecido pela empresa de serviço de telecomunicações. Impossibilidade. AC 498028-SE ..... 140
- Ct e Adm Ação rescisória. Responsabilidade civil do Estado. Intervenção no domínio econômico. Fixação dos preços do açúcar e do álcool abaixo dos custos de produção apurados pela Fundação Getúlio Vargas. Critérios da Lei nº 4.870/95. Desrespeito. Prejuízo às empresas atingidas. Indenização. Cabimento. Improcedência do pedido rescisório. AR 6070-PE ..... 13
- Ct, Adm e PrCv Ação rescisória. Violação a literal disposição de lei. Documento novo. Militar. Pedido de reforma por invalidez. Incapacidade decorrente de acidente sem relação de causa e efeito com o serviço. Direito à reforma. Procedência da rescisória. AR 6303-PE ..... 23
- Amb Agravo de instrumento. Decisão que determinou a retirada imediata de material supostamente nocivo ao meio ambiente (“borra de sal”) de área costeira. Pena de multa diária. Ausência de estudo de impacto am-

	biental conclusivo, capaz de constatar a ocorrência de efetivo dano ao meio ambiente. AgTr 92180-RN ..... 40
PrCv	Astreintes. Fixação contra a Fazenda Pública. Impossibilidade. AgTr 111734-PE ..... 63
PrCv	Agravo de instrumento atacando decisão que, com base na certidão da Secretaria da Vara, deixou de receber apelação por considerá-la intempestiva. Intimação da sentença ocorrida em 22 de junho de 2010. Prazo que teve início no dia 23 seguinte e encerrou-se em 7 de julho do mesmo ano. Recurso protocolado em 13 de julho de 2010. Tempestividade da apelação em face da prorrogação do início da contagem do prazo para interposição do recurso. AgTr 109284-PE ..... 49

## B

PrCv e Adm	Bolsa de estudos no exterior. Concessão. Obrigações do beneficiário previamente definidas em ato normativo editado pelo CNPQ. Legalidade das exigências contidas na instrução normativa do CNPQ. Descumprimento das obrigações pelo bolsista. Responsabilidade pela restituição dos recursos públicos nele investidos. AC 472678-PE ... 126
------------	---

## C

Pen	Crime contra a ordem tributária. Corréu que admite, sozinho, a prática ilícita. Responsabilidade do contador não evidenciada. Causa supralegal de exclusão de culpabilidade. Inexigibilidade de conduta diversa.
-----	--

Ausência de comprovação cabal. ACr 7113-PE ..... 210

PrPen Crime doloso contra a vida. Tribunal do júri. Sumário de culpa. Desclassificação do crime de homicídio tentado para tentativa de lesão corporal. Possibilidade. Decisão fundamentada na prova dos autos. Ausência de prejuízo para a defesa do réu. Remessa dos autos ao juízo singular. RSE 1129-PE.322

## D

Pen e PrPen Denúncia. CPP, arts. 41 e 395. Desvios de verbas federais. Competência da Justiça Federal. Quebra do sigilo telefônico. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Crimes da Lei de Licitações, arts. 91 e 93. Prescrição. Delitos do CP, arts. 288 e 317, do DL nº 201/67, art. 1º, I, e da Lei nº 8.666/93, art. 90. Tipicidade aparente. Absorção do inciso III do art. 1º do DL nº 201/67 pelo inciso I da mesma norma. Consunção dos crimes na licitação pelos de responsabilidade de prefeitos. Inaplicabilidade. Recebimento parcial da denúncia. INQ 1621-PE ..... 281

## E

PrCv e Trbt Embargos à execução fiscal. Apelações cíveis. Múltiplos fatos geradores. Simulação no contrato de parceria agrícola. Configuração. Reconhecimento pelo INSS de valores excessivos apurados na fiscalização. Desconstituição parcial do crédito. Possibilidade de apuração do saldo remanescente. Liquidez da CDA. SAT. Constitucionalidade. Alíquota de 3%. Atividade preponde-

	rante. Multa. Caráter confiscatório. Inocorrência. APELREEX 2383-AL ..... 68
PrCv	Embargos de declaração em ação rescisória que modificou julgado que determinara a reimplantação de vantagem pessoal nominalmente identificável (VPNI) no contracheque de servidor público da UFC. Alegação de omissão e contradição. Inexistência. Erro material. Correção. ED na AR 6139-CE ..... 217
PrCv e Trbt	Embargos infringentes. COFINS. Modulação dos efeitos da decisão rescisória. Princípios da segurança jurídica e da boa-fé. Possibilidade. EI na AR 5983-PE ..... 236
PrCv	Execução fiscal. Embargos à arrematação. Pagamento do valor da arrematação em 60 parcelas. Afronta ao CPC, art. 620. Nulidade da arrematação que se impõe. AC 424372-AL ..... 109
PrCv	Execução fiscal. Taxa de ocupação. Decadência e prescrição. Novo julgamento dos embargos de declaração por determinação do STJ. Omissões caracterizadas e supridas. Nulidade não verificada. Embargos declaratórios providos com atribuição de efeitos modificativos. ED na AC 410848-PE ... 225

## F

Adm	Ferrovia transnordestina. Faixa de domínio ao longo das estradas de ferro. Desocupação. Prazo razoável. AgTr 110557-PE ..... 57
-----	---

## H

Pen e PrPen	<i>Habeas corpus</i> . Pedido de trancamento de ação penal. Denúncia por invasão e construção de moradia em área de manguezal. Manifesta atipicidade do fato. Atuação do poder público que conferiu razoável presunção de regularidade à moradia. Ausência de dolo evidenciada. Concessão da ordem. HC 4164-SE ..... 248
-------------	--

## I

Pen e PrPen	Inquérito. Prefeito municipal. Manutenção de aterro sanitário em área de preservação ambiental. Inexistência de outro local para deposição e aterramento dos resíduos sólidos produzidos pelo município. Inexigibilidade de conduta diversa. Exclusão da culpabilidade. Ausência de justa causa para a ação penal. Rejeição da denúncia. INQ 1908-CE ..... 310
-------------	--

## P

Prev	Pensão provisória por morte presumida. Esposa. Rurícola. Ausência e condição de agricultor do marido desaparecido comprovadas. Concessão do benefício. AC 500729-CE ..... 158
------	---

## Q

PrPen	Questão de ordem. Inquérito. Número excessivo de indiciados. Foro por prerrogativa de função. Exclusividade para o único agente político indiciado no inquérito. Desmembramento. Possibilidade. INCQO no INQ 2197-PE ..... 256
-------	--

## R

Cv e PrCv      Responsabilidade civil. Danos morais. Ordem dos Advogados do Brasil. Suspensão do exercício da advocacia. Punição anulada por sentença judicial transitada em julgado. Alegação de ocorrência de culpa exclusiva ou concorrente da vítima em virtude do interessado ter permanecido inerte no curso do procedimento administrativo. Não configuração da excludente de responsabilidade da OAB/SE. Reconhecimento apenas de culpa concorrente. Redução do montante indenizatório. AC 440525-SE ..... 116

Trbt e Cv      Responsabilidade tributária por sucessão. Imputação dos débitos do Colégio Arquidiocesano Pio XII à Ação Social Arquidiocesana – ASA. Inviabilidade legal de incorporação de fundação pública ou privada por associação civil. Ineficácia do ato de extinção da fundação por inobservância das formalidades legais. Ineficácia do ato de confissão de dívidas/parcelamento para caracterização da responsabilidade tributária ante a ausência da qualidade de contribuinte ou responsável tributário. Sucessão tributária não caracterizada. APELREEX 6584-PB .. 94

## S

PrCv e Prev      Sentença que reconheceu a contagem qualificada do tempo de serviço para fins de aposentadoria. Segurado que demonstrou tempo de serviço em condições especiais no período de 7 de junho de 1976 a 19 de agosto de 1998. Atividade exercida com exposição a energia elétrica com tensão acima

de 250 volts e temperatura acima de 28º. Soma do tempo especial convertido, mais o tempo comum, que totaliza mais de trinta e oito anos de tempo de serviço/contribuição na data do requerimento administrativo. Direito à aposentação. AC 506075-PE .193

Ct, Adm e PrCv Servidores que ingressaram no TRT da 13ª Região sem concurso público antes da CF/88, pelo regime celetista e pelo Decreto nº 77.242/76. Regularidade das contratações. Reconhecimento pelo TCU. Transposição de emprego público para cargo público. Desocupação dos cargos pelos não estáveis e retorno dos estáveis aos empregos de origem. Impossibilidade. Desinteresse da Administração nesse sentido. Responsabilização dos juízes pelas contratações. Inexistência. Litispendência. Inocorrência. Prescrição quinquenal. Não configuração. AC 504468-PB ..... 166

Ct e Adm Suposta prática de preços predatórios na venda de medicamentos por farmácias e drogarias. Livre concorrência. Falta de dados suficientes para comprovar a ilicitude da conduta dos apelados. Inexistência de cerceamento de defesa. AC 507643-PE ...202