

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

JURISDIÇÃO

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

Número 92 - Julho/Agosto - 2011

R. TRF 5ª Região, nº 92, p. 1-364, Julho/Agosto - 2011

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

**Diretor da Revista
DESEMBARGADOR FEDERAL
FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS**

Repositório de jurisprudência – versão eletrônica – credenciado pelo
Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob o nº 70
(Portaria nº 05/2010, *DJe* de 13/04/2010, pág. 4173)

Administração

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Cais do Apolo, s/nº - Bairro do Recife
CEP 50030-908 - Recife - Pernambuco

GABINETE DA REVISTA:

Diretor

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS

Supervisão de Coordenação de Gabinete e Base de Dados
MARIA CAROLINA PRIORI BARBOSA

Supervisão de Pesquisa, Coleta, Revisão e Publicação
NIVALDO DA COSTA VASCO FILHO

Apoio Técnico

ARIVALDO FERREIRA SIEBRA JÚNIOR
ELIZABETH LINS MOURA ALVES DE CARVALHO

Diagramação

GABINETE DA REVISTA

Endereço eletrônico: www.trf5.jus.br

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

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

Bimestral, a partir do volume nº 73.

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

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

CDU 34(05)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Desembargador Federal

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - 17.05.01

Presidente

Desembargador Federal

ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA - 05.05.08

Vice-Presidente

Desembargador Federal

VLADIMIR SOUZA CARVALHO - 27.02.08

Corregedor

Desembargador Federal

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES - 30.03.89

Desembargador Federal

JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA - 29.04.92

Desembargador Federal

FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS - 13.03.96

Coordenador dos Juizados Especiais Federais

Desembargadora Federal

MARGARIDA CANTARELLI - 09.12.99

Desembargador Federal

FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI - 03.07.00

Desembargador Federal

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - 03.07.00

Desembargador Federal

PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA - 19.09.01

Desembargador Federal
FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS - 15.08.03
Diretor da Revista

Desembargador Federal
MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS - 03.12.03

Desembargador Federal
MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - 08.08.07
Diretor da Escola de Magistratura Federal

Desembargador Federal
FRANCISCO BARROS DIAS - 12.01.09

Desembargador Federal
EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR - 21.07.10

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)

Presidente: Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE O. LIMA
Vice-Presidente: Desembargador Federal ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Corregedor: Desembargador Federal VLADIMIR DE SOUZA CARVALHO

PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)

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

SEGUNDA TURMA (terças-feiras)

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

TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)

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

QUARTA TURMA (terças-feiras)

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

SUMÁRIO

I - Jurisprudência 13

II - Índice Sistemático 353

III - Índice Analítico 357

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 111.911-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EMILIANO ZAPATA LEITÃO (CONVOCADO)
Agravante: UNIÃO
Agravados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE
Partes R: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA, ESTADO DE SERGIPE, ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE - ADEMA, MUNICÍPIO DE ARACAJU (SE), EMSURB - EMPRESA MUNICIPAL DE SERVIÇOS URBANOS, MUNICÍPIO DE SÃO CRISTÓVÃO (SE), MUNICÍPIO DE NOSSA SENHORA DO SOCORRO (SE) E TORRE EMPREENDIMENTOS RURAL E CONSTRUÇÃO LTDA.
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL 5ª REGIÃO

EMENTA: AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSPENSÃO DAS OBRAS DE AMPLIAÇÃO DE AEROPORTO. ALEGAÇÃO DE RISCO DE ACIDENTES AÉREOS RESULTANTE DA COLISÃO DE AERONAVES COM PÁSSAROS. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. DESPROPORÇÃO ENTRE A MEDIDA ADOTADA E OS PREJUÍZOS SUPOSTOS PELA COLETIVIDADE. AGTR PROVIDO.

- Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União contra decisão que deferiu pedido de antecipação de tutela em sede ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público Estadual, em regime de litisconsórcio, determinando a suspensão das obras de ampliação do Aeroporto Santa Maria, localizado no Município de Aracaju/SE, pelo prazo de 6 (seis) meses ou até que seja divulgado o Estudo de Impacto Ambiental determinado naquele feito.

- Da análise minuciosa dos argumentos exposto na decisão agravada, verifica-se não proceder a premissa de que a realização de obras de ampliação do Aeroporto Santa Maria tenha relação direta com o incremento do risco de acidentes aéreos resultante da colisão de aeronaves com pássaros que habitam os lixões da capital sergipana. Se realmente há esse risco e se algum fator eleva a probabilidade de sua concretização, seria isso decorrência do número de aeronaves que aterrissam e decolam diariamente no local e da quantidade de aves que habitam na vizinhança do aeroporto.

- Daí porque, se o objetivo era impedir o crescimento do risco de colisão com pássaros, as medidas adequadas à solução do problema seriam, por um lado, impedir ou limitar o aumento do número de autorizações de vôo, por outro, determinar aos responsáveis o emprego de meios para mitigar ou impedir a interferência dessas aves no trajeto das aeronaves.

- A simples leitura da decisão agravada permite concluir que a suspensão das obras de ampliação do Aeroporto Santa Maria fundamentou-se, apenas, na mera suposição de que a ampliação daquela unidade aeroportuária incrementaria o risco de acidentes aéreos em caso de colisão de aeronaves com os urubus que frequentam o “lixão do Bairro Santa Maria (Terra Dura)”. Inexiste na decisão agravada referência a elementos concretos (dados estatísticos, estudos científicos, pareceres de órgãos encarregados do gerenciamento de risco à aviação civil, dentre outros) capazes de atestar a presença de considerável risco de acidente aéreo provocado por pássaros. Sequer se tem notícia de incidentes dessa natureza no Aeroporto de Aracaju.

- Por outro lado, ainda que se desconsiderasse a ineficácia da medida de suspensão dessas obras

em tema de prevenção de acidentes, já que, como dito, inexistente relação entre as obras de ampliação e o risco de imprevistos aéreos, revela-se desproporcional o ônus imposto pela decisão, tendo em vista os prejuízos das mais diversas ordens causados à coletividade, em decorrência do atraso provocado na modernização do único aeródromo de grande porte do Estado de Sergipe, bem como o atraso no desenvolvimento da região e os danos provocados à economia do Estado. Dessa forma, nada impede a continuidade das obras durante o decurso do prazo para elaboração do Estudo de Impacto Ambiental, cuja conclusão não seria, ademais, por si só, suficiente para resolver o problema.
- Agravo de instrumento provido, para determinar a continuidade das obras de ampliação do Aeroporto Santa Maria, em Aracaju/SE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGTR 111911-SE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 9 de junho de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL EMILIANO ZAPATA LEITÃO -
Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EMILIANO ZAPATA LEITÃO (Convocado):

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União contra decisão que deferiu pedido de antecipação de tutela em sede ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público Estadual, em regime de litisconsórcio, determi-

nando a suspensão das obras de ampliação do Aeroporto Santa Maria, localizado no Município de Aracaju/SE, pelo prazo de 6 (seis) meses ou até que seja divulgado o Estudo de Impacto Ambiental determinado naquele feito.

2. A referida ação civil pública, segundo a agravante, fora ajuizada pelo MPF e pelo MPE/SE com o objetivo de verem encerradas as atividades nos depósitos de lixo existentes nos Municípios de Nossa Senhora do Socorro e São Cristóvão, situados em um raio de 20 km do Aeroporto de Aracaju, bem como a recuperação da área degradada, a realização de consórcio entre as municipalidades envolvidas, a proibição de criação de depósitos de lixo em áreas não licenciadas para tal fim, além de indenização por danos morais e matérias causados à coletividade.

3. Sustenta a União a nulidade da decisão recorrida, em razão de terem sido extrapolados os limites objetivos da lide, partindo do pressuposto de que os autores não pleitearam a paralisação das obras de ampliação do Aeroporto Santa Maria, fato este reconhecido pelo próprio Magistrado em sua decisão. Defende igualmente a nulidade da decisão agravada por desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa por não lhe ter sido concedida a oportunidade de apresentar alegações sobre o pedido de paralisação das obras do aeroporto em questão. Aduz que a paralisação das obras de ampliação daquela unidade aeroportuária resultará em graves prejuízos para a coletividade, dadas as atuais exigências de aumento do número de pousos e decolagens, em breve incrementado em virtude da realização de jogos da Copa do Mundo 2014 no vizinho Estado da Bahia. Assevera que a suspensão das obras fere os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando incalculáveis os prejuízos causados à economia, à segurança e, até mesmo, à saúde da população, com o único objetivo de compelir os entes públicos a apressarem a transferência do “lixão terra dura” para local adequado. Alega que, não olvidando os riscos representados por aves existentes nas imediações de aeroportos, as estatísticas apresentadas em sua contestação comprovam serem mínimas as probabilidades de acidentes fatais em decorrência do denominado perigo aviário, não constituindo esse risco motivo suficiente para afetação das atividades aero-portuárias, notadamente para se determinar a suspen-

são de obras internas dos aeroportos. Por fim, aponta pesquisa cujos resultados estão disponíveis no sítio do Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos - CENIPA demonstrando a inexistência de acidentes aéreos provocados por aves no período de 2000 a 2009.

4. Às fls. 106/109 consta decisão de minha lavra em que deferi o pedido de efeito suspensivo para sobrestar os efeitos da decisão agravada, na parte em que determina a suspensão das obras de ampliação do Aeroporto Santa Maria, em Aracaju/SE.

5. As contrarrazões foram apresentadas às fls. 113/119.

6. É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EMILIANO ZAPATA LEITÃO (Relator Convocado):

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União contra decisão que deferiu pedido de antecipação de tutela em sede de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público Estadual, em regime de litisconsórcio, determinando a suspensão das obras de ampliação do Aeroporto Santa Maria, localizado no Município de Aracaju/SE, pelo prazo de 6 (seis) meses ou até que seja divulgado o Estudo de Impacto Ambiental determinado naquele feito.

2. A decisão recorrida, no que tange à discussão travada no presente agravo de instrumento, não extrapola os limites do pedido formulado na inicial da ação civil pública nem concede providência diversa da solicitada. A diferença na hipótese sob exame é, a meu sentir, apenas de grau, consistindo a suspensão das obras de ampliação do aeroporto, na visão do insigne magistrado de Primeiro Grau, mecanismo apto a evitar o aumento do número de voos e, com isso, a elevação do risco de acidentes aéreos. Nesse passo, uma vez solicitada a suspensão integral das atividades aeroportuárias propriamente ditas, o obstáculo imposto ao crescimento dessas atividades se comporta nos limites da pretensão inicial.

3. Não há evidência nos autos de que a ausência de oitiva da União, no momento imediatamente anterior à concessão da limi-

nar, tenha causado prejuízos à sua defesa, tampouco que esse fato, por si só, implique violação do contraditório e da ampla defesa, haja vista sua efetiva participação nas fases anteriores do processo, inclusive com o oferecimento de contestação (fls. 72/85).

4. A partir de uma análise minuciosa dos argumentos expostos na decisão agravada, tenho como não correta a premissa de que a realização de obras de ampliação do Aeroporto Santa Maria tenha relação direta com o incremento do risco de acidentes aéreos resultante da colisão de aeronaves com pássaros que habitam os lixões da capital sergipana. Se realmente há esse risco e se algum fator eleva a probabilidade de sua concretização, seria isso decorrência do número de aeronaves que aterrisam e decolam diariamente no local e da quantidade de aves que habitam na vizinhança do aeroporto.

5. Daí porque, se o objetivo era impedir o crescimento do risco de colisão com pássaros, as medidas adequadas à solução do problema seriam, por um lado, impedir ou limitar o aumento do número de autorizações de voo e, por outro, determinar aos responsáveis o emprego de meios para mitigar ou impedir a interferência dessas aves no trajeto das aeronaves.

6. A simples leitura da decisão agravada permite concluir que a suspensão das obras de ampliação do Aeroporto Santa Maria fundamentou-se, apenas, na mera suposição de que a ampliação daquela unidade aeroportuária incrementaria o risco de acidentes aéreos em caso de colisão de aeronaves com os urubus que frequentam o “lixão do Bairro Santa Maria (Terra Dura)”. Inexiste na decisão agravada referência a elementos concretos (dados estatísticos, estudos científicos, pareceres de órgãos encarregados do gerenciamento de risco à aviação civil, dentre outros) capazes de atestar a presença de considerável risco de acidente aéreo provocado por pássaros. Sequer se tem notícia de incidentes dessa natureza no Aeroporto de Aracaju.

7. Por outro lado, ainda que se desconsiderasse a ineficácia da medida de suspensão dessas obras em tema de prevenção de acidentes, já que, como dito, inexistente relação entre as obras de ampliação e o risco de imprevistos aéreos, revela-se desproporcional o ônus imposto pela decisão, tendo em vista os prejuízos

das mais diversas ordens causados à coletividade, em decorrência do atraso provocado na modernização do único aeródromo de grande porte do Estado de Sergipe, bem como o atraso no desenvolvimento da região e os danos provocados à economia do Estado. A meu ver, nada impede a continuidade das obras durante o decurso do prazo para elaboração do Estudo de Impacto Ambiental, cuja conclusão não seria, ademais, por si só, suficiente para resolver o problema.

8. Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para determinar a continuidade das obras de ampliação do Aeroporto Santa Maria, em Aracaju/SE.

9. É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA Nº 56-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA (PRESIDENTE)
Requerente: MUNICÍPIO DE FORTALEZA (CE)
Requerido: JUÍZO DA 6ª VARA FEDERAL DO CEARÁ
Parte A : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Partes R: UNIÃO, ESTADO DO CEARÁ E MUNICÍPIO DE FORTALEZA (CE)
Autor: MUNICÍPIO DE FORTALEZA (CE)
Advs./Procs.: DRS. MARTONIO MONT. ALVERNE BARRETO LIMA E OUTRO (REQTE.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE SUSPENSÃO (PARCIAL) DE SENTENÇA. HIPÓTESE QUE JUSTIFICARIA, FOSSE O CASO, O USO DOS MEIOS IMPUGNATIVOS CLÁSSICOS, E NÃO O ATUAL, MARCADAMENTE EXTRAORDINÁRIO. INOCORRÊNCIA DE EFETIVA AMEAÇA DE LESÃO À ORDEM, À ECONOMIA, À SEGURANÇA E À SAÚDE PÚBLICAS. IMPROVIMENTO DO AGRAVO INOMINADO.

- É sabido que não se faz, no exíguo espaço deliberativo do pedido de suspensão, uma análise da res in iudicium a partir de seus elementos jurídico-normativos; tal cotejo “técnico” é próprio dos recursos, sendo certo que ambos os meios de impugnação não se confundem entre si, senão que ocupam espaços cognitivos bastante díspares.

- Deixa-se para o expediente presente a aferição da conveniência e da oportunidade na manutenção dos efeitos da decisão impugnada mesmo antes de seu trânsito em julgado; trata-se de medida extrema, que somente pode ser adotada em casos raros, nos quais a contracautela político-administrativa efetivamente se justifique – hipótese que não é a dos autos, ainda quando

viceje fundada dúvida quanto ao acerto do decisório que se combate.

- Agravo inominado improvido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 15 de junho de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator Presidente

RELATÓRIO

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

Cuida-se de “Pedido de Suspensão da Execução de Parte da Sentença” exarada pelo Juízo da 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Ceará, que, nos autos da Ação Civil Pública tombada naquele juízo sob nº 2006.81.00.002012-4, proferiu comando nos seguintes termos (fls. 47 e 48):

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido para determinar à União, ao Estado do Ceará, ao Município de Fortaleza a adoção de medidas atinentes à solução definitiva para a problemática da fila de espera das cirurgias eletivas ortopédicas de alta complexidade, a ser realizada nos seguintes parâmetros temporais, todos contados a partir da intimação desta sentença:

- 1) no prazo de 3 (três) meses, deverão quantificar, em cadastro unificado, a fila das cirurgias eletivas ortopédicas de alta complexidade, a qual deverá ser indexada por nome do paciente, pelo tempo de espera e pelo procedimento cirúrgico;
- 2) no prazo de 12 (doze) meses, a fila consolidada deverá ser reduzida em 10% (dez por cento);

3) no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, a fila consolidada deverá ser reduzida em 50% do total apurado segundo o item 1 deste dispositivo;

4) no prazo de 36 (trinta e seis) meses, a fila consolidada deverá ser reduzida em 90% do total apurado segundo o item 1 deste dispositivo;

5) no prazo de 36 (trinta e seis) meses, o tempo máximo de espera na fila para cirurgia ortopédica de alta complexidade deverá corresponder a três meses.

No caso de eventual descumprimento de qualquer dos prazos estabelecidos, comino, para cada um dos entes federativos (União, Estado e Município), multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser revertida na forma do art. 13 da Lei nº 7.437/85.

Decorridos vinte dias de atraso em relação a cada um dos prazos estabelecidos, fixo, para cada um dos entes federativos promovidos, a proibição de veiculação de propagandas institucionais até a adequação da fila aos limites estabelecidos nesta sentença. Adicionalmente, decorridos trinta dias de atraso em relação a qualquer dos prazos estabelecidos, comino a vedação à realização de festas e shows por qualquer dos entes federativos promovidos enquanto não adequada a fila aos limites estabelecidos nesta sentença.

Por fim, determino à UFC que preste auxílio, por meio do HUWC, aos entes federativos (União, Estado e Município), disponibilizando instalações físicas e equipe técnica para os fins desta sentença, na medida dos recursos a ele repassados pelos referidos entes políticos.

Sem custas. Sem honorários.

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

Mais que isso, é relevante gizar que a mesma sentença fez questão de assinalar a sua “eficácia imediata”, a despeito de este TRF haver negado, no AGTR 70590-CE, a antecipação de tutela que o MPF (autor da ação civil pública) almejava; transcrevo o trecho correspondente (fl. 47):

Por fim, destaco que a presente sentença tem eficácia imediata, na medida em que eventual recurso de apelação será recebido, em regra, somente no efeito devolutivo. As-

sim, conclui-se que a execução desta sentença deve ocorrer em ato contínuo à intimação das partes, ressalvada a hipótese de atribuição de efeito suspensivo pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região (art. 14, LACP).

A insurgência do instante, aparentemente não desejosa de entrar “no mérito do acerto ou desacerto da decisão”, aventura argumentos no sentido de “combater os efeitos nocivos, ilógicos e inconstitucionais das sanções cominadas para o caso de descumprimento” (fl. 04).

Assim, o requerente esgrime que não pretende se esquivar de cumprir o “seu dever de organização da fila de cirurgia, no âmbito de sua circunscrição”, mas ataca a multa de R\$ 10 mil, porque não se disse a que fundo ela reverteria, sendo certo que a manutenção da referida punição apenas retiraria recursos do “Ministério da Saúde, da Secretaria Estadual de Saúde ou da Secretaria Municipal de Saúde”, donde a ilogicidade (fls. 04 e 05): multar para preservar a saúde, prejudicando-a mais ainda.

Ataca, depois, a proibição de veiculação de propagandas institucionais (fls. 05 e 06) e a proibição de realização de festas e shows “pela União, Estado e Prefeitura, em caso de atraso nos prazos fixados no dispositivo” (fl. 07), destacando até mesmo – como comparação – o quanto este TRF investe em comunicação; discorreu, ademais, que a transferência de recursos (de uma área para outra da administração) é afeta apenas ao Congresso Nacional, às Assembleias e às Câmaras – não ao Poder Judiciário (fl. 08).

Foram trazidos, alfim, dados sobre o próprio município de Fortaleza (fls. 08 e 09), tudo a bem assoalhar a pretensão formulada: “para evitar grave lesão à ordem pública e ao interesse público”, postula-se o deferimento do presente pedido, até o trânsito em julgado, para que seja determinada a suspensão de parte dos efeitos da sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 0002012-48-2006.04.05.8100 da 6ª Vara Federal da SJ/CE, no que concerne às sanções impostas ao Município, sobretudo da proibição de veiculação de propagandas institucionais e da realização festas e shows, que concretizam também o direito constitucional ao lazer e à cultura” (fl. 09).

Com a inicial, documentos colacionados (fls. 10 e ss.).

A suspensão foi negada às fls. 74 e ss., e daí, então, o manejo de agravo pelo município de Fortaleza.

Nele, a edilidade sustenta que o pedido de suspensão que interpusera não teria invadido o espaço cognitivo próprio da apelação (a qual diz já haver manejado); no mais, reiterou os argumentos antes espostos, verberando as dificuldades por que passa a saúde pública nordestina (no geral), e de Fortaleza (em particular), destacando os seus esforços e avanços nesta área; sustenta que a sentença teria se imiscuído em agir afetado a outros poderes estatais; alfim, sublinha que o inconformismo *sub examine* não tem pertinência apenas com o desejo de liberar a “realização de eventos”, mas com o propósito de garantir a realização de despesas públicas em outras áreas “que contam com bem menos recursos do que a saúde” (fl. 84).

Com vistas dos autos, a douta Procuradoria Regional da República ofereceu parecer pugnando pelo provimento do recurso, mormente porque, sendo a União ilegítima para a ação, faleceria competência à Justiça Federal para dirimi-la (fls. 86 e ss.).

É o relatório.

VOTO

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

O agravo é – sem dúvida – peça bem urdida, arrazoado bem feito; sustenta – nos limites inerentes a qualquer construção retórica – tudo o que precisava defender: recurso é remédio inconfundível com pedido de suspensão; e que, na hipótese, não se houve por confundi-los entre si.

Apesar de reconhecer a qualidade literária do texto, sua tenacidade jurídica, não vejo como pudesse dizer que, no caso dos autos, o discurso do município tivesse demonstrado que os objetos do apelo e do pedido de suspensão fossem ontologicamente diversos. Ou seja: ainda quando, na teoria, tenha sido dito da diferença entre ambos, na prática não se logrou demonstrá-lo – porque a tarefa não tinha mesmo como ser realizada.

Algumas informações relevantes para esta assertiva: **a)** a decisão impugnada, que antecipou os efeitos da tutela, anteviu a possibilidade de efeito suspensivo – em sede recursal – a ser proferido pelo TRF, mencionando até precedente do STJ neste sentido (fl. 47); no mais, **b)** deu prazos para que os entes federados realizassem certos atos, mas o primeiro deles – de 3 meses – foi estabelecido apenas para que certa lista fosse elaborada, o que não é algo exatamente irrealizável (é de se convir); e, até o segundo (de um ano, para que a fila de procedimentos complexos seja reduzida de 10%), **c)** é mais que provável que o Regional tenha, em sede recursal, deliberado sobre a suspensão almejada.

É sabido e consabido que não se faz, no exíguo espaço deliberativo do Pedido de Suspensão, uma análise da causa a partir de seus elementos jurídico-normativos (como aventurou fazer a douta Procuradoria Regional da República, *data maxima venia*, defendendo até mesmo a incompetência da Justiça Federal para dirimir a controvérsia); disse-o o próprio requerente como, aliás, já fiz referência.

Tal cotejo “técnico” é próprio dos recursos, parecendo indubitoso que ambos os meios de impugnação não se confundem entre si, senão que ocupam espaços cognitivos bastante díspares¹.

Deixa-se, para o expediente presente, a aferição da conveniência na manutenção dos efeitos da decisão impugnada mesmo antes de seu trânsito em julgado; trata-se de medida extrema, que somente pode ser adotada em casos raros nos quais a contracautela político-administrativa efetivamente se justifique – algo bem longe da hipótese dos autos.

Com efeito, nada obstante o esforço do requerente em demonstrar sua intenção de não discorrer acerca do mérito da causa, o fato é que todas as razões que alinhavou lhe são alusivas (refiro-me ao *meritum causae*), porque, daquilo quanto mencionado, não houve nada – repito: nada – que rendesse mínimo temor à

¹ Um último detalhe: continua sendo curioso que o município tenha invocado até mesmo a necessidade de manutenção de shows como lastro justificador do Pedido de Suspensão, em tudo orientado à finalidade diversa do que lhes preservar a ocorrência.

ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas (valores tuteláveis através do meio de impugnação cotejado), mas apenas à impropriedade técnica da sentença – já atacada por apelo, segundo se disse.

Assim, com fundamento nas disposições encartadas na Lei nº 9.494/97, Art. 1º⁽²⁾; Lei 8437/92, Art. 4º⁽³⁾; Lei nº 7.347/85, Art. 12, § 1º⁽⁴⁾; e Art. 228 do Regimento Interno desta Casa⁵, não tenho a hipótese como sendo justificadora da contracautela.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo inominado.

É como voto.

² Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

³ Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

⁴ Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

§ 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.

⁵ Art. 228. Poderá o Presidente do Tribunal, suspender, em decisão fundamentada, a execução de liminar deferida nas ações de natureza cautelar, nas ações populares e nas ações civis públicas, movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público Federal, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (art. 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992).

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 2.642-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ (CONVOCADO)
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelado: WILLIAMS & CIA. LTDA.
Advs./Procs.: DRS. GABRIEL TEIXEIRA DE OLIVEIRA JÚNIOR E OUTRO (APDO.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. LEGITIMIDADE ATIVA. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO FRUSTRADO. AVARIA NO DESCARREGAMENTO DE EQUIPAMENTO IMPORTADO. RESPONSABILIDADE DA TRANSPORTADORA. INCUMBÊNCIA PELO PAGAMENTO PROPORCIONAL DO REFERIDO IMPOSTO DO QUE NÃO RESTOU AVARIADO. ART. 60, PARÁGRAFO ÚNICO, DO DL Nº 37/66. PRECEDENTES DO STJ E DOS TRF'S.

- Apelação contra sentença que julgou procedente pedido para decretar a nulidade do débito fiscal do processo administrativo indicado, referente ao pagamento do Imposto de Importação frustrado ante a avaria no descarregamento de equipamento importado.

- Para desconstituir a imputação do tributo, não se faz mister indicar quem poderia ser responsável pela exação. Não se pode forçar litisconsórcio ativo – ninguém é obrigado a litigar em Juízo – e o importador não pode remanescer em polo passivo que é próprio, na hipótese, da entidade tributante. Desnecessidade de manifestação abrangente da situação, in casu, do importador nem da seguradora.

- O Fisco Federal considerou a autora responsável pela avaria em equipamento importado, fato ocorrido por ocasião do desembarque da mercadoria no Porto do Recife. Em consequência, com base no art. 22, III, do Decreto nº 63.431/68,

imputou-lhe responsável pelo Imposto de Importação que teria sido frustrado.

- O parágrafo único do art. 60 do DL nº 37/66 é claro o estatuir que “o dano ou avaria e o extravio serão apurados em processo, na forma e condições que prescrever o regulamento, cabendo ao responsável, assim reconhecido pela autoridade aduaneira, indenizar a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência, deixarem de ser recolhidos”.

- A avaria ou o extravio do bem não pode modificar os critérios legais de tributação, à qual se obrigou o transportador quando admitiu sob seus cuidados o bem que pereceu ou faltou, tendo surgido a obrigação tributária, como consequência do dano a favor do Erário.

- A questão aqui é puramente tributária, não se podendo cogitar, para fins da incidência do imposto de importação, de quem é a responsabilidade para verificação de indenização civil, como pretende a autora/recorrente.

- Eventual direito regressivo deve ser resolvido em ação própria, não elidindo a responsabilidade da transportadora e sua representante perante o Fisco brasileiro. É irrelevante, portanto, a prova testemunhal requerida pela autora, pois este meio de prova em nada interfere na aferição da sua responsabilidade perante o Fisco.

- Responsabilidade da Transportadora autora pela avaria por ocasião do descarregamento da mercadoria, cabendo-lhe, conseqüentemente, a incumbência pelo pagamento do Imposto de Importação frustrado, no percentual do que não restou avariado.

- Apelação e remessa oficial providas.

ACÓRDÃO

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa

oficial, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 14 de julho de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ (Convocado):

Cuida-se de apelação interposta contra sentença que julgou procedente pedido para decretar a nulidade do débito fiscal do processo administrativo indicado, referente ao pagamento do Imposto de Importação (II) frustrado ante a avaria no descarregamento de equipamento importado.

Na apelação, a recorrente alega que:

a) se a avaria – por ocasião do desembarque da mercadoria – resultou exclusivamente da fragilidade da embalagem, tal argumento esbarra no fato de que a mesma mercadoria com essa mesma embalagem foi embarcada sem nenhum problema. No transporte não ocorreu nenhum incidente também em relação à embalagem;

b) a vistoria afirmou ser a embalagem fragilíssima. Tal declaração foi prestada por estivador, controlista e guincheiro, os quais não têm conhecimento técnico para atestar que a embalagem era fragilíssima, pois se assim fosse, não teria sido feito o desembarque;

c) ocorreu, na verdade, falha na descarga da embalagem, devido ao toque da mercadoria na amurada do navio, desequilibrando-a e resultando na sua queda;

d) há exame pericial de engenheiro que atesta não ter sido a embalagem a causa do acidente;

e) a empresa CEBEC deve continuar na parte ativa da lide para responder solidariamente perante o tributo;

f) os honorários advocatícios não de ser diminuídos para o patamar de 5% sobre o valor da causa.

Por fim, postula o provimento do apelo, a fim de que seja julgado improcedente o pleito formulado na exordial.

Sem contrarrazões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ (Relator Convocado):

Não obstante os basilados argumentos desenvolvidos pelo ilustre Juiz singular, em sua r. sentença às fls. 639/647, a demanda merece outro desfecho.

Inicialmente, quanto à preliminar de legitimidade ativa, não vejo como modificar os fundamentos elencados pelo douto Juiz monocrático, *verbis*:

Para desconstituir a imputação do tributo à demandante, não se faz mister indicar quem poderia ser responsável pela exação. Não se pode forçar litisconsórcio ativo – ninguém é obrigado a litigar em Juízo – e o importador não pode remanescer em polo passivo que é próprio, no caso, da entidade tributante. Não há, destarte, necessidade de manifestação abrangente da situação, *in casu*, do importador, nem, muito menos, da seguradora (quando está em discussão a situação de alegado contribuinte sem reflexo regressivo na relação securitária).

Ademais, o INSTITUTO DE RESSEGUROS DO BRASIL-IRB nega, e não se demonstrou, seja representante da SUN INSURANCE COMPANNY.

Excluo da relação processual, portanto, a CEBEC S/A - ENGENHARIA E INDÚSTRIA e o INSTITUTO DE RESSEGUROS DO BRASIL - IRB.

Quanto ao mérito, vejamos o que dizia a legislação à época do ocorrido.

DL nº 37/66:

Art.60 - Considerar-se-á, para efeitos fiscais:

I - dano ou avaria – qualquer prejuízo que sofrer a mercadoria ou seu envoltório;

II - extravio – toda e qualquer falta de mercadoria.

Parágrafo único. O dano ou avaria e o extravio serão apu-

rados em processo, na forma e condições que prescrever o regulamento, cabendo **ao responsável**, assim reconhecido pela autoridade aduaneira, indenizar a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência, deixarem de ser recolhidos. (Destaquei)

A questão aqui é puramente tributária, não se podendo cogitar, para fins da incidência do imposto de importação, de quem é a responsabilidade para verificação de indenização civil, como pretende a autora/recorrente.

A propósito, confira-se a jurisprudência sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. EXTRAVIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS DESTINADAS À ZONA FRANCA DE MANAUS. ISENÇÃO NÃO COMPROVADA.

1. O Decreto-Lei 37, de 18/11/1966, no art. 60, parágrafo único, estabelece que, no caso de avaria ou extravio, o tributo incidente na operação passa a ser devido pelo responsável pelo dano, avaria ou extravio.

2. (...)

5. Apelação e remessa oficial a que se dá provimento. (TRF 1ª R., AC 200201000354885, Relª Desª Fed. MARIA DO CARMO CARDOSO, DJ 18/12/2009)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. MERCADORIAS IMPORTADAS POR EMPRESAS SEDIADAS NA ZONA FRANCA DE MANAUS. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE OPERAÇÃO ACOBERTADA POR REGIME DE BENEFÍCIO FISCAL (ISENÇÃO). AVARIA E EXTRAVIO DE MERCADORIAS. RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA CDA NÃO ILIDIDA.

1 - O responsável por dano ou extravio de mercadorias somente será compelido a indenizar a União Federal (Fazenda Nacional) pelos tributos que ela deixar de receber em razão da avaria ou da falta da mercadoria (art. 60, DL nº 37, de 18/11/1966)

2 - (...)

5 - Apelação da União Federal (Fazenda Nacional) e remessa oficial providas. (TRF 1ª R., AC 199732000044253, Rel. Juiz Fed. FRANCISCO RENATO CODEVILA PINHEIRO FILHO (CONV.), DJ 28/08/2009)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. MERCADORIA AVARIADA OU EM FALTA. IMPORTAÇÃO IMUNE. TRANSPORTADOR.

1. A avaria ou falta de mercadoria importada traduz responsabilidade do transportador perante a Fazenda Nacional pelo pagamento do Imposto de Importação que ela deixou de receber. Sendo, no entanto, a importação imune, exclui-se a responsabilização, pois não há, neste caso, qualquer prejuízo a reparar.

2. Apelação e remessa improvidas. (TRF 1ª R., AC 9301156326, Rel. Juiz FERNANDO GONÇALVES, DJ 21/10/1993)

ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. AVARIA DE MERCADORIA IMPORTADA ANTES DA SUA ENTREGA AO DESTINATÁRIO. RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR PERANTE O CONTRATANTE E O FISCO BRASILEIRO. ART. 41 DO DECRETO-LEI 37/66. ART. 3º, 8º, 11, 12 E 13 DA LEI 9.611/98. DIREITO DO TRANSPORTADOR DE EVENTUALIZAÇÃO REGRESSIVA CONTRA TERCEIROS.

- Remessa oficial e apelação contra sentença que julgou procedente o pedido para reconhecer a nulidade do Procedimento Administrativo 11128-005.150/2001-89 em face da ilegitimidade das P&O NEDLLOYD B. V. e P&O NEDLLOYD DO BRASIL NAVEGAÇÃO S.A. para se obrigar pelo débito fiscal nele apurado.

- Agravo retido que não se conhece, tendo em vista que o recorrido, em sede de contrarrazões, manifestou desistência quanto à produção de prova oral.

- A responsabilidade pelo recolhimento do Imposto de Importação sobre mercadoria extraviada ou avariada durante o transporte se resolve nos termos dos art. 1º, § 2º; 39; 41; e 60, II, do Decreto-Lei 37/66. Por previsão do art. 41 do Decreto-Lei 37/66, a responsabilidade pelo recolhimento do Imposto de Importação, no caso de mercadoria extraviada ou avariada, é do transportador.

- O termo de vistoria apontou que no Conhecimento de Transporte Master (*Bill of Lading Master*) não constava quais as temperaturas máximas e mínimas a que o produto poderia ficar exposto. O laudo de fls. 96/99 apontou que a mercadoria em questão (resina – *mold compound*) restou totalmente avariada em razão da elevação acima das tem-

peraturas recomendadas para o seu acondicionamento, principalmente entre os dias 18 e 21 de junho de 2001, quando o *container* já se encontrava no Porto de Santos.

- A responsabilidade pelo fato deve ser atribuída ao transportador, uma vez que ocorreu antes da entrega da mercadoria ao destinatário. Dispõe o art. 3º e 8º da Lei 9.611/98, que regula o transporte multimodal, que o transporte compreende os atos que vão da coleta da carga até a sua entrega ao destinatário. Esta responsabilidade do transportador é reforçada pelos art. 11, 12 e 13 da citada lei, que não fica afastada no caso de atos praticados por empregados, agentes, prepostos ou terceiros contratados ou subcontratados, cabendo-lhe apenas agir regressivamente contra eles. Em sendo constatada a avaria do produto antes de sua entrega ao destinatário, não há dúvida da responsabilidade do transportador, perante o contratante e também perante o Fisco, no tocante aos impostos incidentes sobre a importação.

- Devem ser responsabilizadas a P&O NEDLLOYD B.V. como transportadora e a P&O NEDLLOYD DO BRASIL NAVEGAÇÃO LTDA. como sua representante no Brasil (instrumento de representação encartado nos autos), nos termos do inciso II do parágrafo único do art. 32 do Decreto-Lei 37/66. Eventual direito regressivo por ação ou omissão de terceiros, inclusive da depositária, deve ser resolvida em ação própria, não elidindo a responsabilidade da transportadora e sua representante perante o Fisco brasileiro. Daí a irrelevância da prova testemunhal, requerida pelos autores, ora apelados, visto que este meio de prova em nada interfere na aferição da sua responsabilidade perante o Fisco, conforme fundamentos supra.

- Remessa oficial e apelação providas para julgar improcedente o pedido, condenando os autores ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 5% do valor atualizado da causa. (TRF 3ª R., APELREEX 1161360, Rel. Juiz RUBENS CALIXTO, DJ 25/02/2011)

TRIBUTÁRIO. ADUANEIRO. ANULATÓRIA DE DÉBITO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. MULTA. EXTRAVIO DE MERCADORIA. RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INOCORRÊNCIA.

1. Discute-se o direito à anulação de débito fiscal, consistente na exigência do imposto e respectiva multa, sobre

bens extraviados.

2. No caso de extravio (falta de mercadoria), a lei impõe ao transportador ou ao depositário, enquanto a mercadoria não for despachada para consumo, a responsabilidade pelo pagamento dos impostos (31, inciso I, do Decreto nº 37/66, c.c. art. 478 do Decreto 91.030/85). Dessa forma, a falta de mercadoria ou o seu dano, não excluem tais obrigados do pagamento dos tributos, quando não ingressem no território aduaneiro.

3. A autora se postou como responsável tributária, ao admitir o transporte dos bens, substituindo o sujeito passivo da obrigação tributária e assumindo a condição de contribuinte.

4. Na hipótese, não há como se atribuir a responsabilidade ao depositário (CODESP ou ao Terminal Retro-Portuário - TRA "Columbia"), tendo em vista que houve a recusa da transportadora à assinatura da "Guia de Movimentação de Contêiner" (fl. 98), constando do "Termo de Vistoria Aduaneira", os indícios de avaria (falta) na mercadoria importada.

5. Em que pesem os argumentos enfocados pela autora na inicial e no recurso apresentado, sequer fez prova de eventuais ressalvas, especificamente quanto à diferença do peso apontada, por ocasião da entrega do contêiner, ao contrário da apresentada pelo depositário do bem (fls. 80 e 98) ao recebê-la na descarga.

6. A avaria ou o extravio do bem não pode modificar os critérios legais de tributação, à qual se obrigou o depositário quando admitiu sob seus cuidados o bem que pereceu ou faltou, tendo surgido a obrigação tributária, como consequência do dano a favor do Erário.

7. (...)

8. Apelação parcialmente provida. (TRF 3ª R., AC 311325, Relª. Juíza ELIANA MARCELO. DJ21/11/2007)

IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. MERCADORIA AVARIADA. SUJEITO PASSIVO. TRANSPORTADOR.

1. É o transportador o sujeito passivo do imposto de importação incidente sobre a mercadoria importada, tendo em vista a assunção da responsabilidade de transportador o bem, documentalmente.

2. Irrelevante o fato de a mercadoria ter sido transportada por caminhão de outra transportadora.

3. O fato gerador do imposto de importação se dá com a entrada da mercadoria importada em território nacional. A avaria da mercadoria não afasta ocorrência do fato gerador.

(TRF 4ª R., AMS 200070030036965, Relª. Des. Fed. MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, DJ09/07/2003)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. MERCADORIA IMPORTADA FALTANTE. AGENTE MARÍTIMO. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. TRANSPORTADOR. AUSÊNCIA DE RESSALVA. FATO GERADOR. LANÇAMENTO. RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR. ISENÇÃO TRIBUTÁRIA. SUSPENSÃO DO PAGAMENTO DE IMPOSTOS. VERBA HONORÁRIA.

I. O agente marítimo não é considerado contribuinte do imposto de importação devido ao se verificar a falta de mercadorias importadas, quando, na importação de mercadoria, exerce este as suas funções próprias.

II. Comprovada a avaria antes do recebimento da mercadoria pelo depositário, face à ausência de ressalva do transportador quando do desembarque e a ressalva do depositário quando do recebimento, deve ser responsabilizado pela exação o transportador, em obediência aos arts. 60, parágrafo único, do DL nº 37/66 e 478 do Decreto nº 91.030/85.

III. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto de importação no dia do lançamento, em se tratando de mercadoria faltante, nos termos do DL nº 37/66, art. 23, parágrafo único e art. 87, inciso II, alínea c do RA, respondendo o transportador pelo imposto de importação.

IV. A isenção tributária é instituto diverso da suspensão do pagamento de impostos.

V. A verba honorária em favor do agente marítimo deve ser fixada sobre o valor da causa e não sobre o valor do crédito. (TRF 3ª R., AC 300849, Rel. Juiz BAPTISTA PEREIRA, DJ10/10/2001)

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. EXTRAVIO DE MERCADORIA. RESPONSABILIDADE. AGENTE MARÍTIMO. TRANSPORTADOR.

- Não é de responsabilidade do agente marítimo, que simplesmente agencia o transporte, o pagamento de tributo em decorrência de avaria ou falta de mercadorias, sendo

verdadeiro responsável o transportador. (TRF 4ª R., AC 199804010450935, Rel. HERMES SIEDLER DA CONCEIÇÃO JÚNIOR, DJ 25/11/1998)

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. EXTRAVIO DE MERCADORIA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. AGENTE MARÍTIMO. TRANSPORTADOR.

- A responsabilidade pelo pagamento do tributo quando verificada a falta de mercadoria não pode ser imputada ao agente marítimo, que simplesmente agenciou o transporte, e sim ao transportador, verdadeiro responsável pela avaria. (TRF 4ª R., AC 9704512821, Rel. JOSÉ FERNANDO JARDIM DE CAMARGO, DJ 27/05/1998)

Destarte, conclui-se que a responsabilidade pelo pagamento proporcional (percentual do que não restou avariado, *in casu*, 73,53%) do imposto de importação é do transportador, que, na hipótese dos autos, é a autora.

Diante disso, dou provimento à apelação e à remessa oficial, com a inversão dos ônus sucumbenciais.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 5.831-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelada: UNIÃO

EMENTA: CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPROVAÇÃO DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO POR EQUIPAMENTO ELETRÔNICO. ART. 280, § 2º, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. EXCESSO DE VELOCIDADE. RESOLUÇÃO 146/2003 DO CONTRAN. CONSTITUCIONALIDADE. REGULAMENTAÇÃO QUE NÃO IMPLICA OFENSA À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO.
- Tendo sido impugnados no recurso todos os

fundamentos da sentença, inclusive aquele que a apelada considera não questionado pelo apelante, não prospera a preliminar de não conhecimento da apelação.

- A circunstância de constar como fundamento exposto do pedido tão somente a inconstitucionalidade dos artigos 2º e 3º da Resolução 146/03 do CONTRAN não autoriza o juiz, a pretexto de aplicar o princípio da congruência, a omitir-se da análise dos demais fundamentos de fato e de direito levantados na inicial, sendo certo que a causa de pedir da demanda inclui, também, a alegação de inconstitucionalidade do emprego de códigos para identificar elementos essenciais à regularidade da autuação, prevista no art. 1º da Resolução.

- Questão que, a despeito de merecer conhecimento pelo Tribunal, se rejeita, porque a correta exegese do dispositivo regulamentar impugnado é a de que a faculdade de utilização de códigos para identificar o local da infração vale apenas para fins de armazenamento eletrônico da prova da infração, e não para o preenchimento dessa informação no auto lavrado pelo agente público. Entendimento contrário, no sentido de que o auto infracional e a respectiva notificação poderiam prescindir da descrição do local em que ocorreu a infração de trânsito, seria, em tese, inaceitável, e poderia gerar nulidade das multas aplicadas por cerceamento de defesa.

- No caso concreto, não há comprovação de que a Administração tenha utilizado apenas códigos nas notificações de infração, pois as que foram juntadas aos autos permitem identificar facilmente o exato trecho da via onde ocorreu o ato de fiscalização.

- A numeração é a forma usual para identificar o equipamento fotossensor ou vinculá-lo à imagem gerada e, efetivamente, a Resolução impug-

nada (art. 1º, § 2º) não deixa dúvidas de que o registro deve permitir a identificação do veículo e, “no mínimo”, registrar a placa do veículo, de modo que se a fotografia não captar, além da placa, nenhum outro elemento que individualize o veículo fiscalizado, a autuação será insubsistente, nos termos da aludida regulamentação.

- Eventual desrespeito ao devido processo no curso do procedimento sancionador deverá ser objeto de análise casuística, que não se coaduna com os objetivos da ação civil pública.

- A Resolução 146/03 não confere ao auto de infração por excesso de velocidade uma presunção absoluta de legitimidade, pois, entre outras especificações técnicas: a) condiciona a fiscalização eletrônica à prévia aferição dos equipamentos pelo INMETRO, garantindo a precisão dos instrumentos e a credibilidade dos resultados; b) estabelece os parâmetros norteadores da determinação, sinalização e identificação dos pontos fiscalizados pela autoridade de trânsito; c) condiciona a instalação dos equipamentos à realização de estudos técnicos que justifiquem a necessidade de fiscalização no trecho da via escolhido; e d) estabelece que tais relatórios devem ser acessíveis aos administrados.

- Manutenção da sentença recorrida, que não vislumbrou qualquer inconstitucionalidade no disciplinamento do modus operandi dos fotossensores estáticos, consignando que tais instrumentos constituem valioso instrumento da política de trânsito para coibir abusos de motoristas infratores que dirigem em alta velocidade, pondo em perigo a vida dos demais usuários de trânsito e contribuindo para os inaceitáveis índices de mortalidade das estradas brasileiras.

- Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 26 de maio de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Trata-se de reexame necessário e apelação de sentença que julgou improcedente o pedido na ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal em face da União (Conselho Nacional de Trânsito) no intuito de obter declaração de inexigibilidade das multas por excesso de velocidade decorrentes da utilização dos fotossensores estáticos, bem como a apreensão destes equipamentos até ulterior deliberação normativa que assegure a licitude do procedimento fiscalizatório a ser exercido.

A presente ação tem como causa de pedir a inconstitucionalidade da Resolução nº 146/2003 do CONTRAN, que teria conferido ao registro eletrônico da infração por excesso de velocidade o atributo da presunção absoluta de legitimidade, uma vez que inexistem meios de comprovar a efetiva utilização do aparelho como discriminado no auto de infração, implicando ofensa aos princípios administrativos e, sobretudo, da ampla defesa e do contraditório.

O magistrado indeferiu a liminar pleiteada para suspender a cobrança das penalidades impostas a partir do uso dos aludidos instrumentos. Essa decisão desafiou agravo de instrumento a este Tribunal, provido pela egrégia Terceira Turma, nos termos do voto do Desembargador Paulo Gadelha, *“para determinar a suspensão de todas as multas que não contiverem os requisitos mínimos, ou seja, referência expressa sobre o local da infração, e sem utiliza-*

ção de códigos, assim como a data, a hora e a descrição do veículo infrator, enfim, todos os demais requisitos constantes da Resolução 146/2003 do CONTRAN". (Fl. 90)

A União contestou o feito, afirmando que as notificações (da ocorrência da infração e da imposição da penalidade) permitem a perfeita identificação do equipamento que produziu o registro e da via onde ocorreu a infração, possibilitando o exercício do direito de defesa do autuado. Requereu, por isso, a improcedência do pedido ou, caso julgado procedente, que os efeitos da sentença se restrinjam aos limites da competência territorial do órgão prolator, conforme disposto no art. 16 da Lei nº 7.347/85 (fls. 95-105).

Em sua réplica, o *Parquet* Federal argumentou que sendo causa de pedir a inconstitucionalidade da Resolução do CONTRAN cujo cumprimento é obrigatório em todo o território nacional, eventual decisão reconhecendo a insubsistência das multas aplicadas com base nesse ato normativo deve estender-se aos demais estados da federação (fls. 125-142).

Sobreveio sentença de improcedência do pedido (fls. 238-246).

O MPF interpôs a presente apelação pugnando pela reforma do julgado, na qual repetiu os argumentos levantados durante a instrução do processo e acrescentou que a superveniente alteração do texto original do art. 3º da Resolução nº 146 não alterou substancialmente o contexto de desrespeito aos princípios constitucionais invocados (fls. 252-272).

Em suas contrarrazões, a União suscita preliminar de não conhecimento do recurso, por estarem desassociadas suas razões dos fundamentos da sentença. No mérito, defende a manutenção da decisão recorrida.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Egrégia Turma.

A primeira questão que se apresenta é a da legitimidade das partes para figurarem na ação civil pública.

Conquanto o implemento desta condição da ação não tenha sido objeto de discussão no curso do processo, é cediço que as questões de ordem pública, como a legitimidade das partes, podem ser analisadas de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição.

O Supremo Tribunal Federal reconhece a legitimidade do Ministério Público Federal para ajuizar ação civil pública visando à proteção de interesses individuais homogêneos, entendimento plenário firmado por ocasião do julgamento do RE nº 163.231-3/SP (Plenário, unânime, 26.02.97, *DJU* 29.06.01), cuja ementa é a seguinte:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO *PARQUET* PARA DISCUTI-LAS EM JUÍZO.

1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127).

2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III).

3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos.

4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm mesma origem comum (art. 81, III, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos.

4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classes de pessoas.

5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal.

5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e é de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal.

Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação. (Destaquei)

Ademais, o conteúdo desta ação está abrangido pelas funções institucionais do *Parquet*, consoante dicção dos arts. 5º e 6º da Lei Complementar 75/1993, pois sua propositura visa assegurar o respeito aos princípios que norteiam as atividades da administração pública, além do direito de ampla defesa e do contraditório dos usuários de trânsito em face de procedimento fiscalizatório que se considera irregular.

De outro lado, como a pretensão tem por fundamento único a inconstitucionalidade de ato editado por órgão federal no exercício de sua competência exclusiva de regulamentação das normas do

Código de Trânsito Brasileiro, a legitimidade para constar no polo passivo da ação é apenas da União.

A apelada suscita preliminar de não conhecimento do recurso em virtude de não ter sido impugnado um dos fundamentos da sentença, relativo à impossibilidade de apreciação da inconstitucionalidade de dispositivo da Resolução 146/2003 do CONTRAN – no caso o art. 1º, § 2º, que prevê a identificação do local da infração por meio de código – por falta de questionamento da parte autora.

De fato, o julgador monocrático considerou que o princípio da congruência o impediria de analisar a inconstitucionalidade do aludido dispositivo, por entender que assim procedendo excederia os limites do que fora proposto pelo autor.

Data venia, a circunstância de constar como fundamento expresso do pedido tão somente a inconstitucionalidade dos artigos 2º e 3º da Resolução não autoriza a omissão na análise dos demais fundamentos de fato e de direito levantados na inicial, sendo certo que a causa de pedir da demanda inclui, também, a discussão da (in)constitucionalidade do emprego de códigos para identificar elementos essenciais à regularidade da autuação, fato comprovado pela própria ré, que dedicou boa parte de sua contestação à defesa específica da regularidade deste expediente da Administração.

Feito esse esclarecimento, cumpre rejeitar a preliminar, uma vez que o recurso impugnou suficientemente as razões de decidir da sentença, inclusive o fundamento invocado pela apelada.

Assim, presentes também os demais pressupostos de recorribilidade, conheço do apelo.

No mérito, a autora pretende obter declaração de nulidade das multas por excesso de velocidade oriundas da utilização dos fotossensores estáticos, em razão da inconstitucionalidade da Resolução 146/03 do CONTRAN, editada em cumprimento ao disposto no § 2º do art. 280 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), que determina a necessidade de prévia regulamentação da utilização de instrumento ou equipamento hábil para o registro da infração de trânsito, nos seguintes termos:

Art. 280.

(...)

§ 2º A infração deverá ser comprovada por declaração da autoridade ou do agente da autoridade de trânsito, por aparelho eletrônico ou por equipamento audiovisual, reações químicas ou qualquer outro meio tecnologicamente disponível, previamente regulamentado pelo CONTRAN.

(...)

Definindo os requisitos técnicos mínimos para a fiscalização da velocidade de veículos automotores, reboques e semireboques, a Resolução 146/03 dispõe, no *caput* e inciso II do seu art. 1º, que os fotossensores estáticos são os medidores de velocidade instalados em veículo parado ou em suporte apropriado, que acusam a velocidade do veículo ao ultrapassar determinado ponto e lhe captam eletronicamente a imagem, registrando dia e momento da ocorrência.

De ressaltar que, malgrado a denominação formal que lhes foi conferida, tais equipamentos são conhecidos como “radares móveis”, ou, mais popularmente, como “pardais”.

A primeira questão a merecer análise é exatamente aquela que não teve seu mérito apreciado na sentença recorrida, relativa à utilização de códigos para a identificação do local de infração e da respectiva numeração para individualizar-se o equipamento utilizado, o que, segundo o apelante, implica lesão às garantias da ampla defesa e do contraditório dos usuários de trânsito autuados.

Confira-se o dispositivo da Resolução onde se encontram tais previsões:

Art. 1º.

(...)

§ 2º O instrumento ou equipamento medidor de velocidade dotado de dispositivo registrador de imagem deve permitir a identificação do veículo e, no mínimo:

I - Registrar:

- a) Placa do veículo;
- b) Velocidade medida do veículo em km/h;
- c) Data e hora da infração;

II - Conter:

a) Velocidade regulamentada para o local da via em km/h;

b) Local da infração identificado de forma descritiva ou codificado;

c) Identificação do instrumento ou equipamento utilizado, mediante numeração estabelecida pelo órgão ou entidade de trânsito com circunscrição sobre a via.

§ 3º A autoridade de trânsito deve dar publicidade à relação de códigos de que trata a alínea *b* e à numeração de que trata a alínea *c*, ambas do inciso II do parágrafo anterior.

O CONTRAN alega que facultou a utilização de código para identificação da via onde o sensor está instalado e em operação por contingência da tecnologia, em razão da limitação do campo de caracteres que deve conter tal informação no aparelho, uma vez que no registro a ser efetuado existem outras informações obrigatórias a serem inseridas, conforme § 2º do art. 1º. Assim, como existem vias públicas com denominações extensas, se não adotado o código, correr-se-ia o risco de que sua identificação ficasse comprometida, por possível abreviação de sua denominação.

Pois bem.

Acerca da execução da fiscalização do cumprimento de normas de trânsito mediante equipamentos fotossensores, deve-se ter em mente a lição do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello de que se trata de “atividade material, *objetiva, precisa por excelência*”, prévia ao exercício do ato jurídico de polícia, pois não está aí envolvida expedição de sanção administrativa e nem mesmo a decisão se houve ou não violação de norma de trânsito¹.

Daí afirmar-se que o radar não aplica multa, apenas comprova a materialidade da infração, competindo ao agente público competente, com base no registro eletrônico, lavrar o auto de infração em obediência aos requisitos legais, ou seja, contendo todas as informações que garantam o exercício do direito de defesa dos

¹ Curso de Direito Administrativo, 27ª ed., Malheiros, p. 839-840.

administrados, valendo o mesmo para a notificação da autuação enviada ao administrado.

Tal conclusão extrai-se do texto do art. 280 do CTB:

Art. 280. Ocorrendo infração prevista na legislação de trânsito, lavrar-se-á auto de infração, do qual constará:

I - tipificação da infração;

II - local, data e hora do cometimento da infração;

III - caracteres da placa de identificação do veículo, sua marca e espécie, e outros elementos julgados necessários à sua identificação;

IV - o prontuário do condutor, sempre que possível;

V - identificação do órgão ou entidade e da autoridade ou agente autuador ou equipamento que comprovar a infração;

VI - assinatura do infrator, sempre que possível, valendo esta como notificação do cometimento da infração.

(...)

§ 4º O agente da autoridade de trânsito competente para lavrar o auto de infração poderá ser servidor civil, estatutário ou celetista ou, ainda, policial militar designado pela autoridade de trânsito com jurisdição sobre a via no âmbito de sua competência.

Com efeito, o procedimento de aplicação da multa de trânsito assegura o contraditório e a ampla defesa, pois prevê além dessa primeira notificação (que permite objetar a consistência do auto de infração) uma segunda, posterior à imposição da penalidade, ambas contendo o prazo para apresentação dos competentes recursos administrativos (Súmula nº 312 do STJ).

Por entender que a faculdade de utilização de códigos para identificar o local da infração vale apenas para fins de armazenamento das provas coletadas, e não para o preenchimento desse campo no auto lavrado pelo agente público a partir dos dados registrados eletronicamente, é que não vislumbro inconstitucionalidade na previsão regulamentar.

Exegese contrária, no sentido de que o auto infracional e sua respectiva notificação poderiam prescindir da identificação descritiva do ponto em que ocorreu a infração, é inaceitável, e gera nulidade das multas aplicadas por não conter os elementos mínimos

para o exercício da ampla defesa e do contraditório. Todavia, eventual desrespeito ao devido processo no curso do procedimento sancionador deve ser objeto de análise casuística, que não se coaduna com os objetivos da ação civil pública.

Vale registrar que em todas as notificações juntadas aos autos o campo referente ao local de infração permite identificar o exato trecho da via onde ocorreu o ato de fiscalização (por exemplo, “BR116 KM005+500 CE”), sendo irrelevante, diante disso, a circunstância de não constar em alguns desses documentos o nome do município por extenso, mas apenas o seu código, não havendo, na prática, prejuízo efetivo ao direito de defesa do autuado, tendo em conta que este é facilmente verificável através da quilometragem.

Nessa direção, colho precedente recente deste Tribunal:

ADMINISTRATIVO. MULTA DE TRÂNSITO. REGULARIDADE DA NOTIFICAÇÃO DE AUTUAÇÃO. IDENTIFICAÇÃO DO MUNICÍPIO E DO LOCAL DA INFRAÇÃO. DADOS SUFICIENTES. PRESERVAÇÃO DA GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

1. Apelação contra sentença que declarou nulo o auto de infração que aplicou a penalidade ao autor, com a consequente anulação da multa de trânsito e dos pontos aplicados na carteira de habilitação.

2. As multas de trânsito devem conter requisitos mínimos para sua validade, em observância aos princípios que regem a Administração Pública, assim como aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

3. O local da infração foi definido como BR116 Km-005+600-CE, dados que permitem uma identificação precisa de onde se deu a infração, pois tratando-se de infração cometida em BR, diversamente da infração urbana, a localização se dá através das informações referentes ao número da BR e do quilômetro onde se deu o fato punível.

4. A identificação do Município no auto de infração na forma de código, não prejudica a defesa, tendo em conta que é facilmente verificável através da quilometragem.

5. Considerando que o local e o município onde se deu a infração foram definidos de forma precisa, fornecendo to-

dos os dados necessários à defesa do infrator, é de ser considerada regular a notificação de autuação e da consequente multa de trânsito aplicada. Respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

6. Apelação provida. (AC 441.984/CE, 2.ª Turma, Rel. Des. FRANCISCO BARROS DIAS, j. 23.03.2010)

De outro lado, quanto à identificação do medidor de velocidade, o STJ já decidiu que não há que se falar em cerceamento da defesa em razão de constar no documento da multa o número do aparelho eletrônico (REsp 772.347/DF, 1ª Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, j. 28.03.2006, DJ 17.04.2006). Sendo certo que a adoção da numeração como marco identificador é a forma usual para se identificar qualquer equipamento ou vincular a ele a imagem gerada.

Devo registrar, ainda, que não discordo do entendimento que prevaleceu no julgamento do agravo de instrumento, no sentido de que a simples fotografia de uma placa não induz a responsabilidade do proprietário do veículo. Contudo, o texto do § 2º do art. 1º da Resolução (acima transcrito) não deixa dúvidas de que o instrumento medidor de velocidade dotado de dispositivo registrador de imagem deve permitir a identificação do veículo e, “no mínimo”, registrar a placa do veículo, de modo que se o auto de infração for lavrado com base em fotografia que não capte, além da placa, nenhum outro elemento que individualize o veículo fiscalizado, a autuação será insubsistente.

Não merece acolhida, também, a alegação de inconstitucionalidade do art. 2º da Resolução 146/2003 do CONTRAN, que vai abaixo transcrito:

Art. 2º O instrumento ou equipamento medidor de velocidade de veículos deve observar os seguintes requisitos:

I - ter seu modelo aprovado pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - INMETRO, atendendo a legislação metrológica em vigor e aos requisitos estabelecidos nesta Resolução;

II - ser aprovado na verificação metrológica realizada pelo INMETRO ou por entidade por ele delegada;

III - ser verificado pelo INMETRO ou entidade por ele delegada, obrigatoriamente com periodicidade máxima de 12 (doze) meses e, eventualmente, conforme determina a legislação metrológica em vigência.

Ao condicionar a fiscalização eletrônica à prévia aferição dos equipamentos pelo INMETRO, longe de avultar qualquer direito ou garantia do administrado, tal dispositivo constitui uma garantia da precisão dos instrumentos e de que os resultados obtidos merecem credibilidade.

Alega a apelante, também, que a Resolução 146/03, sobretudo o seu artigo 3º, confere ao ato de imposição da multa por excesso de velocidade o atributo da presunção absoluta de legitimidade, ao impedir que o administrado possa se contrapor à autuação, dada a inexistência de meios comprobatórios da efetiva utilização do sensor estático como discriminado no auto de infração.

Contudo, o art. 3º torna possível o controle do poder de polícia exercido em face dos usuários de trânsito, como se apreende da leitura do seu texto atual, conferido pela Resolução 214/2006 do CONTRAN:

Art. 3º Cabe à autoridade de trânsito com circunscrição sobre a via determinar a localização, a sinalização, a instalação e a operação dos instrumentos ou equipamentos medidores de velocidade.

§ 1º Não é obrigatória a presença da autoridade ou do agente da autoridade de trânsito, no local da infração, quando utilizado o medidor de velocidade fixo ou estático com dispositivo registrador de imagem que atenda aos termos do § 2º do art. 1º desta Resolução.

§ 2º **Para determinar a necessidade da instalação de instrumentos ou equipamentos medidores de velocidade, deve ser realizado estudo técnico** que contemple, no mínimo, as variáveis no modelo constante no item A do Anexo I desta Resolução, **que venham a comprovar a necessidade de fiscalização, garantindo a ampla visibilidade do equipamento.** Toda vez que ocorrerem alterações nas suas variáveis, o estudo técnico deverá ser refeito com base no item B do Anexo I desta Resolução.

§ 3º Para medir a eficácia dos instrumentos ou equipamentos medidores de velocidade instalados a partir de 08 de setembro de 2006, deve ser realizado estudo técnico que contemple, no mínimo, o modelo constante no item B do Anexo I desta Resolução, devendo este estar disponível em até 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias após a

implantação do instrumento ou equipamento medidor de velocidade;

§ 4º Sempre que os estudos técnicos previstos no Anexo I constatarem o elevado índice de acidentes ou não comprovarem sua redução significativa, recomenda-se a adoção de barreira eletrônica.

§ 5º **Os estudos técnicos referidos nos parágrafos 2º, 3º e 4º devem:**

I - **estar disponíveis ao público na sede do órgão ou entidade de trânsito com circunscrição sobre a via;**

II - ser encaminhados às Juntas Administrativas de Recursos de Infrações – JARI dos respectivos órgãos ou entidades, quando por elas solicitados.

III - ser encaminhados aos Conselhos Estaduais de Trânsito ou ao CONTRADIFE, no caso do Distrito Federal, quando por eles solicitados.

IV - ser encaminhados ao Denatran, em se tratando de órgãos ou entidades executivas rodoviárias da União, órgãos ou entidades executivos de trânsito ou executivos rodoviários do Distrito Federal, Estaduais e Municipais.

§ 6º Até 31 de dezembro de 2006, o Denatran deverá regulamentar a forma como os estudos técnicos deverão ser encaminhados. Destaquei.

Ora, na medida em que o CONTRAN estabelece os parâmetros norteadores da determinação, sinalização e identificação dos pontos fiscalizados pela autoridade de trânsito, condiciona a instalação dos equipamentos à realização de estudos técnicos que justifiquem a necessidade de fiscalização no trecho da via escolhido e estabelece que tais relatórios devem ser acessíveis aos administrados, cai por terra a afirmação do apelante de que seria impossível ao motorista flagrado em excesso de velocidade provar que os fotossensores estáticos não estavam no local, na hora e data acusados no auto de infração.

Além de garantir a ampla visibilidade do equipamento, a Resolução 214/06 trouxe outras novidades à regulamentação do uso dos sensores eletrônicos de velocidade, das quais destaco o acréscimo do art. 5ª-A à Resolução 146, cujo *caput* tem o seguinte teor:

Art. 5º-A. É obrigatória a utilização, ao longo da via em que está instalado o aparelho, equipamento ou qualquer outro meio tecnológico medidor de velocidade, de sinaliza-

ção vertical, informando a existência de fiscalização, bem como a associação dessa informação à placa de regulamentação de velocidade máxima permitida, observando o cumprimento das distâncias estabelecidas na tabela do Anexo III desta Resolução.

De qualquer sorte, considero que mesmo na sua redação original o ato normativo em questão já continha os elementos mínimos para assegurar, em tese, a lisura do procedimento de fiscalização eletrônica de velocidade.

Este mesmo art. 3ª já estabelecia competir à autoridade de trânsito com circunscrição sobre a via determinar a localização, a instalação e a operação dos instrumentos ou equipamentos medidores de velocidade, mediante decisão fundamentada que atenda ao interesse público.

Depois, a circunstância de a Resolução 146, em sua redação primitiva, prescindir de regra expressa no sentido de que o equipamento deva ficar em local visível não deve ser entendida como autorização para que a fiscalização se faça às escondidas, clandestinamente, o que encontraria óbice no princípio da publicidade, que deve gerir a atividade da Administração por imposição constitucional.

Acresce que, se é verdade que a presença obrigatória de sinalização vertical informando acerca da fiscalização eletrônica (promovida pela Resolução 214) foi um avanço no caminho do princípio educativo que deve nortear a política de trânsito, é certo também que a Resolução 143 sempre condicionou a validade do procedimento fiscalizador à presença de sinalização informando a velocidade máxima permitida para o trecho, bem como à observância de distância máxima entre a placa e o sensor, estabelecida em Tabela anexa da Resolução.

Eis a redação do art. 5º, que não foi alterada pela novel resolução:

Art. 5º A fiscalização de velocidade deve ocorrer em vias com sinalização de regulamentação de velocidade máxima permitida (placa R-19), observados os critérios da engenharia de tráfego, de forma a garantir a segurança viária e informar aos condutores dos veículos a velocidade máxi-

ma permitida para o local.

(...)

§ 2º Para a fiscalização de velocidade com medidor do tipo fixo, estático ou portátil deve ser observada, entre a placa de regulamentação de velocidade máxima permitida e o medidor, uma distância compreendida no intervalo estabelecido na tabela constante do Anexo III desta Resolução, facultada a repetição da mesma a distâncias menores.

O apelante lança dúvidas acerca do procedimento de fiscalização de trânsito por meio dos fotossensores, sugerindo até a presença de uma suposta “indústria da multa”, contudo não se desincumbiu do ônus de comprovar suas acusações. A própria iniciativa da Administração de editar normas complementares às já existentes na Resolução 146/03 depõe contra as suspeitas do *Parquet*, posto que restringiram significativamente o espaço para possíveis arbitrariedades no poder de polícia exercido a partir do registro eletrônico das infrações.

Não se deve perder de vista que a indústria da multa, propriamente entendida, e que vem sendo de constantes denúncias nos meios de comunicação, não decorre da regulamentação da fiscalização eletrônica de velocidade, que é irretocável, mas das fraudes verificadas no procedimento administrativo da instalação e da aplicação das sanções oriundas da utilização dos radares, mediante terceirização de serviços e repasse de porcentagem dos valores arrecadados com as multas às empresas administradoras, questão deveras importante, mas estranha à controvérsia posta nos autos.

Dessarte, não merece reforma a decisão recorrida, que não vislumbrou qualquer inconstitucionalidade no disciplinamento dos medidores de velocidade feito através das Resoluções 146/03 e 214/06 do CONTRAN, entendendo que tais instrumentos constituem valioso instrumento da política de trânsito para coibir abusos de motoristas infratores que dirigem em alta velocidade, pondo em perigo a vida dos demais usuários de trânsito e contribuindo para os inaceitáveis índices de mortalidade das estradas brasileiras.

Por fim, não é expletivo lembrar que o usuário de trânsito tem a obrigação de manter-se dentro do limite de velocidade em toda a

extensão da via, e não apenas nos trechos nos quais supõe estar sendo fiscalizado.

Com essas considerações, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 7.535-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Apelada: DALVA DA PAZ LIMA (INCAPAZ)
Curador: VALDECI MEDEIROS BARROS
Adv./Proc.: DRA. TÂNIA VAINSENER (APDA.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. IRMÃ INVÁLIDA. ARTS. 74 E 16 DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO RETIDO. COMPROVADO O VÍNCULO DE PARENTESCO, A INVALIDEZ DA POSTULANTE E A SUA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA EM RELAÇÃO À DE CUJUS. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ESTABELECIDO O REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO COMO MARCO INICIAL DA CONDENAÇÃO. REDUÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. SINGELEZA DA QUESTÃO. JUROS DE MORA DE 1% AO MÊS. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.960/2009 A PARTIR DA SUA VIGÊNCIA.

- A matéria discutida no agravo retido nos autos se confunde com o próprio mérito da demanda, pelo que o apreciarei em conjunto com a apelação.

- A pensão por morte é assegurada ao conjunto de dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data do óbito ou do requerimento administrativo (art. 74 da Lei nº

8.213/91). Logo, não havendo dependentes preferenciais, é a irmã inválida da instituidora a próxima na linha de sucessão ao benefício, desde que comprove incapacidade e dependência econômica em relação à de cujus, ainda que não exclusiva, consoante disposição do § 4º do art. 16 da referida lei.

- No tocante ao vínculo familiar da promovente com a instituidora, sua irmã por parte de mãe, restou comprovado que a divergência quanto ao nome da genitora, deu-se em razão de novas núpcias por esta contraídas, após o falecimento do primeiro marido, mormente à vista de que a Certidão do Óbito da genitora contém a ressalva de que deixou filhos, constando entre eles, a autora e a instituidora.

- A invalidez da demandante é ponto incontroverso, em face de sua interdição decretada pela Justiça Estadual, em 12/09/2005, com base em laudo médico, parecer ministerial e prova testemunhal, com a nomeação de curador, in casu, a extinta irmã e, após o falecimento desta, bem assim a nomeação de uma outra irmã como curadora interina, em 01/09/2008.

- A dependência econômica da postulante em relação à irmã e curadora restou comprovada à vista de que consta como dependente da irmã junto à FACHESF (Fundação CHESF de Assistência e Seguridade Social) e à Receita Federal, consoante declarações de dependentes, datadas de 03/09/1997, e de ajuste anual, as quais corroboradas pela prova testemunhal, produzida com as cautelas legais, mediante testemunhos coerentes e sem contradita, demonstrando conhecimento das circunstâncias dos fatos que alicerçam o direito aqui pretendido, comprovam a dependência econômica da demandante em relação à irmã segurada, de modo a fazer jus à concessão da pensão por morte perseguida.

- Quanto à data de início do benefício (DIB), tem-se que, consoante o disposto no art. 74, inc. II, da Lei nº 8.213/91, a pensão por morte, requerida após 30 (trinta) dias do óbito do segurado, será devida a contar da data do requerimento, pelo que estabeleço a data do requerimento administrativo como marco inicial para pagamento do passivo correspondente.

- Relativamente à verba honorária advocatícia arbitrada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), tenho que dada a singeleza da questão e a norma do § 4º do artigo 20 do CPC, deve ser reduzida ao valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

- Em nome da segurança jurídica, do ponto de vista esposado pelo órgão ao qual o Constituinte de 1988 outorgou o múnus de velar pela aplicação, inteireza positiva e uniformidade interpretativa da lei federal (art. 105, III, CF), no intervalo compreendido entre a vigência do novo Código Civil e a Lei 11.960/2009, os juros de mora, nas lides envolvendo benefício a ser quitado pelo regime geral de previdência social, devem ser de 1% (um por cento) ao mês.

- A Lei nº 11.960/2009, ao modificar o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, possui aplicabilidade imediata, aplicando-se aos processos em curso, remate que, preservando o entendimento de que não se pode cogitar de direito adquirido a regime jurídico, harmoniza-se com similar orientação do Supremo Tribunal Federal, relacionada à demarcação temporal da eficácia da redação originária do dispositivo legal modificado. Ademais, a negativa do reconhecimento de aplicabilidade imediata à referida norma equivale a declaração implícita de sua inconstitucionalidade em homenagem à segurança jurídica, o que exigiria a observância da reserva de plenário (art. 97, CF).

- Agravo retido improvido. Apelação e remessa oficial parcialmente providas para estabelecer a

data do requerimento administrativo como marco inicial da condenação, reduzir a verba honorária ao valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e determinar que os juros de mora devidos a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 devem ser calculados considerando os índices oficiais aplicados à caderneta de poupança.

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 ao agravo retido e dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator.

Recife, 14 de junho de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE
JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR:

Trata-se de remessa oficial e apelação da autarquia previdenciária em face da sentença que, confirmando os efeitos da tutela antecipada anteriormente deferida, condenou-a à concessão de pensão por morte à promovente, na condição de irmã maior inválida, a partir da data do falecimento da instituidora (25/02/2008), bem como ao pagamento das parcelas em atraso, corrigidas monetariamente, na forma do disposto no manual de cálculos da Justiça Federal, e acrescidas de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação, além de honorários advocatícios de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Preliminarmente, reitera a apelante todos os termos do agravo retido interposto na Primeira Instância (fls. 141/143), pugnando

pela reforma da decisão recorrida em razão da inexistência nos autos de prova segura do vínculo de parentesco entre a postulante e a segurada, assim como da indigitada invalidez da requerente.

No mérito, alega que as provas apresentadas nos autos não permitem concluir a efetiva existência de dependência econômica entre a promovente e a instituidora, salientando a inadmissibilidade da prova exclusivamente testemunhal para tal fim.

Insurge-se, ainda, a recorrente contra a fixação da data de início do benefício, dos juros legais e dos honorários advocatícios.

Requer a prévia apreciação do agravo retido e a reforma *in totum* do *decisum* hostilizado ou, mantido o benefício, o estabelecimento da citação como marco inicial para pagamento do passivo correspondente, a fixação dos juros nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 e a redução da verba relativa aos honorários advocatícios, de maneira equitativa.

Contrarrazões às fls. 173/178.

Opina o ilustre membro do *Parquet* Federal pelo provimento da apelação do INSS, unicamente no sentido de que sejam reduzidos os juros em relação ao período posterior a junho/2009, com base no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.

É o relatório.

VOTO

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

A matéria discutida no agravo retido se confunde com o próprio mérito da demanda, pelo que o apreciarei em conjunto com a apelação.

A Lei nº 8.213/91 reconhece ao conjunto de dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, o direito à pensão por morte (art. 74), relacionando entre os dependentes de primeira classe as seguintes pessoas:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I. O cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e

- um) anos ou inválido;
- II. Os pais;
- III. O irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

Por conseguinte, não havendo dependentes preferenciais, é a irmã inválida da instituidora a próxima na linha de sucessão ao benefício.

No tocante ao vínculo familiar da promovente com a instituidora, sua irmã por parte de mãe, tem-se que a divergência quanto ao nome da genitora, deu-se em razão de novas núpcias por esta contraídas, à vista da certidão do casamento eclesiástico com o segundo marido (fl. 20), na qual é qualificada como sendo a viúva de João Cipriano de Medeiros e filha de Rodolfo Sérgio de Lima, ainda que o nome da sua mãe não esteja de acordo com o constante da certidão do casamento civil com o primeiro marido (fl. 19).

Por outro lado, ainda que na Certidão de Nascimento da autora (fl. 22) conste o nome da mãe Mariêta da Paz Lima, como tendo o mesmo sobrenome do pai da postulante e segundo marido da genitora (Armando da Paz Lima), na Certidão do Óbito desta (fl. 23) consta o nome Marieta Leopoldina de Lima Medeiros, igual ao que consta do casamento civil, com a ressalva de que era viúva de João Cipriano de Medeiros e deixou filhos, entre eles, Ester¹ e Dalva da Paz Lima, confirmando o fato de que Marieta Leopoldina de Lima Medeiros e Mariêta da Paz Lima são a mesma pessoa e, obviamente, que Ester de Lima Medeiros e Dalva da Paz Lima eram irmãs.

Todavia, para que faça jus à pensão por morte da irmã é necessário que a requerente comprove não só a sua invalidez, mas a dependência econômica em relação à *de cuius*, ainda que não exclusiva, consoante disposição do § 4º do artigo supra mencionado, *verbis*:

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

¹ Filha do primeiro marido João Cypriano de Medeiros – Certidão de Nascimento (fl. 21).

Ora, a invalidez da demandante é ponto incontroverso, em face de sua interdição decretada pela Justiça Estadual, em 12/09/2005 (fls. 26/28), com base em laudo médico, parecer ministerial e prova testemunhal, com a nomeação de curador, *in casu* a extinta irmã (fl. 25) e, após o falecimento desta, bem assim a nomeação de uma outra irmã como curadora interina (fl. 29), em 01/09/2008.

Outrossim, a dependência econômica da postulante em relação à irmã e curadora restou comprovada à vista de que a primeira consta como dependente da segunda junto à FACHESF (Fundação CHESF de Assistência e Seguridade Social) e à Receita Federal, consoante declarações de dependentes, datando de 03/09/1997 (fl. 24), e de ajuste anual (fls. 133/138), que corroboradas pela prova testemunhal (fls. 127/129), produzida com as cautelas legais, mediante testemunhos coerentes e sem contradita, demonstrando conhecimento das circunstâncias dos fatos que alicerçam o direito aqui pretendido, comprovam a dependência econômica da demandante em relação à irmã segurada, de modo a **fazer jus à concessão da pensão por morte perseguida**.

Neste sentido, colaciono jurisprudência:

PREVIDENCIÁRIO E PROC. CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. VALOR DA CONDENAÇÃO OU DO DIREITO CONTROVERTIDO INFERIOR A 60 (SESSENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS. INEXIGIBILIDADE. MOMENTO OPORTUNO. PROLAÇÃO DO *DECISUM*. SENTENÇA ILÍQUIDA. UTILIZAÇÃO DO VALOR ATUALIZADO DA CAUSA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO COLENDO STJ. PENSÃO POR MORTE. IRMÃ INVÁLIDA. PERÍCIA MÉDICA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. REQUISITOS PREENCHIDOS. JUROS MORATÓRIOS. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. CONFIRMAÇÃO.

- *Omissis*.

- A pensão por morte é devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, conforme reza o art. 74 da Lei nº 8.213/91.

- O mesmo diploma legal no art. 16, inciso III, subsume ao conceito de beneficiário do Regime Geral da Previdência Social, na qualidade de dependente, o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido.

- A dependência econômica com relação ao segurado foi

comprovada por depoimentos das testemunhas e por meio de documentos, tais como comprovantes de que viveram na mesma residência; a CTPS designando a irmã como dependente e a Certidão de Óbito, a qual informa, igualmente, ser a parte autora dependente do *de cujus*.

- Há de se reconhecer à parte autora o direito à pensão, uma vez que foi comprovado, nos autos, através de perícia, a condição de invalidez em decorrência da seriedade do seu estado de saúde (comprometimento por hipertensão arterial, discopatia e osteoporose). “Esta moléstia a torna incapaz para toda e qualquer atividade que exija esforços físicos...” (fl. 296).

- Não bastasse, o baixo grau de escolaridade corrobora a dependência da autora.

- Os juros legais são devidos à razão de 1% ao mês e a partir da citação, uma vez que a ação foi ajuizada antes da edição da MP nº 2.180-35, de 24.08.2001.

- Confirmação da antecipação dos efeitos da tutela, por tratar-se de prestação de natureza alimentícia. O risco da irreversibilidade da medida não deve ser observado a ponto de comprometer a proteção de direitos tão fundamentais como o da própria subsistência do jurisdicionado. Remessa obrigatória não conhecida. Apelação do INSS e da PETROS improvidas.

[TRF5. AC 424437 PB (200705000575005). Julg: 28/08/2008. DJ: 17/10/2008. Pág.: 273. Rel. Des. Federal José Maria Lucena. 1ª Turma. Decisão: unânime]

Quanto à data de início do benefício (DIB), tem-se que, consoante o disposto no art. 74, inc. II, da Lei nº 8.213/91, a pensão por morte, requerida após 30 (trinta) dias do óbito do segurado, será devida a contar da data do requerimento, pelo que estabeleço a data da entrada do requerimento administrativo como marco inicial para pagamento do passivo correspondente.

Relativamente à verba honorária advocatícia arbitrada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), tenho que dada a singeleza da questão e a norma do § 4º do artigo 20 do CPC, deve ser reduzida ao valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

No tocante ao percentual fixado aos juros de mora, tem-se que aspecto de interesse, e de relevante aplicação prática, é o que concerne em saber qual o critério que, nas ações versando o de-

ferimento de benefícios previdenciários, deve balizar a incidência dos juros moratórios no período compreendido entre a vigência do atual Código Civil e a Lei nº 11.960/2009.

Mesmo inexistindo norma específica, o que conduziria, a meu sentir, à incidência da norma geral, qual seja o art. 1.062 do Código Civil de 1916, a estatuir o percentual mensal de 0,5% (meio por cento), o Superior Tribunal de Justiça, a quem compete uniformizar a interpretação da lei federal, lançou-se à analogia com o Decreto-Lei 2.322/87, relacionado aos débitos trabalhistas, para o fim de aplicar percentual de 1% (um por cento), fazendo-o a contar da citação, conforme sua Súmula 204. Assim o deliberado no REsp 238.780 (6ª Turma - v.u. - Rel. Min. Vicente Leal, *DJU* de 10-04-2000)².

Com a entrada em vigor do novo Código Civil em 10/01/2003, o Superior Tribunal de Justiça seguiu inflexível com seu entendimento, desprezando, assim, o disposto no seu art. 406, em favor do art. 3º do Decreto-Lei 2.322/87.

Conferir os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA A DECISÃO DE INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. COMPLEMENTAÇÃO DA PENSÃO DE EX-FERROVIÁRIO. APLICAÇÃO DAS NORMAS DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DA LEI PREVIDENCIÁRIA. JUROS DE MORA. PERCENTUAL DE 1% (UM POR CENTO) AO MÊS. PRECEDENTES DO STJ.

1. Não obstante a natureza estatutária da complementação da pensão do ex-ferroviário, a Lei 8.186/91 determinou a observância, nesses casos, das normas de concessão de benefícios da Lei Previdenciária.

² Eis a parte essencial da ementa do julgado: "JUROS MORATÓRIOS. TAXA. TERMO INICIAL. - Nos débitos decorrentes de reajuste de proventos, embora sejam direitos nitidamente estatutários e não trabalhistas, por consubstanciarem dívidas de valor de natureza alimentar, impõe a incidência dos juros moratórios sobre seus valores na taxa privilegiada de 1% ao mês, compatibilizando-se a aplicação simultânea do Decreto-Lei nº 2.322/87 e do artigo 1.062, do Código Civil".

2. Assim, impõe-se a aplicação, na presente demanda, do entendimento da Terceira Seção deste Pretório de que aos benefícios previdenciários, por se tratar de débito de natureza alimentar, deve incidir juros de mora de 1% ao mês. Precedentes do STJ.

3. Agravo regimental da União desprovido.

(STJ - Quinta Turma - AGA 990084 - Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho - v.u. - *DJE* de 13/10/2008)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. VERBAS DE CARÁTER ALIMENTAR. JUROS DE MORA. 1% AO MÊS. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO.

1. De acordo com a iterativa jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, nas demandas previdenciárias, por envolverem verbas de natureza alimentar, deve incidir juros de mora de 1% ao mês, nos termos do art. 3º do Decreto-Lei 2.322/87.

2. Agravo regimental improvido.

(STJ - Sexta Turma - AAREsp 929339 - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - v.u. - *DJE* de 22/11/2010)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. JUROS DE MORA. SÚMULA Nº 204/STJ. INCIDÊNCIA.

1. Está consolidado o entendimento, no âmbito da Terceira Seção deste Tribunal Superior, no sentido de que, em razão do caráter alimentar dos benefícios previdenciários, os juros de mora devem ser fixados em 1% (um por cento) ao mês, nos termos da Súmula nº 204/STJ.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - Sexta Turma - AGREsp 1148115 - Rel. Min. Og Fernandes - v.u. - *DJE* 08/11/2010)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. SÚMULA 211/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRESTAÇÕES VINCENDAS. SÚMULA 7/STJ. JUROS DE MORA. PATAMAR DE 1% (UM POR CENTO).

I - A matéria referente à não ocorrência de prescrição quinquenal, tal como exposta pelo agravante, não foi apreciada pelo v. acórdão recorrido, o que, *in casu*, impossibilita o presente recurso nobre, por ausência de prequestionamen-

to. Aplicação das Súmulas 282/STF e 211/STJ.

II - A jurisprudência desta e. Corte encontra-se assente no sentido de que, nas ações previdenciárias, os honorários advocatícios devem ser fixados com exclusão das prestações vincendas, considerando-se apenas as prestações vencidas até o momento da prolação da decisão que concede o benefício.

III - A revisão do percentual da verba honorária reclama, para sua análise, o reexame de circunstâncias fáticas estipuladas pelo art. 20, § 3º, alíneas *a*, *b*, e *c*, e § 4º, do CPC, matéria defesa em sede de recurso especial ante o óbice do enunciado nº 07 da Súmula do c. STJ.

IV - Nas ações previdenciárias em que se discutem verbas de caráter eminentemente alimentar, é entendimento da e. Terceira Seção deste c. STJ que os juros de mora devem ser fixados no percentual de 1% (um por cento) ao mês. Agravo regimental desprovido.

(STJ - Quinta Turma - AGREsp 1133545 - Rel. Min. Felix Fischer - v.u. - DJE de 14/12/2009)

A despeito de discordar do entendimento, por entender não ser admissível o emprego da analogia quando a hipótese se encaixava no âmbito de norma legal genérica, de modo a afastar o pressuposto da ausência de lei sobre a matéria controvertida, não posso desconhecer que se trata apenas duma opinião isolada.

Com essa ressalva, sou pela adoção, em nome da segurança jurídica, do ponto de vista esposado pelo órgão ao qual o Constituinte de 1988 outorgou o múnus de velar pela aplicação, inteireza positiva e uniformidade interpretativa da lei federal (art. 105, III, CF), de sorte que, no intervalo compreendido entre a vigência do novo Código Civil e a Lei 11.960/2009, os juros de mora, nas lides envolvendo benefício a ser quitado pelo regime geral de previdência social, devem ser de 1% (um por cento) ao mês.

No que diz respeito à aplicabilidade da Lei nº 11.960/2009, entendendo que esta, ao modificar o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, possui aplicabilidade imediata, aplicando-se aos processos em curso, remate que, preservando o entendimento de que não se pode cogitar de direito adquirido a regime jurídico, harmoniza-se com similar orientação do Supremo Tribunal Federal, relacionada à demar-

cação temporal da eficácia da redação originária do dispositivo legal modificado. Ademais, a negativa do reconhecimento de aplicabilidade imediata à referida norma equivale a declaração implícita de sua inconstitucionalidade em homenagem à segurança jurídica, o que exigiria a observância da reserva de plenário (art. 97, CF).

Aspecto que, por sua relevância, exige melhor análise está na questão acerca da incidência, a partir de sua vigência, da alteração imposta pela Lei nº 11.960/2009 ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, estatuinto, agora de maneira genérica – pois a redação imediatamente anterior era restrita às condenações em favor de servidores públicos –, às condenações impostas em detrimento da fazenda pública, que, a título de correção monetária e juros de mora, serão adotados – e, mesmo assim, uma só vez –, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça, por sua 3ª Seção, ao pôr cobro ao REsp 1.086.944/SP (V.U. - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - *DJE* de 04-05-2009), por ocasião do debate envolvendo a redação anterior do art. 1º-F, acrescentado à Lei nº 9.494/97 pela MP 2.180-35/2001, o qual determinou que os juros de mora nas condenações em favor de servidores públicos fossem fixados em 6% ao ano, assentou a compreensão de que, em possuindo natureza de direito material, a inovação legislativa somente poderia ser aplicada às ações ajuizadas posteriormente à sua vigência.

Diante da similitude das disciplinas legislativas citadas, pode-se, à primeira vista, prever que esse critério, por força duma obrigação de coerência da Corte Superior, deva, igualmente, prevalecer quanto à Lei nº 11.960/2009.

Penso, com a devida licença, que tal precedente não estabelece o melhor caminho a ser seguido.

Em sentido diametralmente oposto, ao se defrontar sobre o marco temporal da aplicação da redação antecedente do art. 1º-F, o Supremo Tribunal Federal, por ambas as turmas, propendeu pela incidência imediata. (2ª T. - AGR no RE 559.445/PR. - v.u. - Rel. Min. Ellen Gracie - *DJE* de 12-06-2009; 1ª T. - AGR no AI 778.920/RS - m.v. - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - *DJE* de 18-11-2010)

Esse entendimento é o mais adequado quanto à Lei nº 11.960/2009, especialmente pelo fato de se estar diante de questão constitucional.

A Constituição de 1988, ao consagrar a tutela à segurança jurídica em seu texto, afora as matérias de natureza penal (art. 5º, XL) e tributária (art. 150, III, a), não enveredou pela senda da irretroatividade, mas sim da aplicabilidade imediata das normas jurídicas, com as exceções enumeradas pelo art. 5º, XXXVI, quais sejam, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Nesse sentido, bastante explicativo o fundamento constante da ADI 605-MC/DF (Pleno - v.u. - Rel. Min. Celso de Mello - *DJU* de 05-03-93).

Não estando a matéria abrigada por sentença irrecorrível, não se pode cogitar de direito adquirido, pois, do contrário, estar-se-ia admitindo a presença de tal franquia magna em relações continuativas de caráter estatutário, o que, como é sabido, malferir a jurisprudência do Pretório Excelso (RE 94.020 - Rel. Min. Moreira Alves - RTJ 104/269; RE 105.137 - Rel. Min. Cordeiro Guerra - RTJ 115/379).

Por outro lado, orientação que afasta, em relação jurídica continuada, a aplicação duma lei, a partir da sua entrada em vigor, mesmo sem invocar, para tanto, ofensa a preceito constitucional, implica não em medida de correção ou de atenuação, nos casos concretos, da eficácia de norma legal, como se tem com a equidade, o abuso de direito, a fraude à lei, dentre outros, mas sim em tácita declaração de inconstitucionalidade, porque oferta alteração de seu sentido de maneira abstrata.

Daí que o ponto de vista favorável à incidência da Lei nº 11.960/2009 somente para os processos iniciados após sua vigência exige a necessidade de passar pelo crivo da reserva de plenário (art. 97, CF), pena de quebrantamento à Súmula Vinculante 10.

Só para fins de reforço argumentativo, esclareça-se que um dos precedentes que respaldam a mencionada súmula vinculativa foi o RE 482.090-1/SP (Pleno - v.u. - Rel. Min. Joaquim Barbosa - *DJE* de 12-03-2009), mediante o qual se invalidou decisão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (EREsp 644.736 - Rel. Min. Teori Zavascki - *DJ* de 27.08.2007) que, às voltas com a interpretação dos arts. 3º e 4º da LC 118/2005, determinou sua aplica-

bilidade unicamente para os processos ajuizados a partir de sua entrada em vigor, invocando, mesmo sem explicitação, critérios supostamente extraídos da Lei Maior.

Em conclusão, limitar pura e simplesmente, a aplicação da Lei 11.960/2009 aos processos ajuizados a partir de sua vigência, além de conferir interpretação equivocada ao art. 5º, XXXVI, da Lei Maior, viola, por igual, o disposto no art. 97 do mesmo diploma.

O que se quer dizer, com referência à suposta violação do art. 97 da Constituição Federal, é que órgão fracionário desta Corte, ainda que entenda contrário ao direito adquirido à incidência da Lei nº 11.960/2009, não pode afastar esta, sem o procedimento de arguição de inconstitucionalidade, previsto no art. 481 do CPC.

Ante estas considerações, nego provimento ao agravo retido e dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial para estabelecer a data do requerimento administrativo (16/04/2008) como marco inicial da condenação, reduzir a verba honorária ao valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e determinar que os juros de mora devidos a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 devem ser calculados considerando os índices oficiais aplicados à caderneta de poupança.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 16.433-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Apelantes: JOÃO DE SOUZA LIMA FILHO E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Adv./Proc.: DRA. VANESSA ARAÚJO DE MEDEIROS

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. REVISÃO. PERÍODO LABORADO EM IDADE INFERIOR A 14 ANOS. CÔMPUTO. POSSIBILIDADE. DESEMPENHO DE ATIVIDADES ESPECIAIS. AGENTE NOCIVO.

RUÍDO. LAUDO TÉCNICO. EXIGÊNCIA. COMPROVAÇÃO. LEI Nº 9.528/97. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. VALORES EM ATRASO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA.

- Hipótese em que a sentença julgou procedente o pedido do autor consubstanciado no pedido de revisão de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, de modo a ser computado no tempo de serviço o período em que o mesmo começou a trabalhar com idade de 12 anos, bem como considerar o período em que laborou junto à Empresa TELEMAR como atividades especiais.

- Embora não tenha havido previsão constitucional em relação ao período em que o autor começou a trabalhar com a idade de 12 anos, ou seja, de 06/06/60 a 02/08/62, é assente a jurisprudência no sentido de que, comprovado o trabalho desempenhado pelo menor, esse tempo deve ser computado para fins previdenciários. Deste modo, a anotação da CTPS demonstra que o mesmo iniciou as suas atividades laborativas junto à Prefeitura Municipal de João Pessoa durante o período de 1960 a 1969.

- O tempo de serviço é regido sempre pela lei da época em que foi prestado. Dessa forma, em respeito ao direito adquirido, se o trabalhador laborou em condições adversas e a lei da época permitia a contagem de forma mais vantajosa, o tempo de serviço assim deve ser contado e lhe assegurado.

- Tratando-se de período anterior à vigência da Lei nº 9.032/95, que deu nova redação ao art. 57 da Lei nº 8.213/91, a comprovação da exposição a agentes prejudiciais à saúde era efetivada apenas com o enquadramento da atividade laboral nas relações dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79, sendo, portanto, dispensável a elaboração de laudo pericial, exceto para a atividade exercida

com exposição a ruído.

- Restou demonstrado nos autos através de laudo técnico e formulário DSS 8030 que o autor laborou no período de 31/08/1977 a 30/06/1982, junto a Empresa TELEMAR, na função de técnico em telecomunicações, exposto a agentes prejudiciais à saúde de forma habitual e permanente, a saber, agente físico ruído, fazendo, jus, portanto, à contagem do referido tempo como tempo de serviço especial.

- Não tendo transcorrido o prazo de cinco anos entre a data do ajuizamento da presente ação e a data da ciência da conclusão do processo administrativo do autor, não há que se falar em ocorrência da prescrição quinquenal. Aplicação do art. 4º do Decreto nº 20.910/63. Apelação do autor provida.

- Sobre as parcelas em atraso incidirão correção monetária, com base nos índices estipulados no manual de cálculos da Justiça Federal até o mês de junho de 2009, devendo, a partir do mês seguinte, incidir na forma prevista no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, e os juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, até o mês de junho de 2009, devendo, a partir do mês seguinte, ambos incidirem na forma prevista no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009.

- Na condenação dos honorários advocatícios deverá ser observado o disposto na Súmula 111/STJ.

- Apelação da parte autora provida.

- Apelação do INSS improvida e remessa oficial parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos etc, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação da parte, negar provimento à apelação do INSS e dar parcial provi-

mento à remessa oficial nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 3 de maio de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de apelações de sentença que, em ação ordinária em que o autor objetivava a revisão do seu benefício de aposentadoria por tempo de contribuição considerando todo tempo de serviço comprovado nos dois contratos de trabalho anotados em sua CTPS (04/06/60 a 25/10/69 e 15/12/70 a 10/02/94), julgou procedente o pedido, condenando o INSS a considerar o período de junho de 1960 a 02 de agosto de 1962, bem como o tempo de serviço especial (31/08/77 a 30/06/82) na contagem de tempo de serviço, e após o cômputo, revisar o valor do benefício da parte autora. Condenou, também, ao pagamento dos valores em atraso, respeitada a prescrição quinquenal, além do pagamento dos honorários advocatícios no percentual de 10% sobre o valor da condenação.

Em seu recurso, a parte autora apela da sentença no tocante à prescrição quinquenal. Alega que não incide a prescrição em relação ao pedido de revisão para reconhecimento do tempo de serviço especial, eis que o pedido de revisão do benefício na via administrativa ocorreu em 25/06/98, e o indeferimento na via administrativa deu-se em 20.11.06, ocasionando, assim, a interrupção do prazo prescricional. Requer, alfim, a reforma da sentença para que, afastando a prescrição quinquenal, o valor dos atrasados sejam a contar da concessão do benefício.

Por sua vez, o INSS também apela para este egrégio Regional, alegando, preliminarmente, a nulidade da sentença, eis que foi decidida fora do pedido contido na inicial. Prossegue que a sentença determinou a averbação do tempo de serviço relativo ao período

do de 1960 a 1962, quando não foi pleiteado pelo autor na peça vestibular. No mérito, sustenta, em síntese, que não há como reconhecer o tempo de serviço especial relativo ao contrato de trabalho apontado pelo autor, porquanto não existe nos autos documento contemporâneo que comprove que a atividade exercida era especial, e que esteve de modo habitual e permanente exposto a agentes insalubres. Acrescenta que o laudo apresentado é extemporâneo, o que não serve para comprovação do período pretendido. Requer, alfim, a reforma da sentença.

Contrarrazões apresentadas.

Remessa oficial.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

A priori, observo que não deve ser acolhida a preliminar de nulidade da sentença. De uma análise dos autos, constata-se que o INSS deixou de computar o período de tempo de serviço comum anterior a 02/08/1962 ao argumento de que o autor era menor de 14 anos de idade. Assim, estando anotado na CTPS que o autor trabalhou na Prefeitura de João Pessoa durante o período de 04/06/60 a 25/10/69, deveria a Autarquia ter computado todo este período, como solicitado pelo autor na inicial. Deste modo, em relação a esse contrato de trabalho, a sentença apreciou tão-somente o período que restou controverso na via administrativa, ou seja, o qual o INSS desconsiderou na apuração do tempo de serviço laborado pelo autor.

Superada esta questão, passo ao exame do mérito.

Cinge-se a controvérsia na possibilidade de revisão de aposentadoria por tempo de contribuição de modo que seja computado todo o período dos contratos de trabalho anotados na CTPS do autor, bem como que seja reconhecido como tempo de serviço especial o período laborado entre 31/08/77 a 30/06/82, e após o cômputo dos referidos tempos, que seja revisto a valor da aposentadoria do autor.

Em relação ao período de 06/06/60 a 02/08/62, observa-se na cópia da CTPS (fl. 16) que o autor laborou junto a Prefeitura Municipal de João Pessoa. No tocante a trabalho a menores de 14 anos, tomando como marco a Constituição de 1967, quando trouxe mudança no limite de idade de trabalho a menores, fixou o patamar para atividade laborativa em 12 anos, prevalecendo até 1988, quando passou a vigorar a atual Constituição Federal.

Assim, embora não tenha havido previsão constitucional em relação ao período em que o autor começou a trabalhar com a idade de 12 anos, ou seja, de 06/06/60 a 02/08/62, é assente a jurisprudência no sentido de que, comprovado o trabalho desempenhado pelo menor, esse tempo deve ser computado para fins previdenciários.

Neste sentido, colaciono o seguinte julgado:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DO TRABALHO RURAL DO MENOR DE 14 ANOS. CABIMENTO. DESNECESSIDADE DE CONTRIBUIÇÕES. EXERCÍCIO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. MOTORISTA. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM. EXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

- É assente na Terceira Seção desta Corte de Justiça o entendimento de que, comprovada a atividade rural do trabalhador menor de 14 (quatorze) anos, em regime de economia familiar, esse tempo deve ser computado para fins previdenciários.

(...) (STJ. REsp - Recurso Especial - 528193, DJData: 29/05/2006. Ministro Arnaldo Esteves Lima)

Quanto a atividades desempenhadas em condições insalubres, o tempo de serviço em condições especiais foi disciplinado pelos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79, os quais, por razões probatórias, estabelecia a presunção de que as atividades indicadas naqueles diplomas normativos eram consideradas como exercidas em condições especiais, independentemente da comprovação efetiva das condições.

Como ficou assentado, até a edição da Lei nº 9.032, de 29.04.95, a comprovação do exercício de atividade especial era

realizada simplesmente através do cotejo da categorial profissional em que inserido o segurado, observada a classificação inserta nos Anexos I e II do Decreto nº 83.080, de 24.01.79, e Anexo do Decreto nº 53.831, de 25.03.64, os quais foram ratificados expressamente pelo art. 295 do Decreto nº 357/91, que “Aprova o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social” e pelo art. 292 do Decreto nº 611/92, que “Dá nova redação ao Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 357, de 07.12.91, e incorpora as alterações da legislação posterior”.

Observa-se que, a partir da Lei nº 9.032/95, o legislador passou a exigir a comprovação efetiva do exercício da atividade laboral em condições especiais, por laudo pericial, ou mediante preenchimento de formulário emitido pelo INSS. Foi o fim da presunção legal do uso da categoria profissional como modelo de comprovação do exercício laboral em condições especiais.

No caso, as atividades desempenhadas pelo autor no período de 31/08/1977 a 30/06/1982 em condições insalubres restaram comprovadas na CTPS, nos formulários DSS-8030 e no laudo técnico, consoante documentos de fls. 25/37, em que demonstra que o mesmo trabalhou junto à Empresa TELEMAR NORTE LESTE S.A, na função de auxiliar técnico e, posteriormente, técnico em telecomunicações, exposto de modo habitual e permanente a ruído acima de 80 dB.

Impende registrar que o reconhecimento do tempo especial não pode ser afastado em razão de os laudos serem extemporâneos à prestação do serviço. Desde que comprovado o exercício da atividade especial, através de formulários e laudos periciais, com os requisitos necessários, embora tais documentos tenham sido elaborados em data posterior à prestação dos serviços, tal fato não compromete a prova do exercício de atividade em condições especiais.

Neste sentido este egrégio Regional já se manifestou, *in verbis*:

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. PERÍODO INSUFICIENTE. CONVERSÃO DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM. EXPOSIÇÃO A RUÍDO. APRESENTAÇÃO DE PPP E DE LAUDO

TÉCNICO PERICIAL. EXTEMPORANEIDADE DO LAUDO PERICIAL. POSSIBILIDADE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. HONORÁRIOS PARTILHADOS.

(...)

- O simples fato de serem extemporâneos em relação ao período laborado não desnatura a força probante dos laudos periciais anexados aos autos, tendo em vista que, nos termos dos parágrafo 3º e parágrafo 4º do art.58 da Lei nº 8.213/1991, o empregador tem o dever legal de manter atualizados os laudos técnicos relativos às atividades exercidas em condições especiais. Ademais, a empresa empregadora deve garantir a veracidade das declarações prestadas nos formulários de informações e laudos periciais, sob pena de sujeição à penalidade prevista no artigo 133 da referida lei, bem como de ser responsabilizada criminalmente, nos termos do artigo 299 do Código Penal. (TRF5ª, Des. Federal Rogério Fialho Moreira, APELREEX 3205, DJ 21/05/10)

Do exposto, tendo o autor demonstrado o período de tempo de trabalho em condições especiais (31/08/1977 a 30/06/1982), deve o mesmo ser computado como tempo de serviço especial para fins de aposentação.

No que tange à prescrição, observo que não se aplica ao caso vertente. O Decreto 20.910/63, que regula a prescrição quinquenal, em seu art. 4º dispõe que:

Art. 4º Não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, no reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiver as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la.

Parágrafo único. A suspensão da prescrição, neste caso verificar-se-á pela entrada do requerimento do titular do direito ou do credor nos livros ou protocolos das repartições públicas, com designação do dia, mês e ano.

Deste modo, verifico que a prescrição não ocorreu no caso. Como se observa, o autor/requerente deu entrada no pedido de revisão do benefício em 25/07/98 e só tomou ciência da conclusão do recurso administrativo interposto perante a Junta Recursal do INSS no dia 20/11/06. Tendo sido a presente ação interposta em 20/08/07 (fl. 02), observa-se que não transcorreu o prazo de cinco

anos entre a data da ciência da conclusão do processo administrativo e a data do ajuizamento da ação. Apelação do autor provida neste ponto.

Sobre os valores em atraso, decorrente da revisão do benefício da parte autora, estes serão devidos desde a data da concessão do benefício de aposentadoria.

Sobre estes, incidirão correção monetária e juros de mora, aqueles com base nos índices estipulados no manual de cálculos da Justiça Federal até o mês de junho de 2009, devendo, a partir do mês seguinte, incidir na forma prevista no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009.

No que tange aos juros de mora, observe-se que a redação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, dada pela MP nº 2.180-35/2001, apenas impunha a limitação dos juros de mora a 0,5 % (meio por cento) ao mês às verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos. Todavia, o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 sofreu alteração em junho de 2009, quando foi fixado novo critério de reajuste e incidência de juros de mora, o qual deve ser aplicado na elaboração da conta, a partir do mês de julho de 2009, como preceitua o art. 5º da Lei nº 11.960/2009.

Deste modo, esta colenda Segunda Turma vem decidindo que os juros de mora devem ser de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, até o mês de junho de 2009, devendo, a partir do mês seguinte, incidir na forma prevista no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009.

No tocante aos honorários advocatícios, deve ser mantido o percentual fixado na sentença de 10% sobre o montante devido, observando-se, contudo, o disposto na Súmula 111/STJ.

Posto isto, dou provimento à apelação da parte autora, nego provimento à apelação do INSS e dou parcial provimento à remessa oficial para tão somente determinar que sobre as parcelas em atraso incidirão correção monetária, com base nos índices estipulados no manual de cálculos da Justiça Federal até o mês de junho de 2009, devendo, a partir do mês seguinte, incidir na forma prevista no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, os juros de mora serão de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, até o mês de junho

de 2009, devendo, a partir do mês seguinte, ambos incidirem na forma prevista no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009. Na condenação dos honorários advocatícios, deverá ser observado o disposto na Súmula 111/STJ.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 17.812-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Apelantes: VITOR CAIAFFO BRITO E UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DE PERNAMBUCO - UFRPE
Apelada: GISELA ROCHA DE SIQUEIRA
Parte R: MANUELA FIGUEIROA LYRA DE FREITAS
Recte. Ad.: GISELA ROCHA DE SIQUEIRA
Repte.: PROCURADORIA DA UFRPE
Advs./Procs.: DRS. TÚLIO FREDERICO TENÓRIO VILAÇA RODRIGUES E OUTRO (1º APTE.) E JULIANE ROCHA DE SIQUEIRA E OUTRO (APDA.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. PRELIMINAR. ALTERAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR. DEVIDO PROCESSO LEGAL. ANULAÇÃO DE HOMOLOGAÇÃO DE CONCURSO. ALTERAÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO DOS CANDIDATOS. DESISTÊNCIA DA CANDIDATA/DEMANDANTE EM SER NOMEADA NO CARGO PLEITEADO. IRRELEVÂNCIA. SUBSISTÊNCIA DO INTERESSE JURÍDICO.

- Apelações e remessa oficial em face de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido deduzido por candidata em concurso para professor do Departamento de Morfologia e Fisiologia Animal, na disciplina de Anatomia Humana, da Universidade Federal Rural de Pernambuco.

- Sentença em que acolheu-se a pretensão da candidata/demandante, de modo que lhe foi reconhecida a primeira colocação, tendo perma-

necida inalterada a posição do segundo candidato, não obstante tenha havido a alteração da correspondente nota de classificação.

- Persiste o interesse jurídico da parte autora à resolução da lide, apesar da desistência em relação à nomeação ao cargo, vez que a classificação no concurso permanece como direito do candidato, a quem é conferida a faculdade de assumir ou não a vaga que lhe é destinada pela Administração, em obediência aos ditames da ordem jurídica.

- Defeito indicado pela autora da ação em razão da causa de pedir atinente a equívoco na consideração de documentos que ensejou a contagem indevida de pontos em seu favor que não se caracteriza. Inexistente inovação de pedido, em razão de ter se justificado o equívoco na pontuação de outros títulos, já que se almejava a recontagem dos pontos do candidato.

- Recurso administrativo requerendo o quadro de notas dos candidatos, particularmente em relação aos seus títulos, a fim de ter acesso às notas atribuídas pela banca examinadora a cada título apresentado, requerimento o qual na propositura da demanda estava pendente de resposta, não havendo que se exigir que a parte apresentasse integralmente o suporte fático da causa de pedir, se não tinha naquele momento acesso completo aos dados necessários para tanto.

- Inexistência de ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa ou do devido processo legal, vez que mediante a apresentação dos novos documentos, em sede de réplica, oportunizou-se à parte contrária se manifestar a respeito dos elementos apresentados. Ausente qualquer alteração do pedido, vez que este foi devidamente apresentado na peça inaugural. Cabível a parte que, tendo tido acesso a novos elementos no curso do processo, de modo a corroborar a tese

formulada inicialmente, venha reforçar a causa de pedir respectiva.

- O ponto controvertido está direcionado à necessária vinculação da banca examinadora e conseqüentemente do processo seletivo promovido pela Administração Pública às normas contidas no edital, de modo a atender aos princípios que norteiam a atuação administrativa em nosso ordenamento jurídico, na devida atribuição dos títulos apresentados pelos candidatos e na classificação de acordo com as regras estipuladas no edital de abertura da seleção. O Judiciário não intervém no mérito administrativo, mas atua de modo a promover a correção de eventual ato que esteja em dissonância com quaisquer um dos princípios que limitam a Administração Pública, destacando-se a legalidade.

- Inexistente ofensa à separação ou harmonia entre os poderes, haja vista não se analisar aqui o mérito administrativo, mas tão somente a necessária vinculação na atribuição de notas aos candidatos de acordo com os critérios estabelecidos no edital, questão principiológica que norteia a prática administrativa em nosso Estado Democrático de Direito.

- Analisando a avaliação individual do candidato Vitor Caiaffo Brito em relação aos seus títulos, é possível observar que houve atribuição de pontos em face de sua formação acadêmica, pontuando-se o título de mestre, em 24.07.2009, enquanto a dissertação do mestrado só foi apresentada em 04.08.2009, cujo grau de mestre lhe foi concedido apenas em 07.10.2009. De acordo com o edital, o candidato deveria possuir o título de mestre, ressalvada a defesa, no curso de pós-graduação, estar prevista para data anterior à investidura do cargo.

- Tendo o candidato sido nomeado para o cargo referenciado apenas em 02 de maio de 2011, sua

investidura por decorrência se deu apenas no corrente ano, tendo a apresentação de sua dissertação de mestrado ocorrido antes desse prazo, o que atendeu à condição prevista no edital.

- Não há que se falar em quebra do princípio da isonomia, porque todos os candidatos interessados possuíam o conhecimento de que o mestrado poderia ser comprovado, mesmo ainda se cursando a pós-graduação, desde que a dissertação fosse apresentada até a investidura, estando todos os candidatos na mesma situação cientes de tal possibilidade.

- Inexistindo previsão no edital referente à inclusão de ponto na avaliação de experiência didática ou tampouco da possibilidade de inclusão de novo item inicialmente omissa, deve ser desconsiderada a pontuação de 0,4 atribuída ao candidato em função do exercício de monitoria. Em atenção ao princípio da vinculação ao edital e da isonomia que norteiam os processos seletivos promovidos pela Administração Pública, não se pode admitir a inovação de atribuição de pontuação a apenas um dos candidatos em função de critério de avaliação não contido no edital.

- Deve ser adequada a atribuição de pontos na Prova de Títulos do candidato Vítor Caiaffo Brito, mais especificamente no Grupo II, a fim de que sejam adequadas as notas ao suporte fático devidamente comprovado nos termos do edital, conforme determinado na sentença recorrida.

- Inexistente informação de participação do candidato Vítor Caiaffo Brito em comissão científica, nos moldes previstos no item 3.6. do Grupo III da avaliação de títulos. Ausente justificativa de cômputo de nota em função de título que não se comprova, não se tem como atribuir a nota ao candidato, em função do princípio da vinculação ao edital, da isonomia e da própria legalidade do certame.

- ***Não obstante o ponto 5.4 do edital traga a possibilidade de anulação de inscrição do candidato, em função de dados conflitantes em seu currículo, conforme acima verificado, não se pode deixar de verificar que o edital não vincula a necessária anulação da inscrição ante a ausência de informações distoantes. Há previsão de mera faculdade, o que, por si só, não obriga a Administração a promover a anulação do candidato, ainda mais quando não lhe foi atribuída qualquer nota com base nas informações conflitantes.***
- ***É de se observar que muito embora as informações sejam imprecisas, anular a inscrição do candidato em função de mera faculdade conferida à banca e prevista como possibilidade no edital, seria penalizar o interessado de maneira verdadeiramente desproporcional.***
- ***Indevida a atribuição de notas na avaliação da prova de títulos que compõe o Grupo III (item 3.6.2.), tendo se considerado um total de 10 (dez) pontos, em função de quatro participações, sendo 2,5 (dois e meio) para cada uma delas. Não assiste razão à candidata/recorrente, vez que a banca examinadora atribuiu pontos apenas na atuação em área específica do concurso ou de áreas correlatas à matéria do concurso, em atendimento ao quadro de critérios para avaliação do curriculum vitae adotado pela UFRPE, informando que os trabalhos realizados em área diversa não foram publicados em revistas de morfologia, inadmitidos em função de não se referirem à matéria do concurso (anatomia) ou a algumas área, no mínimo, correlata (citologia, embriologia e histologia).***
- ***Quanto à análise a respeito do trabalho desenvolvido pela candidata possuir relevância ou não na área de realização do certame, não pode ser avaliado em sede de demanda judicial, haja vista a alta especialidade da banca examinadora com-***

posta por profissionais e docentes qualificados na disciplina, objeto de seleção, não cabendo ao Magistrado avaliar a maior ou menor relevância da compatibilidade de determinado evento ou produção com a qualificação disciplinar pretendida.

- **Não se tem como atribuir pontuação maior a um candidato por participação em palestras, por exemplo, de área diversa daquela em relação à qual será submetido à avaliação e à qual se almeja lecionar. Essa posição advém não apenas de uma análise razoável das exigências contidas no edital, mas especialmente de uma interpretação sistemática do instrumento regulatório, na medida em que se observa nos demais itens de avaliação de títulos referentes à produção científica uma necessária vinculação da experiência do candidato interessado seja na área especificada na matéria do concurso, seja ao menos em matéria correlata.**
- **A simples faculdade do candidato em assumir ou não o cargo para o qual através de concurso público foi aprovado, não autoriza, por si só, sua exclusão da lista de aprovados. A pontuação do candidato sendo superior a dos outros dois concorrentes lhe confere a primeira colocação no certame.**
- **Não cabe ao Judiciário restringir a regra do concurso, quando a Administração não o faz. Se o edital convocatório não especificou o ramo da medicina, não cabe ao Magistrado restringir ou limitar determinado ramo das ciências da saúde, em função de suposta incompatibilidade. Até mesmo porque todos os interessados que participaram do concurso tiveram acesso ao referido regramento, não se podendo agora, apenas em Juízo, excluir determinado ramo da medicina em detrimento de qualquer outro interessado com formação idêntica à primeira colocada.**
- **A classificação em concurso já serve em mui-**

tos casos para a obtenção de título em futuro certame, sendo um direito conferido a ambas as candidatas a devida proclamação do resultado com o reconhecimento de suas respectivas colocações.

- Indevida a extinção do processo sem julgamento do mérito em relação à candidata Manuela Figueiroa Lyra de Freitas, em função de sua desistência em ser nomeada para o cargo, sendo devida a proclamação do resultado, levando em consideração sua nota e classificação, subsistindo o interesse jurídico da análise da demanda contra ela intentada. Considerando que a tese contra ela levantada pela parte autora, atinente à anulação de sua inscrição, não foi acolhida, deve lhe ser reconhecida a atribuição da nota 9,12, conforme homologação do resultado do concurso, e a respectiva primeira colocação.

- Recurso de apelação de Vitor Caiaffo Brito conhecido e parcialmente provido para manter a pontuação da prova de títulos em relação ao título de mestrado.

- Recurso de apelação da candidata Gisela Rocha da Siqueira, da Universidade Federal de Pernambuco e à remessa oficial conhecidos mas não providos.

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, conhecer e dar parcial provimento ao recurso de apelação de Vitor Caiaffo Brito e negar provimento ao recurso de apelação de Gisela Rocha da Siqueira, da UFRPE e à remessa oficial, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 5 de julho de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de apelações e remessa oficial em face de sentença prolatada nos autos de ação ordinária pela MM. Juíza Federal da 9ª Vara de Pernambuco, Daniela Zarzar Pereira de Melo Queiroz, que julgou parcialmente procedente o pedido deduzido por candidata em concurso para professor do Departamento de Morfologia e Fisiologia Animal, na disciplina de Anatomia Humana, da Universidade Federal Rural de Pernambuco.

Gisela Rocha de Siqueira propôs a ação ordinária impugnando o resultado homologado do concurso para professor do Departamento de Morfologia e Fisiologia Animal, na disciplina de Anatomia Humana, da Universidade Federal Rural de Pernambuco - UFRPE, em desfavor da referida entidade educacional, e de outros dois candidatos (Vitor Caiaffo Brito e Manuela Figueiroa Lyra de Freitas).

A pretensão deduzida na exordial se direcionava: a) à anulação da homologação do resultado do concurso público para preenchimento de vaga de professor do Departamento de Morfologia e Fisiologia Animal, na disciplina de anatomia humana (fundamentos bio-funcionais aplicados à educação física e fisiologia aplicada à educação física); b) à anulação da inscrição da candidata Manuela Figueiroa Lyra de Freitas; c) à anulação da inscrição ou recontagem de pontuação do candidato Vitor Caiaffo Brito; d) à recontagem da pontuação dos títulos da autora e classificação desta na primeira colocação do certame, com sua nomeação e posse para a vaga de professora da disciplina acima referida.

O fundamento utilizado na propositura da demanda se baseia, em síntese: a) em ilegalidade na homologação do resultado do certame, ante o descumprimento pela primeira candidata ao perfil profissional, exigido no edital, haja vista possuir formação acadêmica em área distinta daquela estipulada; b) o segundo candidato, por sua vez, teria apresentado currículo *lattes* com informações conflitantes, acarretando erro na contagem de seus títulos e, via de consequência, prejuízo aos demais candidatos; c) equívoco na pontuação atribuída à sua prova de títulos, em desacordo com os

critérios oficiais estabelecidos pela Pró-Reitoria de Ensino e Graduação da UFRPE.

A Juíza, prolatora da sentença recorrida, acolheu parcialmente o pedido, nos seguintes termos:

a) EXTINGO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO (art. 267, VI, do CPC), o pedido condenatório de anulação da inscrição da candidata Manuela Figueroa Lyra de Freitas, excluindo-a do polo passivo da lide, ante sua desistência superveniente; b) REJEITO a preliminar de carência por impossibilidade jurídica do pedido. JULGO PROCEDENTE, EM PARTE, O PEDIDO, para: c.1) declarar a nulidade parcial do resultado da prova de títulos do réu Vitor Caiaffo Brito, excluindo da pontuação a nota do mestrado que àquele tempo não houvera concluído (1,5) e a nota relativa à monitoria (0,4), porquanto se trata de critério não previsto no edital; c.2) declarar a nulidade dos atos posteriores ao resultado da prova oral, sobretudo a homologação do concurso e a investidura no cargo mediante posse, uma vez padecer o mesmo de invalidade ora pronunciada; c.3) condenar a UFRPE na obrigação de fazer nova homologação, agora dando publicidade ao real resultado do concurso segundo quadro constante da fundamentação (GISELA ROCHA DE SIQUEIRA 9,02 - 1ª colocada; VITOR CAIAFFO BRITO 9,00 - 2º colocado; MANUELA FIGUEIROA LYRA DE FREITAS - desistente); c.4) condenar a ré ainda na obrigação de fazer consistente em nomear a candidata ora autora, Gisela Rocha de Siqueira, no cargo de Professor Assistente do Departamento de Morfologia e Fisiologia Animal, afim de possibilitar posse e exercício ainda no primeiro semestre de 2010, tendo em vista seu direito subjetivo; c.5) conceder antecipação dos efeitos da tutela em sentença, para a suspensão da nomeação e posse do candidato Vitor Caiaffo Brito, ficando-lhe obstado o exercício no cargo público, até resolução final da lide. Custas pela autora. Honorários por conta da parte, em face da sucumbência recíproca (art. 21, do CPC). Sentença sujeita ao duplo grau obrigatório de jurisdição (art. 475 do CPC).

Vitor Caiaffo Brito, um dos demandados, interpôs recurso de apelação, às fls. 620/631, suscitando: a) inaceitável alteração da causa de pedir, mediante a quebra do formalismo processual e ofensa ao devido processo legal e às garantias da ampla defesa e

do contraditório; b) ser regular a pontuação atribuída aos títulos por ele apresentados, devendo permanecer os cálculos da banca examinadora referentes à sua nota final; c) indevida análise do mérito do ato administrativo e ofensa à harmonia entre os poderes.

Gisela Rocha de Siqueira, às fls. 668/694, ofertou recurso adesivo alegando: a) anulação da inscrição do candidato Vitor Caiaffo Brito, ante a existência de informações inverídicas no currículo e do descumprimento das informações editalícias; b) pedido de recontagem dos pontos dos títulos do currículo *lattes* da apelante.

A UFRPE, às fls. 720/726, interpôs apelação suscitando a necessária vinculação da Administração ao edital e atenção à separação e independência dos Poderes e princípio da isonomia. Alega, ainda, necessidade de revogação da tutela antecipada, em função do caráter satisfativo da pretensão e impossibilidade de nomeação e posse em sede antecipatória.

Apresentadas as respectivas contrarrazões, às fls. 655/667, 733/742, 748/757.

Vitor Caiaffo Brito se manifestou, às fls. 759/760, informando a desistência da candidata/autora, Gisela Rocha de Siqueira, em relação à nomeação como Professora Assistente na UFRPE, conforme publicação no Diário Oficial da União. Pugnou, ao final, pela intimação da demandante, para fins de cumprimento do art. 398 do CPC.

Em resposta, Gisela Rocha de Siqueira, às fls. 765/767, informou *“embora a autora não possua interesse em ser nomeada enquanto não for concedida uma tutela definitiva transitada em julgado, persiste o seu interesse na resolução da lide, visto que além de ter direito a um pronunciamento judicial sobre a lesão de seus direitos, a correção da colocação final é um direito que lhe assiste e, ainda, é imprescindível para preservar a lisura do certame”*. Juntou cópia do termo de posse e compromisso, datado de 17.08.2010, tomado em função da ocupação do cargo de Professora de Magistério Superior, Classe Adjunto, Nível I, em regime de trabalho de dedicação exclusiva, do quadro de pessoal permanente da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.

Após, subiram os autos a este egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Trata-se de apelações e remessa oficial em face de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido deduzido por candidata em concurso para professor do Departamento de Morfologia e Fisiologia Animal, na disciplina de Anatomia Humana, da Universidade Federal Rural de Pernambuco.

O fundamento utilizado na propositura da demanda se baseia, em síntese: a) em ilegalidade na homologação do resultado do certame, ante o descumprimento pela primeira candidata ao perfil profissional, exigido no edital, haja vista possuir formação acadêmica em área distinta daquela estipulada; b) o segundo candidato, por sua vez, teria apresentado currículo *lattes* com informações conflitantes, acarretando erro na contagem de seus títulos e, via de consequência, prejuízo aos demais candidatos; c) equívoco na pontuação atribuída à sua prova de títulos, em desacordo com os critérios oficiais estabelecidos pela Pró-Reitoria de Ensino e Graduação da UFRPE.

Inicialmente cumpre destacar que a parte Demandante foi a terceira colocada no certame, tendo indicado no pólo passivo a primeira (Manuela Figueiroa Lyra de Freitas) e o segundo (Vitor Caiaffo Brito) colocados, tendo obtido a tutela judicial que lhe reconheceu o primeiro lugar no certame, permanecendo Vitor Caiaffo Brito, em segundo, e acolhendo a desistência da candidata Manuela Figueiroa Lyra de Freitas, conforme quadro de classificação, vide fundamentação da sentença:

GISELA ROCHA DE SIQUEIRA - 9,02 1ª colocada

VITOR CAIAFFO BRITO - 9,00 2º colocado

MANUELA FIGUEIRA LYRA DE FREITAS - desistente

Na referida sentença recorrida, portanto, acolheu-se a pretensão da candidata/demandante, de modo que lhe foi reconhecida a primeira colocação, tendo permanecida inalterada a posição do segundo candidato, não obstante tenha havido a alteração de sua nota de classificação.

Evidencia-se, portanto, tendo a parte demandante ingressado com ação em juízo em detrimento de outros dois candidatos, e mediante a desistência da candidata MANUELA, prosseguiu o feito para análise de mérito em relação à parte autora e ao candidato VITOR.

Não obstante tenha sido julgado o mérito, e, via de consequência, tenha se reconhecido a primeira colocação à parte demandante, permaneceu inalterada tanto a classificação do candidato VITOR, quanto sua respectiva nomeação, vez que diante da desistência da autora/candidata, foi o segundo colocado devidamente nomeado.

Destaque-se, inicialmente, persistir o interesse jurídico da parte autora à resolução da lide, apesar da desistência em relação à nomeação ao cargo, vez que a classificação no concurso permanece como direito do candidato, a quem é conferida a faculdade de assumir ou não a vaga que lhe é destinada pela Administração.

1. DO RECURSO DE VITOR CAIAFFO BRITO.

1.1. ALTERAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR. DEVIDO PROCESSO LEGAL.

Fundamenta a apelante seu recurso na indevida alteração da causa de pedir, em quebra do formalismo processual, ofendendo o devido processo legal e as garantias da ampla defesa e do contraditório.

Discorre o recorrente que a causa de pedir apresentada na exordial se direciona à suposta possibilidade das informações constantes no seu currículo lattes, no que se refere ao período de exercício de magistério e projeto de pesquisa, realizados pelo apelante junto à UFPE, terem ocasionado indevida pontuação ao referido candidato. A desclassificação é almejada, ainda, com base no suposto descumprimento pelo candidato do item 5 do edital, que prescrevia a necessidade de apresentação de documentos originais, no prazo assinalado.

Informa o candidato que, em réplica, a parte demandante alterou significativamente a causa de pedir, ao requerer a recontagem da pontuação de Vitor Caiaffo Brito em relação à questão não suscitada na exordial, direcionada à pontuação atribuída ao seu mestra-

do, à orientação de trabalhos acadêmicos, à monitoria e à participação em congressos, encontros e simpósios.

Na peça inaugural do presente feito, é possível se observar que no ponto 1.2. da fundamentação ali apresentada, a parte autora trata da “Homologação de inscrição e classificação (em segundo lugar) de candidato que apresentou documentos com informações conflitantes da possibilidade de erro na pontuação de títulos”.

A pretensão deduzida pela autora em relação ao candidato Vitor Caiaffo Brito, portanto, direcionava-se em razão da causa de pedir atinente a equívoco na consideração de documentos que ensejou a contagem indevida de pontos em seu favor.

Não obstante tenha se alegado que tal contagem indevida tenha decorrido da atribuição de pontos em função de informações constantes no seu currículo lattes, no que se refere ao período de exercício de magistério e projeto de pesquisa ou à desclassificação em função do descumprimento pelo candidato do item 5 do edital que prescrevia a necessidade de apresentação de documentos originais, no prazo assinalado, evidente se mostra que a pretensão deduzida explicitamente na inicial de recontagem da pontuação do candidato Vitor Caiaffo Brito também poderia ser ocasionada por causa igualmente de pontuação atribuída ao seu mestrado, à orientação de trabalhos acadêmicos, à monitoria e à participação em congressos, encontros e simpósios.

Ou seja, inexistiu inovação de pedido, já que se almejava a recontagem dos pontos do candidato, nem tampouco de causa de pedir, já que a pretensão está fundamentada pela consideração indevida dos títulos apresentados.

Inaplicáveis, portanto, o art. 128 CPC (O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte) ou art. 264 do CPC (Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei), já que o julgamento se limitou às questões apresentadas pelas partes, bem como inexistiu qualquer inovação no pedido ou na causa de pedir.

De qualquer forma, a parte autora informou na exordial que protocolou recurso administrativo requerendo o quadro de notas dos candidatos, particularmente em relação aos seus títulos, a fim de ter acesso às notas atribuídas pela banca examinadora a cada título apresentado, requerimento o qual na propositura da demanda estava pendente de resposta.

Assim, não há que se exigir que a parte demandante apresentasse integralmente o suporte fático da causa de pedir, se não tinha naquele momento acesso completo aos dados necessários para tanto.

Inexistiu no processamento do feito qualquer ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa ou do devido processo legal, vez que mediante a apresentação dos novos documentos, em sede de réplica (fls. 278/307 e 308/455), oportunizou-se à parte contrária se manifestar a respeito dos elementos apresentados.

Ausente qualquer alteração do pedido, vez que este foi devidamente apresentado na peça inaugural, é de se entender cabível que tendo a parte demandante tido acesso a novos elementos no curso do processo, de modo a corroborar a tese formulada inicialmente, reforçando a causa de pedir respectiva, tenha sido considerada a apresentação da documentação a respeito das irregularidades tangentes à contagem indevida de todos os títulos do candidato Vitor Caiaffo Brito, verificada com base no acesso a novas evidências probatórias.

1.2. ANÁLISE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO.

O cerne neste ponto recursal, deduzido pelo candidato Vitor Caiaffo Brito, bem como pela UFRPE, se direciona à suposta indevida análise do mérito administrativo, que enseja ofensa à harmonia entre os poderes.

A Constituição Federal trata da atuação da Administração Pública, nos termos do art. 37, inciso I, ao prescrever:

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:

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;

Evidencia-se que a Administração Pública deve atuar dentro dos limites estabelecidos na ordem jurídica vigente, atenta ao princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Nesta trilha, convém frisar que cabe ao Juiz examinar apenas a legalidade do certame em relação à previsão contida no edital e ao cumprimento de suas normas pela comissão examinadora, não podendo substituir a banca examinadora para rever os critérios de correção fixados no edital do certame.

Aliás, esse é o entendimento jurisprudencial de nossas Cortes Superiores:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CONTRARIEDADE À LEI AUTORIZA O PODER JUDICIÁRIO EXAMINAR EDITAL DE PROCESSO SELETIVO. ACÓRDÃO A QUO FIRMADO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. STF. ENUNCIADO 83 DA SÚMULA DO STJ.

1. A controvérsia essencial dos autos desvela-se por meio da submissão de ato administrativo ao controle judicial, em particular em relação à legalidade do ato, discricionário ou vinculado, sobretudo, no que diz respeito à competência, à forma e à finalidade legalmente previstas.

2. **Contravindo aos bem lançados argumentos recursais, a jurisprudência do STJ entende, em hipótese semelhante à destes autos, ser possível a intervenção do Poder Judiciário nos atos regulatórios (editais) que regem os concursos públicos.**

3. No caso, a prestação jurisdicional, na origem, almejou o aprimoramento do certame sem violar normas legais, ao estabelecer maior clareza ao instrumento editalício, *in verbis*: “Demonstração que o edital retificado não teve uma edição/redação eficiente quanto a alterações significativas. Razoável que se permita ao candidato que se vê prejudicado sob esse aspecto nova oportunidade para que participe do certame”. (Fl. 160)

4. Pretensão, na via especial, firmada em preceito constitucional elide o exame do STJ.

5. Acórdão *a quo* em consonância com a jurisprudência deste Tribunal (Enunciado 83 da Súmula do STJ).

6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AGREsp 200401204599, Celso Limongi. (Desembargador Convocado do TJ/SP), STJ - Sexta Turma, 08/03/2010)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. QUESTÃO OBJETIVA. VINCULAÇÃO AO EDITAL. EXAME PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NÃO-CABIMENTO. RECURSO IMPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, excepcionalmente, é possível ao Poder Judiciário examinar se a questão objetiva em concurso público foi elaborada de acordo com o conteúdo programático previsto no edital do certame. Hipótese em que se apreciam aspectos relacionados à observância do princípio da legalidade, e não ao mérito administrativo.

2. No entanto, em se tratando de mandado de segurança, exige-se prova pré-constituída suficiente ao exame do alegado direito líquido e certo, sendo incompatível a impetração quando a solução da *quaestio* demandar dilação probatória.

3. Hipótese em que não há como formar um juízo convincente a respeito da suscitada ilegalidade mediante mero cotejo entre as questões impugnadas e o edital do certame. Impõe-se incursão no campo das Ciências Contábeis, com a necessidade de abertura de fase probatória, para concluir se o conhecimento exigido se afastou do conteúdo programático.

4. Recurso ordinário improvido. (ROMS 200701911740, Arnaldo Esteves Lima, STJ - Quinta Turma, 17/11/2008)

Na específica hipótese do autos, observa-se não se tratar de questão de correção de provas ou tampouco de verdadeira substituição da banca examinadora em relação à atribuição de notas aos candidatos.

Na verdade, o ponto controvertido aqui tratado se direciona à necessária vinculação da banca examinadora e conseqüentemente do processo seletivo promovido pela Administração Pública às

normas contidas no edital, de modo a atender aos princípios que norteiam a atuação administrativa em nosso ordenamento jurídico, na devida atribuição dos títulos apresentados pelos candidatos e na classificação de acordo com as regras estipuladas no edital de abertura da seleção.

O Judiciário não intervém no mérito administrativo, vez que atua de modo a promover a correção de eventual ato que esteja em dissonância com quaisquer um dos princípios que limitam a Administração Pública, destacando-se o princípio da legalidade.

Não há que se falar, portanto, em ofensa à separação ou harmonia entre os poderes, haja vista não se analisar aqui o mérito administrativo mas a necessária vinculação na atribuição de notas aos candidatos aos critérios estabelecidos no edital, questão principiológica que norteia a prática administrativa em nosso Estado Democrático de Direito.

1.3. DA PONTUAÇÃO ATRIBUÍDA AOS TÍTULOS DE VITOR CAIAFFO BRITO.

O resultado homologado pela banca examinadora foi divulgado do seguinte modo:

Candidatos	Prova de Título	Prova Escrita	Prova Didática	Plano de Atividades	Nota Final	Classificação
MANUELA FIGUEIRA LYRA DE FREITAS	8,07	9,0	9,53	9,5	9,12	1º lugar
VITOR CAIAFFO BRITO	7,27	9,33	9,7	9,33	9,05	2º lugar
GISELA ROCHA DE SIQUEIRA	7,73	9,36	9,5	9,16	9,04	3º lugar

Houve redução da pontuação inicialmente atribuída ao candidato, contra a qual se insurge neste ponto de sua apelação.

A alteração de sua pontuação decorreu da mudança na sua avaliação de títulos. Vejamos.

1.3.1. Do Mestrado.

De acordo com o currículo *lattes* do candidato Vitor Caiaffo Brito, em relação aos vínculos institucionais existentes, consta sua atuação junto à UFPE, na qualidade de professor e pesquisador, desde 2004 e a participação naquela Universidade como pesquisador desde 1998 em projetos do Departamento de Anatomia (fls. 77/81). Entretanto, consta a sua graduação de 2002 a 2007, no curso de fisioterapia na própria UFPE.

Analisando a avaliação individual do candidato em relação aos seus títulos, fls. 215/216 dos autos, é possível observar que houve atribuição de pontos em face de sua formação acadêmica, pontuando-se o título de mestre (fl. 215), em 24.07.2009, enquanto a dissertação do mestrado só foi apresentada em 04.08.2009 (fl. 257), cujo grau de mestre lhe foi concedido apenas em 07.10.2009 (fl. 255).

De acordo com o edital, o candidato deveria possuir o título de mestre, ressalvada a defesa no curso de pós-graduação estar prevista para data anterior à investidura do cargo (fls. 35/36).

Vale transcrever o referido trecho do edital:

4.5. Os documentos que deverão ser apresentados no ato da inscrição ou, caso a mesma seja feita via postal, estão listados a seguir:

(...)

i) documento comprobatório do grau de formação (graduação e pós-graduação) exigido para o exercício do cargo e seus respectivos históricos escolares; caso o candidato esteja matriculado no curso de pós-graduação com previsão de defesa antes do prazo de investidura no cargo, deverá apresentar uma declaração assinada pelo Coordenador do Programa ao qual está vinculado, declarando essa condição.

Observa-se, portanto, que o próprio edital trouxe a possibilidade ao candidato de se valer do título de mestre, não obstante não tivesse havido ainda a apresentação da dissertação correspondente à finalização do curso de pós-graduação.

Não se pode penalizar o candidato que atento às normas do edital, apresentou a declaração do Coordenador do Programa de

Mestrado, como comprobatório da vinculação ao curso respectivo, se atendia à condição de sua apresentação ser efetivada antes do prazo de investidura no cargo.

Na hipótese fática dos autos, observa-se que a avaliação dos títulos se efetivou em 24.07.2009 e a apresentação da dissertação ocorreu em 04.08.2009, 04 (quatro) dias após a publicação do resultado do concurso (*DOU* de 31.07.2009), fl. 95.

Tendo o candidato Vitor Caiaffo Brito sido nomeado para o cargo referenciado apenas em 02 de maio de 2011, *vide* fl. 760, sua investidura por decorrência se deu apenas no corrente ano, tendo a apresentação de sua dissertação de mestrado ocorrido antes do prazo de sua investidura, ou seja, atendendo à condição prevista no edital.

Não se parece razoável punir o candidato com a desconsideração de sua nota referente ao mestrado, por ter se atendido à condição imposta no edital.

Não há que se falar em quebra do princípio da isonomia, porque todos os candidatos interessados possuíam o conhecimento de que o Mestrado poderia ser comprovado, mesmo ainda se cursando a pós-graduação, desde que a dissertação fosse apresentada até a investidura, estando todos os candidatos na mesma situação cientes de tal possibilidade.

Em relação àqueles candidatos que já possuíam o título de Mestre, no ato da inscrição, não há porque impugnar a regra contida no edital, vez que a condição ali de comprovação do título, condicionada à apresentação da dissertação até a data da investidura, sequer lhes era direcionada ou tampouco lhes prejudicava, na medida em que apenas ampliava aos mestrandos a possibilidade de participar do concurso de modo a ampliar o número de interessados, em prol do interesse público, sem prejuízo para a qualidade da atuação do eventual aprovado em exercer devidamente o Magistério, já que no momento da investidura a condição de Mestre já deveria estar devidamente consolidada.

Assim, incabível a desconsideração da nota decorrente da apresentação do título de Mestre ao candidato Vitor Caiaffo Brito, por ter este comprovado a condição de mestrando de acordo com as normas contidas no edital.

1.3.2. Da Monitoria.

Outra impugnação em relação à nota do candidato se refere à atribuição da pontuação 0,4, na sua avaliação em função da realização de monitoria na área, em relação à experiência didática.

Entretanto, nesta parte da avaliação os itens estavam ordenados em pontos estabelecidos entre 2.1 e 2.6 em formulário padrão oficial (fls. 211/212). Entretanto, apenas na avaliação do candidato Vitor Caiaffo Brito foi incluído forma manuscrita de um item intitulado 2.7. incluindo a pontuação de 0,4 em relação à monitoria (vide fl. 215).

Inexiste, entretanto, previsão no edital referente à inclusão deste ponto na avaliação de experiência didática ou tampouco da possibilidade de inclusão de novo item inicialmente omissos.

Em atenção ao princípio da vinculação ao edital e da isonomia, que norteia os processos seletivos promovidos pela Administração Pública, não se pode admitir a inovação de atribuição de pontuação a apenas um dos candidatos em função de critério de avaliação não contido no edital.

Assim, deve ser desconsiderada a pontuação de 0,4 atribuída ao candidato em função do exercício de monitoria.

1.3.3. Orientação dos Trabalhos Acadêmicos.

De acordo com o formulário padrão da UFRPE (fls. 211/212) consta na avaliação de títulos do Grupo II, em relação à Experiência Didática, dentre seis itens, o item 2.5. (Orientação de Trabalhos Acadêmicos), subdividido nos subpontos: 2.5.1. Monografias, Iniciação Científica e Programas Especiais de Treinamento; 2.5.2. Monografias de Especialização; 2.5.3. Dissertações de Mestrado e 2.5.4. Teses de Doutorado.

Considerou-se na avaliação inicial do candidato no ponto 2.5.1. um total de 6,0 (seis) pontos, sendo cada 1,5 (um ponto e meio) para cada trabalho orientado.

Entretanto, de acordo com o currículo *lattes* do candidato Vitor Caiaffo Brito só houve sua participação em apenas uma orientação acadêmica, pertinente a trabalho monográfico de conclusão de curso (fl. 81 e fl. 259).

Neste ponto, portanto, deve ser retificada a nota do candidato de forma a reduzir o ponto da prova de títulos em relação ao Grupo II apenas para 1,5 (um e meio) em correspondência com o requisito previsto no edital referente ao número de orientações devidamente comprovadas.

Dentre os documentos acostados, evidencia-se a comprovação de participação em bancas examinadoras (fl. 260/264), o que autorizaria a atribuição de nota em outros itens (2.3. - participação em bancas ou comissões examinadoras de graduação ou pós-graduação e 2.4. - participação em bancas ou comissões examinadoras de seleção para o magistério superior) do Grupo II da Prova de Títulos (sendo 0,5 para cada uma das participações).

Conforme asseverado na sentença, no espelho da avaliação do candidato, não lhe foi atribuída nota referente a estes pontos do Grupo II, deduzindo-se, portanto, que houve atribuição equivocada de tais pontos em outros subitens.

Considerando, entretanto, que algumas das participações comprovadas se efetivaram em momento posterior ao período de inscrição no certame seletivo finalizado em 10.06.2009, somente as participações configuradas em 17.12.2008 (fl. 260) e em 22.01.2009 (fl. 264) devem ser pontuadas, respectivamente nos subitens 2.3. e 2.4.

Deve ser adequada a atribuição de pontos na Prova de Títulos, mais especificamente no Grupo II, a fim de que sejam adequadas as notas ao suporte fático devidamente comprovado nos termos do edital.

1.3.4. Participação em Congressos, Encontros, Simpósios e similares de Nível Nacional e/ou Internacional - Comissão Científica.

A pontuação referente à participação em Congressos, Encontros, Simpósios e similares de Nível Nacional e/ou Internacional - Comissão Científica se refere ao item 3.6. do Grupo III (Produção Científica, Artística e de Cultura Geral) da Avaliação de Títulos (fl. 211 e 211v), tendo havido a atribuição de 3,0 (três) pontos por participação em comissão científica (subitem 3.6.1.), *vide* fl. 215v.

Entretanto, no currículo *lattes*, inexistente sequer informação de participação do candidato Vitor Caiaffo Brito em comissão científica, nos moldes previstos no item 3.6. do Grupo III da avaliação de títulos, *vide* fl. 77/79.

Ausente justificativa de cômputo de nota em função de título que não se comprova, não se tem como atribuir a nota ao candidato, em função do princípio da vinculação ao edital, da isonomia e da própria legalidade do certame.

1.3.5. Do cálculo da Nota do Candidato VITOR CAIAFFO BRITO.

Na sentença recorrida, houve alteração da nota na prova de títulos do candidato Vitor Caiaffo Brito que ficou estabelecida em 7,0 (sete), com a correspondente alteração da sua nota final para 9,0 (nove), conforme sentença, exarada às fls. 705/707, em sede de embargos de declaração opostos pela UFRPE.

Considerando a reforma da sentença, acolhendo-se parcialmente o recurso de apelação de Vitor Caiaffo Brito, apenas para lhe atribuir a nota referente ao Mestrado, conforme fundamentação supra, deve ser recalculada a nota da Prova de Títulos e consequentemente a nota final, de acordo com a fórmula constante no edital, nos seguintes termos:

1.3.5.1. Do cálculo da Prova de Títulos (fl. 212).

Fórmulas

TP = Total de Pontos

$TP = \frac{2 \text{ pontos (Grupo I)} + 3 \text{ pontos (Grupo II)} + 3 \text{ pontos (Grupo III)}}{20} + 2 \text{ pontos (Grupo IV)}$

NF = Nota Final

$NF = 0,0176TP + 6,48$

Cálculo

$TP = 2 \text{ pontos (3,5)} + 3 \text{ pontos (7,5)} + 3 \text{ pontos (22,00)} / 20 + 2 \text{ pontos (0)}$

$TP = 2x (3,5) + 3x(7,5) + 3x(22/20) + 0,0$

$TP = 7 + 22,5 + 3,3 + 0$

$TP = 32,8$

$$NF = TP \times 0,0176 + 6,48$$

$$NF = 32,8 \times 0,0176 + 6,48$$

$$NF = 0,57728 + 6,48$$

$$NF = 7,05$$

Do cálculo da Nota Final (fls. 37/38).

Candidato	Prova de Título	Prova Escrita	Prova Didática	Plano de Atividades	Nota Final
VITOR CAIAFFO BRITO	7,05	9,33	9,7	9,33	-
Pesos de cada uma das etapas	0,2	0,2	0,4	0,2	-
Resultado	1,41	1,86	3,88	1,86	9,01

2. DO RECURSO ADESIVO DE GISELA ROCHA DE SIQUEIRA.

2.1. DO PEDIDO DE ANULAÇÃO DA INSCRIÇÃO DO CANDIDATO VITOR CAIAFFO BRITO.

Alega a candidata recorrente a necessária anulação da inscrição do candidato Vitor Caiaffo Brito, por ter incluído em seu currículo *lattes* informações inverídicas, fato reconhecido pelo próprio réu (fl. 208).

O fundamento para a anulação da inscrição do candidato deveria ter se baseado, segundo as alegações de Gisela Rocha de Siqueira nos itens 5.4, 5.5 e 5.6 do edital (fls. 36/37) que preveem a possibilidade de anulação da inscrição, a nomeação e a posse do candidato, quando constatada falsidade em qualquer declaração e/ou qualquer irregularidade em documentos apresentados.

Os pontos indicados no apelo merecem ser transcritos:

5.3. A inscrição no Concurso Público implicará, desde logo, o reconhecimento e tácita aceitação pelo candidato das condições estabelecidas no teor deste Edital e das Instru-

ções Complementares, dos quais não poderá alegar desconhecimento.

5.4. - A qualquer tempo, poder-se-á anular a inscrição, a nomeação e a posse do candidato, desde que constatada falsidade em qualquer declaração e/ou irregularidade em documentos apresentados.

5.5 - As informações prestadas no Formulário de Solicitação de Inscrição serão de inteira responsabilidade do candidato, dispondo a UFRPE do direito de excluir do Concurso Público aquele que não preencher o formulário de forma completa, correta ou que fornecer dados comprovadamente inverídicos.

5.6 - Não será homologada a solicitação de inscrição que não atender rigorosamente ao estabelecido neste Edital.

Não obstante o ponto 5.4 acima transcrito traga a possibilidade de anulação de inscrição do candidato, em função de dados conflitantes em seu currículo, conforme acima verificado, não se pode deixar de verificar que o edital não vincula a necessária anulação da inscrição ante a ausência de informações destoantes. Há previsão de mera faculdade, o que, por si só, não obriga a Administração a promover a anulação do candidato.

No específico caso dos autos, deve se ressaltar, inclusive, que apesar das informações contidas no currículo do candidato lhe remeterem à susposta atuação em projeto de pesquisa e em itens de avaliação contidos no grupo de experiência profissional, analisando o espelho (fls. 215/216) de avaliação respectivo é possível se observar que não lhe foi atribuída qualquer nota com base nas informações conflitantes.

É de se observar que muito embora as informações sejam imprecisas, anular a inscrição do candidato em função de mera faculdade conferida à banca e prevista como possibilidade no edital, seria penalizar o interessado de maneira verdadeiramente desproporcional.

Pensar em sentido contrário, seria fugir do propósito maior do concurso e da aplicação das regras contidas no edital respectivo, quando se promoveria verdadeira perseguição a quem desobedece a algum ponto das regras estabelecidas, em detrimento da escolha daquele que melhor é avaliado para ocupar o cargo almejado.

Na situação que subsidiou a propositura da demanda, duas questões devem ser ressaltadas. Primeiro, o fato de que o candidato Vitor Caiaffo Brito, cuja incongruência no currículo está sendo impugnada pela candidata/demandante, obteve notas expressivas na avaliação, tanto é que lhe foi conferida, mediante a tutela judicial, a terceira posição no certame, o que lhe foi atribuído em processo seletivo complexo e dentro dos limites contidos no edital. Segundo, e não menos importante, há que se observar que o referido candidato atualmente exerce o cargo de Professor Assistente, no Departamento de Morfologia e Fisiologia Animal na UFRPE, tendo sido nomeado em função da desistência das duas candidatas em ingressar na referida função.

2.2. DA RECONTAGEM DOS TÍTULOS DA AUTORA/CANDIDATA GISELA ROCHA DA SIQUEIRA.

2.2.1. Pontuação referente à participação em palestras, mesas-rendondas, conferências e equivalentes.

A atribuição de notas neste ponto na avaliação da prova de títulos compõe o Grupo III (item 3.6.2.), tendo se considerado um total de 10 (dez) pontos, em função de quatro participações, sendo 2,5 (dois e meio) para cada uma delas, *vide* fl. 218 dos autos.

Insurge-se a candidata, afirmando possuir direito a um total de treze participações, o que lhe atribuiria 32,5 (trinta e dois pontos e meio).

Não assiste razão à candidata/recorrente, vez que a banca examinadora atribuiu pontos apenas na atuação em área específica do concurso ou de áreas correlatas à matéria do concurso, em atendimento ao quadro de critérios para avaliação do *curriculum vitae* adotado pela UFRPE (fl. 208, verso).

Tanto é assim que a UFRPE, em contestação, informa que os trabalhos realizados em área diversa não foram publicados em revistas de morfologia, inadmitidos em função de não se referir à matéria do concurso (anatomia) ou a alguma área, no mínimo, correlata (citologia, embriologia e histologia), *vide* fl. 208 verso.

Em relação à análise a respeito do trabalho desenvolvido pela candidata possuir relevância ou não na área de realização do certame, não pode ser avaliado em sede de demanda judicial, haja

vista a alta especialidade da banca examinadora composta por profissionais e docentes qualificados na disciplina, objeto de seleção, não cabendo ao Magistrado avaliar a maior ou menor relevância da compatibilidade de determinado evento ou produção com a qualificação disciplinar pretendida.

A alegação da candidata no sentido de não haver a exigência no item 3.6.2. do Grupo III do quadro de avaliação de títulos, no sentido de que a participação em palestras, mesas redondas, conferências e equivalentes seja na área da disciplina ou em matéria correlata não merece prosperar, já que no concurso público, há que se atentar para o princípio da razoabilidade.

Não se tem como atribuir pontuação maior a um candidato por participação em palestras, por exemplo, de área diversa daquela em relação à qual será submetido à avaliação e à qual se almeja lecionar.

Essa posição advém não apenas de uma análise razoável das exigências contidas no edital, mas especialmente de uma interpretação sistemática do instrumento regulatório, na medida em que se observa nos demais itens de avaliação de títulos referentes à produção científica uma necessária vinculação da experiência do candidato interessado seja na área especificada na matéria do concurso, seja ao menos em matéria correlata.

O fato de não se especificar ou subdividir a pontuação em relação ao ponto de participação em palestras ou mesas redondas, em matéria específica ou correlata, faz presumir ao intérprete das instruções de avaliação de títulos que apenas na área específica poderia ser atribuída pontuação privilegiada ao candidato.

2.2.2. Pontuação referente à especialização em área correlata à matéria do concurso.

Aqui, mais uma vez, impugna a candidata Gisela Rocha de Siqueira a desconsideração de especialização que seria em área correlata (fisioterapia/tramauto-ortopedia) à matéria da disciplina, objeto do concurso (anatomia).

Alega-se que por ter em sua grade curricular a matéria de anatomia, haveria que se considerar a especialização para fins de pontuação majorada na avaliação de títulos.

Reitero as razões acima deduzidas, no sentido de que a análise a respeito da referida especialização pela candidata possuir relevância ou não na área de realização do certame, podendo ser considerada em área correlata, não pode ser avaliado em sede de demanda judicial, haja vista a alta especialidade da banca examinadora composta por profissionais e docentes qualificados na disciplina, objeto de seleção, não cabendo ao Magistrado avaliar a maior ou menor relevância da compatibilidade de determinado evento ou produção com a qualificação disciplinar pretendida.

Não se está aqui dizendo que a banca pode agir arbitrariamente. Mas o simples fato da fisioterapia estar inserida na grade de ciências da saúde não lhe acarretaria objetivamente a inclusão como sendo especialidade em área correlata da anatomia humana. Afinal, a área de nutrição ou de farmácia também integram a grade de ciências da saúde e nem por isso poderiam ser consideradas relacionadas à anatomia humanas, não obstante possa haver uma disciplina a tal título.

2.2.3. Pontuação referente a trabalhos publicados em revistas e/ou periódicos de reconhecido valor científico ou cultural em área correlata à matéria do concurso, nos últimos 5 anos. Pontuação referente a resumo simples em área correlata à matéria em concurso, além dos últimos 5 anos.

O mesmo aqui se pode ver em relação à pontuação de trabalhos publicados em revistas ou periódicos de valor científico ou cultural na área da disciplina (anatomia) ou em matéria correlata.

A candidata Gisela Rocha de Siqueira relaciona os artigos publicados em supostas áreas correlatas à matéria do concurso e publicados em revistas indexadas de nível B:

- a) Análise da sintomatologia depressiva nos moradores do abrigo Cristo Redentor através da aplicação da escala de depressão geriátrica (EDG);
- b) Ocorrência da lombalgia em fisioterapeutas da cidade do Recife, Pernambuco;
- c) Inadequação econômica e desconforto das salas de aula em instituição de ensino superior do Recife - PE;

- d)** Violência entre torcidas nos estádios de futebol: uma questão de saúde pública;
- e)** O problema da violência nos estádios e as torcidas organizadas de times de futebol: um ensaio teórico sobre importante fenômeno urbano da atualidade;
- f)** Avaliação dos distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho dos funcionários da FADE - UFPE;
- g)** Avaliação ergonômica dos trabalhadores da Fundação de Apoio ao Desenvolvimento da Universidade Federal de Pernambuco;
- h)** Avaliação transdisciplinar das disfunções craniocervicais (DCC's) em pacientes da clínica-escola da Faculdade Integrada do Recife;
- i)** Análise das principais queixas apresentadas pelos trabalhadores da FADE - UPE;
- j)** Avaliação ergonômica em cuidadores de idosos;
- k)** Importância da Fisioterapia na melhora da qualidade de vida dos idosos institucionalizados;
- l)** Análise postural de idosos institucionalizados;
- m)** Análise comparativa da eficácia de espirometria e ventilometria na avaliação da função pulmonar.

À banca examinadora do concurso para Professor do Departamento de de Morfologia e Fisiologia Animal na UFRPE, em processo seletivo, caberá avaliar a adequação do objeto tratado nas publicações indicadas pela parte demandante.

Não se trata, aqui, de mera aplicação de critério objetivo, mas de verdadeira análise da adequação, mediante os conhecimentos específicos relevantes e necessários ao melhor exercício da função almejada pelos candidatos. Não assiste razão à candidata Gisela Rocha de Siqueira, com o fito de enquadrar tais publicações como sendo de matéria correlata à disciplina de anatomia.

Neste ponto, deve ser soberana a avaliação da banca, não podendo o Judiciário, aqui, sim, se imiscuir em discussão sobre o que se enquadraria ou não como sendo matéria relacionada ou

relevante para o exercício de Magistério Superior em matéria de Ciências da Saúde.

2.2.4. Pontuação referente ao mestrado em Fisioterapia/Saúde Coletiva.

Também não assiste razão, nesse ponto, à parte demandante na medida em que reclama a atribuição de pontuação no mestrado em Fisioterapia/Saúde Coletiva como sendo em matéria correlata ao certame, quando deveria ser na área específica do concurso.

Conforme informação da UFRPE, *vide* fl. 208 verso, as matérias correlatas à anatomia, são citologia, embriologia e histologia.

2.3. Do cálculo da Prova de Títulos e da Nota Final da Candidata.

Devem, portanto, permanecer os cálculos efetivados na sentença, acerca na Prova de Títulos da Candidata, bem como em relação à sua Nota Final, nos seguintes termos:

Fórmulas

TP = Total de Pontos

$TP = \frac{2 \text{ pontos (Grupo I)} + 3 \text{ pontos (Grupo II)} + 3 \text{ pontos (Grupo III)}}{20} + 2 \text{ pontos (Grupo IV)}$

NF = Nota Final

$NF = 0,0176TP + 6,48$

Cálculo

$TP = 2 \text{ pontos (1,5)} + 3 \text{ pontos (20)} + 3 \text{ pontos (22,27)/20} + 2 \text{ pontos (0)}$

$TP = 2x (1,5) + 3x(20) + 3x(22,27/20) + 0,0$

$TP = 3 + 60 + 3,34 + 0$

$TP = 66,34$

$NF = TP \times 0,0176 + 6,48$

$NF = 66,34 \times 0,0176 + 6,48$

$NF = 1,167584 + 6,48$

$NF = 7,64$

Do cálculo da Nota Final (fls. 37/38).

Candidato	Prova de Título	Prova Escrita	Prova Didática	Plano de Atividades	Nota Final
GISELA ROCHA DA SIQUEIRA	7,64	9,36	9,5	9,16	-
Pesos de cada uma das etapas	0,2	0,2	0,4	0,2	-
Resultado	1,52	1,87	3,8	1,83	9,02

3. DO RECURSO DA UFRPE E DA REMESSA OFICIAL.

Apelou a UFRPE sob a alegação de necessária vinculação da Administração ao edital e atenção à separação e independência dos Poderes e princípio da isonomia.

Tal questão já fora devidamente tratada anteriormente, no ponto 1.2. da presente decisão, quando se arguiu ser necessária vinculação da banca examinadora e conseqüentemente do processo seletivo promovido pela Administração Pública às normas contidas no edital, de modo a atender aos princípios que norteiam a atuação administrativa em nosso ordenamento jurídico, na devida atribuição dos títulos apresentados pelos candidatos e na classificação de acordo com as regras estipuladas no edital de abertura da seleção.

Tanto a decisão proferida pelo Juiz singular, quanto a presente decisão, voltaram-se à análise dos critérios de atribuição de pontos aos candidatos de acordo com as regras contidas no edital.

Em qualquer momento, houve ingerência do Judiciário na atribuição conferida à Administração ou tampouco se feriram os limites definidos no edital. Muito pelo contrário, atentou-se à necessidade de haver a atribuição de notas aos candidatos de acordo com os critérios estabelecidos no edital, questão principiológica que norteia a prática administrativa em nosso Estado Democrático de Direito.

Considerando a informação de que a candidata Gisela Rocha de Siqueira desistiu da nomeação conferida, em função da antecipação dos efeitos da tutela judicial, resta prejudicada a pretensão recursal de revogação da referida medida.

Em função da remessa oficial cabe analisar erro material invocado pela UFRPE, ainda em sede de embargos de declaração no juízo singular.

Aduziu a Universidade demandada ter incorrido a sentença em erro material na medida em que na proclamação do resultado do concurso ter atribuído a primeira colocação à candidata Gisela Rocha de Siqueira, bem como a segunda colocação ao candidato Vitor Caiaffo Brito, tendo em vista o fato de que Manuela Figueiroa Lyra de Freitas desistiu do concurso, determinando a retirada de seu nome da lista de aprovados.

De fato, a simples faculdade do candidato em assumir ou não o cargo para o qual através de concurso público foi aprovado não autoriza, por si só, sua exclusão da lista de aprovados.

No caso, a pontuação da candidata Manuela Figueiroa Lyra de Freitas sendo superior à dos outros dois concorrentes lhe conferiria a primeira colocação no certame.

Impugnou-se, na presente demanda, a anulação da inscrição da candidata Manuela Figueiroa Lyra de Freitas, sob o fundamento de formação em área distinta daquela permitida pelo edital.

O documento convocatório do certame ao indicar as áreas de formação indica o termo/gênero “Medicina”, sem qualquer especificação, consagrando o objetivo de alcançar os ramos de formação na área, no caso a Medicina Humana e a Medicina Veterinária. Inexiste, portanto, motivo para a exclusão de uma ou de outra graduação, ante a ausência de especificidade do edital.

Não cabe ao Judiciário restringir a regra do concurso, quando a Administração não o faz. Se o edital convocatório não especificou o ramo da medicina, não cabe ao Magistrado restringir ou limitar determinado ramo das ciências da saúde, em função de suposta incompatibilidade. Até mesmo porque todos os interessados que participaram do concurso tiveram acesso ao referido regramento, não se podendo agora, apenas em Juízo, excluir deter-

minado ramo da medicina em detrimento de qualquer outro interessado com formação idêntica à primeira colocada.

No caso a candidata Manuela Figueiroa Lyra de Freitas tem formação em Medicina Veterinária, não podendo ser prejudicada em função de se presumir qual o ramo da Medicina que poderia ser considerada como formação para exercer o cargo de professor na Universidade Federal Rural de Pernambuco, até mesmo porque se trata de entidade educacional voltada, como sua própria denominação supõe, ao estudo das ciências referentes aos seres vivos em geral. Ademais, ressalte-se que muito embora a denominação da disciplina seja “Anatomia Humana”, esta integra o **Departamento de Morfologia e Fisiologia Animal**.

Ressalte-se, ainda, que se segundo as regras do concurso a candidata Manuela Figueiroa Lyra de Freitas obteve a primeira colocação, tendo sido examinada de acordo com critérios teóricos e práticos, não se pode agora, apenas judicialmente, anular sua inscrição, já que o exame seletivo a classificou como a mais bem habilitada.

Considerando que a nota final da candidata Manuela Figueiroa Lyra de Freitas foi proferida atribuindo-lhe a pontuação 9,12, cabe lhe ser reconhecida a primeira colocação.

Pensar em sentido contrário, reconhecendo eventual perda superveniente do interesse de agir em relação a Manuela Figueiroa Lyra de Freitas, em função de sua desistência em ser nomeada no cargo para o qual foi qualificada prejudicaria a análise também da própria pretensão da parte demandante Gisela Rocha de Siqueira, cujo pedido de desistência também foi considerado pela Administração que revogou a portaria de sua nomeação.

A classificação em concurso já serve em muitos casos para a obtenção de título em futuro certame, sendo um direito conferido a ambas as candidatas a devida proclamação do resultado com o reconhecimento de suas respectivas colocações.

Assim, indevida a extinção do processo sem julgamento do mérito em relação à candidata Manuela Figueiroa Lyra de Freitas, em função de sua desistência em ser nomeada para o cargo, sendo devida a proclamação do resultado, levando em consideração

sua nota e classificação, subsistindo o interesse jurídico da análise da demanda contra ela intentada.

Considerando que a tese contra ele levantada pela parte autora, atinente à anulação de sua inscrição, não foi acolhida, deve lhe ser reconhecida a atribuição da nota 9,12, conforme homologação do resultado do concurso, e a respectiva primeira colocação, vide documentos de fls. 93, 95, 154. Deve, portanto, nesta parte ser julgado improcedente o pedido da parte autora.

A proclamação do resultado deve se efetivar nos seguintes termos:

MANUELA FIGUEIROALYRA DE FREITAS - 9,12 - 1ª colocada

GISELA ROCHA DE SIQUEIRA - 9,02 - 2ª colocada

VITOR CAIAFFO BRITO - 9,01 - 3º colocado

Ante o exposto, conheço e dou parcial provimento ao recurso de apelação de Vitor Caiaffo Brito, para manter a pontuação da prova de títulos em relação ao Mestrado e nego provimento ao recurso de apelação da candidata Gisela Rocha de Siqueira, da Universidade Federal Rural de Pernambuco e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 18.215-AL

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI

Apelante: UNIÃO

Apelado: EDSON DA SILVA MAGALHÃES

Advs./Procs.: DRS. ESTEFFERSON DARLEY FERNANDES NOGUEIRA E OUTRO (APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ERRO DA ADMINISTRAÇÃO RECONHECIDO POR DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. NOMEAÇÃO DO CANDIDATO. DIREITO À INDENIZAÇÃO REFERENTE À REMUNERAÇÃO NÃO PERCEBIDA, E À AVERBAÇÃO

DO TEMPO DE SERVIÇO. PRECEDENTE DO STJ. CONDENAÇÃO EM CUSTAS PROCESSUAIS. FAZENDA PÚBLICA. REEMBOLSO. POSSIBILIDADE.

- A Corte Especial do STJ, ao julgar o EREsp 825037DF (DJe 22/2/2011), Rel. Min. Eliana Calmon, posicionou-se pelo cabimento da indenização àquele candidato impedido de assumir o cargo para o qual fora aprovado em concurso público em função de ato da administração reconhecido como ilegítimo por decisão judicial transitada em julgado, podendo tal indenização tomar como parâmetro o valor da remuneração. Aplicação da Teoria da Responsabilidade Civil do Estado (art. 37, § 6º, da Constituição Federal).

- Direito do autor ao pagamento de indenização equivalente aos vencimentos que deixou de receber durante o período de 4/8/2004 a 7/8/2007.

- Da mesma forma, faz jus o postulante à contagem do tempo de serviço durante o período de 4/8/2004 a 7/8/2007, uma vez tal contagem é assegurada em face do simples decurso do tempo no exercício no cargo, exercício este que foi ilegalmente subtraído do autor.

- No que diz respeito ao pleito de progressão funcional, entende-se que para o seu deferimento faz-se necessária a avaliação de requisitos pela Administração, não tendo como se perquirir se tais requisitos foram atendidos pelo autor. Impossibilidade de se determinar o reenquadramento do demandante na classe G, nível III, do quadro funcional do Departamento de Polícia Rodoviária Federal.

- A isenção de custas de que trata a Lei no 9.028/95, c/c MP 2.180/01 e a Lei nº 9.289/96, não isenta a União e suas autarquias do reembolso das despesas adiantadas pela parte vencedora. Posto que, enquanto as custas judiciais têm caráter tarifário, o reembolso tem natureza reparatória,

***não sendo albergada pela cobertura da isenção.
- Apelação e remessa oficial parcialmente providas, apenas para indeferir o pleito de progressão funcional do autor na classe G, nível III, do quadro funcional do Departamento de Polícia Rodoviária Federal.***

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação / reexame necessário, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 26 de julho de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
- Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de ação ordinária, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, ajuizada por Edson da Silva Magalhães contra a União, pleiteando a sua remoção para o Estado da Paraíba; o seu enquadramento na classe G, nível III, do quadro funcional do Departamento de Polícia Rodoviária Federal; a condenação do demandando, a título de indenização, no equivalente aos vencimentos que deixou de perceber entre 4/8/2004 até 7/8/2007; que seja anotado em seus registros funcionais o cômputo do tempo de serviço prestado entre 4/8/2007 até 7/8/2007 e que seja declarado que concluiu seu estágio probatório em 4/8/2007.

O demandante alega que prestou concurso público, em 2004, para a Polícia Rodoviária Federal, sendo, ao final, aprovado, inclusive com a conclusão do Curso de Formação Profissional, deixando de ser nomeado em virtude de uma restrição em sua ficha de

investigação social, que levou a sua eliminação por suposta inidoneidade. Inconformado, impetrou mandado de segurança, logrando êxito em sede de apelação, vindo a ser nomeado e empossado em agosto de 2007, com exercício no Estado de Alagoas. Ocorre que do concurso ao qual se submeteu foram convocados outros candidatos, além dos inicialmente aprovados dentre as vagas indicadas no edital, gerando inclusive novas turmas do Curso de Formação, percebendo que aqueles candidatos que participaram com ele da mesma turma (a primeira) encontram-se em situação funcional e remuneratória mais favorável, em decorrência da progressão na carreira. Por fim, que pretende a restauração de todos os direitos violados que deixou de auferir durante todo o período, pela eliminação do concurso ao qual se submeteu que, ao seu entender, foi injusta e ilegítima, razão pela qual lhe foi concedida a segurança para ser nomeado e tomar posse no cargo.

Liminar indeferida às fls. 248/249.

O MM. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos, para condenar a União a pagar ao autor a remuneração do cargo de policial rodoviário federal, relativa ao período de 4/8/2004 a 7/8/2004, a ser apurada em liquidação pelo credor; bem como a computar esse período como tempo de serviço do autor, promovendo, ainda, o enquadramento funcional do autor na classe G, nível III, com as respectivas consequências financeiras deste enquadramento. Em face da sucumbência recíproca, determinou que cada parte arcará com os honorários de seus advogados. Condenou a União a ressarcir metade das custas recolhidas pelo autor.

Apela a União, defendendo que a Administração agiu de maneira lícita e irrepreensível, ao impedir o autor de assumir o cargo de Policial Rodoviário Federal, uma vez que o princípio de presunção de inocência não se confunde com inidoneidade moral. Logo, não poderia ser penalizada, por ter agido de acordo com o interesse público. Sustenta, ainda, que conceder ao requerente os vencimentos no período pleiteado seria um enriquecimento sem causa injustificado por parte do servidor, quando se sabe que somente faz jus ao salário aquele que efetivamente tenha trabalho. Alega ser igualmente indevida a contagem de tempo de serviço como se o demandante houvesse efetivamente laborado no período em que não integrava os quadros da PRF. Afirma, também, a impossibili-

dade do novo enquadramento funcional ou da progressão automática, uma vez que é critério da Administração promover seus servidores, bem como pelo fato de que tendo trabalhado o tempo que trabalhou os seus supostos paradigmas, não há como tratá-los de maneira igual. Por fim, aduz que é indevida a condenação da União a ressarcir metade das custas judiciais do postulante, seja porque a demanda é totalmente improcedente, seja porque é isenta do pagamento de custas na Justiça Federal.

Subiram os autos, sendo-me conclusos por força de prevenção, nos termos do art. 62, §§ 2º, 3º e 6º do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

Peço inclusão do feito em pauta para julgamento.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Primeiramente, esclareço que não se discute nestes autos o direito à nomeação do autor ao cargo de Policial Rodoviário Federal, uma vez que tal pleito já restou assegurado em sede de apelação em mandado de segurança, já transitada em julgado, conforme se observa à fl. 42.

O cerne da questão refere-se à possibilidade de receber indenização aquele candidato impedido de assumir o cargo para o qual fora aprovado em concurso público em função de ato da administração reconhecido como ilegítimo por decisão judicial transitada em julgado.

Sobre a matéria, a Corte Especial do STJ, ao julgar o EREsp 825037DF, se posicionou no sentido de cabimento da indenização, a qual pode tomar como parâmetro o valor da remuneração. Passo a transcrevê-lo:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. ERRO DA ADMINISTRAÇÃO. DECISÃO JUDICIAL. CORREÇÃO. DIREITO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO. INDENIZAÇÃO. ESTIMATIVA. PRECEDENTES DO STF.

1. Divergência jurisprudencial entre as Primeira e Terceira Seções do STJ, em torno do cabimento de indenização em favor de candidato que, impedido de continuar as provas do concurso pela administração, continuou com sucesso no certame por decisão do Judiciário, que reconheceu haver ilegalidade no ato da administração.
2. Nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República, a responsabilidade civil do Estado por ato praticado por seus agentes é, em regra geral, objetiva, bastando para a sua configuração a prática de ato e o nexo de causalidade com o dano sofrido.
3. Indenização que, na esteira de entendimento doutrinário e jurisprudencial do STF, pode ser estimado pelo valor da remuneração do respectivo cargo público, com as deduções do que já foi recebido pelos embargados. (Grifo nosso)
4. Embargos de divergência não providos. (STJ. Corte Especial. EREsp 825037/DF. Rel. Min. Eliana Calmon. Julg. 01/2/2011. *DJe* 22/2/2011)

Acompanhando o entendimento acima exposto, cito outros precedentes do STJ:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO E POSSE OBSTADAS POR ATO CONSIDERADO ILEGAL PELO JUDICIÁRIO. DIREITO DO CANDIDATO À INDENIZAÇÃO.

1. Trata-se de ação por meio da qual a ora recorrida objetiva ver garantido seu direito de tomar posse no cargo de Analista Previdenciário com formação em Ciências Contábeis na Gerência Executiva do INSS de Santo Ângelo, uma vez que teria sido aprovada no concurso público a que se submeteu para tanto e teria sido preterida ante a remoção de um servidor para ocupar o citado cargo.

2. Sem razão o recorrente, o tema foi submetido à apreciação da Corte Especial pela Min. Eliana Calmon no EREsp 825.037/DF e julgado em 1º-2-2011. Nessa oportunidade, por unanimidade, entendeu-se, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição da República vigente, que a Administração deveria indenizar os concursandos com nomeação tardia em razão de discussões judiciais referentes ao concurso público. E mais: ficou decidido que a indenização teria por base a soma dos vencimentos inte-

grais a que fariam jus se tivessem tomado posse em bom tempo.

(...)

9. Recurso especial não provido. (STJ. Segunda Turma. REsp 1243022 / RS. Min. Rel. Mauro Campbell Marques. Julg. 6/2/2011. *DJe* 9/6/2011)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO DETERMINADA POR ORDEM JUDICIAL. ILEGALIDADE PERPETRADA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECEBIMENTO DE DIFERENÇAS SALARIAIS PRETÉRITAS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. “O candidato aprovado em concurso público e nomeado tardiamente em razão de erro da Administração Pública, reconhecido judicialmente, faz jus à indenização por dano patrimonial, consistente no somatório de todos os vencimentos e vantagens que deixou de receber no período que lhe era legítima a nomeação, à luz da Teoria da Responsabilidade Civil do Estado, com supedâneo no art. 37, § 6º, da Constituição Federal”. (REsp 1.117.974/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, *DJe* 02/02/2010). (AgRg no Ag 976.341/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 16/9/2010, *DJe* 4/10/2010)

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ. Sexta Turma. AgRg no AgRg no REsp 1103682/ RS. Rel. Min. Og Fernandes. Julg. 26/4/2011. *DJe* 9/5/2011)

Ressalte-se que não se está reconhecendo o direito ao recebimento de verbas salariais em atraso, uma vez que salário é contraprestação por serviço prestado, mas sim o direito a uma indenização com base na remuneração que deveria receber o demandante, caso tivesse assumido o cargo ao tempo dos seus colegas.

Assim, entendo que o autor faz jus ao pagamento de indenização equivalente aos vencimentos que deixou de receber durante o período de 4/8/2004 a 7/8/2007.

Da mesma forma, tem direito o postulante à contagem do tempo de serviço durante o período de 4/8/2004 a 7/8/2007, uma vez tal contagem é assegurada em face do simples decurso do tempo no exercício no cargo, exercício este que foi ilegalmente subtraído do autor.

Nesse sentido, cito o seguinte precedente do STJ:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL. ILEGALIDADE RECONHECIDA POR DECISÃO JUDICIAL. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. CABIMENTO. DANOS MORAIS. SÚMULA 7/STJ.

1. A responsabilidade civil exsurge a partir da conjugação de três elementos: o ato omissivo ou comissivo ilícita ou abusivamente praticado, o dano e o nexo de causalidade entre ambos. O prejuízo experimentado pela vítima pode ser de natureza material ou moral, a depender da objetividade jurídica violada.

2. Ocorre dano material em razão da exigência de exame psicotécnico, somente afastada por decisão judicial definitiva, pois os recorrentes tiveram a sua nomeação diferida para o trânsito em julgado do processo.

3. Em indenização pela prática de ato ilícito do Estado, não há que se falar em geração de prestações, porém é possível a utilização do valor dos proventos como parâmetro para fixar o *quantum* que deve ser pago pelo ente público.

4. O montante a ser indenizado diz respeito aos valores que seriam recebidos no exercício da função pública e às demais vantagens inerentes ao cargo, **bem como à contagem do tempo de serviço**. (Grifo nosso)

5. O termo inicial para aferição do valor a ser pago deve ser o da nomeação do candidato de classificação imediatamente inferior ao dos recorrentes, pois só nesse momento nasce a ilegalidade, que justifica o pagamento da indenização.

6. A aferição dos danos morais demandaria reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

7. Recurso especial provido em parte. (STJ. Segunda Turma. REsp 942361/AP. Rel. Min. Castro Meira. Julg. 26/5/2008. DJe 13/5/2008)

No que diz respeito ao pleito de progressão funcional, entendo que para o seu deferimento faz-se necessária a avaliação de requisitos pela Administração, não tendo como se perquirir se tais requisitos foram atendidos pelo autor.

Logo, entendo que o autor não faz jus ao reenquadramento na classe G, nível III, do quadro funcional do Departamento de Polícia Rodoviária Federal.

No que se refere à condenação da Fazenda ao pagamento de verbas sucumbenciais, destaco, de início, que concordo com o entendimento de que a isenção de custas de que trata a Lei nº 9.028/95, c/c MP 2.180/01 e Lei nº 9.289/96, não isenta a União e suas autarquias do reembolso das despesas adiantadas pela parte vencedora. Posto que, enquanto as custas judiciais têm caráter tarifário, o reembolso tem natureza reparatória, não sendo albergada pela cobertura da isenção.

Desse modo, cabível é a condenação da União no ressarcimento das custas processuais desembolsadas pelo autor.

Quanto aos honorários advocatícios, mantenho a aplicação da sucumbência recíproca, nos termos do art. 21 do CPC.

De todo o exposto, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial, apenas para indeferir o pleito de progressão funcional do autor na classe G, nível III, do quadro funcional do Departamento de Polícia Rodoviária Federal.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 445.230-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO
Apelante: ARNALDO PEREIRA DA SILVA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Adv./Proc.: DR. TANEY QUEIROZ E FARIAS (APTE.)

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTRUÇÃO IRREGULAR DE MURO NA FOZ DO RIO PERSI-NUNGA, SITUADO NA DIVISA DOS ESTADOS DE PERNAMBUCO E ALAGOAS. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. FALTA DE LICENÇA AMBIENTAL. OBSTRUÇÃO DO CURSO NORMAL

DO RIO. DIMINUIÇÃO DO FLUXO DAS ÁGUAS. DANO AMBIENTAL COMPROVADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA CONFIGURADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PARALISAÇÃO DAS OBRAS DE REFORMA DO MURO E DEMOLIÇÃO. REPARAÇÃO E COMPENSAÇÃO DEVIDAS. APELAÇÃO IMPROVIDA.

- Preliminar de nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, suscitada na apelação, que se rejeita, em face de que, embora não tenha sido dado vista à parte ré para falar nos autos após o MPF, não se apontou objetivamente qualquer prejuízo que tal ausência tenha causado à defesa, ou quais os documentos a que não teria tido acesso, capazes, em tese, de justificar um pronunciamento favorável na sentença. Por outro lado, na própria Audiência de Instrução, as partes tiveram acesso aos documentos colocados naquela ocasião, não tendo apresentado nenhuma oposição. Vale a aplicação, no caso, da antiga parêmia: sem prejuízo não há nulidade (art. 249, § 1º, do CPC).

- Há farta documentação nos autos que demonstra que o réu construiu um muro de pequena altura (mureta), de concreto, apoiado em tubulões enterrados, perpendicular à praia, medindo aproximadamente 58,93 m de comprimento e 28 cm de largura, na margem esquerda do estuário (parte do rio que encontra o mar), sem a devida licença ambiental, em área de domínio da União, em terreno localizado à margem do Rio Persinunga (AL/PE), área protegida pela Lei nº 4.771/65, e Resolução Conama 303/2002 - Área de Preservação Permanente - APP, e que tal edificação está obstruindo o curso natural do rio, causando danos ambientais no local.

- O IBAMA realizou vistoria no local e lavrou o Auto de Infração nº 267985-D contra o infrator, sendo providenciado o termo de embargo no sen-

tido de evitar qualquer alteração no local sem a prévia autorização do órgão competente; ocorre que o réu desrespeitou o embargo, promovendo a reforma no muro.

- Área em questão que continua a ser degradada, conforme consta do depoimento do servidor do IBAMA, Chefe da APA dos Corais-AL, anotado na Audiência de Instrução, no sentido de que “... o muro continua com as suas bases e os alicerces continuam no mesmo lugar, estando a parte superior substituída por uma cerca de arame farpado; a situação atual em que se encontra o muro diminui o fluxo das águas do rio, porquanto a construção se situa na foz do referido rio, implicando em um problema de assoreamento de passagem; (...) quanto ao estuário, quando das marés cheias, há o impedimento do tráfego de pessoas. (...)”. Destaquei.

- Réu que, por sua vez, não nega o ato danoso ao meio ambiente, consistente na permanência do muro e dos seus alicerces, a obstar o curso natural do Rio Persinunga. Contudo, se recusa a removê-los, alegando que tal implicaria em intervenção indevida no seu direito de propriedade privada.

- A responsabilização do infrator por dano ambiental encontra fundamento no art. 225, § 3º, da Constituição Federal de 1988, que impõe a reparação integral dos prejuízos causados ao meio ambiente.

- Outrossim, o § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938/81 consagra a tese da responsabilidade objetiva, pela qual o poluidor é obrigado, independentemente de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente, e a terceiros, afetados por sua atividade, o que se aplica tanto ao poluidor pessoa física ou jurídica, pública ou privada, e que reclama a existência dos seguintes requisitos para a respectiva configuração: o ato

lícito ou ilícito, o dano e o nexo de causalidade. Requisitos que se encontram presentes no caso.

- Ademais, em havendo dano ambiental, deve o interesse privado ceder frente ao interesse da coletividade, e que se expressa em ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que foi erigido pelo constituinte originário em bem de uso comum do povo, e direito das presentes e futuras gerações (art. 225, caput, CF/88).

- Alegada nulidade da sentença, em face da suposta necessidade de realização de perícia judicial, para fins de apuração sobre a influência da propriedade do réu no desvio do rio, ou se o dano ocorreu por culpa do proprietário da outra margem, que deve ser rechaçada, uma vez que os documentos e as fotos colacionados aos autos são suficientes para demonstrar a existência do dano ambiental causado pela construção realizada pelo réu, sendo, ademais, irrelevante e desnecessária a perquirição acerca da ocorrência de culpa, por se cuidar de responsabilidade objetiva.

- Manutenção da sentença no tocante à condenação do apelante na obrigação de fazer, consistente na imediata paralisação das obras de reforma do muro, bem como na demolição do mesmo, nos termos do art. 12 da Lei nº 7.347/1985, com a orientação do IBAMA/PE, sob pena da execução da ordem ser efetuada pelo próprio órgão ambiental (IBAMA/PE) às expensas do infrator, com cominação de multa diária no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), em caso de descumprimento da ordem judicial pelo réu.

- Mantêm-se, igualmente, a condenação do apelante, na obrigação de se abster de realizar qualquer tipo de atividade na área objeto desta ação, tais como: colocação de pedras ou qualquer outra interferência no meio ambiente local, a não ser a realização das obras necessárias à repara-

ção/compensação ambiental, de acordo com a orientação do IBAMA/PE.

- É cabível, também, a condenação do infrator na obrigação de compensar os danos causados, não reparáveis, bem como ao pagamento em pecúnia, equivalente ao dano ambiental causado ao Rio Persinunga, e ao meio ambiente local, a ser quantificado em laudo pericial (no eventual cumprimento de sentença) e posteriormente revertido em favor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, criado pela Lei nº 7.347/1985 e regulamentado pelo Decreto nº 1.306/1994.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Custas, como de lei.

Recife, 30 de junho de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Apelação desafiada por Arnaldo Pereira da Silva em face da sentença de fls. 421/427 que, em sede de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, julgou procedente o pedido autoral, para condenar o réu-apelante:

a) “na obrigação de fazer, consistente na imediata paralisação das obras de reforma de um muro, e na demolição do mesmo, nos termos do art. 12 da Lei nº 7.347/1985, com a orientação do

IBAMA/PE, sob pena da execução da ordem ser feita pelo próprio órgão ambiental (IBAMA/PE), às expensas do infrator, com cominação de multa diária no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), em caso de descumprimento, pelo réu, da ordem judicial”;

b) a abster-se de “realizar qualquer tipo de atividade na área objeto desta ação, tais como: a colocação de pedras ou qualquer interferência no meio ambiente local, a não ser a realização de obras necessárias à reparação/compensação ambiental, de acordo com a orientação do IBAMA/PE”;

c) “na obrigação de fazer consistente na compensação dos danos causados, não reparáveis, mesmo no caso de recuperação ao *status quo ante*, realizando ações de proteção em unidades de conservação ambiental a serem indicadas pelo IBAMA/PE, nos termos e na amplitude que for reconhecida tecnicamente, para esta compensação”;

d) “ao pagamento em pecúnia, equivalente ao dano ambiental causado ao Rio Persinunga, e ao meio ambiente local, a ser quantificado em laudo pericial (eventual cumprimento de sentença), e posteriormente revertido em favor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, criado pela Lei nº 7.347/1985, e regulamentado pelo Decreto nº 1.306/1994”;

e) “ao pagamento dos honorários advocatícios”, os quais foram arbitrados “em R\$ 1.000,00 (um mil reais), em atenção ao art. 20, § 4º, do CPC”.

Pugnou o apelante, em preliminar, pela nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, na medida em que não lhe teria sido oportunizada “vista dos autos” para se pronunciar sobre os documentos acostados pelo Ministério Público Federal, e para apresentar os seus requerimentos finais.

No mérito, requereu a reforma/anulação da sentença, sob o argumento de que o muro existente na sua propriedade, o qual seria causador de um dano ambiental, foi construído nos exatos limites do seu respectivo terreno, não podendo, por lógica cartesiana, ter desviado o curso do Rio Persinunga, localizado na divisa do Estado de Pernambuco com o Estado de Alagoas; destacou que, em nenhum momento houve, de sua parte, avanço do leito do

rio, mas, apenas, um fortalecimento da base do seu respectivo muro, nos exatos limites do seu direito de propriedade, para que não houvesse uma maior erosão, que pudesse dar alterações na margem oposta, provocadas por obras que fizeram tragar a rua e mover o leito do rio até o limite do seu terreno. Sustentou que não poderia sofrer sanções sem que houvesse uma perícia detalhada para averiguar a influência da sua propriedade no desvio do leito do rio, ou se a alteração ocorreu pela invasão da construção do proprietário da outra margem do rio. Requereu, acaso não se entendesse pela improcedência do pedido, em face das provas dos autos, que se desse provimento ao apelo para anular a sentença, determinando-se o retorno dos autos para a realização de prova pericial, onde seria comprovado que o muro estaria construído nos exatos limites da propriedade.

Contrarrazões apresentadas pelo Ministério Público Federal às fls. 455/457, no sentido da manutenção da sentença, com o conseqüente improvimento da apelação.

Dispensei a revisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Passo ao exame da preliminar de nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, suscitada na apelação, porquanto não teria sido oportunizada ao réu, ora apelante, vista dos autos para se pronunciar sobre os documentos acostados pelo Ministério Público Federal - MPF, e apresentar seus requerimentos finais.

Na audiência de instrução realizada às fls. 235/237, o MPF requereu vista dos autos por 5 (cinco) dias, tendo o magistrado deferido tal pleito, e determinou que, igualmente, fosse concedida vista à parte ré, por idêntico prazo. Deferiu-se na citada audiência, a juntada aos dos documentos de fls. 238/423, trazidos pelas partes.

Concedida vista ao MPF, este devolveu os autos, por solicitação dos servidores da Vara Federal, para os fins da realização da correição, oportunidade em que requereu nova vista dos autos, o

que foi deferido pelo magistrado monocrático, pelo prazo de 10 (dez) dias; posteriormente, foi requerido o julgamento do feito – fls. 424/428. Logo após, os autos foram conclusos para sentença, sem que fosse concedida vista à parte contrária.

Embora configure irregularidade o fato de não ter sido concedida vista à parte ré para falar nos autos após o MPF, a apelante não apontou, objetivamente, qualquer prejuízo que tal ausência tenha causado à respectiva defesa, ou quais os documentos a que não teria tido acesso, e que fossem capazes, ao menos em tese, de justificar um pronunciamento favorável na sentença. Penso ser o caso de aplicar-se à situação sob foco, a advertência da antiga parêmia, segundo a qual, “sem prejuízo não há nulidade”.

Cumprido destacar, por outro lado, que na própria audiência de instrução foi assegurada vista dos documentos às partes, as quais não apresentaram qualquer oposição – fls. 235/237.

De acordo com as disposições do art. 249, § 1º, do Código de Processo Civil (*pas de nullité sans grief*) para suprir a falta de um ato processual é necessária a demonstração do prejuízo eventualmente suportado pela parte interessada. No caso dos autos, não ficou demonstrado a ocorrência de prejuízo para a defesa do ora apelante por conta da não intimação, para falar nos autos após o MPF, tendo se limitado a alegar, genericamente, o cerceamento de defesa.

Ultrapassado tal óbice, passo ao exame do mérito.

Cuida-se de uma ação civil pública ajuizada pelo MPF, em face de Arnaldo Pereira da Silva. O que foi dito é que o particular: a) efetuou a construção irregular de um muro, em área da foz do Rio Persinunga, localizado na divisa do Estado de Pernambuco com o Estado de Alagoas; b) a citada construção estaria a prejudicar a foz do já referido rio – federal – que já se encontra diminuída em mais de um terço, provocando a diminuição da troca de água entre o rio e o mar, o que afeta, diretamente, o estuário do referido rio.

Disse o autor que foi realizada audiência com os Ministérios Públicos Federais de Pernambuco e de Alagoas, e o réu, ficando acertado que este último adotaria as medidas necessárias para retirar o muro da área em litígio, colocando-o nos limites legais, e

sob as diretrizes do Analista Ambiental do IBAMA/PE; foi consignado um prazo de 8 (oito) dias, para o infrator formalizar o Termo de Ajustamento de Conduta, no MPF, em Pernambuco; contudo, após um ano, o réu manteve-se inerte, continuando a agravar o estado da foz do Rio Persinunga.

O autor afirmou, ainda:

a) que o IBAMA realizou vistoria no local e lavrou o Auto de Infração nº 267985-D contra o réu, sendo providenciada a lavratura do Termo de Embargo no sentido de evitar qualquer alteração no local, sem a prévia autorização do órgão competente; ocorre que o réu desrespeitou o embargo, promovendo a reforma no muro;

b) o MPF de Alagoas informou que a Sra. Tatiana Chaves Suassuna subscreveu o termo de compromisso e ajustamento de conduta, referente à construção irregular no lado direito da foz, no Estado de Alagoas;

c) foi realizada uma perícia em 14-6-2005, por técnicos do IBAMA, da GRPU e da CPRH, que concluíram pela necessidade de retirada da edificação;

d) a solução para o problema estaria a depender de imposição para a retirada do muro no lado do Estado de Pernambuco;

e) a construção irregular foi erguida às margens de rio federal, merecedor de proteção ambiental, sendo considerada área de aforamento da Marinha do Brasil;

f) as obras realizadas estão a provocar: a modificação e a descaracterização da estrutura paisagística, a morfologia do ecossistema existente e a invasão de área pública;

g) o muro é um obstáculo ao fluxo natural do rio, dificultando o acesso dos banhistas às praias.

Na defesa que esboçou, o réu/apelante não negou o dano ambiental; mas argumentou que o muro existente na respectiva propriedade foi construído de forma regular, nos exatos limites do seu terreno, não havendo, em nenhum momento, avanço (do leito do rio) por sua parte, mas, apenas, um fortalecimento da base do seu muro, para que não houvesse uma maior erosão, ocasionada pelas alterações na margem oposta, provocadas por obras realiza-

das pelo proprietário da outra margem do rio, que tragaram a rua e moveram o leito do rio até o limite do seu respectivo terreno. Afirmou que não poderia sofrer sanções sem que houvesse a comprovação sobre a influência da sua propriedade no desvio do leito do rio, ou se a alteração ocorreu pela invasão da construção do proprietário da outra margem do rio.

Penso que não assiste razão ao apelante.

A responsabilização do infrator por dano ambiental encontra respaldo no disposto no art. 225, § 3º, da Constituição Federal de 1988; ali, impõe-se a reparação integral dos prejuízos causados ao meio ambiente; confira-se:

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Por outro lado, o § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938/81 dispõe que:

§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, **independentemente da existência de culpa**, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. (Destaquei)

Cuida-se, pois, da consagração da tese da responsabilidade objetiva, independentemente de culpa, por danos ambientais; e isto se aplica tanto ao poluidor pessoa física ou jurídica, pública ou privada, e reclama a existência dos seguintes requisitos para que se configure: o ato lícito ou ilícito, o dano e o nexo de causalidade.

No caso sob foco, entendo que tais requisitos se encontram presentes, uma vez que há farta documentação nos autos que demonstra que o réu construiu um muro de pequena altura (mureta), de concreto, apoiado em tubulões enterrados, perpendicular à praia, medindo aproximadamente 58,93 m de comprimento e 28 cm de largura, na margem esquerda do estuário (parte do rio que encontra o mar), sem a devida licença ambiental, em área de domínio da União, em terreno localizado à margem do Rio Persinun-

ga (AL/PE), protegida pela Lei nº 4.771/65, e pela Resolução Conama 303/2002 -Área de Preservação Permanente - APP, e que tal edificação está a obstruir o curso natural do rio, causando danos ambientais no local.

Destaco, para fins de comprovação do dano e de sua extensão, a Informação Técnica de fls. 74/80, o Relatório Técnico Gerco nº 07/2001, realizado em 2001 – fls. 81/86, o Relatório Técnico de Fiscalização (fls. 88/92), o Relatório de Fiscalização, realizado no final de 2005, o relatório de vistoria de fls. 216/222, todos instruídos com fotos.

Rechaço, por outro lado, a alegada necessidade de realização de perícia judicial, para fins de apuração acerca da influência da propriedade do réu, no desvio do rio, ou se o dano ocorreu por culpa do proprietário da outra margem, uma vez que os documentos e as fotos carreadas para os autos são suficientes para demonstrar o dano ambiental derivado da construção empreendida pelo réu, sendo irrelevante e desnecessária a perquirição acerca da “culpa”, por se cuidar de responsabilidade objetiva.

Outrossim, vale ressaltar que a área em questão continua degradada, conforme consta do depoimento do servidor do IBAMA, Chefe da APA dos Corais-AL, Dr. Fernando Duarte Acioli, tomado em audiência – fls. 235/237, *verbis*:

... o muro continua com as suas bases e os alicerces continuam no mesmo lugar, estando a parte superior substituída por uma cerca de arame farpado; **a situação atual em que se encontra o muro diminui o fluxo das águas do rio, porquanto a construção se situa na foz do referido rio, implicando em um problema de assoreamento de passagem; (...) quanto ao estuário, quando das marés cheias, há o impedimento do tráfego de pessoas**; considera que o Código Florestal e a Resolução do Conama, possivelmente a de nº 303, encontram-se violadas, em face da não manutenção do afastamento mínimo de 30 metros, como exigido neste caso; considera que a única maneira de solucionar o problema é a retirada da base do muro. (Destaquei)

O réu, por sua vez, não nega o ato danoso ao meio ambiente, consistente na permanência do muro e seus alicerces, a obstar o

curso natural do Rio Persinunga, contudo, se recusa a removê-los, alegando que implicaria em intervenção indevida no seu direito de propriedade privada.

Ora, em havendo dano ambiental, deve o interesse privado ceder frente ao interesse da coletividade, de ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado, erigido pelo constituinte originário em bem de uso comum do povo, direito das presentes e futuras gerações (art. 225, *caput*, CF/88).

A propósito, *mutatis mutandis*, trago à colação precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. DANO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA. REPOSIÇÃO NATURAL: OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. 1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. Tratando-se de direito difuso, a reparação civil ambiental assume grande amplitude, com profundas implicações na espécie de responsabilidade do degradador, que é objetiva, fundada no simples risco ou no simples fato da atividade danosa, independentemente da culpa do agente causador do dano.

3. A condenação do poluidor em obrigação de fazer, com o intuito de recuperar a área degradada pode não ser suficiente para eximi-lo de também pagar uma indenização, se não for suficiente a reposição natural para compor o dano ambiental.

4. Sem descartar a possibilidade de haver concomitantemente na recomposição do dano ambiental a imposição de uma obrigação de fazer e também a complementação com uma obrigação de pagar uma indenização, descarta-se a tese de que a reposição natural exige sempre e sempre uma complementação.

5. As instâncias ordinárias pautaram-se no laudo pericial que considerou suficiente a reposição mediante o reflorestamento, obrigação de fazer.

6. Recurso especial improvido.

(STJ, REsp 1165281, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJE 17-5-2010)

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA AMBIENTAL. EDIFICAÇÃO IRREGULAR EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DEMOLIÇÃO E REMOÇÃO DOS ENTULHOS. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO POR INDENIZAR O VALOR PAGO PELO LOTE. CONFIGURADA.

1. Remessa oficial e apelações contra a sentença que, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público, julgou procedente o pedido (lide primária) para condenar a ré a demolir o imóvel e o aterro edificado na Rua Projetada, s/n, Lote 12 da Quadra 03 do Loteamento Village Jacumã, no Município do Conde-PB, assim como a remover o entulho gerado pela demolição, tudo a ser efetivado às suas expensas; bem como julgou parcialmente procedente a lide secundária para condenar solidariamente a CH Construtora de Habitações e Imobiliária Ltda e o Município do Conde a indenizar a ré pelo valor pago pelo referido lote em 25.09.89, qual seja, NCz\$ 9.692,00 (nove mil seiscentos e noventa e dois cruzados novos), monetariamente corrigido e acrescido de juros de mora.

2. É certo que o dano ambiental enseja a responsabilidade objetiva, conforme estabelece o art. 225, parágrafo 3º, da CF/88, e art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81, impondo a composição integral dos prejuízos pelos agentes poluidores.

3. O meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem comum de uso do povo, cabendo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo. A prevenção é a medida principal, seguida pela reparação e, somente ao final, a indenização pecuniária.

4. É certo que o dano ambiental enseja a responsabilidade objetiva, conforme estabelece o art. 225, parágrafo 3º, da CF/88, e art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81, impondo a composição integral dos prejuízos pelos agentes poluidores.

5. A demolição de edificações construídas em áreas de preservação permanente é medida que se impõe, consoante defende a doutrina a jurisprudência sobre a matéria.

6. Ficou comprovado nos autos que a ré construiu em área de preservação permanente (mangue), atividade causadora de degradação ambiental, de modo que deve responder

objetivamente pela reparação. Constatou-se, também, que a quadra onde se localiza a casa edificada pela demandada ocupou, em parte, área pública, na medida em que expandiu seu terreno sobre a rua.

7. A apelante, apesar de alegar, não trouxe provas da impossibilidade de restauração do meio ambiente. Não havendo, assim, razão para modificação da sentença.

8. “A demolição e a desocupação da área são as únicas medidas adequadas a estancar a agressão ocorrida não só ao meio ambiente, mas também à livre fruição da população a bem de uso comum do povo”. (...) (TRF4, AC 200471000365978, Nicolau Konkell Júnior, Terceira Turma, 24/03/2010). “Há de ser destacado o caráter educativo da condenação, porquanto a repressão ao causador do dano conduz à prevenção de novos ataques ao meio ambiente, seja pelo poluidor ou por terceiro” (Parecer do Ministério Público).

9. Permitir que o ressarcimento pago pelo Município e pela Imobiliária, em relação ao lote adquirido pela ré, seja feito pelo valor de mercado, seria compactuar com o fato de que a apelante, na condição de poluidora, lucrasse com a degradação do meio ambiente. Assim, impede-se manter a condenação pelo valor da época da compra do lote (Ncz\$ 9.692,00) acrescido de juros e correção monetária desde 25.09.89.

10. A preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* defendida pelo Município confunde-se com o próprio mérito do recurso, na medida em que pretende ver reconhecida a ausência de responsabilidade pelos danos provocados.

11. O Município litisdenunciado agiu de forma irregular, ao aprovar o loteamento em questão em área de preservação ambiental, visto que não evitou a ação degradadora do meio ambiente e não exercitou a sua ação fiscalizadora prevista no parágrafo único do art. 22 da Lei 4.771/65 (Código Florestal).

12. Conforme bem destacou o Juízo *a quo*, “as determinações contidas no art. 40 da Lei nº 6.766/99 consistem em um dever-poder do Município, pois, consoante dispõe o art. 30, VIII, da Constituição da República, compete-lhe ‘promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano’”.

13. O Município, ao invés de cumprir com suas obrigações legais, aprovou o loteamento em área de preservação, de forma que não há como se afastar a condenação imposta, no sentido de, solidariamente com a imobiliária, indenizar a ré pelo valor pago pelo lote adquirido em 25.09.89, monetariamente corrigido e acrescido de juros de mora.

14. Remessa oficial e apelações interpostas por Maria das Neves Viana Chianca e pelo Município de Conde/PB improvidas.

(TRF da 5ª Região, APELREEX nº 12170, Relator Desembargador Federal Francisco Barros Dias, *DJE* 2-12-2010)

CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. DANO AMBIENTAL. EXPLORAÇÃO DE AREIA EM CURVA DE RIO. VIOLAÇÃO ÀS NORMAS AMBIENTAIS. DANO AMBIENTAL COMPROVADO. AUTORIA COMPROVADA. RESPONSABILIDADE DO CAUSADOR DO DANO. INTELIGÊNCIA DO ART. 225 § 3º DA CF. RESPONSABILIDADE OBJETIVA: ART. 14 DA LEI Nº 6.938/81. INDENIZAÇÃO DE VIDA.

1. O dano causado ao meio-ambiente e o nexo causal entre o agir do Réu-Apelado e o dano resultante foi devidamente comprovado nas perícias e na própria declaração prestada pelo réu-apelado.

2. A legislação ambiental, Lei nº 6.938/81, não exige culpa para imputar a responsabilidade ao causador do dano.

3. As perícias realizadas entenderam o dano ambiental como irreversível, devido, portanto, o pagamento da quantia a ser apurada em liquidação por artigos, onde deverá ser mensurado, em face dos diversos elementos constantes aos autos e das provas eventualmente produzidas, os valores que seriam necessários para recompor equivalente porção de área degradada, em razão da atuação do réu-apelado.

4. Apelação do MPF e remessa oficial providas. Sentença reformada.

(TRF da 5ª Região, AC nº 301119, Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, *DJ* 9-6-2004)

É de se manter, portanto, a sentença, que condenou o apelante na obrigação de fazer, consistente na imediata paralisação das obras de reforma do seu muro, bem como na demolição do mes-

mo, nos termos do art. 12 da Lei nº 7.347/1985, com a orientação do IBAMA/PE, sob pena da execução da ordem ser feita pelo próprio órgão ambiental (IBAMA/PE), às expensas do infrator, com cominação de multa diária no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), em caso de descumprimento da ordem judicial pelo réu.

Deve o apelante, ainda, abster-se de realizar qualquer tipo de atividade na área objeto desta ação, tais como: colocação de pedras ou qualquer interferência no meio ambiente local, a não ser a realização de obras necessárias à reparação/compensação ambiental, de acordo com a orientação do IBAMA/PE.

Cabível, também, a condenação na obrigação de fazer, consistente na compensação dos danos causados, não reparáveis, mesmo no caso de recuperação ao *status quo ante*, realizando o apelante ações de proteção em unidades de conservação ambiental a serem indicadas pelo IBAMA/PE, nos termos e na amplitude que for reconhecida tecnicamente, para esta compensação, bem como ao pagamento em pecúnia, equivalente ao dano ambiental causado ao Rio Persinunga e ao meio ambiente local, a ser quantificado em laudo pericial (eventual cumprimento de sentença), e posteriormente revertido em favor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, criado pela Lei nº 7.347/1985 e regulamentado pelo Decreto nº 1.306/1994.

Mantenho, outrossim, a condenação do réu ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), em obediência ao art. 20, § 4º, do CPC.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 479.578-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Apelante: SINDIPETRO AL/SE E OUTROS
Apelada: UNIÃO
Advs./Procs.: RAQUEL DE OLIVEIRA SOUSA E OUTRO (APTE.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. SINDIPRETO, PASTORAL DA TERRA (CONLUTAS) E UNIÃO FEDERAL. POSSÍVEL COLISÃO DE PRINCÍPIOS: ART. 5º, XV E XVI, DA CF/88. PONDERAÇÃO. E PROCESSUAL CIVIL: NULIDADE DE CITAÇÃO. INEXISTÊNCIA. ART. 214, § 1º, CPC. CONDIÇÕES DA AÇÃO. ATENDIMENTO. ASTREINTES DA SUCUMBÊNCIA. FIXAÇÃO COM RAZOABILIDADE. APELOS REJEITADOS.

- Hipótese em que várias entidades planejaram e realizaram, manifestação, de caráter político, na BR 101, no Município de Própria-SE, sem aviso prévio às autoridades e, após manifesta proibição da União Federal, responsável pela garantia da livre locomoção de todos no território nacional.

- Possível colisão de direitos fundamentais: reunião e livre locomoção: art. 5º, XV e XVI. Solução da sentença pela ponderação de princípios, por considerar-se que o direito de reunião não é absoluto, exigindo o aviso prévio para que as autoridades examinassem a conveniência e oportunidade no local que permite o exercício da locomoção e que seria comprometido.

- Fixação de astreinte (multa) para dissuasão da manifestação no local preferido em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), por entidade, que não impediu a tentativa de desobediência da ordem judicial e de ônus de sucumbência de R\$ 3.000,00 (três mil reais), também por entidade. Razoabilidade.

- A astreinte tem por escopo compelir a parte a cumprir a ordem judicial, no caso à obrigação

de não fazer. O descumprimento da ordem implica a cobrança da multa imposta, pois, como observou CARNELLUTTI: “... o homem é livre até para realizar um ato contra a lei, em vez de agir de acordo com ela, podendo escolher entre a obediência ou a desobediência da lei, mas não pode evitar as consequências dessa desobediência, daí porque a liberdade é freada com a responsabilidade”.

- Apelos rejeitados. Sentença mantida por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 26 de julho de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de apelações interpostas pelo Sindicato Unificado dos Trabalhadores Petroleiros, Petroquímicos e Plásticos nos Estados de Alagoas e Sergipe (SINDIPETRO AL/SE), pela Coordenação Nacional de Lutas (CONLUTAS), e pelo Sindicato dos Trabalhadores em Sindicatos, Federações, Confederações, Associações, Centrais Sindicais, Órgãos Classistas e Entidades Afins do Estado de Sergipe (SINTES), pela Comissão Pastoral da Terra (CPT) e pelo Partido Socialista dos Trabalhadores Unificados (PSTU) em sede de ação de interdito proibitório ajuizado pela UNIÃO em face do SINDIPETRO AL/SE E OUTROS, contra sentença que julgou procedente o pedido, ratificando integralmente a liminar concedi-

da, para condenar as entidades requeridas no pagamento da multa fixada pelo provimento de urgência, diante de seu descumprimento, incidindo juros de mora (0,5% por cento ao mês) e correção desde o fato lesivo. Cominou-se, ainda, em caso de nova ameaça de turbação ou esbulho que interfira no uso do local descrito na inicial, multa diária no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada uma das entidades réis. Houve, ao final, a condenação das demandas ao pagamento de honorários no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), para cada uma delas.

O magistrado de primeiro grau entendeu que houve extravasamento do direito de reunião por parte das entidades réis, situação que configura abuso de direito.

Alegam os sindicatos recorrentes, preliminarmente, a nulidade da citação, impossibilidade jurídica do pedido, a nulidade da sentença pelo cerceamento de defesa em face da necessidade de produção de prova, a ilegitimidade passiva e a inexistência de interesse de agir.

No mérito, sustentam as seguintes razões: a) o cumprimento do requisito de aviso prévio e a impossibilidade de impor os limites pretendidos ao direito de manifestação, na medida em que o próprio Superintendente da Polícia Federal sabia do fato e comunicou-o à Advocacia Geral da União, tanto é que o ajuizamento da presente demanda se deu um dia antes da manifestação; b) desnecessidade de autorização para o direito de manifestação, nos termos do art. 5º, XVI, da CF; c) inexistência de ataque à posse de bem da União, visto que os manifestantes nunca pretenderem explorar a coisa em benefício próprio, mas, tão somente, almejavam defender o direito fundamental de livre manifestação do pensamento.

Asseveram, ainda, alternativamente, que o valor da multa arbitrada, bem como os honorários arbitrados devem ser reduzidos, vez que se trata de entidades sindicais e, portanto, sem fins lucrativos, sem condições financeiras de arcar com a referida quantia.

Contrarrazões da União às fls. 432/435

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Examino, inicialmente, as alegações preliminares de nulidade da citação, impossibilidade jurídica do pedido e de nulidade da sentença pelo cerceamento de defesa em razão da necessidade de produção de prova e, também de ilegitimidade passiva e falta de interesse de agir da autora – a União Federal – para afastá-las de plano.

Como bem apreciou a douta sentença a citação foi realizada e, tendo-se em mira que esse ato processual – indispensável à completude da relação processual – obteve o fim a que está destinado porque quem o alegou compareceu em juízo, ofereceu a defesa que tinha e, inda agora, exerceu o direito de recorrer. Considero, pois, que, em razão do princípio da instrumentalidade das formas, agasalhado no art. 214, § 1º, do CPC, não há que se decretar a nulidade da citação.

Não identifico, também, a ilegitimidade de parte alegada pela Comissão Pastoral da Terra, SINDIPETRO e CONLUTAS, porque tais entidades não teriam estado no local em que havia transcorrido a manifestação, afinal proibida, não havendo como se comprovar a efetiva participação desses entes no evento, sobretudo porque a Comissão Pastoral da Terra e a CONLUTAS não possuem ramificações no Estado de Sergipe, onde se programara o evento e, mais ainda, a alegação do SINDIPETRO de que não poderia responder por atos eventualmente praticados por seus membros, porque, como igualmente restou bem demonstrado pela douta e bem fundamentada sentença, há farta documentação das providências adotadas que apontam para tal responsabilidade, sendo o caso, também, de afastar-se esta última alegação – a de que o SINDIPETRO, que incentivou a manifestação e que, agora, alega não ter responsabilidade pelos atos que, individualmente, seus membros pratiquem – sob pena de concluir-se que se trata de uma associação irresponsável, exatamente no sentido de que não respondem por seus atos, no caso o incentivo e o apoio que institucionalmente dispensam a seus associados, o que seria um rematado absurdo.

Afinal, como se demonstrará adiante, a reunião pressupõe – como ensina a melhor doutrina – um elemento formal, exatamente a existência de um mínimo de coordenação que, evidentemente, estava de entidades como o SINDIPRETO.

Rejeito, pois, todas as preliminares e vou ao mérito.

No mérito, tenho que a questão trazida a debate nestes autos repete discussão muito antiga a respeito da chamada colisão entre direitos fundamentais, mais precisamente *colisão imediata entre os titulares de vários direitos fundamentais*, como o refere Gomes Canotilho¹.

Observe-se que, de um lado, o apelo transcreve trecho da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da própria Constituição brasileira de 1988, no dispositivo que trata das garantias, em que invoca o direito de reunião, como se lê nos trechos reproduzidos às fls. 375 e 376, mais especificamente o art. 1º, inciso XX, da Declaração Universal dos Direitos do Homem – *Toda pessoa tem direito à liberdade e reunião e associação pacíficas* – e o art. 5º, XIV, da CF/88 – *Todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente*. (Os grifos são nossos)

De outro lado, a União Federal buscou impedir ao que alegou ser uma tentativa da “... prática de esbulho e/ou turbacão por parte dos ora apelantes sobre o seu direito de posse atinente à BR 101, que interliga os Estados de Alagoas e Sergipe, localizados no Município Sergipano de Propriá”, como se lê à fl. 433, nas contra-razões dos apelos apresentados. Logo, cuidou de proteger o direito fundamental consagrado no mesmo art. 5º, XV, da mesma CF/88:

É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo, quando necessário, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

¹ Como se vê em “Direito Constitucional”, Livraria Almedina. Coimbra, 1991, p.

Evidente que se caracteriza, na hipótese – como demonstrara Robert Alexy –, o conflito de direito e, mais precisamente, conflito de princípios que ampara tais direitos, que não pode ser resolvido com os critérios próprios das leis comuns, em que se aplica o princípio da hierarquia das leis ou de revogação da lei anterior pela posterior. Em respeito a normas princípios se apresentarem como *mandatos de optimização*, explicou este autor, em obra traduzida ao espanhol:

*Por lo tanto, los principios son **mandatos de optimización** (grifos do original), que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas².*

Tratando-se de dispositivos constitucionais que consagram princípios, que se revelam como mandados de *optimização*, tendo em vista – como bem acentuou Gomes Canotilho – que não obedecem à lógica do “tudo ou nada”, há de se recorrer à ponderação e a concordância prática, consoante o peso específico de cada princípio e as circunstâncias do caso³.

O direito de reunião, invocado pelos apelantes, não é um direito absoluto, que pode ser exercido em qualquer lugar, a qualquer hora, ao exclusivo talante ou arbítrio de quem queria realizar a reunião. Este é o entendimento pacífico de nossa Suprema Corte, mesmo quando reconhece o direito de reunião, como consta do precedente que se transcreve a seguir:

*... O Tribunal por unanimidade, entendeu relevante a tese de inconstitucionalidade por aparente ofensa ao direito de reunião inscrito no art. 5º, XVI, da CF (“ todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, **sendo apenas exigido prévio aviso à au-***

² Cf. “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 86.

³ *Idem, ibidem*, p. 196.

toridade competente”). Considerou-se que, embora o direito de reunião não tenha caráter absoluto” (Grifos nossos), as restrições como impostas pelo Decreto impugnado não seriam razoáveis, uma vez que inviabilizariam o exercício do próprio direito ao impedir a comunicação entre os manifestantes⁴.

Ou seja, o direito de reunião – constitucionalmente garantido – exige, para que seja exercido: *prévio aviso à autoridade competente* – e este aviso, segundo registrado nas contrarrazões dos apelos, como se lê à fl. 433, compõe, como registrado nos argumentos elencados pela bem fundamentada sentença, um dos requisitos exigidos ao exercício desse direito, que implica um *elemento subjetivo*: o agrupamento de pessoas; o *elemento formal*: um mínimo de coordenação (como anteriormente mencionado); um *elemento teleológico*: a reunião busca o atingimento de um fim específico: político, religioso artístico ou filosófico; e um *elemento temporal*; a reunião deve, necessariamente, ser transitória, passageira, sob pena de transformar-se em associação; e, finalmente, um *elemento objetivo*: a reunião deve ser, sempre, pacífica, sem armas, como bem acentuou a douda sentença, ao transcrever o escólio da obra “Direito Constitucional”, da autoria de Paulo Gustavo Gonet, Inocêncio Mártires Coelho e Gilmar Ferreira Mendes, Ed. Saraiva, São Paulo, 4ª ed., em escólio que se acha transcrito à fl. 337, de desnecessária repetição.

Exige-se, para a correta ponderação quando ocorre a chamada colisão de princípios – como também observou o mesmo Robert Alexy: “... *el carácter de principio de la proporcionalidad (postulado de ponderación propriamente dicho) se infiere logicamente del carácter de principio, es decir, es deducción de él*”⁵.

Estou convencido de que essa orientação – ainda que se não tivesse feito alusão a ela – foi muito bem aplicada na sentença, como se colhe do texto que passo a transcrever:

⁴ Cf. ADInMC 1.969-DF, rel. Min. Marco Aurélio, 24.399 (informativo STF nº 143).

⁵ Cf. Robert Alexy, ob. Cit., p. 112-113.

Ora, por que não buscaram os organizadores do evento em comento juntamente à Administração Pública maneiras mais adequadas a viabilizar a manifestação mencionada, ou simplesmente outro local para sua realização, de modo a não ensejar transtornos à concretização deste direito, acima referido, também ungido pela nota de fundamentalidade (ou seja, a sentença reconheceu o direito fundamental de reunião (e, pois, o princípio), mas questiona a inconveniência do local escolhido para sua realização e, mais ainda, a sua não comunicação prévia (ou seja, que a intenção de sua realização em local impróprio não atendia à proporcionalidade exigida para seu exercício, com o que ponderava pela inconveniência de sua realização no local escolhido).

E prossegue a douta sentença:

Contrapostos em uma ponderação (atendeu-se, assim, a orientação de Robert Alexy, a que fez referência Gomes Canotilho, nas obras indicadas) das menos difíceis, conclui-se rápida e facilmente pela ilegitimidade da manifestação em razão do local eleito para sua realização. Deveras, a veiculação do protesto, a exteriorização das críticas, anunciar as ideologias e posições políticas – ações próprias do jogo democrático pluralista – poderiam, no caso concreto, ter sido designada para uma infinidade de lugares outros, sem perder a eficácia. Já o direito de locomoção, no quadro fático da presente lide, tinha sua concretização essencial e umbilicalmente afetada à utilização da BR 101, cuja função, vulnerando o dever de coordenação e relativização harmonizadora entre ambos, ao mesmo tempo em que atingiu um dos pilares de democracia: justamente aquele que apregoa o respeito à esfera jurídica de co-cidadãos, partes de um mesmo tecido social, que – ao contrário do que se pode imaginar – não constitui monopólio dos manifestantes. (Cf. fl. 342)

Resta examinar, agora, o requerimento alternativo – constante de alguns apelos – de redução da multa e do valor dos honorários advocatícios (Cf. fl. 398, fl. 410 e fl. 427).

Observo que, quanto aos honorários advocatícios, fixados em R\$ 3.000,00 (três mil reais), para cada um dos entes responsabilizados (cf. fl. 346), como bastante razoável, não me merecendo nenhum reproche, e quanto à multa cominada, as consideradas

astreintes, estabelecidas na bem fundamentada decisão de fls. 47-56, também não vejo em que modificar.

Convenço-me de que embora houvesse sido fixada em valor desproporcional ao potencial dano causado, tampouco se revelou como uma quantia arbitrária ou exagerada, foi de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada pessoa jurídica, atendeu, também aos reais propósitos dela, pois – como bem demonstrou Eduardo J. Couture, em obra clássica, esse valor deve ser sempre desproporcional, “... *ya que ésta es la consecuencia normal en la infracción de las obligaciones de hacer establecidas en la sentencia*”⁶.

O valor estabelecido, pois, não tem por objeto compensar ou indenizar o autor pela conduta não realizada, mas exigida do réu. O propósito, pelo contrário, é de dissuadir o réu a deixar de realizar essa conduta, é exatamente tornar desproporcional o pagamento da multa, para que o réu conclua que se conduzir de acordo com a ordem judiciária lhe resultará mais proveitoso. Se, ainda assim, o réu optou por deixar de realizar a conduta desejada pelo magistrado, como certamente aconteceu na hipótese em que, inobstante os esforços das autoridades, os réus insistiram em realizar a manifestação, somente resta cobrar – isto é – executar a multa que lhe havia sido aplicada, já agora com carácter educacional, ou seja, à guisa de *contempt of Court*, para que não se repita tal conduta, extremamente afrontosa ao estado de direito, a que se ajusta a visão de Carnellutti de que “... o homem é livre até para realizar um ato contra lei, em vez de agir de acordo com ela, podendo escolher entre a obediência ou a desobediência da lei, mas não pode evitar as consequências dessa desobediência, daí porque a liberdade é freada com a responsabilidade”⁷.

Por tais fundamentos, nego provimento ao apelo e mantenho a sentença, em todos os termos, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

⁶ Cf. “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, *tercera edición (póstuma), reimpressão inalterada*, Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1990, p. 462.

⁷ Cf. Francesco Carnellutti, “Sistema del Diritto Processuale Civile”, Padova, 1936, v. 7, p.03. A citação se encontra em nosso “Jurisdição, Ação (Defesa) e Processo”, Ed. Dialética, São Paulo, 1997, ed. esgotada, p. 20.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 498.161-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelados: CORREA AVIAÇÃO LTDA. ME E OUTRO
Recte. Ad.: CORREA AVIAÇÃO LTDA. E OUTRO
Advs./Procs.: DRS. CHRISTINE FRANCA BEVILÁQUA VIEIRA E OUTROS (APTE.) E SÉRGIO REBOUÇAS E OUTROS (APDOS.)

EMENTA: CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE HANGARAGEM. AUTOR COMO FIEL DEPOSITÁRIO. CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS APÓS EXTINTA A DETERMINAÇÃO JUDICIAL. DESPESAS NÃO PAGAS PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. COMPROVAÇÃO. RESSARCIMENTO DEVIDO.

- Corrêa Aviação Ltda. e seu sócio-proprietário Wilson Corrêa propuseram a presente ação de cobrança contra a Caixa Econômica Federal visando à condenação da parte ré no pagamento de dívida pelos serviços de hangaragem prestados pelos demandantes no período em que o Sr. Wilson Corrêa ficou como fiel depositário da aeronave de fabricação Beech Aircraft, marca PT-OOV, de propriedade da empresa pública ré e, também, posteriormente, quando permaneceu na guarda do aludido bem. Na sentença, o pleito foi julgado parcialmente procedente para condenar a Caixa no pagamento aos autores dos seguintes valores: (a) R\$ 4.000,00, pelo serviço de “guarda do bem no hangar”, referente ao período de junho de 2004 a setembro de 2005, e (b) R\$ 7.796,00, pelo serviço e vigilância do bem, referente ao período de janeiro a maio de 2004 (R\$ 5 x 296,00), junho de 2004 a maio de 2005 (R\$ 12 x 382,00) e junho de 2005 a setembro de 2005 (R\$ 4

X 433,00).

- A Caixa reconheceu, à fl. 59, que “findo o processo de reintegração da aeronave, continuou o Sr. Wilson Corrêa a manter a guarda e conservação do bem, numa relação jurídica não mais judicial, mas sim civil, caracterizada pela presença dos elementos essenciais à conformação do contrato de depósito, nos termos da lei civil”. Desta feita, não se pode falar em prescrição de 1 ano para o crédito em comento, eis que a situação em foco não se enquadra na regra disposta no art. 206, § 1º, III, do Código Civil, mas sim na queela prevista no art. 206, § 5º, I, daquele diploma legal, que fixa em 5 anos a prescrição da pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular. Tal lapso prescricional foi assim estabelecido na sentença.

- Não obstante não ter restado devidamente provado o vínculo jurídico dos autores com a empresa pública ré, a Caixa reconheceu que deve aos autores, tanto que vinha efetivando os pagamentos, tendo sido interrompidos em razão da não entrega das faturas pelo depositário. Desta feita, com a confissão da dívida pela ré, tal questão tornou-se incontroversa.

- A discussão que se trava nos presentes autos é apenas quanto ao valor da dívida cobrada e à sua extensão, já que a requerida se insurge contra o montante total cobrado, por ser incompatível com os serviços prestados, e o fato de constituírem uma só rubrica aquelas despesas realizadas com a “guarda do bem no hangar” e com os “serviços de hangaragem”.

- No tocante à unificação das despesas com a “guarda do bem no hangar” e os “serviços de hangaragem”, importa ressaltar que, de fato, a parte autora não logrou provar que tais itens foram pagos em separado e, por isso, constituíam

gastos diversos. Ao contrário, os documentos colacionados às fls. 99/134 dão conta de que, de janeiro de 2001 a abril de 2004, a Caixa Econômica Federal efetuou o pagamento correspondente apenas ao “ressarcimento com estadia”, no montante mensal de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais).

- Quanto ao montante devido, vale esclarecer que os próprios autores reconhecem, na petição inicial, que a Caixa teria deixado de pagar as parcelas de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) a partir de junho de 2004 até setembro de 2005. Inclusive, há, nos autos, recibos de pagamento emitidos pelo Sr. Wilson Corrêa correspondentes ao montante mensal de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) pagos pela empresa pública ré de janeiro de 2001 a abril de 2004.

- Considerando que a Caixa admite que a relação firmada com os autores persistiu até setembro de 2005 (fl. 57), mas não prova haver efetuado qualquer pagamento a partir de junho de 2004 até setembro de 2005, há que se reconhecer como devidos os valores pleiteados relativos a esse período totalizando a quantia de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

- O mesmo se pode dizer no que tange às despesas com o serviço de vigilância, eis que os autores lograram provar terem efetivado o pagamento mensal com vigia noturno para a aeronave em questão nos meses de janeiro de 2004 a setembro de 2005 (fls. 125/155), sendo 5 recibos no valor de R\$ 296,00, de janeiro a maio de 2004; 12 recibos na quantia de R\$ 382,00, referentes aos meses de junho de 2004 a maio de 2005; e 4 recibos no valor de \$ 433,00, de junho a setembro de 2005. Tais valores totalizam a quantia de R\$ 7.796,00.

- Para tal despesa, a Caixa, por sua vez, afirma, na contestação, o direito da parte contrária de receber o montante pago e o dever da empresa

***pública de ressarcir os autores, em tendo sido necessária a contratação dos serviços de vigi-
lância para a proteção do bem depositado (fl. 62).
E, na apelação, ao se referir ao serviço de vigi-
lância, reconhece existir, nos autos, recibos, in-
formando as quantias correspondentes aos va-
lores para pagamento mensal de um vigia, rela-
tivos aos meses de janeiro a maio de 2004, julho
a maio de 2005 e julho a setembro de 2005 (fl. 233).
- Comprovados tais pagamentos e reconhecidos
como devidos pela Caixa, aos postulantes é de-
vido o ressarcimento por tais despesas.
- Apelação e recurso adesivo improvidos.***

ACÓRDÃO

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

Recife, 26 de maio de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Re-
lator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Cuida-se de apelação e recurso adesivo interpostos contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para condenar a Caixa Econômica Federal a pagar aos autores os seguintes valores:

(a) R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), pelo serviço de “guarda do bem no hangar”, referente ao período de junho de 2004 a setembro de 2005, com a incidência da taxa SELIC (a qual engloba juros e correção monetária) a partir da citação válida, na forma do art. 406 do Código Civil de 2002.

(b) R\$ 7.796,00 (sete mil, setecentos e noventa e seis reais), pelo serviço e vigilância do bem, referente ao período de janeiro a maio de 2004 (R\$ 5 x 296,00), junho de 2004 a maio de 2005 (R\$ 12 x 382,00) e junho de 2005 a setembro de 2005 (R\$ 4 X 433,00), com a incidência da taxa SELIC (a qual engloba juros e correção monetária) a partir da citação válida, na forma do art. 406 do Código Civil de 2002.

Nas razões recursais, a Caixa ratifica os termos da contestação. Aduz que o fiel depositário deveria ter apresentado as despesas que realizou e o seu pedido deveria se limitar a tais gastos com a guarda do bem no hangar e os serviços de hangaragem. Afirma inexistir nos autos qualquer comprovação de despesas com serviços de hangaragem e com a guarda do bem no hangar. No tocante ao serviço de vigilância, assevera não haver, nos autos, documentos relacionados à mencionada despesa, *exceto, recibos, informando as quantias correspondentes aos valores para pagamento mensal de um vigia, relativos aos meses de janeiro a maio de 2004, julho a maio de 2005 e julho a setembro de 2005.*

Por meio de recurso adesivo, os autores pugnam pelo reconhecimento da prescrição quinquenal. Afirmam que os valores cobrados pela hangaragem de uma aeronave não possuem qualquer relação com aqueles cobrados pela segurança da mesma. Aduzem que as *despesas reconhecidamente devidas a título de hangaragem ao autor se referem ao aluguel pago pelo local onde a aeronave em questão ficava estacionada. De outro lado, os valores cobrados pela segurança da mesma aeronave se referem ao pagamento efetuado ao vigia que pastorava o hangar.* Por fim, afirmam que a parte ré admite a responsabilidade pelo crédito cobrado nesta ação.

Contrarrazões.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Corrêa Aviação Ltda. e seu sócio-proprietário Wilson Corrêa propuseram a presente ação de cobrança contra a Caixa Econô-

mica visando à condenação da parte ré no pagamento de dívida pelos serviços de hangaragem prestados pelos demandantes no período em que o Sr. Wilson Corrêa ficou como fiel depositário da aeronave de fabricação Beech Aircraft, marca PT-OOV, de propriedade da empresa pública ré e, também, posteriormente, quando permaneceu na guarda do aludido bem.

Aduzem os postulantes que as despesas realizadas durante o período de prestação dos serviços se classificavam em três tipos, as quais totalizam as seguintes dívidas: 1) guarda do bem no hangar – parcelas não pagas relativas aos meses de junho de 2004 a setembro de 2005 (16 parcelas de R\$ 250,00), num total de R\$ 4.000,00; 2) pagamento de vigia – parcelas não pagas referentes aos meses de janeiro a maio de 2004 (5 parcelas de R\$ 296,00), de junho de 2004 a maio de 2005 (4 parcelas de R\$ 433,00) e de junho a setembro de 2005 (4 parcelas de R\$ 433,00), num total geral de R\$ 7.796,00; 3) serviços de hangaragem – parcelas não quitadas relativas aos meses de agosto de 1999 a setembro de 2005 (74 parcelas de R\$ 600,00), totalizando R\$ 44.400,00. Somando-se todas essas despesas atinge-se o total geral de R\$ 56.196,00.

A Caixa, por sua vez, aduz, em preliminar, a prescrição da dívida. No mérito, afirma que as despesas de hangaragem devem ser ressarcidas, tanto que vinha efetuando tais pagamentos, tendo ocorrido a interrupção em razão da não entrega das respectivas faturas pelo depositário. Afirma que as despesas relativas à guarda do bem no hangar se confundem com as despesas de hangaragem, sendo incabível a pretensão da parte autora de ressarcimento em rubricas e valores distintos. No tocante aos serviços de vigilância, assevera inexistir nos autos documentos relacionados às referidas despesas.

No que tange à alegada prescrição, a sentença vergastada não merece reproche. Vejamos.

De fato, a Caixa reconheceu, à fl. 59 de sua contestação, *findo o processo de reintegração da aeronave, continuou o Sr. Wilson Corrêa a manter a guarda e conservação do bem, numa relação jurídica não mais judicial, mas, sim, civil, caracterizada pela presença dos elementos essenciais à conformação do contrato de depósito, nos termos da lei civil.*

Desta feita, não se pode falar em prescrição de 1 ano para o crédito em comento, eis que a situação em foco não se enquadra na regra disposta no art. 206, § 1º, III, do Código Civil, mas sim naquela prevista no art. 206, § 5º, I, daquele diploma legal, que fixa em 5 anos a prescrição da pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular.

Tal situação restou reconhecida, também, pela parte autora na réplica à contestação.

Portanto, a prescrição aplicada ao presente caso é a quinquenal, consoante fixado na sentença.

No mérito, a questão em foco não demanda grandes discussões.

Como se viu alhures, a empresa pública ré reconheceu a existência da dívida, ao entender que, findo o processo de reintegração da aeronave, no qual o Sr. Wilson Corrêa foi nomeado fiel depositário, teria ele permanecido na guarda e conservação da aeronave, quando, então, a relação jurídica entre as partes se transmutou de judicial para civil – contrato de depósito – a ser amparada pela lei civil.

Portanto, não obstante não ter restado devidamente provado o vínculo jurídico dos autores com a empresa pública ré, a Caixa reconheceu que deve aos autores, tanto que vinha efetivando os pagamentos, tendo sido interrompidos em razão da não entrega das faturas pelo depositário.

Desta feita, como bem ressaltado pelo douto sentenciante, com a confissão da dívida pela ré, tal questão tornou-se incontroversa.

A discussão que se trava nos presentes autos é apenas quanto ao valor da dívida cobrada e à sua extensão, já que a requerida se insurge contra o montante total cobrado, por ser incompatível com os serviços prestados, e o fato de constituírem uma só rubrica aquelas despesas realizadas com a “guarda do bem no hangar” e com os “serviços de hangaragem”.

No tocante à unificação das despesas com a “guarda do bem no hangar” e os “serviços de hangaragem”, importa ressaltar que,

de fato, a parte autora não logrou provar que tais itens foram pagos em separado e, por isso, constituíam gastos diversos. Ao contrário, os documentos colacionados às fls. 99/134 dão conta de que, de janeiro de 2001 a abril de 2004, a Caixa Econômica Federal efetuou o pagamento correspondente apenas ao “ressarcimento com estadia”, no montante mensal de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais).

Não houve, portanto, comprovação, pelos autores, de que os serviços de aluguel do hangar e de manutenção e reparação da aeronave foram executados e pagos separadamente.

Se os postulantes pretendiam a condenação da Caixa no pagamento de valores referentes aos aluguéis do hangar onde se encontrava a aeronave deveriam ter trazido aos autos o contrato de locação assinado pelas partes ou recibos de pagamento dessa despesa, e não pretender provar o alegado apenas com base no fato de serem locatários de hangares há mais de 10 anos.

Outrossim, quanto ao montante devido, vale esclarecer que os próprios autores reconhecem, na petição inicial, que a Caixa teria deixado de pagar as parcelas de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) a partir de junho de 2004 até setembro de 2005. Inclusive, como visto alhures, há, nos autos, recibos de pagamento emitidos pelo Sr. Wilson Corrêa correspondentes ao montante mensal de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) pagos pela empresa pública ré de janeiro de 2001 a abril de 2004.

Desta feita, considerando que a Caixa admite que a relação firmada com os autores persistiu até setembro de 2005 (fl. 57), mas não prova haver efetuado qualquer pagamento a partir de junho de 2004 até setembro de 2005, há que se reconhecer como devidos os valores pleiteados relativos a esse período totalizando a quantia de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

O mesmo se pode dizer no que tange às despesas com o serviço de vigilância, eis que os autores lograram provar terem efetivado o pagamento mensal com vigia noturno para a aeronave em questão nos meses de janeiro de 2004 a setembro de 2005 (fls. 125/155), sendo 5 recibos no valor de R\$ 296,00, de janeiro a maio de 2004; 12 recibos na quantia de R\$ 382,00, referentes aos meses de junho de 2004 a maio de 2005; e 4 recibos no valor de \$

433,00, de junho a setembro de 2005. Tais valores totalizam a quantia de R\$ 7.796,00.

Para tal despesa, a Caixa, por sua vez, afirma, na contestação, o direito da parte contrária de receber o montante pago e o dever da empresa pública de ressarcir os autores, em tendo sido necessária a contratação dos serviços de vigilância para a proteção do bem depositado (fl. 62). E, na apelação, ao se referir ao serviço de vigilância, reconhece existir, nos autos, recibos, informando as quantias correspondentes aos valores para pagamento mensal de um vigia, relativos aos meses de janeiro a maio de 2004, julho a maio de 2005 e julho a setembro de 2005 (fl. 233).

Desta feita, comprovados tais pagamentos e reconhecidos como devidos pela Caixa, aos postulantes é devido o ressarcimento por tais despesas.

Por todo o exposto, nego provimento à apelação e ao recursos adesivo.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 499.040-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR
Apelante: MARIA AUXILIADORA LEITE BOTELHO E UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB
Apelados: OS MESMOS
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. FRANCISCO DAS CHAGAS BATISTA LEITE

EMENTA: RECURSOS DE APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. QUEDA DE ÁRVORE EM VEÍCULO ESTACIONADO NAS DEPENDÊNCIAS DA UFPB. FUNGOS DE DIFÍCIL PERCEPÇÃO. DANOS MATERIAIS. CABIMENTO. DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE. SU-

CUMBÊNCIA RECÍPROCA. JUROS DE MORA ARBITRADOS COM BASE NO CÓDIGO CIVIL. APELAÇÕES NÃO PROVIDAS.

- O ponto controvertido da questão consiste em saber se a autora-apelante deve receber indenização por danos morais e materiais a ser suportada pela UFPB, em face da queda de árvore em veículo de sua propriedade, estacionado nas dependências privadas da referida Instituição de Ensino.

- Ainda que se admita a dificuldade na percepção dos fungos alojados na árvore que atingiu o automóvel do particular, não se pode desconsiderar que caberia à Universidade ter agido com maior zelo na conservação das áreas comuns, máxime por se tratar de medida que não despenderia maiores custos financeiros e que poderia ter trazido consequências desastrosas.

- Não merece prosperar a irresignação da particular no que tange ao valor dos danos materiais, a uma, porque nem sempre o melhor serviço é o mais oneroso; a duas, porque a requerente apresentou 3 orçamentos, sendo lícito ao juízo conceder a indenização com base no de menor valor.

- No caso concreto não restou comprovado qualquer evento que justifique a concessão da indenização por danos morais. Com efeito, não houve abalo de crédito, humilhações, enfim, não ocorreu qualquer ofensa aos direitos de personalidade da promovente, que não caracterizem os dissabores normais da vida em sociedade.

- Inequívoca a ocorrência da sucumbência recíproca. A parte autora requereu a condenação da ré em danos materiais e morais, sendo certo que a sentença refutou o segundo pedido, acolhendo apenas o primeiro.

- As disposições do art. 1º-F da Lei 9.494/97 não se aplicam nas ações indenizatórias decorrentes de responsabilidade extracontratual do Es-

tado. Considerando que os autos tratam de fato ocorrido em 2008, após a vigência do Código Civil de 2002, correta a fixação dos juros de mora em percentual de 1% ao mês. Precedentes do STJ (AgRg no REsp 1226945/PR; REsp 1051370/ES; REsp 1056871/RS).

- Apelações não providas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 7 de junho de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE
JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR:

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Maria Auxiliadora Leite Botelho e UFPB - Universidade Federal da Paraíba em face da sentença de fls. 75-82, a qual julgou parcialmente procedente o pedido para condenar a UFPB a indenizar a autora no importe de R\$ 10.410,00 (dez mil quatrocentos e dez reais) pelos danos materiais suportados em virtude da queda de árvore em veículo de sua propriedade estacionado nas dependências privadas da Instituição de Ensino. Correção monetária na forma da Lei e Juros de Mora à razão de 1% (um por cento), incidentes desde a citação. Honorários compensados em face da sucumbência recíproca (súmula 306, STJ).

Às suas razões recursais, a Sra. Maria Auxiliadora Leite Botelho alega, em breve síntese, que: a) o juízo de origem arbitrou o valor dos danos materiais com base no menor orçamento apre-

sentado, não sendo razoável, pois se trata de um carro novo, merecendo o melhor serviço disponível no mercado; b) ocorreu na hipótese danos morais indenizáveis, haja vista que a apelante se viu privada de utilizar seu veículo por 14 meses, tendo que valer-se do transporte público, teve sua rotina diária completamente modificada e, ademais, os danos morais independem de prova; c) a sucumbência da recorrente foi mínima, devendo a UFPB ser condenada em honorários advocatícios.

De seu turno, a UFPB, apresenta suas razões recursais nos seguintes termos: a) a UFPB não poderia ou deveria ter agido cautelarmente para evitar o sinistro, pois os fungos encontravam-se alojados entre as raízes e a primeira sessão do tronco, dificultando a percepção; b) a queda da árvore deu-se em virtude da existência de fungos ocultos e fortes chuvas, fenômeno da natureza, ausente, pois, o nexo de causalidade entre a atuação da Administração Pública e o evento danoso; c) a condenação só seria possível nas hipóteses de cometimento de ato ilícito, *ex vi* art. 927 c/c 186, ambos do CC; d) a partir da Lei nº 11.960/2009, deverão incidir os índices de remuneração e juros de mora aplicáveis à caderнета de poupança.

Contrarrazões do particular às fls. 115-118.

Contrarrazões da UFPB às fls. 121-148.

VOTO

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

O ponto controvertido da questão consiste em saber se a autora-apelante deve receber indenização por danos morais e materiais a ser suportada pela UFPB, em virtude da queda de árvore em veículo de sua propriedade estacionado nas dependências privativas da referida Instituição de Ensino.

Consigna o art. 37, § 6º, da CF acerca da responsabilidade civil:

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.

cia e, também, ao seguinte:

[...] *omissis*.

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Sabe-se que no campo da responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva com base no risco administrativo, mister se conjuguem três elementos para que se configure o dever de indenizar: a conduta atribuída ao poder público (comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima), o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade entre o atuar do ofensor e o dano sofrido pela vítima.

A teoria do risco administrativo não leva à responsabilidade integral do Poder Público, para indenizar em todo e qualquer caso, mas sim dispensa a vítima da prova da culpa do agente da Administração, cabendo a esta a demonstração da culpa total ou parcial do lesado, para que então fique ela total ou parcialmente livre da indenização. Na realidade, qualquer que seja o fundamento invocado para embasar a responsabilidade objetiva do Estado, coloca-se como pressuposto primário da determinação daquela responsabilidade a existência de um nexo de causalidade entre a atuação ou omissão do ente público, ou de seus agentes, e o prejuízo reclamado pelo particular.

Sendo a existência do nexo de causalidade o fundamento da responsabilidade civil do Estado, esta deixará de existir ou incidirá de forma atenuada quando o serviço público não for a causa do dano ou quando estiver aliado a outras circunstâncias, ou seja, quando não for a causa única. Conclui-se que o fato de terceiro, o fato da vítima, e o caso fortuito ou de força maior, excluem o dever de indenizar. Saliente-se inclusive, que o fato da vítima, quando concorrente, reduz a indenização, da mesma forma que na responsabilidade aquiliana, ao passo que, se exclusivo, interrompe o nexo causal.

A responsabilidade do Estado por omissão não é fácil de ser apurada pelo Poder Judiciário, pois não basta que se configure o simples deixar de agir estatal, é imperioso que se verifique a possibilidade de agir para evitar o dano. Neste sentido, por extremamente didático, cito excerto de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Em regra, nos casos de omissão do Poder Público, os danos não são causados por agentes públicos. São causados por fatos da natureza ou fatos de terceiro. Mas poderiam ter sido evitados ou minorados se o Estado, tendo o dever de agir, se omitiu. Não é por outra razão que o art. 393, parágrafo único, do Código Civil, ao definir o caso fortuito ou de força maior, só considera como tal o fato cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. Se era possível ao Estado evitar ou impedir os efeitos dos fatos da natureza ou dos fatos de terceiros, não há como invocar a força maior como excludente de responsabilidade. Para que incida a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o dever de agir por parte do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano.

Com efeito, além de ser exigível, a conduta que se espera do Poder Público deverá necessariamente ser possível, consideradas as peculiaridades do caso concreto, assim como os recursos postos à disposição da Administração Pública. Trata-se da aplicação da Cláusula da Reserva do Possível, a qual forja a abstenção de despesas desproporcionais.

Deverá ser questionada a razoabilidade da exigência da atuação do Poder Público, uma vez que a concretização de ações estatais não pode olvidar a capacidade dos recursos financeiros do Estado.

O relevo financeiro imposto para a concretização implica a tomada de decisão dos órgãos competentes, com vistas à destinação correta dos recursos públicos, de modo que a execução das prestações estatais haverá de ser reivindicada conforme a disponibilidade do erário.

Tanto é assim que o Supremo Tribunal Federal, através de despacho do Min. Celso de Mello na ADPF 45, enfatizou que a cláusula da reserva do possível empreende que, na concretização, sempre onerosa, dos direitos a prestações, observe-se a razoabilidade individual/social da pretensão *versus* a disponibilidade financeira do Estado.

Em síntese, para que se configure presente a omissão estatal indenizável não é suficiente que se demonstre que o Poder Público foi omissivo, ao revés, é imperioso que reste verificado que o

Estado tinha o dever de agir, e além disso, que na situação concreta lhe era possível agir, atentando-se para os limites impostos pela cláusula da reserva do possível e da razoabilidade da exigência da atuação estatal.

Na hipótese em testilha, a particular busca ser ressarcida pelos danos suportados em razão da queda de árvore em veículo de sua propriedade estacionado nas dependências privativas da Universidade Federal da Paraíba.

Particularmente, peço vênia aos que adotam postura diversa, mas sou de que mesmo nas hipóteses em que se questione a omissão estatal é de ser aplicada a teoria objetiva, desde que verificados os requisitos da obrigação de indenizar.

Neste sentido pronunciou-se a Segunda Turma do STF, no RE 495740 AgR, de relatoria do Min. Celso de Mello: *A omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, tenham causado a terceiros.*

Em sendo assim, em que pese o esforço argumentativo das bem elaboradas razões recursais oferecidas pela Instituição de Ensino Superior, penso que na hipótese, restaram preenchidos os requisitos necessários à configuração da Responsabilidade Civil do Estado.

Para tanto, ainda que se admita a dificuldade na percepção dos fungos alojados na árvore que atingiu o automóvel da particular, não se pode desconsiderar que caberia à Universidade ter agido com maior zelo na conservação das áreas comuns, máxime por se tratar de medida que não despenderia maiores custos financeiros.

Penso que a Universidade Federal da Paraíba possui o dever legal de prover a devida manutenção das áreas comuns, de forma a garantir aos estudantes, professores e terceiros de um modo geral a sensação de segurança.

No caso em exame, a queda da árvore apenas atingiu um bem material, um veículo estacionado, mas é fato que poderia ter atin-

gido transeuntes, assim sendo, sou de que a existência de um defeito na manutenção da área comum da UFPB que possa por em risco a incolumidade física dos membros da coletividade faz nascer a responsabilidade da administração pública, que deverá responder pela sua falta.

Dessa forma, tenho que a conduta omissiva da UFPB encontra-se comprovada, bem como o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Em relação aos danos materiais, a particular apela argumentando que seu carro estava novo e, portanto merece o melhor serviço disponível no mercado, questionando a determinação de pagamento da indenização fulcrada no menor orçamento apresentado.

Não merece prosperar tal indignação. A uma, porque nem sempre o melhor serviço é aquele mais caro; a duas, porque a requerente apresentou 3 orçamentos, sendo lícito ao juízo conceder a indenização com base no de menor valor.

Os danos morais encontram-se previstos na Constituição Federal, entre os direitos e garantias individuais, nos incisos V e X do art. 5º da Carta Magna. Consiste esse dano na violação aos direitos de personalidade do indivíduo, quais sejam, aqueles direitos que a pessoa possui sobre si mesma e são insuscetíveis de avaliação pecuniária.

Para a caracterização dos danos morais, a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que não se faz mister a comprovação de sua repercussão, apenas da violação aos direitos de personalidade.

CIVIL. DANO MORAL. REGISTRO INDEVIDO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES.

- A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que, na concepção moderna do ressarcimento por dano moral, prevalece a responsabilização do agente por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto, ao contrário do que se dá quanto ao dano material.

- O valor arbitrado a título de danos morais não se revela exagerado ou desproporcional, mas encontra amparo na

jurisprudência desta Corte.

- Recurso conhecido, mas improvido.

(STJ, Classe: REsp - Recurso Especial - 599702. Processo: 200301842661. UF: RJ. Órgão Julgador: Quarta Turma. Data da decisão: 02/03/2004. DJ Data: 06/09/2004. Página: 269. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha)

Cuido que não merece prosperar o pleito de indenização por alegados danos morais, pois, no caso concreto, não restou comprovado qualquer evento que justifique a sua ocorrência. Com efeito, não houve abalo de crédito, humilhações, enfim, não ocorreu qualquer ofensa aos direitos de personalidade da promovente, que não caracterizem os dissabores normais da vida em sociedade.

A sentença reconheceu, acertadamente, a ocorrência da sucumbência recíproca. A parte autora requereu a condenação da ré em danos materiais e morais, sendo certo que sentença refutou o segundo pedido, acolhendo apenas o primeiro.

Não há, nessa esteira, o que reparar na sentença vergastada, pois não se pode dizer, como pretende o particular, que ele decaiu de parcela mínima dos seus pedidos.

Melhor sorte não assiste o pleito da UFPB no que concerne aos juros de mora.

O *decisum* impugnado determinou a incidência de correção monetária na forma da lei, e juros moratórios à razão de 1% (um por cento), incidentes desde a citação, a Instituição de Ensino pugna pela aplicação da Lei nº 11.960/2009, que modificou o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.

As disposições do art. 1º-F da Lei 9.494/97 não se aplicam nas ações indenizatórias decorrentes de responsabilidade extracontratual do Estado. Considerando que os autos tratam de fato ocorrido em 2008, após a vigência do Código Civil de 2002, correta a fixação dos juros de mora em percentual de 1% ao mês.

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ANÁLISE DE VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO STF. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRESSUPOSTOS ATESTADOS PELA CORTE DE ORIGEM. SÚMULA 7/STJ. JUROS MORATÓ-

RIOS. TERMO INICIAL. EVENTO DANOSO. APLICAÇÃO DO CC.

1. A agravante não indicou quais seriam as teses ou dispositivos legais não enfrentados pelo Tribunal de origem, a despeito da oposição de embargos declaratórios. Assim, em razão da deficiente fundamentação recursal no ponto, não se conhece da alegada violação do art. 535 do CPC. Incidência, por analogia, da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.

2. Todos os requisitos para a responsabilização objetiva do Estado estão presentes. Infirmar a ocorrência desses fatos demandaria o revolvimento da matéria probatória, o que é vedado a esta Corte Superior, nos termos da Súmula 7/STJ.

3. As disposições do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 não se aplicam nas ações indenizatórias decorrentes de responsabilidade extracontratual do Estado. Sendo assim, correta a posição do Tribunal de origem, que fixou os juros moratórios nos termos do Código Civil.

4. Ademais, em se tratando de responsabilidade extracontratual do Estado, esta Corte Superior tem entendimento sedimentado no sentido de que os juros de mora são devidos desde a ocorrência do evento danoso, e não da citação. Este, aliás, é o conteúdo da Súmula 54/STJ.

5. A irresignação referente à correção monetária padece de vício de fundamentação, pois, conforme se observa à fl. 986-e, o Tribunal de origem fixou a data da decisão como o marco inicial, exatamente como pretende a agravante. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1226945/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 22/03/2011, DJe 04/04/2011)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DISPOSITIVO LEGAL NÃO PREQUESTIONADO. RESPONSABILIDADE CIVIL. REVISÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE DANOS MORAIS. VALOR INFERIOR AO QUE FOI REQUERIDO NA INICIAL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA N. 326/STJ. JUROS MORATÓRIOS. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 1º-F DA MP Nº 2.180/35 DE 2001.

1. No caso dos autos, não houve apreciação pela Corte de origem sobre todas as teses do apelo excepcional, o que impossibilita o julgamento do recurso neste aspecto, por ausência de prequestionamento, nos termos das Súmulas 282/STF.

2. Conforme do STJ, a indenização pela morte de filho menor, que não exercia atividade remunerada, deve ser fixada na forma de pensão mensal de 2/3 do salário mínimo até 25 (vinte e cinco) anos, e a partir daí, reduzida para 1/3 do salário até a idade em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos.

3. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de não ser possível, por meio de recurso especial, a revisão do critério de justiça e razoabilidade adotado para fixação da condenação em ação de indenização por danos morais.

4. Nas hipóteses em que se requer a reparação de danos morais, a eventual condenação em quantia inferior ao designado na petição inicial não acarreta sucumbência recíproca. Incidência da Súmula nº 326/STJ.

5. O artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97 não se aplica na presente hipótese, pois tem incidência restrita às hipóteses em que se discute o pagamento de verbas remuneratórias a servidores e aos empregados públicos.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1051370/ES, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 08/02/2011)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS. CONCURSO PÚBLICO. PRETERIÇÃO DE CANDIDATO. DANOS MORAIS E MATERIAIS.

1. Caso no qual a recorrente Tânia Luíza Stigger Vieira alega que, à luz da jurisprudência do STJ, tem direito ao recebimento de indenização por danos materiais correspondente aos que deixou de auferir caso tivesse sido empossada no cargo, bem com direito à majoração do montante fixados a título de danos morais, o qual, no seu entender, foi arbitrado inadequadamente. A União Federal, por sua vez, alega que: (i) a responsabilidade civil da administração pública, no que toca aos danos morais, é subjetiva, não podendo, por isso, ser presumida; (ii) os valores arbitrados a título de danos morais fogem da razoabilidade e da proporcionalidade; (iii) os juros de mora devem ser calculados à taxa de 0,5% ao mês a partir da citação.

2. Em sede de responsabilidade civil objetiva do Estado, a condenação em danos morais, por presunção, é possível, desde que os fatos que a ensejaram forneçam elementos suficientes à essa presunção, com a demonstração objetiva de que os efeitos do ilícito praticado tem repercussão na esfera psíquica do lesado. Precedentes: REsp 1.155.726/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, *DJe* 18/3/2010; AgRg no REsp 914.936/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, *DJe* 18/2/2009; REsp 963.353/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, *DJe* 27/8/2009; REsp 915.593/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, *DJ* 23/4/2007, p. 251; REsp 608.918/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, *DJ* 21/6/2004, p. 176.

3. Assim, quando se verifica a vitoriosa aprovação em um concorrido certame, dentro do número de vagas oferecidas, a frustração de uma expectativa legítima fundada em direito subjetivo já adquirido, que traz ao lume a possibilidade de o aprovado vir a auferir, com estabilidade e por meio de seu trabalho técnico, ganhos significativos, desde sempre pretendidos e perseguidos, torna razoável o entendimento de que são devidos, por presunção, danos morais em tais situações.

4. O acórdão recorrido entendeu que, no caso, o dano moral é imanente ao fato de a autora ter sido preterida no concurso público, entendimento que não foge da razoabilidade, ainda mais considerando que o STJ tem entendimento sedimentado no sentido de que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital possui direito subjetivo à nomeação e à posse no cargo almejado.

5. Não há falar, assim, em violação dos artigos 131 e 333, I, do CPC, uma vez que o acórdão recorrido fundamentou adequadamente seu posicionamento a respeito da presunção do dano moral.

6. No que toca à alegação de violação do art. 159 do Código Civil de 1916 e do art. 5º, X, LIV e § 2º, da Constituição Federal, deve-se anotar que, primeiro, o STJ não analisa a alegação de violação a dispositivos constitucionais (*v.g.*: EDcl no REsp 1116729/CE); e, segundo, que a condenação a título de danos morais, no valor de R\$ 7.000,00, não caracteriza a exorbitância nem a irrisoriedade passíveis de análise por meio de recurso especial, por se mostrar

um valor razoável à hipótese dos autos.

7. Em casos como este, a revisão da condenação em danos morais esbarra no óbice da Súmula nº 7 do STJ, mormente considerando as alegações da União Federal, pertinentes à situação econômico-financeira da autora, que não restou delimitada no acórdão recorrido.

8. As disposições do art. 1º-F da Lei 9.494/97 não se aplicam nas ações indenizatórias decorrentes de responsabilidade extracontratual do Estado. Considerando que os autos tratam de fato ocorrido em 2004, após a vigência do Código Civil de 2002, correta a fixação dos juros de mora em percentual de 1% ao mês a partir do evento danoso, nos termos da Súmula nº 54 do STJ.

9. Não se verificam, pois, as alegadas violações ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 e ao art. 219 do CPC.

10. No que se refere ao valor da indenização por danos materiais, este Tribunal Superior de Justiça tem entendimento de que o candidato impedido de tomar posse por ato da administração tem direito “à indenização por danos patrimoniais, consistente no somatório de todos os vencimentos e vantagens que deixou de receber no período que lhe era legítima a nomeação, à luz da Teoria da Responsabilidade Civil do Estado, com supedâneo no art. 37, § 6º, da Constituição Federal” (REsp 1117974/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 2/2/2010). No mesmo sentido: REsp 642.008/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 14/2/2005, p. 180; REsp 971.870/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 18/12/2008.

11. Recurso especial da União Federal parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

12. Recurso especial interposto por Tânia Luíza Stigger Vieira parcialmente conhecido e, nessa parte, provido para lhe assegurar a indenização por danos materiais consistente no somatório de todos os vencimentos e vantagens que deixou de receber no período que lhe era legítima a nomeação, cujo *quantum* deverá ser apurado em sede de liquidação de sentença.

(REsp 1056871/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 17/06/2010, DJe 01/07/2010)

Firme nas razões expostas, nego provimento aos recursos de apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL 506.681-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelantes: UNIÃO E ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
SEÇÃO DE SERGIPE - OAB/SE
Apelada: ANACRISTINA ALMEIDA SANTANA
Advs./Procs.: DRS. CAMILA MEDEIROS DE SOUZA MELO (2ª
APTE.) E CLÁUDIA CUNHA DA SILVA E OUTROS
(APDA.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDORA REDISTRIBUÍDA PARA O MPU - TÉCNICA ADMINISTRATIVA. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO DA OAB QUE CANCELOU SUA INSCRIÇÃO NAQUELE ÓRGÃO DE CLASSE. SERVIDORA QUE JÁ TINHA INSCRIÇÃO NA OAB BEM ANTES DA LEI N° 11.415/06; OU SEJA, DESDE 1997.

- Ressalva do art. 32 deste mesmo diploma legal. Hipótese de impedimento no que diz respeito tão-somente à advocacia contra a Fazenda Pública que a remunera. Sentença que garantiu o direito à permanência da inscrição na OAB e ao exercício da advocacia. Manutenção.

- Precedentes desta Corte.

- Apelações e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações e à 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, 10 de maio de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Trata-se de apelações de sentença que julgou procedente o pedido, para garantir a autora o direito de permanecer inscrita na OAB e a exercer a advocacia, com a restrição imposta pelo art. 30, I, da Lei nº 8.906/94.

A União verbera: a) que o exercício da advocacia concomitantemente como o serviço público leva ao confronto de interesses entre o servidor/advogado e o Ministério Público; b) que o art. 32 Lei nº 11.415, de 15 de dezembro de 2006 resguardou os atos jurídicos perfeitos; c) ausência de direito adquirido a regime jurídico; d) a vigência da Lei nº 11.415/06; e e) precedente desta Corte desfavorável ao pleito.

Sustenta a OAB/SE que a súmula 02/2009 entende que o Estatuto da Advocacia prevê a incompatibilidade de qualquer servidor do Ministério Público com o exercício da advocacia. Verbera ainda, que, a teor de entendimento adotado pelo Min. Eros Grau quando do julgamento do Mandado de Segurança Coletivo nº 27214, não há direito adquirido a regime jurídico-funcional.

Contrarrazões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Impende analisar se a ora apelada – servidora à disposição do MPF e inscrita na OAB antes da edição da Resolução 27/08 do Conselho Nacional do Ministério Público – é incompatível ou apenas impedida de exercer a advocacia contra a Fazenda Pública que a remunera.

A decisão recorrida registra:

[...] Ressalto inicialmente que a Lei nº 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB), ao versar sobre as incompatibilidades e impedimentos para o exercício da advocacia, assim

estabeleceu:

CAPÍTULO VII

Das Incompatibilidades e Impedimentos

Art. 27. A incompatibilidade determina a proibição total, e o impedimento, a proibição parcial do exercício da advocacia.

Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:

(...)

II - membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta; (vide ADIN 1127-8)

(...)

IV - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário e os que exercem serviços notariais e de registro;

§ 1º A incompatibilidade permanece mesmo que o ocupante do cargo ou função deixe de exercê-lo temporariamente.

Art. 30. **São impedidos de exercer a advocacia:**

I - os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora;

(...)

Parágrafo único. Não se incluem nas hipóteses do inciso I os docentes dos cursos jurídicos.

O Estatuto da Advocacia, portanto, traz duas modalidades de restrição ao exercício da profissão de advogado: a incompatibilidade, assim entendida a proibição total do exercício da advocacia, e o impedimento, compreendido como sendo a vedação parcial no exercício dessa mesma profissão (art. 27).

Analisando as hipóteses legais previstas para cada uma delas, registre-se, em caráter taxativo, contata-se que a incompatibilidade para exercer a advocacia aplica-se aos membros de órgãos do Ministério Público, ou seja, Procuradores da República e Promotores e Procuradores de

Justiça (art. 28, II, do EOAB), não sendo extensível aos demais servidores dessa instituição, que não podem ser tecnicamente enquadrados como tal.

Assim como os servidores do Poder Judiciário não são membros da magistratura, também os servidores do Ministério Público não são membros, na terminologia técnica da lei, dessa instituição.

Quisesse o legislador estender a incompatibilidade do exercício da advocacia aos servidores do Ministério Público teria feito de forma expressa, tal como o fez em relação aos servidores (ocupantes de cargos e funções) do Poder Judiciário, conforme inciso IV do art. 28 do EOAB acima transcrito.

Por outro lado, a referida legislação traz em seu art. 30, I, o impedimento, ou seja, a restrição parcial para exercer a advocacia para “os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora”.

Dessa forma, os servidores do Ministério Público da União, enquanto servidores públicos civis federais, encontram-se abrangidos por dito impedimento, que obsta o exercício da advocacia contra a Fazenda Pública da União, que os remunera, o que não impede o desempenho da advocacia fora do impedimento legal.

Tal entendimento resta consubstanciado, inclusive, no fato de a autora, nessa mesma condição, ter obtido a sua inscrição no quadro de Advogados da OAB, sob o nº 2.396 (fls. 21-22), possibilitando o exercício dessa profissão, apenas com a restrição do impedimento previsto no art. 30, I, da Lei nº 8.906/94, por exercer o cargo de Assessora da Procuradoria da República em Sergipe, conforme anotação em sua carteira profissional, avistável na fl. 23 dos autos.

Por outro lado, a recente Lei nº 11.415, de 15 de dezembro de 2006, trouxe novo regramento para as Carreiras dos Servidores do Ministério Público da União, vedando o exercício da advocacia a todos os servidores, o que não era verificado nas leis anteriores (Lei nº 9.953/00 e a Lei nº 10.476/02).

Art. 21. Aos servidores efetivos, requisitados e sem vínculos do Ministério Público da União é vedado o exercício da advocacia e consultoria técnica.

Entretanto, a mesma Lei, em seu art. 32, resguardou o direito daqueles que já tinham sua situação constituída.

Art. 32. Ficam resguardadas as situações constituídas até a data da publicação desta Lei.

Vê-se, assim, que a própria lei que tratou do novo regramento da Carreira de Servidores do Ministério Público da União, decidiu proteger as situações consolidadas, consagrando o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

Percebe-se carecer de amparo lógico-jurídico, *data maxima venia*, a interpretação dada no sentido de que a lei quis ressalvar os atos praticados anteriormente. Ora, uma das regras de ouro da interpretação jurídica diz com a presunção de que a lei não contém frases ou palavras inúteis. Explico: se antes da inovação trazida pela 11.415, de 15 de dezembro de 2006, era perfeitamente legal o exercício da advocacia dos servidores, com a ressalva apenas do art. 30, I, da Lei 8.906/94, então não é preciso dizer que os atos praticados sob a égide dos normativos permissivos estão resguardados.

Partindo da premissa acima, a interpretação que se impõe é a de que a ressalva legal se dirige mesmo é aos servidores que, antes da vinda do novel normativo ao mundo jurídico, já detinham este direito.

Com idêntica finalidade, o ADCT dispôs, em seu art. 29 § 3º, que o membro do MP admitido antes da promulgação da Constituição poderia optar pelo regime anterior no que se refere às garantias e vantagens, observando-se, quanto às vedações, a situação jurídica na data desta. Inclusive, atento ao disposto, o próprio estatuto da OAB ressalvou que não se aplica o disposto no seu art. 28, II, ao membro do MP que se inclui na previsão constitucional (art. 83 da Lei nº 8.906/94).

Destarte, aqueles servidores do MPU que já preenchi- am os requisitos legais para o exercício da advocacia antes do advento da Lei nº 11.415/06 permanecem com esse direito garantido.

É esse também o entendimento encartado em vários precedentes dos tribunais pátrios, conforme se infere dos julgados abaixo transcritos:

ADMINISTRATIVO. INSCRIÇÃO NA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. SERVIDOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. APROVAÇÃO NO EXAME DA ORDEM ANTES DA EDIÇÃO DA LEI Nº 11.415, DE 15/12/2006. POSSIBILIDADE DA INSCRIÇÃO, NA CONDIÇÃO DE IMPEDIDO, NOS TERMOS DA LEI Nº 8.906/94. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

1. Impetrante que, após ter sido aprovado no Exame de Ordem da OAB/PE, foi impedido, por aquela Seccional, de se inscrever nos seus Quadros, sob o argumento de que, de acordo com a Lei nº 8.906/94, os servidores integrantes do Ministério Público Federal exercem atividades incompatíveis com o exercício da advocacia.

2. Muito embora o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, ao cuidar da proibição total de exercer a advocacia, faça menção, também, ao Ministério Público Federal, tal referência se dá, tão somente, em relação aos seus membros, e não aos seus servidores.

3. Apesar de ter sido editada, posteriormente, a Lei nº 11.415, de 15/12/2006, que estabeleceu a total vedação aos servidores do Ministério Público da União de exercerem a advocacia e a consultoria técnica, o referido diploma legal também assegurou, em seu artigo 32, que ficariam resguardadas as situações constituídas até a data da publicação daquela Lei.

4. O impetrante, ocupante do cargo de Técnico Administrativo do Ministério Público da União, foi aprovado no Exame de Ordem em data anterior à edição da Lei nº 11.415/2006, de acordo com o Certificado de Habilitação, emitido pela OAB/PE em 16/10/2006, não havendo, portanto, qualquer dúvida quanto à possibilidade de sua inscrição dos Quadros daquela Seccional, na condição de impedido, ficando impossibilitado, tão somente, portanto, de demandar contra o MPU, órgão a que está vinculado, e contra a União. Remessa oficial improvida.

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEI Nº 8.906/94. LEI Nº 11.415. TÉCNICO ADMINISTRATIVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. CAUSA DE IMPEDIMENTO DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO.

1. Trata-se de remessa oficial de sentença que concedeu a segurança requestada determinando que a autoridade

coatora proceda à inscrição do impetrante no Quadro de Advogados da OAB, constando em seu registro data retroativa à data do indeferimento administrativo de sua inscrição.

2. O impetrante traz como fundamento para reforma do *decisum* o fato de não existir incompatibilidade com a advocacia, mas sim impedimento contra o Poder Público que o remunera, *in casu*, a UNIÃO. Acrescenta que o Projeto de Lei 96/2006, aprovado pelo Senado e aguardando a sanção presidencial, resguarda as situações já constituídas, ou seja, o direito daqueles que estiverem advogando. Alega que o rol das atividades incompatíveis com a advocacia está taxativamente previsto no art. 28 da Lei 8.906/94, não fazendo parte dele o cargo de técnico administrativo do MPU, razão por que requer a reforma do despacho para que lhe seja garantida a imediata inscrição no Quadro de Advogados da OAB, devendo o seu registro constar com data retroativa para 01/11/2006 (dia em que sua inscrição foi indeferida).

3. A Lei 8.906/94 ao tratar do exercício da advocacia dispõe em seu art. 28 ser incompatível para o referido exercício, entre outros, os ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário, não fazendo restrição aos servidores do Ministério Público.

4. Como se observa na legislação mencionada, o servidor do Ministério Público Federal (administração direta) é impedido de exercer a advocacia não se enquadrando no art. 28 da incompatibilidade, como entendeu o Juiz singular no caso presente.

5. Tratando-se, portanto, de servidor do Ministério Público Federal, ocupante do cargo de técnico administrativo, não vejo, conforme o acima exposto, óbice para que o servidor obtenha a sua inscrição no quadro de advogados da OAB. Contatando-se que sua inscrição se deu bem antes da Lei nº 11.415, de 15 de dezembro de 2006, que trouxe novo regramento das Carreiras dos Servidores do Ministério Público da União.

6. Remessa oficial improvida.

Nesse contexto, considerando: i) a inexistência de lei anterior a de nº 11.415/06 que proibisse o exercício da advocacia pelos servidores do Ministério Público da União;

ii) que **mesmo se admita a tese de que “não há direito adquirido em relação a regime jurídico”, resta a própria lei ressaltando, ou seja, afirmando que deve ser respeitado o direito anteriormente reconhecido**; conclui-se que o Conselho Nacional do Ministério Público excedeu a sua competência regulamentar ao editar a Resolução nº 27, de 10 de março de 2008, que disciplina, indistintamente, a vedação do exercício da advocacia por parte dos servidores do Ministério Público dos Estados e da União.

No caso dos autos, a parte autora exerce o cargo de Técnico Administrativo do Quadro de Pessoal do Ministério Público Federal, sendo, nessa condição, servidora pública federal. Ainda, ela obteve o Grau de Bacharela em Direito no ano de 1991 (fl. 18) e efetuou sua inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil em 1997 (fl. 21), praticamente uma década antes do início da vigência das normas instituídas pela Lei nº 11.415/06.

É de se concluir, portanto, que **à autora é garantido o direito de exercer a advocacia, não lhes sendo aplicável a vedação contida no art. 21 da Lei nº 11.415/06, por força do que dispõe o art. 32 do mesmo diploma legal, aplicando-se, na espécie, tão somente o impedimento previsto no art. 30, Inciso I, da Lei nº 8.906/94 (EOAB), que impede aos servidores públicos o exercício dessa profissão contra a Fazenda Pública que os remunere.**

Ante o exposto, julgo procedente os pedidos e extingo o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC, para garantir à autora o direito de permanecer inscrita na OAB e a exercer a advocacia, com a restrição imposta pelo art. 30, I, da Lei nº 8.906/94, se por outro motivo não houver de ser excluída do quadro da OAB ou impedida de exercer tal profissão, que não seja as vedações contidas no art. 21 da Lei nº 11.415/06 e na Resolução nº 27/2008 do CNMP. (Destaquei)

Note-se que a Lei nº 8.906/94, no que concerne às hipóteses de incompatibilidades, prevê o que segue:

Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:

I - chefe do Poder Executivo e membros da Mesa do Poder Legislativo e seus substitutos legais;

II - membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta;

III - ocupantes de cargos ou funções de direção em Órgãos da Administração Pública direta ou indireta, em suas fundações e em suas empresas controladas ou concessionárias de serviço público;

IV - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário e os que exercem serviços notariais e de registro;

V - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a atividade policial de qualquer natureza;

VI - militares de qualquer natureza, na ativa;

VII - ocupantes de cargos ou funções que tenham competência de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais;

VIII - ocupantes de funções de direção e gerência em instituições financeiras, inclusive privadas.

§ 1º A incompatibilidade permanece mesmo que o ocupante do cargo ou função deixe de exercê-lo temporariamente.

§ 2º Não se incluem nas hipóteses do inciso III os que não detenham poder de decisão relevante sobre interesses de terceiro, a juízo do conselho competente da OAB, bem como a administração acadêmica diretamente relacionada ao magistério jurídico.

A Lei 8.906/94 ao tratar do exercício da advocacia dispõe em seu art. 28 ser incompatível para o referido exercício, entre outros, os ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário, não fazendo restrição aos servidores do Ministério Público.

Por outro lado, a referida legislação traz em seu art. 30, I, como impedimento para exercer a advocacia “os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora”.

Como se observa na legislação mencionada, o servidor do Ministério Público Federal (administração direta) é impedido de

exercer a advocacia, não se enquadrando no art. 28 da incompatibilidade, como entendeu o Juiz singular no caso presente.

A Lei nº 11.415/06, que trouxe novo regramento das Carreiras dos Servidores do Ministério Público da União, vedou o exercício da advocacia a todos os servidores, vejamos:

Art. 21. Aos servidores efetivos, requisitados e sem vínculos do Ministério Público da União é vedado o exercício da advocacia e consultoria técnica.

Todavia, a mesma Lei em seu art. 32, resguardou o direito daqueles que já tinham sua situação constituída.

Art. 32. Ficam resguardadas as situações constituídas até a data da publicação desta Lei.

Vê-se que a própria lei que tratou do novo regramento da Carreira de Servidores do Ministério Público da União, decidiu proteger as situações consolidadas, consagrando o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

É de se destacar, portanto, *in casu*, decisão do STJ que por unanimidade entendeu ser caso de impedimento e não incompatibilidade o exercício da advocacia por servidor ocupante de cargo técnico administrativo do Ministério Público Federal, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONSELHO PROFISSIONAL. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB. INDEFERIMENTO DE INSCRIÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR SERVIDOR OCUPANTE DO CARGO DE TÉCNICO ADMINISTRATIVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. HIPÓTESE DE IMPEDIMENTO E NÃO DE INCOMPATIBILIDADE. EXERCÍCIO DA ADVOCACIA ASSEGURADO COM A RESTRIÇÃO IMPOSTA PELO ART. 30, I, LEI 8.906/94.

1. Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por CELSO SILVEIRA contra o Presidente da OAB/SC, em razão do indeferimento do pedido de inscrição definitiva na entidade, devido ao cargo exercido (Técnico Administrativo) no Ministério Público Federal. Sentença concedeu a segurança. Interposta apelação pela impetrada, o TRF da 4ª Região negou-lhe provimento por entender que o impetrante não exerce cargo ou função de direção no MPF. Recurso especial da OAB/SC alegando violação dos arts.

- 535 do COPC, 8º, 28 e 30 do Estatuto da OAB, além de dissídio jurisprudencial. Afirma-se que o exercício das funções do recorrido retira-lhe toda a independência inerente à advocacia. Contrarrazões pela manutenção do acórdão.
2. Ausência de violação do art. 535 do CPC e do dissídio jurisprudencial alegado. O Tribunal *a quo* olvidou acerca de nenhuma questão relevante, pronunciando-se acerca da matéria necessária ao deslinde da controvérsia.
3. Deve ser assegurada a inscrição na OAB de servidor ocupante do cargo de Técnico Administrativo do Ministério Público Federal por enquadrar-se na hipótese descrita no art. 30, I, da Lei 8.906/94 (impedimento do exercício da advocacia contra a Fazenda Pública que o remunera ou à qual seja vinculada a entidade empregadora), não figurando caso de incompatibilidade (descrita no art. 28, III, do mesmo estatuto legal).
4. Recurso especial não provido. (REsp 813251-SC. Rel. Min. José Delgado. Julg. 12.06.06)

Tratando-se, portanto, de servidora redistribuída à disposição do Ministério Público Federal, ocupante do cargo de técnico administrativo, não vejo, conforme o acima exposto, óbice para que a servidora obtenha a sua inscrição no quadro de advogados da OAB. Consta-se que sua inscrição se deu bem antes da Lei nº 11.415, de 15 de dezembro de 2006, que trouxe novo regramento das Carreiras dos Servidores do Ministério Público da União.

Neste sentido:

Processo

APELRE 200651010227726

APELREEX - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 475002

Relator(a): Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Sigla do órgão: TRF2

Órgão julgador: SEXTA TURMA ESPECIALIZADA

Fonte: E-DJF2R - Data: 15/07/2010 - Página: 60/61

Decisão

Decide a Sexta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa necessária, nos termos do voto do Relator.

Ementa

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. **SERVIDOR EFETIVO DO MPU. INSCRIÇÃO NA OAB/RJ. IMPOSSIBILIDADE DE EXERCER A ADVOCACIA SOB PENA DE FERIR O PRINCÍPIO DA ISONOMIA.**

1. A matéria em debate se refere à possível incompatibilidade do impetrante, servidor técnico administrativo do Ministério Público Federal, para o exercício da advocacia, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.906/94, mais conhecida como Estatuto da OAB.

2. O impetrante, bacharel em direito, aprovado no 29º exame de ordem da OAB/RJ pleiteou sua inscrição nos quadros daquela Seccional, e impetrou mandado de segurança preventivo por ter ciência de que vêm sendo indeferidos os pedidos de inscrição formulados por bacharéis em direito de apoio técnico aos Membros do Ministério Público Federal. Diante da proximidade de promulgação de Lei que modificaria o regramento existente, à época, no tocante à possibilidade do exercício da advocacia, por servidores daquele órgão, visando resguardar direito seu à inscrição pleiteada.

3. Não se reveste de mínima plausibilidade jurídica o pleito deduzido na exordial, posto que, a extensão da vedação legal e constitucional de tal “cumulação profissional” em verdade, decorre do próprio texto constitucional.

4. O impetrante alega exercer cargo meramente administrativo junto ao Ministério Público Federal, fato que, segundo entende, não implicaria em incompatibilidade com o exercício da advocacia, eis que não exerce a função de membro daquele órgão, como previsto no art. 28 da Lei nº 8906/94.

5. Entretanto, sob pena de afronta ao princípio da isonomia, tal comando legal deve ser o texto legal interpretado sistematicamente, isto é, a expressão “membros de órgãos do Ministério Público” não deve ser interpretada de forma restritiva, restringindo-se aos promotores e procuradores, desde que o objetivo de tal vedação é impedir que os servidores ou agentes políticos tenham acesso privilegiado a informações e a processos, o que poderia macular seu atuar profissional.

6. A correta interpretação do dispositivo legal em comento à luz dos preceitos, princípios, regras e normas constitu-

cionais pertinentes à matéria, é no mesmo sentido defendido pela OAB, posto que não há como afastar a possibilidade que o contato direto com informações privilegiadas dentro da instituição ministerial não iria gerar ofensa à moralidade administrativa, ou mesmo à eficiência. Isso sem se falar na indiscutível violação à isonomia face aos próprios membros do Ministério Público Federal, vedados de exercer a advocacia desde o advento da Carta Política de 1988.

7. Tanto assim é sobreveio a Lei nº 11.415/2006 impedindo expressamente o exercício da advocacia pelos servidores do MPU, ficando **ressalvado em seu artigo 32 apenas o direito adquirido àqueles que, por qualquer razão, já se encontravam em gozo de tal direito**, o que não é o caso do impetrante.

8. Apelação e remessa necessária providas. Sentença reformada para cassar a segurança.

Data da Decisão: 14/06/2010.

Data da Publicação: 15/07/2010.

Processo

REO 200683000134791

REO - Remessa *Ex Officio* - 98725

Relator(a): Desembargador Federal Carlos Rebêlo Júnior

Sigla do órgão: TRF5

Órgão julgador: Segunda Turma

Fonte: *DJ* - Data: 28/04/2008 - Página: 413 - Nº: 80

Decisão: UNÂNIME

Ementa

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEI Nº 8.906/94. LEI Nº 11.415. **TÉCNICO ADMINISTRATIVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. CAUSA DE IMPEDIMENTO DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO.**

1. Trata-se de remessa oficial de sentença que concedeu a segurança requestada determinando que a autoridade coatora proceda à inscrição do impetrante no Quadro de Advogados da OAB, constando em seu registro data retroativa à data do indeferimento administrativo de sua inscrição.

2. O impetrante traz como fundamento para reforma do *decisum* o fato de não existir incompatibilidade com a advocacia, mas sim impedimento contra o Poder Público que

o remunera, *in casu*, a UNIÃO. Acrescenta que o Projeto de Lei 96/2006, aprovado pelo Senado e aguardando a sanção presidencial, resguarda as situações já constituídas, ou seja, o direito daqueles que estiverem advogando. Alega que o rol das atividades incompatíveis com a advocacia está taxativamente previsto no art. 28 da Lei 8906/94, não fazendo parte dele o cargo de técnico administrativo do MPU, razão por que requer a reforma do despacho para que lhe seja garantida a imediata inscrição no Quadro de Advogados da OAB, devendo o seu registro constar com data retroativa para 01/11/2006 (dia em que sua inscrição foi indeferida).

3. A Lei 8.906/94 ao tratar do exercício da advocacia dispõe em seu art. 28 ser incompatível para o referido exercício, entre outros, os ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário, não fazendo restrição aos servidores do Ministério Público.

4. Como se observa na legislação mencionada, o servidor do Ministério Público Federal (administração direta) é impedido de exercer a advocacia não se enquadrando no art. 28 da incompatibilidade, como entendeu o Juiz singular no caso presente.

5. Tratando-se, portanto, de servidor do Ministério Público Federal, ocupante do cargo de técnico administrativo, não vejo, conforme o acima exposto, óbice para que o servidor obtenha a sua inscrição no quadro de advogados da OAB. Contatando-se que sua inscrição se deu bem antes da Lei nº 11.415, de 15 de dezembro de 2006, que trouxe novo regramento das Carreiras dos Servidores do Ministério Público da União.

6. Remessa oficial improvida.

Data da Decisão: 12/02/2008.

Data da Publicação: 28/04/2008.

Ante o exposto, nego provimento às apelações e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 509.008-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelantes: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF E PAULO HENRIQUE CARNEIRO GUIMARÃES E OUTROS
Apelados: OS MESMOS E CONSTRUMOTTA LTDA.
Cur. Esp.: LORENITA APARECIDA GOMES ANTUNES
Advs./Procs.: DRS. FLÁVIO LUIZ AVELAR DOMINGUES FILHO E OUTROS E JOSÉ PAULO RAPOSO DE AGUIAR E OUTROS

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÕES E AGRAVOS RETIDOS. OBRIGAÇÃO DE FAZER E REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO EM IMÓVEL FINANCIADO PELA CEF ATRAVÉS DO SFH. AÇÃO PROPOSTA CONTRA A CONSTRUTORA, A CEF E A CAIXA SEGURADORA S/A. LEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE CIVIL SOLIDÁRIA PELOS DANOS MATERIAIS. PRODUÇÃO DE NOVA PERÍCIA. DESNECESSIDADE. CONDENAÇÃO DAS DEMANDADAS NA RECUPERAÇÃO DOS IMÓVEIS AVARIADOS, NOS TERMOS DO LAUDO PERICIAL. CONDENAÇÃO DA CEF EM ABATER DO VALOR FINANCIADO AS PRESTAÇÕES DEVIDAS, ENQUANTO PERDURAR A DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL. DANOS MORAIS. CARACTERIZAÇÃO. INDENIZAÇÃO. MAJORAÇÃO DO VALOR. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. FIXAÇÃO.

- Não há razão para o deferimento de realização de nova perícia, quando restou constatado pelo expert , em seu laudo técnico e em seus esclarecimentos subsequentes, inexistirem os defeitos estruturais alegados pelos autores, que pudessem por em risco a solidez do prédio de apartamentos em questão. Manutenção das decisões interlocutórias que indeferiram tal pretensão.

- A empresa seguradora é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, ainda que conste da apólice securitária, cláusula excludente da cobertura de prejuízos decorrentes de vícios de construção. É que tal previsão contratual se apresenta abusiva em face das normas que regem as relações de consumo, como é a hipótese discutida nos autos, nos termos do art. 18, § 1º, inciso I, do CDC. Preliminar de legitimidade passiva da empresa seguradora, suscitada pelos autores, que se acolhe.

- Nas ações em que se discute indenização por danos materiais em imóveis financiados pelo Sistema Financeiro de Habitação, o agente financeiro está legitimado a compor a lide, na condição de demandado solidário. Preliminar de ilegitimidade passiva da CEF que se rejeita.

- Não constatada a existência de falhas estruturais nos imóveis em discussão, deve ser mantido o entendimento da julgadora monocrática, consubstanciado não só na determinação de que fossem reparados os defeitos aparentes, mas também na execução de todos os serviços de conserto necessários à recuperação dos imóveis, inclusive os sugeridos pelo perito oficial.

- Além da responsabilidade solidária da CEF em relação à reparação dos vícios de construção dos imóveis em questão, deve ser mantida a sentença no tocante à determinação de que deve haver abatimento do valor financiado, proporcionalmente ao tempo que durar a desocupação (período entre a desocupação e a reocupação após os reparos), levando-se em consideração o fato de que os autores não estão recebendo valores dos aluguéis.

- A CEF, na condição de agente financeiro, responder solidariamente com a construtora não só pelos prejuízos materiais, mas também pelos

danos morais sofridos pelos mutuários dos imóveis por ela financiados.

- Evidenciado o dano moral suportado pelos autores, devem as rés, Construtora e CEF, pagá-lhes uma indenização, cujo valor deva atender às funções compensatória e punitiva dessa espécie de reparação. Majoração do valor da indenização por danos morais para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), levando-se ainda em consideração o fato de que dita reparação será arcada, solidariamente, pela construtora e pela CEF.

- Constatando-se que houve sucumbência das rés na quase integralidade dos pedidos constantes da inicial, impõe-se que sejam elas condenadas a arcarem, pro rata, com o pagamento dos honorários advocatícios em favor dos autores, fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor total da condenação a título de danos morais, observando-se o preceituado no § 3º do art. 20 do CPC.

- Agravos retidos não providos. Apelação dos autores parcialmente provida e apelação da CEF desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento aos agravos retidos, dar parcial provimento à apelação dos autores e negar provimento à apelação da ré, Caixa Econômica Federal, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 19 de julho de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de apelações contra sentença que, acolhendo a ilegitimidade passiva da Caixa Seguros, excluiu-a da lide e julgou procedente, em parte o pedido, para condenar, solidariamente, a Caixa Econômica Federal e Construmotta Ltda., (a) a reparar os vícios de construção existentes no imóvel adquirido pelos autores; (b) a abater do valor do financiamento, os aluguéis pagos pelos autores, proporcionalmente ao tempo que durar a desocupação do imóvel para a realização dos reparos necessários; e (c) a pagar aos autores uma indenização por danos morais, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a ser devidamente corrigido desde a data da sentença, nos termos da Súmula 362 do STJ, pela taxa Selic. Não houve condenação em honorários advocatícios, por ter sido reconhecida a sucumbência recíproca. (Fls. 906/914)

Em sua longa apelação, alega a CEF a sua ilegitimidade passiva, pois, como agente financeiro, não lhe cabe responder pelos eventuais vícios de construção em imóvel por ela financiado, sendo da construtora e da seguradora habitacional a total responsabilidade para reparar o imóvel, bem como indenizar o seu adquirente dos eventuais danos materiais e morais por ele suportados. Aduz que nunca celebrou com os autores e/ou com as outras empresas rés qualquer contrato onde tenha assumido qualquer responsabilidade por eventuais danos físicos ocorridos no imóvel em questão. Reverbera que não existem provas que demonstrem o alegado dano moral reconhecido na sentença. Por fim, pugna pela reforma do *decisum*, nos termos das razões por ela expostas, devendo os autores/apelados serem condenados no pagamento de honorários advocatícios, no percentual de 20% (*sic*). (Fls. 930/962)

Já os autores, em suas razões recursais, preliminarmente, reiteram a apreciação dos agravos retidos interpostos contra as decisões que indeferiram a realização de nova perícia. Ainda em preliminar, requerem a reinclusão da Caixa Seguradora S/A no polo passivo da demanda.

No tocante ao mérito, pugnam pela reforma da sentença, a fim de condenar as rés a repararem não só os vícios aparentes de

construção, mas, sobretudo, os vícios estruturais existentes nos imóveis por eles adquiridos, sem contar com a possibilidade de substituição dos mesmos, acaso seja impossível a sua perfeita recuperação.

Manifestam, igualmente, seu inconformismo quanto ao valor fixado a título de indenização dos danos morais, aduzindo ser ele irrisório para reparar o sofrimento e a angústia por eles suportados.

Por derradeiro, insurgem-se contra a ausência de condenação das rés no pagamento de honorários advocatícios, sob o argumento de que, ainda que mantida a sentença por este tribunal com a exclusão da lide da Caixa Seguradora S/A, no mérito, os pedidos por eles formulados foram atendidos em quase sua totalidade. (966/973)

Contrarrazões apresentadas pelas partes, às fls. 979/994, 1000/1029, 1030/1034 e 1037/1046.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Passo, inicialmente, ao exame da matéria devolvida a este tribunal em sede de agravos retidos, interpostos pelos autores e ratificados em sua apelação, em que os recorrentes se insurgem contra as decisões proferidas às fls. 759 e 877, que indeferiram a realização de nova perícia técnica.

Compulsando os presentes autos, de forma acurada, verifico que os argumentos expendidos pelos agravantes/apelantes não merecem acolhida com vistas a justificar a necessidade de realização de uma nova perícia técnica.

É que, conforme se depreende do laudo técnico-pericial acostado às fls. 695/699, bem como dos vários esclarecimentos prestados em juízo por seu signatário, às fls. 734/737, 794/796 e 856/858, restou constatado que não existem defeitos estruturais que possam por em risco a solidez do prédio de apartamentos em questão, tendo sido constatada, todavia, a presença de rachadu-

ras e infiltrações, as quais, uma vez reparadas, deixarão de ser empecilho para a ocupação daquelas unidades habitacionais.

Por outro lado, como bem salientou a MMª. Juíza *a quo*, a nova perícia requerida pelos autores/agravantes, destinada à análise do solo em que se acha construído o imóvel, faz-se desnecessária, levando-se em consideração os reiterados pronunciamentos do *expert, técnico que tem qualificação necessária para este tipo de constatação*, que não havia qualquer perigo de desmoronamento do referido imóvel.

Destarte, mantendo as decisões agravadas, consubstanciadas no indeferimento do pedido de realização de nova perícia técnica, nego provimento aos agravos retidos neste processo.

Doravante, passo ao exame das preliminares suscitadas pela autora e pela ré, Caixa Econômica Federal.

Sobre a ilegitimidade passiva da Caixa Seguros S/A reconhecida pela julgadora monocrática, entendo que, neste ponto, merece reforma a sentença.

É que, não obstante a existência, na apólice securitária, de cláusula excludente da cobertura de prejuízos decorrentes de vícios de construção, tal previsão, que se apresenta abusiva face às normas que regem as relações de consumo, não tem o condão de eximir a empresa seguradora da responsabilidade de responder solidariamente pelos vícios apresentados nos imóveis adquiridos pelos autores, tendo em vista o disposto no art.¹, que se aplica à hipótese destes autos.

¹ Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

Neste sentido, aliás, invoco precedente desta eg. 4ª Turma, lavrado na AC 474.665/PE, do qual foi relator o eminente Des. Federal Edílson Nobre, julgado em 24.8.2010. *In verbis*:

CIVIL. SFH. VÍCIOS CONSTRUTIVOS. AGENTE FINANCEIRO. LEGITIMIDADE PASSIVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICAÇÃO.

1. Não merece acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela Caixa, porque, nas ações em que se discute indenização por danos materiais em imóvel financiado pelo sistema financeiro de habitação, o agente financeiro está legitimado passivamente para a causa.

2. A sentença que afastou a cláusula abusiva que excluiu da cobertura securitária os vícios de construção e determinou que por eles respondessem a Caixa Econômica Federal e a Caixa Seguradora S/A. encontra estofa no disposto nos arts. 18, parágrafo 1º, inciso I, e 51, parágrafo 1º, ambos do CDC.

3. Remansosa é a jurisprudência pátria no sentido de ser aplicável ao contrato em questão, regido pelo sistema financeiro da habitação, as disposições do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes: AGREsp 1073311, REsp 643273.

4. A sentença guerreada não violou o art. 186 do Código Civil, porquanto ao intervir na relação de consumo, com alienação do imóvel contendo vício de qualidade, a CEF levou a cabo dano ao apelante.

5. Apelação a que se nega provimento. (Grifos atuais)

Destarte, acolho a preliminar suscitada pelos autores/apelantes, a fim de reincluir a Caixa Seguradora S/A no polo passivo da demanda, a fim de que a mesma responda pelos vícios de construção existentes no imóvel em discussão.

Não merece acolhida, contudo, a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela CEF, pois, nas ações em que se discute indenização por danos materiais em imóveis financiados pelo Sistema Financeiro de Habitação, o agente financeiro está legitimado a compor a lide, na condição de demandado solidário. A propósito, confira-se o item 1 do precedente anteriormente mencionado neste voto.

Rejeito, portanto, tal preliminar.

Passo, agora, a apreciar as questões de mérito devolvidas a este tribunal, através das apelações dos autores e da CEF.

Em suas razões recursais, os autores pugnam pela reforma da sentença, a fim de condenar as rés a repararem não só os vícios aparentes de construção, mas, sobretudo, os vícios estruturais existentes nos imóveis por eles adquiridos, sem contar com a possibilidade de substituição dos mesmos, acaso seja impossível a sua perfeita recuperação.

Examinando o *decisum* hostilizado, observo, todavia, que tal inconformismo dos autores não merece ser acolhido. Primeiramente, porque, diferentemente do alegado, não restou comprovada a existência de falhas estruturais no imóvel em questão de modo a comprometer a sua solidez, conforme foi, por várias vezes, asseverado pelo perito do juízo, cujo laudo serviu de esteio ao deslinde da demanda. Assim, não haveria porque determinar o reparo de vícios estruturais inexistentes. Por outro lado, a sentença vergastada não só determinou o reparo dos defeitos aparentes, mas também condenou a Construtora e a CEF a executarem todos os serviços de conserto necessários à recuperação do imóvel, inclusive os sugeridos pelo perito, à fl. 699. Neste aspecto, portanto, não há o que modificar na decisão sob exame.

Sobre a obrigação da CEF de arcar com os prejuízos materiais, outra não poderia ter sido a decisão *a quo*, na medida em que, sendo o edifício construído com recursos do SFH, caberia à ré, na qualidade de administradora dos referidos recursos, fiscalizar a construção do mencionado imóvel, visando a correta aplicação dos valores financiados.

Destarte, a CEF é responsável, juntamente com a construtora-ré, pela reparação dos danos materiais constatados no imóvel em questão.

Neste sentido, trago à colação precedente deste tribunal, cuja ementa é a seguinte:

SFH. SEGURO OBRIGATÓRIO. VÍCIOS NA CONSTRUÇÃO. CEF. AGENTE FIDUCIÁRIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SEGURADORA. CLÁUSULA EXONERATIVA. NULIDADE. APELO IMPROVIDO.

1. O agente financeiro e a seguradora com a construtora são solidariamente responsáveis pela solidez e segurança da obra.
2. Precedentes: AC 200783000063636, Desembargadora Federal Germana Moraes, TRF5 - Quarta Turma, 15/04/2010.
3. “A cláusula que exonera a seguradora da responsabilidade por danos físicos no imóvel, decorrentes de defeitos intrínsecos, ou seja, causador ‘por seus próprios componentes, sem que sobre eles atue qualquer força anormal’, reputa-se como abusiva porque ‘restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual’”. (AC 200371020040744, Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, TRF4 - Terceira Turma, 30/08/2006)
4. Apelações improvidas. (AC 514204/RN, 2ª Turma, Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias, julg. em 15/02/2011)

Não merece, igualmente, *reproche* o entendimento da MM. Juíza *a quo*, de que *deve haver abatimento do valor financiado, proporcionalmente ao tempo que durar a desocupação (período entre a desocupação e a reocupação após os reparos)*, levando-se em consideração o fato de que os autores não estão recebendo valores dos aluguéis.

No tocante à condenação da CEF, juntamente com a CONSTRUMOTA, no pagamento de indenização por danos morais, não vejo, igualmente, o que reformar no *decisum*. *A uma*, porque é inquestionável a existência do dano moral suportado pelos autores, consubstanciado no sofrimento e na angústia de terem que desocupar as suas unidades habitacionais, sob a ameaça de desmoroamento, em decorrência dos defeitos de construção apresentados no edifício financiado pela ré/apelante. *A duas*, porque a CEF, na qualidade de agente financeiro do referido imóvel, como já é dito anteriormente e pacificado na jurisprudência, responde solidariamente com a referida construtora não só pelos prejuízos materiais, mas também pelos danos morais sofridos pelos mutuários dos imóveis por ela financiados.

Aliás, reforço este entendimento em precedente da eg. 1ª Turma deste Tribunal, que, em caso semelhante ao que ora se cuida, acordou nos seguintes termos:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SFH. LEGITIMIDADE DA CEF. SUCESSORA DO BNH. VÍCIO DE CONSTRUÇÃO. SOLIDARIEDADE ENTRE O AGENTE FINANCEIRO E A SEGURADORA. EFEITO SUSPENSIVO. NÃO CABIMENTO. SENTENÇA EXTRA PETITA. NÃO CONFIGURAÇÃO. IMÓVEL AMEAÇADO DE DESMORONAMENTO. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO CONSTATADOS. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO.

1. (*omissis*)

2. (*omissis*)

3. (*omissis*)

4. (*omissis*)

5. (*omissis*)

6. (*omissis*)

7. (*omissis*)

8. Demonstrada, portanto, a conduta ilícita da CONSTRUMOTA, que construiu o edifício em que se encontra o imóvel objeto dos autos sem observar as devidas normas técnicas, e o nexo de causalidade entre esse fato e o prejuízo suportado pelos autores, que necessitaram abandonar o imóvel em decorrência do risco de desmoronamento, e, considerando-se ainda a responsabilidade solidária da CEF, como entidade gestora do SFH, deve ser mantida a condenação prevista na sentença recorrida de pagamento pelas rés de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de indenização por danos morais, visto que o referido valor é suficiente para cumprir as funções compensatória e punitiva dessa espécie indenizatória.

9. Preliminares arguidas pela CEF rejeitadas e apelações da CED e da CONSTRUMOTA não providas.

(AC 458532/PE, Rel. Des. Federal Emiliano Zapata Leitão (substituto), julg. em 19.08.2010.)

Entendo, contudo, que o valor da indenização por danos morais, fixado pela julgadora *a quo* em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), apresenta-se insuficiente para cumprir as funções compensatória e punitiva dessa espécie de indenização, levando-se ainda em consideração o fato de que dita reparação será arcada, solidariamente, pela construtora e pela CEF.

Destarte, acolhendo, neste ponto, as alegações expostas pelos autores/apelantes, majoro a referida verba indenizatória para

R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser paga, equitativamente, a cada um dos autores/apelantes, pela CEF e pela Construtora.

Por derradeiro, verifico que merece acolhida a irresignação dos autores, quando, em sua apelação, aduzem que as rés devem ser condenadas no pagamento dos honorários advocatícios, tendo em vista que eles, autores, sucumbiram em parte mínima do pedido.

Com efeito, examinando os pedidos constantes da inicial (fl.14), constato que apenas aquele contido na letra “e” não foi deferido, qual seja: a substituição dos imóveis por outros da mesma espécie. No mais, toda a demanda foi julgada procedente.

Assim ocorrendo, constatando que houve sucumbência das rés na quase integralidade dos pedidos constantes da inicial, condeno-as a arcarem, *pro rata*, com o pagamento dos honorários advocatícios em favor dos autores, fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor total da condenação a título de danos morais, nos termos do § 3º do art. 20 do CPC.

Com estas considerações, nego provimento aos agravos retidos, dou parcial provimento à apelação dos autores e nego provimento à apelação da CEF.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 517.892-PE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelantes: RAPIDÃO COMETA LOGÍSTICA E TRANSPORTE S/A E OUTROS
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Proc.: DRS. MOACIR ALFREDO GUIMARÃES NETO E OUTROS (APTES.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. REGIME DA NÃO-CUMULATIVIDADE. GASTOS RELATIVOS A VALE-TRANSPORTE, VALE-REFEIÇÃO OU ALIMENTAÇÃO, ASSISTÊNCIA MÉDICA. IM-

POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO. GASTOS RELATIVOS A FARDAMENTO OU UNIFORME, AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES UTILIZADOS NO TRANSPORTE DE EMPREGADOS, DESPESAS DE VIAGENS E HOSPEDAGENS, ALÉM DE TREINAMENTO AOS EMPREGADOS EM RAZÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. CREDITAMENTO. DEDUÇÃO. POSSIBILIDADE.

- A legislação tributária institui o regime da não-cumulatividade nas aludidas contribuições da seguridade social (PIS e COFINS), devidas pelas empresas optantes pela tributação pelo lucro real, autorizando a dedução, entre outros, dos créditos referentes a bens ou serviços utilizados como insumo na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda.

- O direito ao crédito decorre da utilização de insumo que esteja vinculado ao desempenho da atividade empresarial, considerando-se como insumo, para fins da apuração dos descontos na sistemática da não-cumulatividade das contribuições ao PIS e COFINS, os dispêndios ou despesas com a própria atividade empresarial, realizados para que esta possa se desenvolver e auferir as receitas da exploração de sua atividade.

- Por se tratar de insumos, cabível a utilização dos gastos relativos a fardamento ou uniforme, aquisição de combustíveis e lubrificantes utilizados no transporte de empregados, despesas de viagens e hospedagens, além de treinamento aos empregados em razão da prestação de serviço, como crédito dedutível na apuração da base de cálculo das contribuições à COFINS e ao PIS, nos termos das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003.

- Por se tratar de salários pagos na forma de utilidade, portanto abrangidos pela redação do art. 3º, § 2º, I, da Lei nº 10.833/2003, afasta-se a possibilidade de compensação de verbas que se des-

tinarem a pagamento de vale-transporte, vale-refeição ou alimentação e assistência médica.

- Atualização monetária, pelos índices oficiais, dos créditos do PIS e COFINS, ora reconhecida à impetrante, em razão da oposição de resistência do Fisco ao aproveitamento, pela impetrante, dos seus créditos.

- Apelação parcialmente provida para assegurar-lhe o direito ao aproveitamento dos créditos de PIS e COFINS, atualizados monetariamente, pelos índices oficiais, relativos aos insumos sobre fardamento ou uniforme fornecidos aos empregados, aquisição de combustíveis e lubrificantes utilizados no transporte de empregados, despesas com viagens e hospedagens dos empregados, além de treinamento efetivado aos seus funcionários, decorrentes da prestação de serviço na área de logística.

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, por maioria, em dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 8 de julho de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI -
Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL NILCÉA MARIA BARBOSA MAGGI (Convocada):

1. Cuida-se de apelação interposta por Rapidão Cometa Logística e Transportes S/A contra sentença do MM. Juiz Federal da 1ª Vara em Pernambuco que, em ação de segurança, denegou o pedido consistente no aproveitamento de créditos, para fins de

apuração das contribuições ao PIS e COFINS no regime da não-cumulatividade, relativos a insumos aplicados na prestação de serviços.

1.1 Em suas razões recursais, a recorrente defende a reforma da sentença *a quo*, para assegurar-lhe o direito à utilização dos créditos, na apuração das contribuições para o PIS e COFINS, relativos aos insumos aplicados na prestação de serviços que constitui sua atividade-fim, tais como vale-transporte, vale-refeição ou alimentação, fardamento ou uniformes fornecidos aos empregados, assistência médica, aquisição de combustíveis e lubrificantes utilizados no transporte de empregados, despesas com viagens e hospedagens e treinamento.

Argumenta que as leis instituidoras do regime não cumulativo das contribuições ao PIS e COFINS autorizam, não obstante o entendimento em contrário do Fisco, a utilização dos créditos decorrentes do uso de insumos empregados na atividade de prestação de serviço, devendo-se reconhecer como insumo, para fins de apuração desses créditos, todos os bens e serviços necessários à prestação de serviços, por estarem vinculados ao desempenho de sua atividade empresarial. Sustentou, ainda, que as restrições impostas pelo Fisco, através de ato infralegal, ao aproveitamento dos aludidos créditos violam o princípio da igualdade, legalidade e segurança jurídica.

1.2 A União, em resposta ao recurso, defende a legitimidade das restrições ao aproveitamento dos créditos pretendidos pela recorrente, ao argumento de que somente se enquadram como insumos aqueles bens e serviços diretamente aplicados ou consumidos na prestação de serviços, acrescentando que a legislação veda expressamente a apuração de créditos sobre os gastos efetuados com pessoal, bem como não haveria autorização legal para o creditamento pretendido pela recorrente em relação aos bens e serviços não sujeitos à incidência das contribuições para o PIS e COFINS ou submetidos à incidência monofásica dessas contribuições.

É o relatório.

Peço a inclusão do feito em pauta para julgamento.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL NILCÉA MARIA BARBOSA MAGGI (Relatora Convocada)

1. A questão pontual da matéria em discussão diz respeito à definição do que configura “insumo” para fins de desconto de crédito relativo à apuração da base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS no regime da não-cumulatividade.

Para situar a questão: o recorrente defende configurar-se insumo todas as despesas incorridas pela empresa para auferir receitas decorrentes de sua atividade empresarial. Por sua vez, a Fazenda Nacional, dando uma interpretação mais restritiva, defende caracterizar-se como insumo apenas os gastos com a aquisição de bens e serviços diretamente aplicados ou consumidos na prestação de serviço.

1.1. A sistemática da não-cumulatividade das contribuições para o PIS e COFINS surgiu, inicialmente, por força de leis ordinárias (Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003), elevada a *status* constitucional com a EC nº 42/2003, ao acrescer o § 12 ao art. 195 da Constituição, que assim dispõe:

§ 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do *caput*, serão não cumulativas. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

A Lei nº 10.637/2002, decorrente da conversão da MP 66/02, criou o regime da não-cumulatividade da contribuição ao PIS, o qual alcança, basicamente, as empresas tributadas, pelo imposto de renda, com base no lucro real. De modo que permanecem sujeitas ao regime de incidência cumulativa da exação as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro presumido ou arbitrado, as optantes pelo SIMPLES e as imunes a impostos (art. 8º).

A base de cálculo é prevista nos §§ 2º e 3º do art. 1º do aludido diploma legal, que a define como o valor do faturamento, entendido este como o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, excluídas apenas as receitas elencadas no § 3º.

O regime da não cumulatividade da contribuição COFINS adveio com a MP nº 135/2003, convertida na Lei nº 10.833/2003, o qual, tal como a sistemática da não-cumulatividade da contribuição ao PIS, aplica-se, em síntese, para as empresas que apuram o imposto de renda com base no lucro real.

A sistemática da não-cumulatividade dessas contribuições se perfaz através de um sistema de creditamento, pela aplicação da alíquota prevista para o tributo sobre o valor de bens adquiridos para revenda, **bens e serviços utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda**, energia elétrica consumida no estabelecimento, aluguéis de prédios, máquina e equipamentos, despesas financeiras, máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado, edificações e benfeitorias nos imóveis utilizados nas atividades da empresa, bens recebidos em devolução, armazenagem de mercadoria e frete na operação de venda, consoante dispõe o art. 3º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003:

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a: (Vide Medida Provisória nº 497, de 2010)

I - bens adquiridos para revenda, exceto em relação às mercadorias e aos produtos referidos: (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)

a) nos incisos III e IV do § 3º do art. 1º desta Lei; e (Incluído pela Lei nº 10.865, de 2004) (Vide Medida Provisória nº 413, de 2008) (Vide Lei nº 11.727, de 2008)

b) nos §§ 1º e 1º-A do art. 2º desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 11.787, de 2008)

II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei nº 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da Tipi; (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)

III - energia elétrica e energia térmica, inclusive sob a forma de vapor, consumidas nos estabelecimentos da pessoa jurídica; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

IV - aluguéis de prédios, máquinas e equipamentos, pagos a pessoa jurídica, utilizados nas atividades da empresa;
V - valor das contraprestações de operações de arrendamento mercantil de pessoa jurídica, exceto de optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES; (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)

VI - máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado, adquiridos ou fabricados para locação a terceiros, ou para utilização na produção de bens destinados à venda ou na prestação de serviços; (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

VII - edificações e benfeitorias em imóveis próprios ou de terceiros, utilizados nas atividades da empresa;

VIII - bens recebidos em devolução cuja receita de venda tenha integrado faturamento do mês ou de mês anterior, e tributada conforme o disposto nesta Lei;

IX - armazenagem de mercadoria e frete na operação de venda, nos casos dos incisos I e II, quando o ônus for suportado pelo vendedor.

X - vale-transporte, vale-refeição ou vale-alimentação, fardamento ou uniforme fornecidos aos empregados por pessoa jurídica que explore as atividades de prestação de serviços de limpeza, conservação e manutenção. (Incluído pela Lei nº 11.898, de 2009)

1.2. Destaca-se, primeiramente, o inciso II do art. 3º, o qual se refere genericamente **a bens e serviços utilizados como insumos**, permite o cálculo de crédito sobre tais elementos, de modo que se deve verificar quais bens e serviços podem ser inseridos na definição de insumos, o que constitui o cerne da questão em deslinde.

A finalidade do regime da não cumulatividade é desonerar a cadeia produtiva, de modo a evitar que acréscimos indesejáveis do tributo onerem artificialmente o preço final do produto ou serviço¹, ensejando a neutralidade do tributo sobre a circulação de ri-

¹ Cf. MELO, José Eduardo Soares; LIPPO, Luiz Francisco. A não cumulatividade tributária (ICMS, IPI, ISS, PIS e COFINS). 3ª ed. São Paulo, Dialética, 2008, p. 146.

quezas. Daí afirmar Paulo de Barros Carvalho² que a não-cumulatividade é um princípio concretizador de valores como a justiça da tributação, capacidade contributiva e uniformidade na distribuição da carga tributária sobre as etapas de circulação e de industrialização de produtos.

O desconto do crédito relativo a bens e serviços utilizados como insumos na prestação de serviço decorrente do regime da não-cumulatividade não tem a natureza jurídica de benefício fiscal, mas, sim, de técnica ou método para apuração do *quantum* da prestação que pode ser exigida pelo sujeito ativo ao contribuinte, o qual compõe a própria estrutura da regra de incidência tributária, em seu aspecto ou critério quantitativo.

Assim, não há como acolher a argumentação que pretende restringir o creditamento, na apuração das contribuições ao PIS e COFINS pelo regime da não cumulatividade, apenas às aquisições de bens e serviços (entradas) que se incorporam fisicamente ao produto final (produto ou prestação de serviço), já que a legislação autoriza o creditamento nas aquisições de bens do ativo, despesas com aluguéis de prédios, máquinas e equipamentos e gastos incorridos com energia elétrica (art. 3º, incisos III, IV, V, VI, VII e IX, Leis 10.637/2002 e 10.883/2003), os quais, a toda evidência, não se integram fisicamente ao produto final.

O equívoco dessa argumentação é pretender aplicar ao creditamento do regime da não cumulatividade das contribuições ao PIS e COFINS os mesmos critérios do regime da não cumulatividade do IPI e ICMS, sem observar as distintas bases econômicas objeto de tributação desses tributos (PIS/COFINS é receita; ICMS/IPI é circulação mercadorias e produto industrializado).

Nesse sentido, são as lições de Marco Aurélio Greco³:

² Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 178.

³ Cf. GRECO, Marco Aurélio. Não Cumulatividade no PIS e na COFINS *in* PAULSEN, Leandro (coord.). Não Cumulatividade das contribuições PIS/PASEP e COFINS. Porto Alegre: IET e IOB/THOMPSON.

(...) como não há – subjacente à noção de receita – um ciclo a ser considerado (posto ser fenômeno ligado a uma única pessoa), os critérios para definir a dedutibilidade de valores dever ser construídos em função da realidade “receita” como figura atrelada subjetivamente ao contribuinte, isoladamente considerado. (...) enquanto o processo formativo de um produto aponta no sentido de eventos de caráter físico a ele relativos, o processo formativo de uma receita aponta na direção de todos os elementos (físicos ou funcionais) relevantes para sua obtenção. Vale dizer, o universo de elementos captáveis pela não cumulatividade de PIS/COFINS é mais amplo do que aquele, por exemplo, do IPI.

A análise dos elementos no tocante aos quais poderão ser calculados créditos, conforme o disposto no art. 3º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, revela tratar-se ou de bens do ativo (inciso VI) ou de insumos necessários à produção do produto final (inciso II) ou de serviço (inciso IX), ou, ainda, de custos e despesas incorridos com a atividade empresarial (incisos IV e V).

Entendo equivocado aplicar-se a legislação do Imposto de Renda para determinar quais insumos são dedutíveis na apuração das contribuições ao PIS e COFINS no regime da não cumulatividade, porquanto o aludido imposto tem hipótese de incidência (renda/lucro) distinta da contribuição em comento (receita total), já que nem todos os custos que repercutem na formação do lucro interferem na formação da receita⁴. No mesmo equívoco incorre-se ao equipararem-se os conceitos de insumos do IPI/ICMS com aqueles atinentes às contribuintes ao PIS e COFINS, pois as hipóteses de incidência desses tributos são distintas, além da larga compreensão de insumo que se deduz dos vários incisos do art. 3º das leis em comento, consoante demonstrado acima.

Segundo Marco Aurélio Greco, como a receita decorre de uma prestação de serviços ou produção de bens, só pode ser insumo o que for inerente aos respectivos fatores de produção, àquilo que ele denomina “processo formativo da receita”. Com efeito:

⁴ GRECO, Marco Aurélio, ob. cit.

relevante é determinar quais dispêndios ligados à prestação de serviços e à fabricação/produção que digam respeito aos respectivos fatores de produção (= deles sejam insumos). Se entre o dispêndio e os fatores capital e trabalho houver uma relação de inerência, haverá – em princípio – direito à dedução.

Dispêndios inerentes ao processo formativo da receita, tal como formulado por Marco Aurélio Greco, pode ser equiparado à conceituação que Aires Fernandino Barreto, ao analisar o ISS, confere às despesas. Insumos, portanto, para fins da apuração dos descontos na sistemática da não cumulatividade das contribuições ao PIS e COFINS, **são os dispêndios ou despesas com a própria atividade empresarial, realizados para que esta possa se desenvolver e propiciar as receitas à vista dos quais se explora aquela atividade**⁵.

Forte nessas premissas, resta evidente que os gastos com vale-refeição ou alimentação, fardamento ou uniforme, assistência médica (seguro saúde, plano de saúde), aquisição de combustíveis e lubrificantes utilizados como transporte de empregados, despesas de viagens e hospedagens de empregados e treinamento oferecido aos empregados devem ser tidos como insumos, para fins de apuração do crédito na sistemática da não-cumulatividade das contribuições ao PIS e COFINS, haja vista que todos eles são despesas ou dispêndios com a atividade empresarial da impetrante, gastos que são realizados para que possa desempenhar suas atividades e ensejar as receitas.

Tal conclusão, inclusive, é corroborada pela regra contida no inciso X do art. 3º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, que autorizam o creditamento das despesas com vale transporte, vale-refeição ou alimentação, fardamento ou uniforme, apesar de o restringirem às empresas prestadoras de serviços de **limpeza, conser-**

⁵ BARRETO, Aires Fernandino. A nova Cofins. Primeiros Apontamentos. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 103, p. 8.

vação e manutenção, o que constitui inequívoca demonstração de que o conceito de insumo alcança também esses gastos pretendidos pela impetrante.

Ressalte-se, ademais, que a vedação contida no § 2º do art. 3º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, o qual prevê que não gera direito a crédito o valor da mão-de-obra paga a pessoa física⁶, não tem o condão de afastar a pretensão do impetrante, por duas razões: a) por não se tratar de renúncia de receita ou benefício fiscal, mas sim de aplicação do princípio constitucional da não cumulatividade de tributos, norma decorrente do princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º; art. 153, § 3º, II; art. 195, § 12; todos da Constituição Federal), não admite interpretação literal e restritiva dos dispositivos infraconstitucionais que preveem o direito ao creditamento na apuração da base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS (art. 3º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003; b) o parágrafo, por configurar exceção ao disposto no artigo (a regra geral), deve ser interpretado restritivamente, não se podendo ampliar sua exegese para além das situações estritas ali previstas.

Assim, não se pode ampliar a interpretação do que seja “valor da mão-de-obra paga a pessoa física”, regra contida no § 2º do art. 3º das leis em comento, para além daquilo que seja salário, a contraprestação efetiva do empregador ao seu empregado pelo serviço prestado. Ora, os gastos com vale-refeição ou alimentação, fardamento ou uniforme, assistência médica (seguro saúde, plano de saúde), aquisição de combustíveis e lubrificantes utilizados como transporte de empregados, despesas de viagens e hospedagens de empregados e treinamento oferecido, pela impetrante, aos seus empregados não têm natureza salarial, os quais, no mais das vezes, ou têm feição indenizatória ou configuram desembolso do empregador sem a correspondente prestação de serviço pelo

⁶ § 2º Não dará direito a crédito o valor: (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)

I - de mão-de-obra paga a pessoa física; e (Incluído pela Lei nº 10.865, de 2004)

empregado, o que, inclusive, encontra supedâneo na legislação trabalhista (§ 2º do art. 458 da CLT⁷).

2. Cabível a atualização monetária, pelos índices oficiais, dos créditos do PIS e COFINS ora reconhecidos à impetrante, em razão da oposição de resistência do Fisco ao aproveitamento, pela impetrante, dos seus créditos. Com efeito:

TRIBUTÁRIO. IPI. CRÉDITO PRESUMIDO. LEI Nº 9.363/96. BASE DE CÁLCULO TRIBUTÁRIO. BENEFICIAMENTO DE MATÉRIA-PRIMA EMPREGADA EM PRODUTO PARA EXPORTAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA. ILEGÍTIMA RESISTÊNCIA DO FISCO AO RECEBIMENTO DO CRÉDITO. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. CABIMENTO.

1. A questão alusiva ao crédito presumido de IPI, instituído pela Lei nº 9.363/96, teve por objetivo desonerar as exportações do valor do PIS/PASEP e da COFINS, incidentes ao longo de toda a cadeia produtiva.

2. A empresa exportadora faz jus ao crédito oriundo dos seus fornecedores diretos, independentemente de recolherem essas contribuições sociais ou terem encomenda-

⁷ § 2º Para os efeitos previstos neste artigo, não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador: (Redação dada pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

I - vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação do serviço; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

II - educação, em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos a matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

III - transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

IV - assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

V - seguros de vida e de acidentes pessoais; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

VI - previdência privada; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

do a outra empresa o beneficiamento de insumos. Precedentes: REsp 752.888/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, *DJe* 25.9.2009; REsp 921.397/CE, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, *DJ* 13.9.2007; REsp 436.625/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, *DJ* 25.8.2006.

3. Na hipótese dos autos, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, faz-se apropriada a correção monetária, em função da constatação dos óbices procrastinatórios criados pelo Fisco, consoante dispõe o acórdão regional. Tema submetido ao regime do artigo 543-C do CPC, e da Resolução STJ 08/2008 no REsp 1035847/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, *DJe* 3.8.2009.

Agravo regimental improvido. (AGREsp - Agravo Regimental no Recurso Especial - 1082770 - Rel. Min. Humberto Martins - STJ - Segunda Turma - *DJE* - Data: 13/11/2009)

TRIBUTÁRIO. CRÉDITO PRESUMIDO DE IPI. CONTRIBUIÇÕES DE PIS/PASEP E COFINS. LEI 9.636/96. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS GERADOS COM AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. IMPOSSIBILIDADE. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS GERADOS COM AQUISIÇÕES DE INSUMOS E PRODUTOS INTERMEDIÁRIOS DOS PRODUTORES RURAIS PESSOA FÍSICA. LEGALIDADE. OPOSIÇÃO DO FISCO. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO COM TRIBUTOS ADMINISTRADOS DA SRF E CESSÃO A TERCEIROS.

[...] **4. No que tange ao direito à correção monetária dos créditos em questão, a jurisprudência do STJ já se encontra consolidada, inclusive em sede de recurso repetitivo (REsp 1035847/RS), no sentido de que, embora, em princípio, a correção monetária não incida sobre os créditos escriturais, a resistência da autoridade fiscal à utilização dos mesmos pelo contribuinte na época própria demanda a atualização monetária.**

5. Remessa oficial e à apelação da FAZENDA NACIONAL desprovidas. Apelação do particular provida em parte. (AC 200180000014410 - AC - Apelação Cível - 413220 - Rel. Desembargador Federal Leonardo Resende Martins - TRF5 - Terceira Turma - *DJE* - Data: 05/08/2010 - Página: 562)

3. Posto isso, dou provimento à apelação da impetrante, para assegurar-lhe o direito ao aproveitamento dos créditos de PIS e COFINS, atualizados monetariamente, pelos índices oficiais, relativos aos insumos sobre vale-transporte, vale refeição ou alimentação, fardamento ou uniforme fornecidos aos empregados, assistência médica, aquisição de combustíveis e lubrificantes utilizados no transporte de empregados, despesas com viagens e hospedagens dos empregados, além de treinamento efetivado aos seus funcionários, decorrentes da prestação de serviço na área de logística.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 521.052-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: LAIZA NADINNY LUCENA COSTA (INCAPAZ)
Reptes.: PROCURADORIA DO INSS E LIRIAS LUCENA CAVALCANTI (INCAPAZ)
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ BECKENBANER GOUVEIA DA SILVA E OUTROS (APDA.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CARGO EM COMISSÃO. PROVA MATERIAL E TESTEMUNHAL. FILIAÇÃO OBRIGATÓRIA AO RGPS. BENEFÍCIO DEVIDO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

- Servidor em exercício de cargo em comissão sem vínculo efetivo com a administração, é segurado obrigatório da Previdência Social, nos termos do art. 11, I, g, da Lei 8.212/91, com a redação que lhe foi dada pela Lei 8.647/93. Assim, a partir da vigência da mencionada lei, os ocupantes de cargo em comissão que não estavam filiados ao regime próprio de previdência social eram automaticamente filiados ao RGPS.

- As normas sobre regime previdenciário estabelecidas na Seção II do Capítulo VII do Título III da Constituição Federal, em especial no artigo 40, dizem respeito apenas aos servidores ocupantes de cargos públicos de provimento efetivo. Não abrangem assim, obviamente, os servidores temporários ou os ocupantes de cargos comissionados.

- Com relação à concessão da pensão por morte, a teor do disposto no artigo 74 da Lei nº 8.213/91, o referido benefício previdenciário é devido ao conjunto dos dependentes do segurado que vier a falecer.

- Para a concessão do benefício, é necessária a prova do óbito e da qualidade de segurado, em relação ao instituidor da pensão, e, ainda, a qualidade de dependente dele, em relação a quem a reclama.

- O falecido foi ocupante de cargo em comissão junto ao Município de Soledade, na Paraíba, admitido desde 1993 até a data de seu falecimento em 03/11/1996, e mesmo não constando o seu nome nas guias de recolhimento da Previdência Social, era automaticamente filiado ao RGPS, na condição de segurado obrigatório.

- O ex-funcionário mantinha a qualidade de segurado na data do óbito, ocorrido em 03/11/1996, de forma que seus dependentes fazem jus à concessão do benefício de pensão por morte.

- O fato de a pessoa política a que o servidor encontrava-se vinculado não ter eventualmente recolhido contribuições para o INSS não pode prejudicar os dependentes, haja vista que o recolhimento das contribuições previdenciárias é obrigação do empregador, e ademais, o que interessa é a existência de filiação.

- A prescrição não corre contra os absolutamente incapazes, consoante disposto no art. 198, I, do Código Civil.

- *Em se tratando de débitos relativos a benefícios previdenciários, dado o caráter alimentar da dívida, são incidentes juros moratórios no percentual de 1% ao mês, a partir da citação válida (Súm. 204 do STJ), contudo, é de se manter o valor de 0,5% (meio por cento) ao mês, para não ferir o princípio da reformatio in pejus.*
- *Na fixação dos honorários advocatícios, o entendimento jurisprudencial de nossos Tribunais e desta egrégia Corte é no sentido de que para as ações previdenciárias devem ser fixados no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, incidentes sobre as parcelas vencidas (Súmula 111/STJ).*
- *Estando presentes os requisitos, deve ser mantida a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.*
- *Apelação não provida.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 5 de julho de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS

Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de ação ordinária ajuizada contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com pedido de antecipação de tutela, objetivando a concessão de pensão por morte em decorrência do óbito de Adenilson Onofre Costa, ocorrido em 03-11-1996.

Decisão indeferindo o pedido de antecipação de tutela (fls. 50-52).

Após a contestação do INSS, na qual afirmou o requerido que os ora requerentes não comprovaram a qualidade de segurado do falecido até a data do seu óbito, não faz jus, por conseguinte, ao pretendido benefício de pensão por morte, pugnando pela improcedência do pedido (fls. 67/76).

Impugnação à contestação (fls. 79/80).

Requerimento do Ministério Público, no sentido de ser requisitado ao INSS cópia do procedimento administrativo (fl. 92), reiterado pela parte autora (fl. 109).

Oitiva das testemunhas (fls.112/114).

Alegações finais da parte autora (fl. 116) e do INSS (fl. 120).

Parecer ministerial pela procedência do pedido (fls. 140/143).

O MM. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, concedendo ao autor o benefício de pensão por morte, com efeitos a partir da citação, deferindo a tutela de urgência, determinando à autarquia previdenciária o implante do benefício pensão por morte, sob pena de multa mensal no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), bem como a pagar as parcelas vencidas corrigidas monetariamente de acordo com os índices recomendados pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, e acrescidas de juros de mora de 0,5% ao mês, a contar da citação (Súm. 204 do STJ). Por fim, condenou a autarquia ao pagamento de honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação, nos termos da Súmula 111 do STJ, e demais despesas processuais que sejam demonstradas, exceto as custas, na conformidade do determinado na Lei nº 9.289/96.

Recurso de apelação da autarquia previdenciária às fls. 155/164, alegando que a parte autora não demonstrou a qualidade de segurado do ex-funcionário ao tempo do óbito.

Disse ainda que a parca documentação apresentada não se presta a constituir prova material do vínculo trabalhista e que a declaração da Câmara Municipal apresentada informa a inexistência de comprovante de contribuição previdenciária retida no venci-

mento do falecido, assim como, informa não haver nos seus registros nenhum ato ou portaria nomeando o falecido servidor.

Aduz que o referido cheque de pagamento tem data posterior ao do óbito, não servindo como prova contemporânea e que a documentação às fls. 129/130, se refere ao ano de 1990 e não assegura a continuidade da relação de trabalho e nem é contemporânea ao tempo do passamento. Disse ainda que no documento de fl. 131 não consta o nome do beneficiário, não podendo ser verificado se a documentação se refere ao *de cuius*. Sem recursos voluntários, vieram os autos exclusivamente em reexame necessário.

Parecer do Ministério Público Regional às fls. 178/186, opinou pelo provimento da apelação e, em caso de ser mantida a sentença, requer a redução dos honorários advocatícios para 5% (cinco por cento).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Ação ordinária ajuizada contra o INSS, com pedido de antecipação de tutela, objetivando a concessão de pensão por morte em decorrência do óbito de Adenilson Onofre Costa, ocorrido em 03/11/1996.

Quanto à prescrição, essa não corre contra os absolutamente incapazes, consoante disposto no art. 198, I, do Código Civil. Sendo assim, como a autora, filha do falecido, nasceu em julho de 1996 (v. certidão fl. 11), não opera contra ela o instituto da prescrição.

Com relação à concessão da Pensão por Morte, a teor do disposto no artigo 74 da Lei nº 8.213/91, o referido benefício previdenciário é devido ao conjunto dos dependentes do segurado que vier a falecer. Portanto, para a concessão do benefício, é necessária a prova do óbito e da qualidade de segurado, em relação ao instituidor da pensão, e, ainda, a qualidade de dependente dele, em relação a quem a reclama.

O óbito de Adenilson Onofre Costa, ocorreu na data de 03/11/1996, consoante comprovado pela certidão à fl. 10.

A postulante juntou aos autos certidão da Câmara Municipal de Soledade-PB (fl. 12), onde consta que o falecido Adenilson, foi admitido em junho de 1990, ocupando o cargo de Chefe de Gabinete, percebendo vencimentos mensais de R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais); na folha 13, certidão da Tesouraria da Câmara Municipal, onde consta que o extinto era funcionário do município e que se encontrava com salários atrasados correspondentes aos meses de julho a outubro de 1996 e o 13º do exercício de 1996 de janeiro a outubro; às fls. 14/43, cópias de GRPS no nome da referida casa Legislativa.

Na contestação (fls. 67/76) o INSS disse que decorreu mais de 12 (doze) meses após a cessação da última contribuição, tendo o óbito ocorrido após a perda de qualidade de segurado. Disse ainda que, entender de forma contrária vai de encontro ao que dispõe os arts. 15, 16 e 74 e seguintes da Lei 8.213/91.

Requeru o INSS, em caso de procedência do pedido, que, os juros de mora devem incidir à partir da citação, nos termos da Súmula 204 do STJ e fixados em 1% (um por cento) ao mês. Requeru ainda que a fixação dos honorários não se limitasse ao mínimo de 10% (dez por cento), como disposto no § 3º do art. 20 do CPC, pedindo sejam fixados no máximo em 5% (cinco por cento) do montante da condenação, com observância da Súmula 111 do STJ. Impugnação à contestação às fls. 79/80.

Da oitiva das testemunhas (fls. 112/114), destaco trecho da testemunha Ademir Palmeira Duarte, que disse: *“o genitor da promotora trabalhou na Câmara Municipal de Soledade, do dia 20 de maio de 1990 até o dia 03 de novembro de 1996; que o genitor da autora era funcionário da Câmara Municipal na data de seu óbito; que o genitor da autora era chefe do gabinete; que o depoente era tesoureiro da câmara municipal de Soledade, na época em que o genitor da autora trabalhava na referida repartição; que todos os meses a câmara municipal recolhia a contribuição previdenciária de cada um dos funcionários”*.

Transcrevo, por oportuno, trechos da sentença do Juízo a quo, para melhor desate da questão:

Nos termos do art. 11, alínea g, da referida Lei, é segurado obrigatório o servidor público ocupante de cargo em comissão, sem vínculo efetivo com a União, Autarquias, inclusive em regimes especiais e Fundações Públicas Federais.

Deve ser verificado se, no momento do falecimento, o *de cujus* mantinha a qualidade de segurado, pois, em caso contrário, seus dependentes não terão direito ao benefício.

Desta forma, o art. 15 da mesma Lei estabelece os casos e o período em que se mantém a qualidade de segurado independentemente de contribuições.

No caso em tela, a autora comprovou que o seu pai era, à época do falecimento, servidor da Câmara Municipal de Soledade através do documento de fl. 12, certidão do referido Poder.

Não bastasse a certidão, dotada de fé de ofício, as testemunhas ouvidas confirmam a sua veracidade, não havendo impugnação ao documento ou às testemunhas, por parte do INSS.

É importante frisar que, não existindo no Município regime próprio de previdência, estes são considerados segurados obrigatórios do INSS, aplicando-se, neste caso, a Lei nº 8.213/91.

Quanto ao argumento de que não há prova do pagamento das contribuições, entendo não proceder. Compete ao Município reter e recolher o valor referente à contribuição previdenciária, não cabendo ao servidor qualquer responsabilidade sobre tal recolhimento.

Tal regra não resulta prejuízo ao servidor, porquanto a omissão, dolosa ou culposa do Município empregador, em passar o valor referente à contribuição previdenciária, não prejudica eventuais direitos previdenciários.

O falecido foi ocupante de cargo em comissão junto ao Município de Soledade-PB, admitido desde 1993 até a data de seu falecimento em 03/11/1996.

O sistema previdenciário dos ocupantes de cargos comissionados foi regulado pela Lei 8.647/93. Referida lei alterou o art. 11, I, g, da Lei nº 8.213/91, que passou a contar com a seguinte redação:

Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado:

a) (...)

g) o servidor público ocupante de cargo em comissão, sem vínculo efetivo com a União, Autarquias, inclusive em regime especial, e Fundações Públicas Federais.

Assim, a partir da vigência da mencionada lei, os ocupantes de cargo em comissão que não estavam filiados ao regime próprio de previdência social eram automaticamente filiados ao RGPS. Neste sentido:

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE RMI. SERVIDOR PÚBLICO EXERCENTE DE CARGO EM COMISSÃO. ATIVIDADES CONCOMITANTES. PRESCRIÇÃO.

1. Seja no regime pretérito (da CLPS), seja no regime da Lei 8.213/91, o servidor público não submetido a regime próprio sempre foi segurado obrigatório da previdência urbana.

2. Com o advento da Lei 8.647/93 os ocupantes de cargo em comissão passaram a ser segurados obrigatórios do regime geral.

3. Hipótese em que o demandante, como ocupante de cargo em comissão, não estava amparado por regime próprio de previdência, de modo que sua filiação ao regime de previdência social urbana (e na vigência da Lei 8.213/91 ao regime geral de previdência) era automática. (...)

4. (...)

5. (...) (Grifei)

(TRF4, AC 2002.04.01.049450-6, Turma Suplementar, Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira, DE 15/08/2008)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. SEGURADO EMPREGADO. QUALIDADE COMPROVADA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONFIRMADA.

- O sistema previdenciário dos ocupantes de cargos comissionados foi regulado pela Lei 8.647/93, a qual classificou-os como segurados obrigatórios da Previdência Social, na qualidade de segurado empregado. Preenchidos todos os requisitos, é de ser concedida a pensão por morte pleiteada, ressalvadas as parcelas atingidas pela prescrição quinquenal. Confirmada a antecipação dos efeitos

da tutela jurisdicional.
(REOAC 200870090003963, Sebastião Ogê Muniz, TRF4
- Sexta Turma, 13/08/2009)

Dessa forma, o falecido, mesmo não constando o seu nome nas guias de recolhimento da Previdência Social, era automaticamente filiado ao RGPS, na condição de segurado obrigatório.

Nessa linha, estando o ex-segurado vinculado ao RGPS até 11/1996, mantinha a qualidade de segurado na data do óbito, ocorrido em 03/11/1996, de forma que seus dependentes fazem jus à concessão do benefício de pensão por morte.

Com efeito, “o fato de a pessoa política a que o servidor encontrava-se vinculado não ter eventualmente recolhido contribuições para o INSS não pode prejudicar os dependentes, haja vista que o recolhimento das contribuições previdenciárias é obrigação do empregador, e ademais, o que interessa é a existência de filiação”. (AG 200504010198335, Ricardo Teixeira do Valle Pereira, TRF4 - Sexta Turma, 10/08/2005)

Concernente ao assunto em tela, vale a leitura dos seguintes precedentes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CARGO EM COMISSÃO. CARGO DE PROVIMENTO EFETIVO. SEGURADO OBRIGATÓRIO. LEGITIMIDADE PASSIVA. INSS.

1. Servidor em exercício de cargo em comissão sem vínculo efetivo com a administração, é segurado obrigatório da Previdência Social, nos termos do art. 11, I, g, da Lei 8.212/91, com a redação que lhe foi dada pela Lei 8.647/93.

2. As normas sobre regime previdenciário estabelecidas na Seção II do Capítulo VII do Título III da Constituição Federal, em especial no artigo 40, dizem respeito apenas aos servidores ocupantes de cargos públicos de provimento efetivo. Não abrangem assim, obviamente, os servidores temporários ou os ocupantes de cargos comissionados.

3. O fato de a pessoa política a que o servidor encontrava-se vinculado não ter eventualmente recolhido contribuições para o INSS não pode prejudicar os dependentes, haja vista que o recolhimento das contribuições previdenciárias

é obrigação do empregador, e ademais, o que interessa é a existência de filiação.

4. Em princípio, tratando-se de segurado necessariamente filiado ao Regime Geral de Previdência Social, o INSS tem legitimidade para figurar no polo passivo da relação processual.

5. Agravo provido, para manter o INSS no polo passivo da relação processual. (AG 200504010198335, Ricardo Teixeira do Valle Pereira, TRF4 - Sexta Turma, 10/08/2005)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. SEGURADO EMPREGADO. QUALIDADE COMPROVADA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONFIRMADA.

O sistema previdenciário dos ocupantes de cargos comissionados foi regulado pela Lei 8.647/93, a qual classificou-os como segurados obrigatórios da Previdência Social, na qualidade de segurado empregado. Preenchidos todos os requisitos, é de ser concedida a pensão por morte pleiteada, ressalvadas as parcelas atingidas pela prescrição quinquenal. Confirmada a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

(REOAC 200870090003963, Sebastião Ogê Muniz, TRF4 - Sexta Turma, 13/08/2009)

Em se tratando de débitos relativos a benefícios previdenciários, dado o caráter alimentar da dívida, são incidentes juros moratórios no percentual de 1% ao mês, a partir da citação válida (Súmula 204 do STJ), contudo, é de se manter o valor de 0,5% (meio por cento) ao mês, para não ferir o princípio da *reformatio in pejus*.

Na fixação dos honorários advocatícios, o entendimento jurisprudencial de nossos Tribunais e desta egrégia Corte é no sentido de que para as ações previdenciárias devem ser fixados no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, incidentes sobre as parcelas vencidas (Súmula 111/STJ).

A antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional depende da presença de dois requisitos: a verossimilhança da alegação e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273 do CPC), os quais tenho por atendidos, ante a condição de segurado do falecido à data do evento e a qualidade de dependente da parte interessada no benefício da pensão, e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, tendo em conta o caráter alimentar do benefício.

Estando presentes ambos os requisitos, deve ser mantida a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.334-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelantes: JOSÉ DE OLIVEIRA SANTOS FILHO E WAGNER LUIZ DA SILVA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. JACINTA DE FÁTIMA COUTINHO MOURA E IVONE JOSÉ DE FRANCA DA CUNHA CAVALCANTI (2º APTE)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. PECULATO-FURTO (ART. 312, § 1º, DO CP) E RECEPÇÃO DOLOSA (ART. 180, § 6º, DO CP), AMBOS EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 71 DO CP). FLAGRANTE PREPARADO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA SUFICIENTEMENTE COMPROVADAS. CONJUNTO PROBATÓRIO HARMÔNICO. CONDENAÇÕES QUE SE MANTÊM. PENAS-BASE FIXADAS MUITO ACIMA DO MÍNIMO PREVISTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. MINORAÇÃO DA PENAS COMINADAS AOS APELANTES. PARCIAL PROVIMENTO DOS APELOS.

- No caso dos autos não se há falar em flagrante preparado, espécie de flagrante provocado pela Polícia; este, na verdade, é mera simulação de flagrante delito, onde o agente é induzido artificialmente a cometer o ilícito penal, de modo a não haver espontaneidade em sua conduta, nem possibilidade de consumação do crime; contra

a validade deste tipo de “flagrante”, sabe-se que o STF estabeleceu a Súmula de nº 145, dispondo que “NÃO HÁ CRIME, QUANDO A PREPARAÇÃO DO FLAGRANTE PELA POLÍCIA TORNA IMPOSSÍVEL A SUA CONSUMAÇÃO”.

- Na hipótese analisada, porém, a instalação de câmeras de segurança com escopo de identificar o responsável pelo desaparecimento de armas e numerário do interior da Delegacia Rodoviária Federal no Cabo de Santo Agostinho/PE, caracteriza o chamado *flagrante esperado*, modalidade bem diversa, na qual a atividade criminosa se desenvolve livremente, sem manipulação ou provocação de terceiros, tal qual acontece em casos nos quais a polícia (informada de que um delito será praticado) providencia para que o agente seja surpreendido e fica aguardando o instante do cometimento do crime, inexistindo, assim, qualquer óbice à lavratura do auto de prisão a ele alusivo.

- Materialidade e autoria fartamente comprovadas através do harmônico conjunto probatório nos autos, notadamente pelo auto de prisão em flagrante, depoimentos de testemunhas (contra as quais nada se arguiu), interrogatório dos acusados e imagens registradas em mídia eletrônica.

- Merece reparos a sentença condenatória, entretanto, no que se refere ao quantum das penas aplicadas: pena-base fixada em seis anos de reclusão para o apelante condenado pelo delito de peculato-furto (que tem pena mínima de dois anos) e pena-base de dois anos e seis meses de reclusão para o apelado que praticara a receptação (pena mínima de um ano), majorações que foram feitas sem especificação dos critérios que serviram de fundamento.

- Assim, restam dosadas (após a correção ora feita) nos seguintes termos: para Wagner Luiz

da Silva (peculato-furto, em continuidade delitiva - art. 312, § 1º, c/c art. 71, todos do CP), analisadas as circunstâncias do CP, art. 59, notadamente a culpabilidade do agente (visto que, sendo um funcionário de empresa terceirizada, prestando serviços no interior de uma unidade policial, perpetrou o delito de peculato-furto, de lá retirando armas e munição), pena-base de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão (quantum que se apresenta proporcional ao caso dos autos); na segunda fase da dosimetria, sem circunstância agravante; a sentença, porém, considerou a atenuante de confissão (apesar de ter o réu se retratado em Juízo), reduzindo a pena em 1/6 (um sexto), o que se mantém, passando a pena para 2 (dois) anos e 11 (onze) meses; na terceira fase, aumentada em 1/4 (um quarto), também como feito na sentença, pela continuidade delitiva, ficando estipulada em 3 (três) anos e 7 (sete) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão.

- Quanto a José de Oliveira Santos Filho (receptação qualificada, continuada – art. 180, § 6º, c/c art. 71, ambos do CP), pena-base no mínimo legal (visto que quanto a este apelante nada se observou de mais grave), 1 (um) ano de reclusão, sem modificações na segunda fase, ante a ausência de agravantes e pela impossibilidade de, neste caso, considerar a atenuante de confissão (vez que não é possível, por força de circunstância atenuante, seja a pena reduzida abaixo do mínimo legal previsto, consoante cediço na jurisprudência do STJ); na terceira fase, por força da causa especial de aumento de pena, trazida no CP, § 6º, do art. 181 (receptação de bens pertencentes à União), dobra-se o quantum da pena, passando para 2 (dois) anos de reclusão e, por fim, a majoração em 1/6 (um sexto), pela continuidade delitiva, tornando-a definitiva em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

- *Com relação à pena de multa, raciocínio análogo da redução das penas é de ser aplicado: para Wagner Luiz da Silva 50 (cinquenta) dias-multa, e para José de Oliveira Santos Filho 30 (trinta) dias-multa, mantendo-se o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.*
- *Apelações criminais parcialmente providas.*

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 parcial provimento às apelações criminais, nos termos do voto do relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 24 de março de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Tratam os autos de apelações criminais interpostas contra sentença da lavra do MM. Juiz Federal da 13ª Vara de Pernambuco que, julgando procedente a denúncia, restou por condenar Wagner Luiz da Silva às penas de 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão, mais multa, pelo delito de peculato-furto (art. 312, § 1º, do CP), e José de Oliveira Santos Filho às penas de 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mais multa, pela prática do crime de receptação qualificada (art. 180, § 6º, do CP), ambos em continuidade delitiva (art. 71 do CP).

Em suas razões de apelo, alega o apelante José de Oliveira Santos Filho a inexistência de provas de sua autoria delitiva; alternativamente, pugna pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Por sua vez, o recorrente Wagner Luiz da Silva aduz que não há provas da materialidade e autoria delitivas, aduzindo ter sido preparado, portanto inválido, o flagrante evidenciado na mídia eletrônica.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 206/216).

Enviados os autos à Procuradoria Regional da República, retornaram com opinativo pelo improvimento de ambos os recursos e consequente manutenção da sentença atacada.

É o que importa relatar.

Sigam os autos ao Exmo. Sr. Desembargador Federal Revisor, posto que o caso diz com hipótese onde o Regimento Interno da Casa impõe a providência.

VOTO

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

Colhe-se dos autos que o Inspetor Chefe da Delegacia Rodoviária Federal no Cabo de Santo Agostinho/PE instalou, na sala em que trabalhava, duas câmaras de segurança com escopo de identificar o responsável pelo desaparecimento de armas e de valores daquele local (fatos ocorridos no período de dezembro/2007 a maio/2008). Nas imagens capturadas, percebe-se o acusado Wagner Luiz da Silva revirando gavetas do birô do inspetor (na ausência deste) e até retirando duas cédulas de vinte reais da sua carteira.

O auxiliar administrativo (funcionário da empresa SEMPRE-SERV) Wagner Luiz da Silva, então contratado para prestar serviços na aludida delegacia, foi preso em flagrante no dia 27.05.2008, após ter sido surpreendido furtando numerários dos policiais rodoviários federais ali lotados (também conforme imagens capturadas pela câmera de vigilância já referida) e, ao ser ouvido pela autoridade policial, confessou o delito e elucidou o repasse das armas e munições subtraídas.

Wagner Luiz da Silva foi, assim, denunciado por haver subtraído cerca de R\$ 300,00 (trezentos reais) pertencentes aos policiais rodoviários que trabalhavam no local, bem como 3 (três) pistolas, da marca "TAURUS", calibre .40 (ponto quarenta) e munição

da marca “CBC”, calibre .40 (ponto quarenta) - S&W, pertencentes ao acervo da Polícia Rodoviária Federal de Pernambuco, valendo-se da facilidade de acesso proporcionada pelo cargo, incidindo, deste modo, no tipo de peculato-furto, em continuidade delitiva (art. 312, § 1º c/c art. 71, todos do CP).

Consta dos autos, também, que o armamento e munição furtados do posto policial foram repassados por Wagner Luiz para a pessoa de José de Oliveira Santos Filho, conhecido como “Belo”, caracterizando, assim, o delito de receptação qualificada (CP, art. 180, § 6º), posto que este tinha conhecimento da origem do material que recebera, ou seja, ele sabia que se tratava de produto de crime.

Wagner Luiz e José Filho restaram condenados, sendo ao primeiro aplicadas as penas de 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão, mais 90 (noventa) dias-multa, ao valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo; e ao segundo 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mais 60 (sessenta) dias-multa, também ao valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo.

Daí as apelações que manearam separadamente.

APELAÇÃO DE WAGNER LUIZ DA SILVA

Não merece guarida a alegação de que houve um flagrante preparado, que teria sido montado com objetivo de justificar o desaparecimento de armas do posto policial perante superiores, posto que estes estariam (conforme argumentou o apelante) cobrando a relação das armas daquela unidade para conferência do patrimônio.

Em primeiro lugar, restou demonstrado que não houve, à época, nenhuma solicitação quanto à relação das armas da delegacia em comento. O Ofício nº 167/2008/DG (fls. 124/133), oriundo da Diretoria Geral do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, informou (em resposta à solicitação do Juízo Federal da 13ª Vara/PE) que o Núcleo de Patrimônio e Material da 11ª SRPRF/PE não encaminhou qualquer documento à Delegacia da Polícia Rodoviária Federal do Cabo de Santo Agostinho/PE com solicitação referente à relação dos materiais que guarnecem a mencionada dele-

gacia e noticiou, ainda, que nos arquivos da Divisão de Patrimônio e Material não consta nenhum registro de despachos, memorandos ou ofícios que tenham sido enviados à Superintendência Regional de Pernambuco ou à Delegacia do Cabo de Santo Agostinho/PE com solicitação semelhante.

No caso dos autos não se há falar em flagrante preparado, espécie de flagrante provocado pela polícia; este, na verdade, é mera simulação de flagrante delito, onde o agente é induzido artificialmente a cometer o ilícito penal, de modo a não haver espontaneidade em sua conduta, nem possibilidade de consumação do crime; contra a validade deste tipo de “flagrante”, sabe-se que o STF estabeleceu a Súmula de nº 145, dispondo que “NÃO HÁ CRIME, QUANDO A PREPARAÇÃO DO FLAGRANTE PELA POLÍCIA TORNA IMPOSSÍVELA SUA CONSUMAÇÃO”.

Na hipótese analisada, a instalação de câmeras de segurança com escopo de identificar o responsável pelo desaparecimento de armas e numerário do interior da Delegacia Rodoviária Federal no Cabo de Santo Agostinho/PE, caracteriza o chamado flagrante esperado, modalidade bem diversa, na qual a atividade criminosa se desenvolve livremente, sem manipulação ou provocação de terceiros, tal qual acontece em casos nos quais a polícia (informada de que um delito será praticado) providencia para que o agente seja surpreendido e fica aguardando o instante do cometimento do crime, inexistindo, assim, qualquer óbice à lavratura do auto de prisão a ele alusivo.

Bem analisou a questão o douto Procurador Regional da República em seu percuciente parecer, parte do qual destaco:

(...) a instalação da câmara na sala do Inspetor **RISONALDO** não serviu de incitamento para a prática delituosa pelo acusado **WAGNER**. Ao revés, destinou-se a comprovar tão somente a autoria dos ilícitos que vinham comumente acontecendo dentro da unidade policial.

Não se pode asseverar que se trata, pois, de flagrante preparado, eis que, além da ausência de agente provocador, o acusado delinuiu de forma cônica, sem influências de agentes externos e, sobretudo, sem coação por parte da chefia do Posto Rodoviário. (Fl. 229 – grifos originais)

E em nada socorre o apelante a assertiva de que “o flagrante fora preparado, até porque o PRF Adoniran não sabia do desaparecimento das armas e não sabia da existência de armas reserva” (Apelação de Wagner Luiz – fl. 198 dos autos). Ora, quando o Inspetor Risonaldo providenciou a instalação das câmeras; ele não tinha conhecimento de quem era o responsável pelos desaparecimentos das armas e valores. Assim, é natural que ele não tenha divulgado (entre todos daquela unidade policial) o sumiço do material bélico e dos valores, bem como o fato de que providenciaria um modo de flagrar uma próxima ação delituosa no local, (se todos fossem informados, seria frustrada a identificação do infrator).

As imagens registradas na mídia eletrônica (acostada à fl. 87, dos autos), bem como os vários depoimentos de testemunhas (tomados durante o inquérito, bem como na fase judicial), incluindo as declarações do próprio Wagner Luiz durante o interrogatório na esfera policial, formam um conjunto probatório harmônico e suficiente para comprovar a autoria quanto ao delito de peculato-furto (art. 312, § 1º, do CP) por Wagner Luiz.

Transcrevo trechos de alguns dos mencionados depoimentos:

Depoimento de WALTER EDUARDO DA SILVA (Condutores) por ocasião de flagrante: “QUE... tomou conhecimento a partir de informação do Inspetor Risonaldo dos constantes desaparecimentos de quantias em dinheiro de sua carteira porta-cédulas; QUE ainda naquele dia, o inspetor Risonaldo passou a ter uma atenção maior para a ausência de outros bens da delegacia, ocasião em que percebeu a ausência de duas armas da marca Taurus, mod. PT 100, do acervo da Polícia Rodoviária Federal; (...); QUE o Inspetor Risonaldo comunicou de imediato tal ocorrência à Superintendência da Polícia Rodoviária Federal; QUE também passaram a proceder algumas diligências internas no sentido de encontrar o possível responsável por aqueles desaparecimentos; (...); QUE passaram os servidores policiais rodoviários lotados a levantar suspeitas acerca de Wagner Luiz da Silva, funcionário contratado para prestar serviços administrativos, desde o mês de dezembro do ano de 2007, sem contudo, terem ainda qualquer certeza de sua participação nos fatos; QUE na data

de hoje o inspetor Risonaldo mostrou ao depoente as imagens capturadas das câmeras instaladas por determinação do inspetor Risonaldo, em função dos fatos ora apurados; QUE as imagens mostravam o momento em que Wagner Luiz da Silva revirou as gavetas da sala do inspetor Risonaldo, isso ocorrido na data de ontem; QUE também visualizou as imagens capturadas de Wagner, retirando alguma quantia em dinheiro, acreditando ser duas cédulas, as quais o inspetor posteriormente informou tratar-se de duas cédulas de vinte reais; (...) QUE após verificarem as imagens, encontrando-se Wagner próximo da delegacia, aproximou-se, e de pronto, afirmou para Wagner que ele teria furtado a quantia em reais da sala do inspetor Risonaldo, ao que, vendo-se sem saída, respondeu ao depoente que teria assim procedido por estar precisando; QUE a confirmação do furto por Wagner foi presenciada pelas testemunhas, policiais rodoviários Risonaldo e Adoniran; QUE diante da situação flagrancial, conduziram Wagner até esta Superintendência, entendendo ser ele o responsável pela sucessão de furtos ocorridos na delegacia da Polícia Rodoviária Federal; QUE Wagner entregou uma cédula de vinte reais encontrada em seu poder, e apreendida nestes autos, alegando ter gasto uma outra cédula de mesmo valor, também furtada da carteira porta-cédulas do inspetor Risonaldo; QUE Wagner confessou ter furtado as três armas calibre .40, do acervo da PRF/PE e as repassado por uma pessoa que atende por Beto, que após diligência, foi conduzido até esta SR/PE para prestar esclarecimentos acerca de sua participação nos fatos”. (Fls. 02/03, do I.P. nº 464/2008 – em apenso)

Depoimento de Risonaldo da Silva (testemunha ouvida por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante): “QUE o depoente é Inspetor Chefe da Segunda Delegacia da Polícia Rodoviária Federal, desde o mês de outubro de 2003; QUE o depoente, desde algum tempo, tem percebido a ausência de alguma quantia em dinheiro de sua carteira porta-cédulas, quando no desempenho de suas funções na delegacia, onde trabalha em horário de expediente; QUE no dia 15.05.2008, diante do acima alegado, achou por bem fazer uma varredura nos bens encontrados na delegacia, oportunidade em que constatou o sumiço de duas armas, marca taurus, calibre .40, guardadas em um

armário existente em sua sala; (...); QUE Wagner é o único funcionário que não pertence aos quadros, com exceção de um funcionário de serviços gerais, que trabalha há cerca de quinze anos na delegacia; QUE desse modo, passou a tomar algumas medidas no sentido de evitar que ocorrência dessa natureza não mais acontecesse; QUE instalou duas câmeras na sala onde trabalha, não comentando com nenhum dos demais colegas de trabalho; QUE na data de hoje, ao acessar o computador que instalara para capturar as imagens colhidas das câmeras, percebeu movimentos suspeitos de Wagner no interior da sala da chefia, uma imagem detectada de ontem, quando visualizou Wagner revirando as gavetas de seu birô, e, ato contínuo, retirando-se ao perceber a chegada do declarante; QUE ao visualizar as imagens de hoje, percebeu que Wagner revirara sua carteira porta-cédulas, e dela retirou duas cédulas que pôde visualizar como sendo do valor de vinte reais; QUE de fato percebeu pela ausência das duas cédulas de um montante de setenta e dois reais, tendo portanto, Wagner subtraído a quantia de quarenta reais; QUE logo após, mostrou as imagens para Walter, tendo este se dirigido até Wagner juntamente com o PRF-Adoniran os quais o abordaram e o trouxeram até a presença do depoente, tendo assumido a autoria pelo furto, bem como na oportunidade, confessado ser responsável pelos furtos das duas armas, a saber, duas pistolas marca Taurus calibre .40 do acervo da PRF/PE, e sob sua cautela, como da arma do policial Joas Dinart da Silva, no último sábado, dia 23.05.2008, do interior do armário onde o mesmo a mantinha guardada, a chave; (...); QUE Wagner afirmou que as armas foram repassadas para um elemento citado ou conhecido por 'Belo', com quem se encontrava na estação de trem do bairro de Socorro, próximo à garagem da empresa de ônibus Santa Cruz, Jaboatão dos Guararapes/PE". (Fls. 04/05, do I.P. nº 464/2008 – em apenso)

Interrogatório de Wagner Luiz da Silva (por ocasião do flagrante): "QUE trabalhava em uma sala localizada ao lado da chefia da delegacia; QUE o acesso à sala da chefia da delegacia era possível pois as chaves da sala ficavam no setor onde se encontrava o conduzido; (...); QUE já havia furtado duzentos e cinquenta reais da carteira porta-cédulas do inspetor Risonaldo, em outra oportunidade, sendo

que por último, na data de hoje, voltou a subtrair da carteira desse PRF, a quantia de quarenta reais, sendo duas cédulas de vinte reais; QUE também furtou da delegacia da PRF uma caixa de munição da pistola .40; QUE logo após subtrair a quantia de quarenta reais na data de hoje, da sala do inspetor Risonaldo, foi abordado pelos PRFs. Valter e Adoniran sobre o furto da carteira do inspetor Ronildo, tendo o conduzido confessado tal ação criminosa; QUE diante do inspetor e das testemunhas deste auto, o conduzido confirmou ter sido responsável pelos furtos perpetrados, acima circunstanciados; QUE as armas e quantias em dinheiro foram entregues ao indivíduo que atende por 'Belo', indicando onde o mesmo poderia ser encontrado". (fls. 07/08, do I.P. nº 464/2008 – em apenso)

Testemunho de Inaldo Gomes de Melo (em Juízo): "que é agente da polícia federal, atualmente lotado no setor de INTERPOL da SR/DPF/PE; que no dia da ocorrência, estava de sobreaviso, sendo acionado pelo plantão da DPF com a finalidade de atender a ocorrência envolvendo a PRF; que lhe foi relatado pelo Delegado de plantão a natureza da ocorrência; que inicialmente adotaria apenas os procedimentos corriqueiros durante o flagrante; que os PRF's deram conhecimento de que o acusado Wagner teria repassado as armas para uma pessoa chamada 'Belo'; que o acusado Wagner também disse que estava devendo para o 'Belo' e disse que naquele mesmo dia iria se encontrar com ele para pagar uma parte da dívida; que o celular do acusado Wagner recebeu a ligação já no DPF, tendo ele afirmado que seria da pessoa a quem teria repassado as armas; que os policiais deixaram Wagner atender a ligação e ele confirmou o encontro como o 'Belo'; que o delegado de plantão solicitou ao depoente que acompanhasse os policiais da PRF com o objetivo de localizar e deter o 'Belo'; (...); que após a identificação pelo acusado Wagner, o 'Belo' foi abordado; (...) que após ser confrontado com o acusado Wagner, 'Belo' admitiu ter recebido 2 armas, tendo negado ter recebido a 3ª arma; (...) que o acusado Wagner não disse em nenhum momento que teria assumido a culpa no lugar de outra pessoa". (Fls. 50/51, dos autos)

Não há, pois, como concluir pela inexistência de provas da autoria de Wagner Luiz da Silva em relação ao delito de peculato-

-furto, razão que é de ser confirmada a condenação imposta quanto a este apelante.

APELAÇÃO DE JOSÉ DE OLIVEIRA SANTOS

Não merece melhor sorte o recurso deste segundo apelante.

Também quanto a este acusado não há como prevalecer a alegação de inexistência de provas quanto a sua atuação no delito pelo qual fora condenado, qual seja, de receptação em continuidade delitiva (CP, art. 180, § 6º c/c art. 71).

O fato de que as testemunhas arroladas pela acusação tenham declarado que não conheciam a pessoa de José de Oliveira Santos Filho (também chamado de “Belo”) não é suficiente para infirmar as demais provas produzidas no sentido de identificar este acusado/apelante como destinatário do material bélico suprimido da Delegacia Rodoviária Federal em Cabo de Santo Agostinho/PE.

Apesar das contradições no que fora declarado pelo próprio José de Oliveira perante a autoridade policial e no depoimento deste em Juízo, de uma análise dos autos, infere-se que a primeira versão dos fatos dada pelo apelante em comento é harmonicamente complementada pelas declarações do corréu, Wagner Luiz, também na fase inquisitória.

Transcrevo parte dos depoimentos referidos:

Interrogatório de JOSÉ DE OLIVEIRA SANTOS FILHO

(na fase investigatória): “(...) QUE conheceu a pessoa que hoje sabe chamar-se Wagner Luiz da Silva, por ‘Galego’ quando de suas viagens nos três urbanos; (...); QUE daí passou o interrogado a travar conhecimento com ‘Galego’; QUE há cerca de dois meses, ‘Galego’ ofereceu ao interrogado uma arma, pistola marca Taurus, calibre 40, dizendo ser policial rodoviário, e conseguia as armas, na marra, com os condutores de veículos nas rodovias; QUE ‘Galego’ também falava para o interrogado que conhecia um ‘inspetor’ que era muito ligado nele, não sabendo exatamente qual relação mantinha com o ‘inspetor’; QUE ‘Galego’ entregou uma arma .40, solicitando que o interrogado a vendesse por um mil e quinhentos reais; QUE o interrogado falou para ‘Galego’ que não conseguiria vender por

esse preço, daí ficando acordado que a venderia por mil reais; QUE assim procedeu, repassando a arma para uma pessoa que atende por 'Baixote', traficante conhecido na praça de Jaboatão Velho, próxima ao cinema, pelo valor de mil reais; QUE Baixote alegou que iria utilizá-la na segurança do ponto de venda de drogas; QUE 'Baixote' pode ser encontrado naquele local, no final da tarde; QUE 'Galego' o recompensou com cem reais; QUE 'Galego' falou para o interrogado que iria conseguir uma outra arma; QUE sexta-feira passada, dia 23.05.2008, 'Galego' procurou o interrogado, pedindo que vendesse uma arma com as mesmas especificações da primeira, calibre .40, sendo certo que o interrogado da mesma forma procedeu, dirigindo-se até a praça localizada no centro de Jaboatão dos Guararapes/PE, repassando-a a 'Baixote' pelo valor acordado de oitocentos reais; QUE mais uma vez 'Galego' o recompensou com cem reais; QUE 'Galego', após a venda da primeira arma, pediu que o interrogado vendesse um toca-cd, não se recordando da marca, de cor clara; (...); QUE na data de hoje o interrogado esperava 'Galego' na estação de trem de Jorge Lins, pois este lhe traria um celular, como complementação pela venda da arma na sexta-feira; QUE passou a efetuar algumas ligações para 'Galego'; QUE após algumas tentativas, 'Galego' atendeu sua ligação, ocasião em que perguntou se o mesmo lhe entregaria o celular na estação de Jorge Lins; QUE o interrogado foi surpreendido com a presença de policiais federais e rodoviários federais que o abordaram solicitando informação sobre as armas, tendo o interrogado informado que não tinha qualquer arma, pois já repassara a 'Baixote', como já declarado acima; (...); QUE não conhece os familiares de 'Galego' ou Wagner; QUE nunca o ameaçou ou os seus familiares". (Fls. 17/18, do Inq. Policial)

Interrogatório de WAGNER LUIZ DA SILVA (na fase investigatória): "(...) QUE deseja esclarecer que conheceu uma pessoa que atende como 'Belo', na estação Ângelo de Souza-Jaboatão dos Guararapes/PE, tendo este ameaçado o conduzido, por ter agredido em outra ocasião uma determinada pessoa, numa partida de futebol no centro de Jaboatão/PE, tendo 'Belo' informado que assim procederia por solicitação dessa pessoa; QUE 'Belo' informou ao conduzido que seu desafeto é responsável pela

segurança da praça de Jaboatão; QUE a partir daí 'Belo' passou a ameaçar o conduzido, exigindo-lhe que conseguisse uma arma de fogo; QUE 'Belo' passou a ameaçar seus familiares, razão pela qual, decidiu por furtar as três armas da PRF, sendo duas do armário existente na sala do chefe da delegacia e uma do PRF-DINART; QUE como não tinha mais como pagar a 'Belo' pela sua tranquilidade, decidiu por repassar-lhe todo o seu salário, ou trezentos e cinquenta e um reais; QUE também cometeu outros furtos, como os duzentos e cinquenta e um reais na carteira porta-cédulas do inspetor Risonaldo, sendo que por último, na data de hoje, voltou a subtrair da carteira desse PRF, a quantia de quarenta reais, sendo duas cédulas de vinte reais; QUE também furtou da delegacia da PRF uma caixa de munição da pistola .40". (fls. 11/12, do Inq. Pol.)

Vê-se que José de Oliveira confessou a receptação dos materiais furtados da delegacia, descrevendo com detalhes alguns fatos que antecederam o flagrante, bem como os mesmos tipos de armas e munição que foram subtraídos na delegacia.

A divergência nos depoimentos dos réus é, tão somente, quanto à motivação dos delitos: cada um fez um relato apontando o outro como responsável pela iniciativa da trama delituosa.

Assim, também é de ser mantida a condenação quanto ao réu José de Oliveira Santos Filho.

No entanto, merece reparos a sentença no que se refere ao *quantum* das penas aplicadas. *In casu*, a dosimetria das penas privativa de liberdade e de multa foi realizada de forma equivocada.

Importante ressaltar que, mesmo não sendo objeto expresso dos recursos a questão relativa à dosimetria das penas aplicadas, é de se precedê-la sem maiores divergências, máxime porque o ajuste implica condição mais benéfica aos réus (donde estar incluso na devolutividade operada mercê dos apelos).

Nos casos em tela, o julgador sentenciante não especificou critérios que servissem de fundamento razoável para que fossem as penas-base aplicadas, a cada um dos apelantes, tão acima do mínimo legal. Assim, tenho por bem reduzir as penas aplicadas na sentença.

Em relação a Wagner Luiz da Silva (condenado por peculato-furto, em continuidade delitiva) o julgador fixou a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão, aplicou a atenuante de confissão reduzindo a reprimenda em 1/6 (um sexto), passando esta para 5 (cinco) anos e, pela incidência da continuidade delitiva (CP, art. 71), aumentou a pena em 1/4 (um quarto), totalizando esta em 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão (em regime semiaberto).

De fato, quando o grau de culpabilidade recomenda, é de ser dosada a pena-base acima do mínimo legal, porém não em patamar tão elevado quanto o feito na sentença.

Sendo de 2 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão a pena prevista para o crime do art. 312, § 1º, do CP, em relação a Wagner Luiz da Silva, analiso as circunstâncias do art. 59 do CP, notadamente a sua culpabilidade, que, *in casu*, mostrou-se elevada (visto que, sendo um funcionário de empresa terceirizada, prestando serviços no interior de uma unidade policial¹, perpetrou o delito de peculato-furto, de lá retirando armas e munição), fixo a pena-base em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão (*quantum* que se apresenta proporcional ao caso dos autos). Na segunda fase da dosimetria, inexistiu circunstância agravante, porém a sentença considerou a atenuante de confissão (apesar de ter o réu se retratado em Juízo), reduzindo a pena em 1/6 (um sexto), o que faço, passando a pena para 2 (dois) anos e 11 (onze) meses. Na terceira fase, aplicável a causa de aumento pela continuidade delitiva (CP, art. 71), pelo que majoro a pena em 1/4 (um quarto), tal qual feito na sentença, totalizando-a em **3 (três) anos e 7 (sete) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão**, pena que torno definitiva.

Quanto a José de Oliveira Santos Filho (condenado por recepção qualificada, em continuidade delitiva), o sentenciante fixou a pena-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, reduzindo-a em 1/6 (um sexto) por força da atenuante de confissão, o que fez a reprimenda passar para 2 (dois) anos e 1 (um) mês; daí aplicou a majoração da pena trazida no § 6º do art. 180 do CP,

¹ Exatamente isso: retirou os bens de dentro de uma unidade policial (e não de uma escola, por exemplo). É forçoso reconhecer haver culpabilidade atenuada, ainda que não no patamar divisado na sentença.

passando a pena para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses; por fim, com a incidência do art. 71 do CP (delito continuado), aumentou a pena em 1/6 (um sexto), totalizando-a em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias.

A pena mínima para o crime de receptação qualificada (art. 180, § 6º, do CP) é de dois anos. Para este apelante, à luz das circunstâncias do art. 59 do CP (visto que quanto a este apelante nada se observou de mais grave), fixo a pena-base no mínimo legal previsto, qual seja, 1 (um) ano de reclusão. Na segunda fase, nada a modificar, em face da ausência de agravantes e, neste caso, apesar de ter a sentença considerado a atenuante de confissão (mesmo o réu tendo se retratado em Juízo) deixo de fazê-lo aqui, uma vez que não é possível, por força de circunstância atenuante, seja a pena reduzida abaixo do mínimo legal previsto (consoante cediço na jurisprudência do STJ). Na terceira fase, por força da causa especial de aumento de pena, trazida no CP, § 6º, do art. 181 (por se tratar de receptação de bens pertencentes à União), dobro o *quantum* da pena, passando esta para 2 (dois) anos de reclusão e, por fim, majoro-a em 1/6 (um sexto), pela continuidade da prática delituosa, tornando-a definitiva em **2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.**

Importante registrar que houve na sentença menção de que José de Oliveira Santos Filho possuía antecedentes criminais à época; entretanto, observo, das fls. 161/164 dos autos, que o único feito criminal contra ele distribuído fora arquivado desde 20/07/2005.

Quanto à pena de multa, raciocínio análogo da redução das penas é de ser aplicado: para Wagner Luiz da Silva, fixo-a em 50 (cinquenta) dias-multa, e para José de Oliveira Santos Filho em 30 (trinta) dias-multa, mantendo o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Deixo para o juízo da execução as deliberações sobre substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito.

Por todo o exposto, dou parcial provimento às apelações criminais, e apenas para ajustar a dosimetria das penas aplicadas.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.356-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO
Apelante: BIANCA GUEIROS WANDERLEY
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. ADEMAR RIGUEIRA NETO E OUTROS
(APTE.)

***EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. TEM-
PESTIVIDADE DA APELAÇÃO. PETIÇÃO DA
APELANTE NA INTIMAÇÃO DA SENTENÇA.
CONTRATAÇÃO COM EMPRESA PRIVADA.
LOCAÇÃO DE IMÓVEL PARA GUARDA DE DO-
CUMENTOS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. AU-
SÊNCIA DE LICITAÇÃO PRÉVIA. ART. 89 DA LEI
Nº 8.666/93. CONTRATAÇÃO SEM PRÉVIO PRO-
CEDIMENTO LICITATÓRIO APROVADO PELO
DEPARTAMENTO JURÍDICO DO MINISTÉRIO DA
SAÚDE. AUSÊNCIA DE DOLO. ABSOLVIÇÃO.
APELAÇÃO PROVIDA.***

***- Apelante que fez constar no mandado de inti-
mação da sentença condenatória o termo “ape-
lo da sentença”, o que configura uma petição
simples de apelação, sendo as razões, poste-
riormente, apresentadas pelos seus advogados.
Tempestividade da apelação.***

***- Autos que versam sobre a contratação de ser-
viço de locação de imóvel para a guarda de do-
cumentos do Núcleo Estadual do Ministério da
Saúde em Pernambuco, sem o devido procedi-
mento licitatório prévio.***

***- Apelante que tomou todas as providências ne-
cessárias para a obtenção de um local adequa-
do para a guarda da documentação do Núcleo
Estadual do Ministério da Saúde, tendo, inclusi-
ve, tido o cuidado de solicitar, previamente, pa-
recer jurídico sobre a dispensa da licitação, e a
contratação da empresa escolhida.***

- O Ministério da Saúde, através de sua Consultoria Jurídica - CONJUR, via Advocacia Geral da União, posicionou-se favoravelmente à celebração da locação do imóvel, sem o prévio procedimento licitatório, em parecer prévio solicitado pela apelante.

- O dolo avulta como o elemento caracterizador da prática do ilícito, perfectibilizando, se for o caso, o disposto no art. 89 da Lei nº 8.666/93. Ausência de dolo, correspondente à vontade deliberada de contratar sem o prévio procedimento licitatório, e com prejuízo para a Administração Pública.

- Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente (art. 18, parágrafo único, do CP). Apelo provido. Absolvição da ré, nos termos do art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação criminal, 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, 7 de julho de de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MAXIMILIANO CAVALCANTI (Convocado):

Segundo a denúncia, Bianca Gueiros Wanderley, na condição de chefe da Divisão de Convênios e Gestão do Ministério da Saú-

de em Pernambuco, teria, no dia 27.12.2003, dispensado licitação fora das hipóteses previstas em lei referente a uma alegada locação de imóvel destinado à alocação de documentos do arquivo do referido Ministério, em favor da empresa TCI File - Tecnologia do Conhecimento e da Informação Ltda.

Afirma a inicial acusatória que a denominada locação ocultava, na verdade, além de se destinar à atividade-meio da administração, ou seja, a guarda de documentos do Núcleo Estadual do Ministério da Saúde em Pernambuco, objetivada uma prestação de serviços à administração, consistente no trabalho de digitalização dos documentos do órgão, serviço cuja contratação somente poderia ocorrer com o devido procedimento licitatório, incidindo a denunciada nas penas do art. 89 da Lei nº 8.666/93 – fls. 04/07.

A sentença julgou procedente a denúncia, condenando a ré a 3 (três) anos de detenção e 10 (dez) dias-multa, correspondendo cada dia-multa ao valor de 1 (um) salário-mínimo vigente à época dos fatos, fundamentando-se em que o contrato, independentemente da nomenclatura, configura-se como de depósito oneroso, nos termos do art. 627 do Código Civil, para o qual não se prevê a dispensa de licitação, esclarecendo que a empresa contratada comprometeu-se a guardar a coisa, conservá-la e restituí-la mediante remuneração, da mesma forma que o faz com as empresas privadas.

A pena privativa de liberdade foi substituída por 2 (duas) penas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade em entidades públicas de caráter assistencial e prestação pecuniária para entidade pública ou privada de destinação social a ser indicada pelo Juízo das Execuções Penais, no valor de 30 (trinta) salários-mínimos.

Em sua apelação, a ré sustenta, em preliminar, inépcia da denúncia, porque os fatos narrados não constituiriam a figura típica descrita no art. 89 da Lei nº 8.666/93, “*notadamente quando faz ilações sobre o contrato administrativo celebrado ofuscar a prestação de serviços de digitalização*” – fl. 797.

No mérito, sustenta a ausência de dolo da ré, que, no seu entender, agia de acordo com a legalidade de seu ato, especialmente porque sua conduta estava respaldada em parecer da Advocacia

Geral da União e da Coordenadoria Jurídica do Ministério da Saúde, que nada mencionaram acerca da ilegalidade da contratação da empresa para a guarda dos documentos, tendo, inclusive, em seus pareceres, afirmado a viabilidade da dispensa da licitação.

Esclarece ainda que a atividade-fim do Núcleo Estadual do Ministério da Saúde diverge da atividade-fim do referido Ministério, esclarecendo que a atividade-fim do Núcleo é o apoio, serviço e facilitação do desenvolver das atividades do Ministério da Saúde, tendo como função precípua guardar, armazenar e conservar os documentos relacionados ao Ministério da Saúde no Estado de Pernambuco.

Sendo sua finalidade precípua a guarda de documentos do Ministério da Saúde, a apelante, embasada no parecer exarado pela Advocacia-Geral da União, dispensou o procedimento licitatório para a locação de um imóvel para a guarda de documentos do Ministério da Saúde.

Afirma ainda que atendeu, para a escolha do imóvel, às necessidades de instalação e localização, bem como o modo de conservação dos documentos, tendo buscado outros imóveis na própria Administração, obtendo resposta negativa, antes de optar pelo imóvel escolhido.

Sustenta que não houve qualquer serviço de digitalização de documentos, conforme comprova o depoimento do gerente da empresa TCI Files, mas sim a locação de espaço físico para a conservação de documentos do Núcleo Estadual do Ministério da Saúde, de acordo com as normas legais.

Salienta que não houve nenhum dano ao erário, porque o preço do aluguel do imóvel é compatível com os valores de mercado, tendo sido realizado previamente pelo setor de Recursos Logísticos do Núcleo uma pesquisa de preços entre os imóveis para locação, de acordo com o procedimento adotado pelo Núcleo pernambucano.

Afirma que houve exacerbação no tocante à aplicação da pena de multa e da pena pecuniária substitutiva, sustentando que a sua situação financeira, embora não precária, não é confortável a ponto de lhe autorizar arcar com a quantia de R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais) imposta na sentença.

Por fim, requer a sua absolvição ou, caso mantida a condenação, a redução da pena de multa – fls. 798/826.

Contrarrazões do MPF às fls. 830/834-v, pugnando pelo reconhecimento, em preliminar, da intempestividade da apelação, e, no mérito, pelo desprovimento da apelação.

Opinou a douta Procuradoria Regional da República, em preliminar, pela intempestividade do recurso, porque tanto a ré quanto o seu advogado foram intimados no dia 3.11.2008, começando o prazo a fluir no dia 4.11.2008 e findando no dia 10.11.2008, tendo a apelação sido interposta no dia 11.11.2008.

No tocante à apelação, sustenta que a materialidade e a autoria do delito foram demonstradas, afirmando que as provas documentais atestam que o contrato firmado com a TCI File Tecnologia englobava a prestação de serviços de armazenagem, segurança e transporte de documentos do ente público, não se limitando o negócio jurídico à simples locação de um espaço para a gestão do Ministério da Saúde em Pernambuco, ressaltando que, para a consumação do delito previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93, é desnecessário o prejuízo ao erário – fls. 840/843.

É o relatório. Ao eminente revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Com a máxima vênia aos entendimentos dissonantes, deixo de acolher a promoção da douta Procuradoria Regional da República da 5ª Região, no sentido de não ser possível admitir o apelo porque seria ele intempestivo.

No momento da intimação da sentença, no dia 3.11.2008, a ora apelante, de imediato, fez constar no mandado de intimação o termo “apelo da sentença”, termo este que se configura como uma petição simples de apelação, sendo as razões, posteriormente, apresentadas pelos seus advogados.

Ultrapassada a preliminar, passo ao exame do mérito.

A apelante foi condenada pelo crime descrito no art. 89 da Lei nº 8.666/93, porque teria, em tese, e na condição de chefe da Divi-

são de Convênios e Gestão do Ministério da Saúde em Pernambuco, no dia 27.12.2003, dispensado licitação fora das hipóteses previstas em lei referente à locação de imóvel destinado ao depósito de documentos do arquivo do referido Ministério, em favor da empresa TCI File - Tecnologia do Conhecimento e da Informação Ltda.

A teor do art. 24, X, da Lei nº 8.666/93, *verbis*:

Art. 24. É dispensável a licitação:

X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia.

Neste caso, a Administração tem que observar dois requisitos previamente, ou seja, comprovar que aquele imóvel atenderia às necessidades de instalação e de localização, e que o preço seria condizente com o praticado no mercado.

A apelante, no ano de 2003, era chefe da Divisão de Convênio e Gestão do Núcleo Estadual do Ministério da Saúde em Pernambuco. A teor do art. 12 do Decreto nº 6.860/09 (que definiu as competências da SE e dos órgãos a ela vinculados) aos Núcleos Estaduais do Ministério da Saúde compete, por intermédio de suas unidades organizacionais, desenvolver atividades técnico-administrativas e de apoio logístico, bem como praticar os demais atos necessários à atuação dos órgãos do Ministério da Saúde, submetidos à Subsecretaria de Assuntos Administrativos (art. 5º, IV).

No interrogatório, a apelante assim esclareceu os fatos:

VII - que a necessidade de locar o prédio em questão adveio de uma pesquisa em relação à sua localização e ao preço de mercado; que tomou conhecimento que o galpão locado estava à disposição através de consulta a outros dois órgão estaduais, quais sejam, o IRH e o PERPART; que optou por este prédio em especial porque contemplava características de segurança não verificadas em outros; que ele dispunha de segurança 24 horas e sistema de combate a incêndios; que sabe que existe alguma exigência em relação ao edifício que deva guardar documentos; que esteve pessoalmente nesse imóvel e também em outros; que assumiu o cargo em maio de 2003 e que des-

de então havia reclamações sobre as condições de guarda e estrutura no prédio da SUDENE, na parte do Ministério da Saúde, além de existirem janelas quebradas, não havia tempo para que se procedesse a licitação pela forma regular; que elaborou um dossiê, instruído com fotografias e informando das condições do prédio que abrigava a documentação, que foi endereçado aos superiores hierárquicos em Brasília, especialmente a Dr. Reginaldo Muniz; que formulou consulta formal à consultoria jurídica do Ministério da Saúde em Brasília, que respondeu ser viável a locação, desde que alterados alguns pontos; que levou à consultoria já uma minuta do contrato e também os contratos dos dois órgãos públicos estaduais; que sua consulta versava sobre a presença dos pressupostos legais que autorizavam a dispensa e não sob a forma de contratação – fls. 588/590.

Observo que as provas dos autos, tanto a material quanto a testemunhal, inclinam-se no mesmo sentido do que foi alegado pela apelante.

Há nos autos, também, fotografias do local em que estavam acondicionados os documentos, em péssimo estado de conservação, cabe destacar – fls. 626/648.

Em face da precariedade do local, a apelante oficiou várias vezes à Delegacia Regional do Serviço de Patrimônio da União para “...que nos seja fornecido um levantamento dos imóveis da União que estejam em disponibilidade ou na sua iminência, para que possamos analisar uma possível transferência de nossas instalações...”, pedindo urgência para a execução das transferências – fls. 649/651.

Há nos autos, também: a) vários ofícios, datados de 07.11.2003 a 22.03.2004, nos quais a apelante requer ao Coordenador Geral de Administração e Finanças de Pernambuco providências para o conserto do encanamento do Edifício SUDENE, local em que estão localizados os papéis do Núcleo Estadual de Pernambuco do Ministério da Saúde, sob pena de danos aos documentos ali depositados, além de prejuízo aos servidores – um deles se acidentou quando tentava abrir uma das janelas para ventilar o local – fls. 652/658; b) cópias (de fotos) do alagamento decorrente das chu-

vas ocorridas em 19.02.2003 – fls. 661/672; um ‘abaixo-assinado’ subscrito pelos funcionários do Núcleo Estadual de Pernambuco do Ministério da Saúde, com data de 11.03.2004, nos quais eles requerem providências para “...a mudança da instalação do NEMS, para um local em que se possa trabalhar com dignidade, isto é, sem temores de assalto, interno e externo, com água, elevadores disponíveis, melhor localização, que possibilite meios de transportes, alimentação, e munido de rede elétrica compatíveis com as normas técnicas e as necessidades” – fls. 678/682.

A fim de conservar a documentação do Núcleo, a apelante, no dia 23.09.2003, encaminhou ao Ministério da Saúde, mais especificamente à CONJUR, o Memorando nº 275/NEMS/DICON-PE, no qual fez constar que “...*tendo em vista a grande quantidade de documentos estocados nos mais diversos setores da DICON e, ainda, aqueles que diariamente são recebidos de vários municípios e órgãos, percebeu esta Diretoria que os referidos documentos encontram-se em locais de absoluta precariedade, inadequados para a alocação dos mesmos...*”; por ser o espaço pequeno, procurou ela outro local para a estocagem da documentação, de preferência em um único cômodo, para facilitar o acesso, encontrando um único imóvel com tais características – fl. 36.

No mesmo memorando, a apelante solicitou a emissão de parecer sobre “...*a proposta de locação da referida empresa proprietária do local, a fim de que seja analisada, ao tempo em que solicitamos a emissão de Parecer Jurídico que requer o assunto, fundamentado nos termos do art. 24, X, da Lei de Licitações, para que possamos adotar as providências cabíveis*” – fl. 36.

De acordo com a proposta, a empresa TCI File comprometia-se somente a guardar 11.300 (onze mil e trezentas caixas) tipo BOX, “***não conjugada com outra atividade***”, por períodos de 12 (doze) meses, prorrogados por igual período”, alocando ainda duas outras propostas de outras empresas – fls. 37/38 e 42.

Em resposta ao memorando, a Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde - CONJUR/Advocacia Geral da União, concluiu que “...*ante o exposto, e restrito o exame dos aspectos jurídico-formais da consulta formulada, abstraídas as questões técnicas, inclusive as de oportunidade e conveniência, as quais são alheias à*

competência de análise desta área jurídica, entendemos que não existe óbice legal à locação do referido espaço, por dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso X, da Lei nº 8.666/93, desde que o administrador obedeça aos requisitos legalmente previstos, fazendo demonstrar a necessidade de instalação e localização do imóvel e, especialmente, a compatibilidade do valor do contrato ao preço de mercado” – fls. 39/44.

A fim de atender às exigências da CONJUR, a apelante expediu o Ofício nº 338 de 17.11.2003, no qual apresentava uma pesquisa de preços de mercado e um rol dos locais disponíveis para Seção de Administração do Ministério da Saúde – fls. 47, 114/121 e 147/153.

A Seção de Administração, à qual a apelante estava subordinada, nos termos do art. 5º, IV, do Decreto nº 6.860/09, afirmou, em 25.11.2003, que, com base nas propostas apresentadas pela apelante, a Empresa TCI File teria apresentado as melhores propostas para a locação, respaldando a sua contratação nos termos do art. 24, X, da Lei nº 8.666/93 – fl. 48.

Finalmente, com base no ato da Chefia de Administração, a apelante aprovou a contratação da empresa TCI File, para a locação de imóvel para a guarda de documentos, nos termos do art. 24, X, da Lei nº 8.666/93 – fl. 49.

As testemunhas também corroboraram as declarações da apelante:

que na época em que ela depoente trabalhou naquela divisão do Ministério da Saúde era muito precário o armazenamento ou o arquivamento dos processos dos diversos setores; que enquanto ela depoente prestava serviços no gabinete da acusada chegou por várias vezes a oficialiar a órgãos como o Corpo de Bombeiros, Vigilância Sanitária, CREA, etc., para ir verificar as condições de segurança e salubridade daquela divisão e várias vezes realmente esses órgão ali estiveram e atestaram que não havia condições, quer de segurança, quer de salubridade; que ela depoente entende que atividade-fim é a que caracteriza a principal finalidade do órgão e atividade-meio é toda aquela que permite se atingir o fim; que entre as atividades-fins da divisão chefiada pela acusada estava a de guarda, ar-

mazenamento e conservação de documentos relacionados ao Ministério da Saúde em Pernambuco – Ana Carolina Carneiro Bastos, auxiliar administrativa, fls. 610/611.

que ela depoente na época prestava assessoria jurídica à acusada; que, normalmente, em casos de licitação ou dispensa de licitação, o assunto é encaminhado a um comitê do Ministério da Saúde em Brasília, que analisa o caso e profere uma decisão; que aqui em Pernambuco nunca se dá a decisão final, que sempre depende de Brasília; que no caso específico do contrato mencionado na denúncia foi feita uma tomada de preços entre as empresas que prestavam os serviços de armazenagem no Recife e inclusive analisado o problema de localização e segurança oferecidos; que também no caso de que fala a denúncia não houve, ao que se recorda, nenhuma objeção da parte do comitê em Brasília à celebração do contrato, desde que fossem atendidos alguns requisitos previstos em lei, o que foi feito; que atualmente não está mais prestando assessoria no Ministério da Saúde, mas está prestando serviços na Secretaria de Planejamento do Estado de Pernambuco; (...); que se recorda que o contrato previa o armazenamento e segurança dos documentos, mas não se recorda se o encaixotamento da documentação era feito pela empresa contratada ou pela repartição; que não havia a previsão de digitalização de documentos. Depoimento de Fernanda Menezes Teixeira, fls. 606/607.

Por todo o exposto, **verifico estar ausente o dolo na conduta da apelante, no tocante a dispensar o procedimento licitatório, fora das hipóteses legais.**

A apelante tomou todas as providências necessárias e realizou todo o procedimento administrativo com o objetivo de cumprir a sua atividade-fim: a guarda e a conservação da documentação do Núcleo Estadual do Ministério da Saúde em Pernambuco.

Após atestar e documentar as péssimas condições de armazenagem da documentação sob sua responsabilidade e das condições de trabalho dos funcionários, a apelante requereu providências, mediante ofícios, a vários órgãos da Administração, com o fito de obter um local adequado para a guarda dos documentos do Núcleo.

Não obtendo resposta aos ofícios expedidos durante mais de seis meses, a apelante pesquisou, com o adjutório de outros órgãos da administração, locais para armazenagem dos documentos, atentando para as condições destes locais, que deveriam garantir a conservação daqueles, para os casos de futuras consultas pelo Ministério da Saúde.

Uma vez encontrado o imóvel, a apelante submeteu a proposta do contrato à Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, que deu parecer positivo (favorável) à contratação da empresa, sem licitação.

Se o Ministério da Saúde, através da Advocacia Geral da União, se havia posicionado favoravelmente à contratação da empresa TCI File sem o prévio procedimento licitatório, não se pode sustentar ter havido ilegalidade na conduta da apelante, pois o órgão responsável pela análise da legalidade do contrato forneceu à apelante um parecer positivo para a celebração do contrato, sem a licitação.

Ainda que se argumente que o contrato celebrado entre a administração e a empresa TCI File seja, tecnicamente, um contrato de depósito oneroso, sendo cabível, em tese, a licitação, tal como afirmou o MPF, observa-se que a intenção da apelante não objetivava um contrato oneroso de depósito ou de prestação de serviços, mas sim, e simplesmente, um imóvel para a guarda dos documentos do Ministério da Saúde em melhores condições do que as existentes no prédio em que estavam acondicionados, garantindo a integridade da documentação para futura consulta dos servidores e/ou do público em geral.

Ivanilde Campelo de Oliveira, administradora, no procedimento administrativo disciplinar, assim afirmou:

que no seu entender o objeto desse processo era a Locação de Imóvel para a guarda de documentos, e essa guarda seria o acondicionamento de toda a nossa documentação no local previamente acertado, e quando necessário, seria manuseada pelos nossos servidores. Fls. 61/62.

Nem se argumente, ainda, que o contrato **objetivava uma digitalização disfarçada dos documentos**. O contrato firmado com a TCI File restringiu-se a ser um *“contrato de locação de es-*

paço físico”, destinado a “armazenar até 11.300 (onze mil e trezentas) unidades de caixas de papelão do tipo BOX de papel” – fls. 50/51.

Em face do exposto, não se vislumbra a presença do dolo, correspondente à vontade deliberada de firmar contrato administrativo sem o devido procedimento licitatório, em detrimento dos princípios administrativos.

Percebe-se, de outra sorte, que a apelante tomou todas as providências necessárias para conseguir um local adequado para a guarda da documentação do Ministério da Saúde, tendo tido, inclusive, o cuidado de solicitar, previamente, um parecer jurídico, do órgão competente, sobre a dispensa da licitação e a contratação da empresa escolhida, recebendo parecer favorável da CONJUR.

O conjunto probatório não apresenta elementos para configurar uma atividade delituosa a ser imputada à ré, uma vez que não ficou caracterizado ter ela/apelante, agido com dolo, elemento subjetivo do tipo penal previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93.

Ante o exposto, dou provimento à apelação, para absolver a ré, nos termos do art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.555-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Apelante: MAILSON BULHÕES DE OLIVEIRA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. FABIANO DE AMORIM M. JATOBÁ E OUTROS (APTE.)

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE. DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS. DECRETO-LEI 201/67. FRAUDE À LICITAÇÃO. ARTIGO 90 DA LEI 8.666/93. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PRE-

SENÇA DO DOLO. DOSIMETRIA DA PENA. ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL. CORRETA VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS.

- *Apelação criminal de sentença que condenou o apelante, pela prática dos crimes de fraude à licitação (artigo 90 da Lei 8.666/93), à pena de 2 anos e 3 meses de reclusão, e, também, pela prática do crime de desvio de recursos (artigo 1º, I, do Decreto-Lei 201/67), à pena de 4 anos e 5 meses de reclusão.*

- *A acusação tem por base irregularidades constatadas em relação ao convênio federal, firmado entre a União, por meio do Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, e o Município de Olivença, Alagoas, cujo objeto consistia na construção de barragem na municipalidade.*

- *As provas documentais e testemunhais demonstram a materialidade dos delitos imputados, configurando-se a presença do elemento subjetivo do tipo na perpetração da fraude no procedimento licitatório envolvendo a execução da obra, de que resultou favorecimento à empresa vencedora, e no emprego diverso do inicialmente redigido à verba federal oriunda do convênio.*

- *Na dosimetria das penas, acerto do magistrado na análise e valoração das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, em face dos elementos contidos nos autos. Ademais, a considerar as penas previstas aos ilícitos imputados ao apelante, não foge à razoabilidade a fixação das penas-base, reprimendas que restaram concretizadas.*

- *Acolhimento do parecer ministerial.*

- *Apelação não provida.*

ACÓRDÃO

Decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, negar provimento à apelação nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar o presente julgado. Vencido, em parte, o desembargador federal Ivan Lira de Carvalho (convocado), que provia parcialmente a apelação para reduzir a pena-base.

Recife, 26 de julho de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de apelação criminal interposta contra a sentença de folhas 737/752, da lavra do juiz federal da 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Alagoas, Leonardo Resende Martins, que condenou Mailson Bulhões de Oliveira às penas de 6 anos e 8 meses de reclusão, e multa, pela prática dos crimes de fraude à licitação, previsto no artigo 90 da Lei nº 8.666/93, e de responsabilidade, capitulado no artigo 1º, I, do Decreto-lei nº 201/67.

Teve por base a ação penal supostas irregularidades constatadas em relação ao convênio MMA/SRA/nº 500/98, firmado entre a União, por meio do Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, e o Município de Olivença, Alagoas, então administrado pelo apelante, e cujo objeto consistia na construção de uma barragem na zona rural da municipalidade, na localidade de Lagoa dos Patos.

Na denúncia, registrou-se o ajuizamento de ação popular perante a Justiça Federal de Alagoas para apurar as irregularidades; na mencionada ação, alegou-se que o objeto do convênio não fora cumprido, considerando os termos de relatório de fiscalização produzido pela Delegacia Federal de Controle, apontando que a construção da barragem havia sido em povoado diferente daquele previsto no convênio (Lagoa dos Patos), mas sim na região de Lagoa Grande, no sítio Muquém, em divisa de duas propriedades priva-

das. Tal alteração do local, ao dizer da acusação, efetuou-se sem a estrita observação à cláusula (6ª) do convênio, que preconizava as medidas a serem tomadas em caso de alterações, que somente poderiam ser feitas mediante proposta, com prazo mínimo de 20 dias antes do seu término, com justificativas, desde, ainda, que aceitas pelo ordenador de despesas. Noutra segmento, a acusação aponta para a existência de fraude no procedimento licitatório envolvendo a execução da obra, para beneficiar empresa vencedora, Construtora Alagoana Ltda. - CONAL, então considerada inapta pela Receita Federal.

Nas razões recursais, às folhas 792/821, a defesa sustenta a necessidade de absolvição do apelante, por negativa dos fatos típicos em discussão, ou que tivesse agido com dolo.

Refuta a acusação da prática de desvio, pois ausente o elemento subjetivo, o dolo, incompatível com a boa-fé que se verifica na conduta do apelante. Aduz que *os princípios norteadores da licitação foram observados*; ainda, que a empresa CONAL atendeu integralmente à regra editalícia; que, segundo relatório de fiscalização, da Gerência Regional de Controle Interno de Alagoas, o orçamento foi adequadamente dimensionado, *aquém da importância para a construção da barragem... estando os preços ofertados dentro da média de mercado*; nessa mesma linha, assevera que a obra seguiu o cronograma e o plano de trabalho, em conformidade com o projeto apresentado, com devida aplicação dos recursos financeiros, estando a barragem totalmente construída.

A defesa refuta ainda, em vista de depoimentos de testemunhas, a acusação da prática de fraude e de responsabilidade, por supostas ilicitudes cometidas por integrantes da CONAL. Voltando-se veemente contra o entendimento do representante ministerial e do próprio magistrado, rebate a acusação de utilização indevida do bem público. Argumenta, nessa quadra, que foi atendida a finalidade do convênio da construção da barragem, mesmo com a mudança da localidade, *pois o lugar originário sequer dispõe de solo apropriado para suportar a construção em baila; a modificação decorrerá em função de o local original ser inapropriado para tanto, conforme laudo técnico emitido por engenheiro do DNOCS.*

Quanto ao depósito inicial do crédito para a construção da barragem em conta bancária para tal fim, apregoa que as verbas eram liberadas de forma parcelada, a cada prestação de contas parcial de recursos anteriormente liberados.

Pontifica, à folha 814, “que o réu não cometeu o fato típico traduzido na norma acima citada, porquanto desprovida de má-fé, não tendo havido lesão ao erário, nem, muito menos, enriquecimento ilícito em proveito próprio e/ou de terceiro, na medida em que as verbas e/ou rendas públicas foram devidamente aplicadas, impondo averbar que o apelante visou beneficiar o interesse público, não sendo, por conseguinte, criminoso pela noção ostentada pela normatividade em comento”.

Subsidiariamente, a defesa requer a diminuição da pena imposta, por julgá-la exacerbada face às circunstâncias judiciais presentes e analisadas pelo juízo.

Contra-arrazoado o apelo, às folhas 825/834.

O parecer ministerial, às folhas 839/848, subscrito pela procuradora regional da República Eliane de Albuquerque Oliveira Recena, é opinativo pelo não provimento da apelação, ao entendimento de que restaram comprovadas a materialidade e a autoria delituesa, bem como o dolo, sustentando, ademais, *não procederem as razões sustentadas pelo apelante no sentido de ser eximido da responsabilidade pelos fatos criminosos*.

É o relatório. Seguiram ao douto revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

Cuidei de relatar os fatos, com certa minúcia, de sorte a melhor compreender das condutas imputadas.

Na sentença, reconheceu-se a ocorrência de fraude no processo licitatório, em que seria incontestada a finalidade de beneficiar a empresa vencedora do certame licitatório.

O apelante foi condenado pela prática dos crimes inscritos na Lei 8.666/93 (art. 90) e no Decreto-Lei 201/67 (artigo 1º, I).

Do manuseio dos autos, tenho que o conjunto de prova é sólido a demonstrar o objetivo e a intenção do apelante, ao não observar e igualmente não seguir o rito legal que se impõe ao procedimento da licitação, no favorecimento à empresa vencedora, no que se constata a presença do elemento subjetivo do tipo no seu agir. Doutra sorte, também os autos não deixam dúvida de que a verba oriunda do Convênio MMA/SRA/nº 500/98 teve emprego diverso do inicialmente redigido.

Quanto ao primeiro tipo penal em análise, cuida este de resguardar o princípio da competitividade das licitações públicas, tendo por elemento subjetivo o dolo específico, na intenção do agente em obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação. Para que haja imputação de um crime faz-se necessária a perfeita adequação típica da conduta, no deliberado *intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação*, o que restou comprovado nos presentes autos.

Também no que se refere à imputação da conduta prevista no artigo 1º, I, do Decreto-Lei 201/67, é de ver que os argumentos defensivos não se sustentam.

Assim o dizendo, acolho os termos do percuciente opinativo, de que passo a transcrever:

No que diz respeito aos repasses objeto do convênio firmado com o Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, afirma o Sr. Mailson Bulhões de Oliveira terem sido todos devidamente aplicados no objeto dos convênio, sendo que, **“...a modificação do local destinado à construção da barragem, ao contrário do que imagina o autor e entendeu o juízo a quo, não se deu no intuito de deliberadamente, desviá-la para proveito próprio ou alheio, mas, sim, em função de o local original ser inapropriado para tanto, conforme laudo técnico emitido pelo Engenheiro Civil Edson José da Silva (CREA - 270/D - AL) e laudo técnico e depoimento do Engenheiro do DNOCS, inclusos na ação popular”** (fl. 802).

Ocorre que, como bem esclarece o Membro do *Parquet* de primeira instância, autor das contrarrazões de recurso de fls. 826 e seguintes, **“... resta cabalmente demons-**

trada (...) a conduta delituosa do condenado/apelante (conduta tipicamente dolosa) que aproveitando-se da chefia da administração municipal VIOLOU OS PRINCÍPIOS - DEVERES - INERENTES AO CARGO, previstos no art. 37 da CRFB/1988, notadamente da moralidade e da legalidade” (fl. 834), pelo que deverá o apelo prosperar, conforme demonstraremos.

Em primeiro lugar, estabelecem os artigos 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67, e 90 da Lei nº 8.666/93, *verbis*:

“Art. 1º São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do poder judiciário, independentemente do pronunciamento da câmara de vereadores:

I - Apropriar-se de bens ou rendas públicas ou desviá-los em proveito próprio ou alheio.”

“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.”

Ora, Srs. Juízes, da análise dos autos, extraem-se diversas provas de que o condenado realmente concretizou as hipóteses previstas em lei.

Realmente, resta evidente que os elementos de convicção colhidos pelo *Parquet* serviram para comprovar a autoria e a materialidade da conduta do apelante quanto à malversação de verbas públicas federais em proveito alheio, inclusive quanto à presença do dolo, elemento subjetivo da conduta, pelo que, considerando-se isso, concluímos não procederem as alegações trazidas na apelação.

A primeira, robusta e incontestada prova da prática criminosa, é o Relatório de Fiscalização nº 136/2001 da Secretaria Federal de Controle Interno, que se encontra às fls. 32/36 dos presentes autos (doc 03 da inicial acusatória), onde está exposto, de forma clara e objetiva, que **“...segundo o Plano de Trabalho e Projeto apresentados, a construção da barragem (Açude Agrestin) estava prevista para a localidade Lagoa dos Patos, entretanto, segundo in-**

formações obtidas e verificação in locu, a referida barragem foi construída no local denominado Olho D'água do Muquém, fato este, não comunicado à Secretaria de Recursos Hídricos/MMA nem citado em qualquer outro documento referente à execução da obra, bem como na documentação comprobatória das despesas realizadas com a mesma” (fl. 36).

Assim é que aquele relatório, em diversas passagens, cuida de esmiuçar sobre como se deram os desvios das verbas repassadas ao Município então comandado pelo apelante, em razão do convênio por ele firmado com a UNIÃO.

Por oportuno, confirmam-se as conclusões a que chegou o *Parquet*, com respaldo nas provas dos autos e que foram, entre outras ocasiões, externadas nas contrarrazões de recurso, *verbis*:

“Assim, se não bastasse o desvio dos recursos públicos, o condenado/apelante prestou dolosamente falsa informação do verdadeiro local de construção da obra patrocinada pela União.

O condenado/apelante Mailson Bulhões de Oliveira admitiu, no seu interrogatório (fls. 123/125), que o Convênio com o Ministério dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal visava a construção de uma barragem na localidade Lagoa dos Patos, mas que, entretanto, a barragem foi construída na Lagoa Grande. Confirmou, ainda, que inúmeras vezes afirmou que a construção da barragem estava ocorrendo na Lagoa dos Patos.

Em dezembro de 1999 foi interposta Ação Popular nº 2000.80.00.316-0 junto à 1ª Vara Federal do Estado de Alagoas. Nestes autos foi realizado um laudo de verificação (fls. 40/41) que concluiu “que a barragem não deve ser utilizada diretamente para consumo humano e que a construção se localiza no Sítio Muquém”. E mais: “Segundo informações de moradores daquela localidade a água do açude serve apenas para consumo animal”.

A continuação do Laudo de Verificação ainda demonstrou que: “quanto à presença de peixes, foram cevados vários pontos à margem da barragem, e detectada a movimentação de poucos peixes de pe-

queno porte, tratando-se provavelmente de alevinos (filhotes de peixes)”.
Vale lembrar que o Anexo I do Plano de Trabalho estipulou que na Justificativa da Proposição: “A finalidade principal da barragem Lagoa dos Patos, é o abastecimento humano e animal, bem como a pequena irrigação, a piscicultura também será beneficiada, além da formação de vazantes”.

Conclui-se pelo desvio dos recursos federais para construção de uma barragem em localidade diversa da autorizada para fins diversos daqueles previstos para os recursos. Qual seria a finalidade? Foi pública?

As respostas podem ser obtidas no arcabouço probatório na medida em que o Laudo de Verificação - Continuação concluiu: “pôde-se constatar que a barragem foi construída na divisa de duas propriedades, servindo às terras do senhor José Soares de Melo e de outro senhor, conhecido como ‘Zé Galego’, o qual apanha água para os animais utilizando carro de boi”.

(...)
Dessa forma, resta patente que o que aconteceu foi a realização de uma benfeitoria em um terreno particular às custas dos recursos públicos destinados à construção de uma barragem em local público, de livre acesso, para consumo humano e animal, bem como irrigação e piscicultura.

(...)
Ademais, o próprio condenado/apelante, Mailson Bulhões de Oliveira, admitiu, no seu interrogatório (fls. 123/125), que o Convênio com o Ministério dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal visava a construção de uma barragem na localidade Lagoa dos Patos, mas que, entretanto, a barragem foi construída na Lagoa Grande. Confirmou, ainda, que inúmeras vezes afirmou que a construção da barragem estava ocorrendo na Lagoa dos Patos. Logo, dúvida inexistente no que pertine ao dolo do administrador público da cidade de Olivença/AL que, com o intuito de desviar em favor de outrem os recursos repassados pela União, de forma livre e consciente, construiu obra em terreno particular, na localidade de Olho D’água do Múquem. (Fls. 828/831)

A propósito, o processo conta com a confissão feita pelo apelante no interrogatório de fls. 123 e seguintes, no sentido de que **“...em 1998 o Município firmou um convênio com o Ministério dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal para viabilizar a reconstrução de uma barragem na localidade da Lagoa dos Patos (...) (,) no entanto a barragem foi construída na Lagoa Grande”** (fl. 123), sem contar com os depoimentos das testemunhas (fls. 582, 584 e 586) que atestam, corroborando a vistoria *in loco* realizada pela Secretaria Federal de Controle Interno, não só que a barragem foi construída em Lagoa Grande, como que foram utilizados artifícios para construí-la em propriedade particular, pelo que, tal como afirmado pelo *Parquet*, **“...dúvida inexiste no que pertine ao dolo do administrador público da cidade de Olivença/AL que, com o intuito de desviar em favor de outrem os recursos repassados pela União, de forma livre e consciente, construiu obra em terreno particular”** (fl. 831).

Por outro lado, provou-se, ainda, durante a instrução, que houve contratação fraudulenta da empresa que executou a obra, qual a CONAL Construtora Alagoana LTDA., tal como também reconheceu o Magistrado *a quo* em seu *decisum*. Vejamos as conclusões a que ele chegou, conclusões essas com as quais concordamos *in totum, verbis*:

“No que concerne ao procedimento licitatório realizado pelo réu, na modalidade convite, para a escolha da empresa para a construção da barragem, verifico que houve um total desrespeito aos ditames da Lei nº 8.666/93. Conforme documentação acostada aos autos (fls. 76/82), no dia 3 de novembro de 1998, a comissão permanente de licitação da prefeitura de Olivença realizou o julgamento das propostas recebidas por três empresas: Modelar Construções Ltda., CMO Construções Ltda. e Conal Construtora Alagoana Ltda., dando como vencedora esta última. No mesmo dia, o réu, então prefeito do município, adjudicou o contrato à empresa vencedora, tendo a homologação, momento em que caberia ao réu examinar o processo e manifestar-se sobre sua legalidade e conveniência, ocorrido em 4 de novembro de 1998. Contudo, a autorização para a realização da licitação apenas foi expedida pelo réu em 23 de novem-

bro de 1998, ou seja, 19 dias depois da homologação do procedimento, e sem uma definição precisa do objeto e a indicação dos recursos hábeis para a despesa. Ademais, o documento que comprova a entrega dos editais (cartas-convite) data de 3 de dezembro de 1998, evidenciando o desrespeito ao art. 21, § 2º, IV, da Lei nº 8.666/93, que determina o prazo mínimo de 5 dias entre o recebimento das cartas-convite e a apresentação de propostas ou realização do evento. Também não há qualquer indício de que cópias dos editais foram afixadas em local visível na própria administração, conforme exige o art. 22, § 3º, da referida lei, como garantia da isonomia e impessoalidade do procedimento, já que outros interessados poderiam participar da licitação.

Ora, ainda que se trate de licitação realizada em modalidade mais simples, é extremamente gravoso que o réu, sob a mera alegação de erro material, ignore o rito legalmente previsto, sendo cediço que, especialmente para o administrador público, é inexcusável a alegação de desconhecimento de lei. O princípio da legalidade, norteador do agir administrativo e que constitui uma das principais garantias aos direitos individuais, juntamente com o princípio da impessoalidade, visa impedir que o agente público ao agir busque interesses pessoais e não da sociedade.

Tal princípio é de suma relevância em matéria de licitação, pois esta constitui um procedimento inteiramente vinculado à lei, estando todas as suas fases rigorosamente disciplinadas na Lei nº 8.666/93. Tal é a importância da fiel observância do pertinente procedimento que, mais do que um direito público subjetivo dos licitantes, esta foi erigida em direito difuso, passível de ser protegida por iniciativa do próprio cidadão.

Outra irregularidade que evidencia a ocorrência de fraude no procedimento licitatório *sub examine* é a falsificação da assinatura de Carlos César Gomes, o qual consta em todos os documentos do certame como sócio-gerente da empresa e representante desta, bem como no relatório de cumprimento do objeto do convênio e nos recibos; porém, conforme depoi-

mento testemunhal de fls. 84/85 e fls. 554/557, nunca compareceu ao Município de Olivença e apenas teria trabalhado na empresa vencedora em 1992, como motorista. Demais disso, a testemunha afirmou que era sobrinho do Sr. Francisco Martins, já falecido, o qual na época da licitação era o proprietário da empresa, e que o filho deste o procurou afirmando que havia conversado com o réu e que a testemunha deveria relatar junto à Polícia Federal que havia buscado cheques na prefeitura de Olivença a mando de seu falecido tio.

Nesse andar, frente a todas as irregularidades demonstradas, é mais do que inconteste a ocorrência de fraude na licitação em questão, com o objetivo de beneficiar a empresa vencedora, enquadrando-se a conduta do réu no tipo legal do art. 90, da Lei nº 8.666/93". (Fls. 743/744)

Assim é que, tomando-se por base a minuciosa e detalhada análise feita pelo Magistrado das declarações prestadas pelo próprio apelante em juízo e os depoimentos das testemunhas, entendemos plenamente demonstrada a responsabilidade do recorrente pelo evento criminoso, inclusive quanto à prática de fraude à licitação.

Sendo assim, inquestionável é a comprovação da autoria e da materialidade dos fatos narrados na denúncia e enquadrados no artigo 90 da Lei nº 8.666/93 e no artigo 1º, I, do Decreto-lei nº 201/67 sendo, também, incontestável a prova do dolo, elemento subjetivo da conduta do réu, ora recorrente, razão pela qual entendemos que não procede o pedido no sentido de afastar a condenação que lhe foi imposta.

Com efeito, o quanto noticiado na peça acusatória inicial restou provado por documentos e testemunhos, de manifesta demonstração da materialidade dos delitos, por cujas condutas se configura a presença do elemento subjetivo do tipo. Noutro dizer, o apelante, na condição de prefeito municipal, praticou as irregularidades apontadas na execução do mencionado 500/98, por conduta que se revela ter havido fraude à licitação, desvio de recursos públicos federais repassados à municipalidade, e, ainda, o emprego das verbas de maneira diversa daquela estabelecida.

Sob outro aspecto, não merece ser reformada a dosimetria da pena, pois não há, nela, qualquer exacerbação, como pretende crer a defesa do apelante.

É mesmo oportuna a transcrição dos fundamentos de que se valeu o douto magistrado sentenciante, ao sopesar as circunstâncias judiciais, como se observa do excerto seguinte:

Analisando as circunstâncias judiciais estampadas no art. 59 do CP, observo o seguinte: CULPABILIDADE – não foi demais acentuada, pois em ambas as condutas típicas o *modus operandi* não demonstrou maior gravidade; ANTECEDENTES – o condenado não apresenta antecedentes conhecidos – CONDUCTA SOCIAL – de um indivíduo, até prova em contrário, ajustado socialmente; PERSONALIDADE – de um indivíduo comum, sem propensão para a criminalidade – MOTIVOS – os motivos são desconhecidos; CIRCUNSTÂNCIAS – **desfavoráveis, na medida em que o réu, chefe do poder Executivo Municipal, se aproveitou da situação da calamidade pública por que passava o município para auferir benefício em proveito da empresa vencedora da licitação, no caso do delito tipificado no art. 90 da Lei nº 8.666/93, e em proveito dos proprietários das terras que confinam com a barragem, no delito do art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67; CONSEQUÊNCIAS – grave no que concerne ao delito de desvio de recursos, visto que o Município de Olivença se encontrava em estado de calamidade pública em razão da seca e a finalidade do convênio não foi totalmente atingida, prejudicando a comunidade que seria beneficiada com a construção da barragem no local avençado; COMPORTAMENTO DAS VÍTIMAS – o comportamento da pessoa jurídica lesada (UNIÃO), por óbvio, em nada contribuiu para a prática do crime.**

Estabeleço, então, a teor do que dispõem os arts. **33, parágrafos 1º a 3º, e 59 do Código Penal**, como necessária e suficiente para prevenir e reprimir os crimes a seguintes penas:

a) Pela fraude à licitação (art. 90 da Lei nº 8.666/93):

Condeno o réu à pena de 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão, a ser cumprida em REGIME ABERTO, no sistema prisional do Estado de Alagoas.

b) Pelo desvio de recursos (art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67):

Condeno o réu à pena de **4 (quatro) anos e 5 (cinco) meses** de reclusão, a ser cumprida em REGIME ABERTO, no sistema prisional do Estado de Alagoas.

(Omissis)

Em face do exposto, condeno o réu pelo crime de fraude à licitação, tal como previsto no art. **90 da Lei nº 8.666/93, à pena de 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão e multa** equivalente a 50 (cinquenta) dias-multa, à razão de 1/2 (meio) salário mínimo vigente à época do fato, corrigido monetariamente, o valor de cada dia-multa; e **pelo crime de desvio de recursos (art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67), à pena de 4 (quatro) anos e 5 (cinco) meses de reclusão.**

(Omissis)

Procedendo, portanto, à unificação das penas, torno definitiva a aplicação de pena restritiva de liberdade de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semi-aberto no sistema prisional do Estado de Alagoas, além do pagamento de multa equivalente a 50 (cinquenta) dias-multa, à razão de 1/2 (meio) salário mínimo vigente à época do fato, corrigido monetariamente, o valor de cada dia-multa.

Ademais, em face da condenação e enquanto durarem seus efeitos, **decreto a suspensão dos direitos políticos do condenado**, nos termos do art. 15, III, da Constituição Federal, devendo, tão logo passada em julgado a presente sentença, ser cientificado o egrégio Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas, a fim de que adote as providências pertinentes, sendo ainda certo que o condenado ficará também, na forma do § 2º do art. 1º do Decreto-Lei 201/67, **tão logo transitada em julgado esta sentença, inabilitado pelo prazo de cinco anos para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular.**

Condeno-o, igualmente, o réu ao pagamento das custas processuais.

As circunstâncias judiciais se apresentam, com efeito, desfavoráveis ao apelante, bem como as consequências dos crimes, sobretudo considerando o cargo que ocupava o apelante.

As penas concretizadas, necessárias para a retribuição e a prevenção dos delitos, condizem com o grau de censura que deve recair sobre as condutas criminosas praticadas.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.104-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, AMARO ANDRÉ DE SOUZA FILHO (RÉU PRESO), RICARDO MANOEL PALMEIRA DOS SANTOS (RÉU PRESO) E ROSILDA NEPOMUCENO DA SILVA
Apelados: OS MESMOS, MACIEL FERREIRA DE LIMA (RÉU PRESO) E OLÍVIO DA SILVA OLIVEIRA (RÉU PRESO)
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Advs./Procs.: DRS. MARCELO LAPENDA DE ARRUDA E JOSE-MIR CÉSAR PAZ DE LIRA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO, QUADRILHA OU BANDO E RECEPÇÃO. CONFIGURAÇÃO. ROUBO EM CONCURSO MATERIAL COM A EXTORSÃO. INOCORRÊNCIA. INTERROGATÓRIO POLICIAL. AUSÊNCIA DE DEFENSOR. POSSIBILIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONFISSÃO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO. INADMISSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA.

- **Condenação dos réus nas penas insertas no art. 159, § 1º, parte final, do CP c/c art. 9º da Lei nº 8.072/90 e art. 70 do CP (para o crime de extorsão mediante sequestro), no art. 288, parágrafo único, do CP c/c art. 8º, caput, da Lei nº 8.072/90 (para o delito de quadrilha ou bando) e no art. 180, caput, do CP que deve ser mantida.**
- **Hipótese em que os acusados Amaro André da Silva e Ricardo Manoel Palmeira dos Santos tiveram participação no sequestro do esposo e da filha, menor de idade, de gerente da Caixa Econômica Federal, por meio do qual se exigiu, sob fortes ameaças, quantia em dinheiro para liberá-los.**
- **Caso em que a ré Rosilda Nepomuceno da Silva, embora não tenha participado do delito de extorsão mediante sequestro, foi condenada por receptação, já que extraiu proveito econômico do crime praticado por outras pessoas, tendo plena ciência de que o dinheiro por ela recebido era ilícito.**
- **Inexiste concurso material entre o roubo e a extorsão mediante sequestro quando aquele constitui uma das etapas desse último, sendo por este absorvido.**
- **A presença do patrono do acusado, na seara policial, não se afigura indispensável, tendo em vista a própria natureza administrativa do inquérito policial.**
- **Embora o art. 185 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 10.792/03, estabeleça que o acusado será interrogado na presença do seu defensor, constituído ou nomeado, o dispositivo legal em comento faz referência, na verdade, ao interrogatório judicial, o qual exige contraditório e ampla defesa.**
- **Afasta-se a tese de ausência de dolo, sustentada por um dos réus, uma vez que não se pode**

dizer que o acusado, ao ser “convidado” por pessoas que estavam presas para realizar um serviço, não tinha como imaginar a natureza da atividade, sendo inadmissível que pensasse tratar-se de algo lícito.

- Não há que se falar em inexigibilidade de conduta diversa, eis que inexistente prova de que os comparsas de um dos acusados o ameaçariam caso ele pretendesse não participar da empreitada criminosa.

- Resulta inaplicável o art. 65, III, d, do CP, tendo em vista que a acusada, por ocasião do seu interrogatório, não confessou a prática do delito de receptação.

- É incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, quando não estão presentes os requisitos subjetivos autorizadores para tal substituição.

- Admite-se que o juiz fixe regime mais gravoso para o início de cumprimento da pena, quando o grau de culpabilidade e outras circunstâncias desfavoráveis ao agente assim o permitir, tal como ocorreu no presente caso.

- Apelações improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações, nos termos do relatório, do voto do relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 21 de julho de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Trata-se de apelação criminal interposta por Amaro André de Souza Filho (“Pezão” ou “Lunga”), Ricardo Manoel Palmeira dos Santos e Rosilda Nepomuceno da Silva (“Pequena”), estando recolhidos à prisão os dois primeiros, contra sentença que julgou procedente, em parte, a ação penal ajuizada pelo Ministério Público Federal, para condená-los pela prática dos seguintes crimes:

1) com relação ao réu Amaro André de Souza Filho (“Pezão” ou “Lunga”):

a) extorsão mediante sequestro (art. 159, § 1º, parte final, do CP) - 16 anos (pena-base) + 1/2 (causa de aumento prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/90) + 1/6 (causa de aumento decorrente do concurso formal, pois a conduta se repetiu por duas vezes) - 1/4 (causa de diminuição em face da participação de menor importância, art. 29, § 1º do CP) = total de 21 anos de reclusão;

b) quadrilha ou bando (art. 288, parágrafo único, do CP, com as penas do art. 8º, *caput*, da Lei nº 8.072/90) - total de 8 anos de reclusão¹.

2) quanto ao réu Ricardo Manoel Palmeira dos Santos:

a) extorsão mediante sequestro (art. 159, § 1º, parte final, do CP) - 12 anos (pena-base) + 1/2 (causa de aumento prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/90) + 1/6 (causa de aumento decorrente do concurso formal, pois a conduta se repetiu por duas vezes) = total de 21 anos de reclusão (pena definitiva).

3) no tocante à ré Rosilda Nepomuceno da Silva:

a) receptação (art. 180, *caput*, do CP) - 3 anos de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época da consumação do delito. A pena privativa de liberdade não foi substituída por restritiva de direitos, por

¹ A sentença foi corrigida nesse ponto, em razão de erro material (cf. fls. 405/406).

entender o magistrado que não estavam presentes os requisitos subjetivos autorizadores de tal substituição (art. 44, III, do Código Penal).

Em decorrência do concurso material entre os crimes de extorsão mediante sequestro e quadrilha ou bando, o MM. Juízo *a quo* fixou, em definitivo, para Amaro André de Souza Filho (“Pezão” ou “Lunga”), a pena de 29 anos de reclusão².

O réu Ricardo Manoel Palmeira dos Santos foi absolvido do crime previsto no art. 288 do CP, com as penas do art. 8º da Lei nº 8.072/90, por não existir prova de que concorreu para tal infração penal (art. 386, V, do CP).

Como valor mínimo para reparação do dano, foi fixado o montante de R\$ 48.800,00 (quantia subtraída).

Os acusados Maciel Ferreira de Lima (“Pimenta ou Pirralho”) e Olívio da Silva Oliveira, apesar de condenados pelos delitos de extorsão mediante sequestro e quadrilha ou bando, não apresentaram recurso, conforme atesta a certidão de fl. 421.

O Ministério Público Federal apelou da sentença, na parte em que não condenou os réus Maciel Ferreira de Lima, Amaro André de Souza Filho e Olívio da Silva Oliveira nas penas do art. 157, § 2º, I e II, do CP. Alega o *Parquet* que o roubo dos objetos da casa das vítimas (veículo, aparelhos de celular, máquina fotográfica digital e arma de fogo) foi praticado em concurso material com a extorsão (conexão teleológica), sendo certo que o primeiro e o terceiro réus, embora encarcerados, foram os autores intelectuais daquele crime, possuindo, assim, o respectivo domínio dos fatos, ao passo que o segundo denunciado, por ter instigado a perpetração do referido roubo, dele participou, de modo que todos devem ser condenados pela infração em comento.

A defesa de Amaro André de Souza Filho, na apelação, suscitou a preliminar de nulidade da sentença, ao argumento de que, por ocasião do interrogatório policial não estava acompanhado de

² A sentença foi corrigida nesse ponto, em razão de erro material (cf. fls. 405/406).

defensor. Sustenta, em seguida, ofensa aos arts. 5º, LIV, LVI e LVII, e 93, IX, ambos da Constituição Federal.

No mérito, defende que inexistem provas de que praticou os crimes previstos nos arts. 159, § 1º, parte final (duas vezes em concurso formal) e 288 (com as penas do art. 8º, *caput*, da Lei nº 8.072/90), c/c os arts. 29 e 69, todos do CP. Afirma que, além de haver erro de julgamento quanto à sua incursão nas penas do crime de quadrilha (art. 288), não foram levadas em consideração as circunstâncias judiciais no momento de fixação da pena, de maneira que a mesma deve ser reduzida, caso não haja a sua absolvição.

O réu Ricardo Manoel Palmeira dos Santos, no seu recurso, defende a tese de ausência de dolo e da inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que não tinha conhecimento da atividade criminosa para a qual foi “convidado” a participar, pois os acusados Olívio da Silva Oliveira e Maciel Ferreira de Lima não entraram em detalhes acerca da empreitada. Afirma que resolveu aceitar o serviço em razão da sua dificuldade financeira, aduzindo que, no dia do ocorrido, quando se deu conta de que se tratava de um sequestro, ficou assustado e não pôde desistir do intento criminoso, pois, se descumprisse as ordens que lhe foram passadas, os citados réus atentariam contra a sua vida.

Por sua vez, Rosilda Nepomuceno da Silva destaca que a sentença é omissa quanto à aplicação da atenuante genérica prevista no art. 65, III, *d* do CP, não levando em consideração que a apelante confessou, na fase policial e na judicial, a prática do crime de receptação. Requer, portanto, a redução da pena para dois anos de reclusão, aplicando-se ao caso o art. 77 do Código Penal. Sustenta, ainda, a existência dos pressupostos objetivos e subjetivos constantes do art. 44 do referido diploma legal, de modo a propiciar-lhe a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Alfim, se não aplicada a substituição ou a suspensão condicional da pena, requer que seja fixado o regime aberto para início de cumprimento desta, tendo em vista a configuração das condições pessoais e legais para a sua fixação.

Contrarrazões ao apelo do MPF às fls. 522/528.

O MPF, às fls. 459/467, fls. 477/484 e fls. 485/491 apresentou contrarrazões aos recursos dos réus Amaro André de Souza Filho, Rosilda Nepomuceno da Silva e Ricardo Manoel Palmeira dos Santos, respectivamente.

Oficiando como *custos legis*, nesta instância, o ilustre representante do *Parquet* ofertou parecer, em que opina pelo provimento do apelo ministerial e pelo não provimento dos recursos dos acusados.

É o relatório. Ao Revisor.

VOTO

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

Pretendem os apelantes obter a reforma da sentença que julgou procedente a ação penal ajuizada pelo Ministério Público Federal, para condená-los às penas insertas no art. 159, § 1º, parte final, do CP c/c art. 9º da Lei nº 8.072/90 e art. 70 do CP (para o crime de extorsão mediante sequestro) e no art. 288, parágrafo único, do CP c/c art. 8º, *caput*, da Lei nº 8.072/90 (para o delito de quadrilha ou bando), e no art. 180, *caput*, do CP (receptação), impondo, para Amaro André de Souza Filho (“Pezão ou Lunga”), Ricardo Manoel Palmeira dos Santos e Rosilda Nepomuceno da Silva (“Pequena”), respectivamente, as penas de 29, 21 e 3 anos de reclusão.

Inicialmente, há de ser feita uma rápida retrospectiva dos fatos narrados na denúncia, na qual consta que os recorrentes concorreram para prática dos crimes em questão.

Em 15/12/08 (por volta das 9h), Jurusse Muniz de Paula Filho (“Mão”) e José Carlos Pereira dos Prazeres (“Alemão” ou “Galego”)³ invadiram a residência de Maria Cláudia Demétrio de Barros Torres (localizada em Camaragibe/PE), gerente da Caixa Econô-

³ Jurusse Muniz de Paula Filho e José Carlos Pereira dos Prazeres faziam parte do bando que arquitetou o crime de extorsão mediante sequestro e também foram condenados, tendo a apelação de ambos (ACR 7991/PE) sido julgada por esta 3ª Turma no dia 26/05/11.

mica Federal - CEF, após passarem a madrugada em uma mata atrás daquela casa, monitorando os passos de seus moradores. Na ocasião, Maria Cláudia já havia se dirigido à agência em que trabalhava, situada no bairro de Afogados, em Recife/PE.

Após apontarem arma de fogo contra Geralda Majela Batista, empregada doméstica, e perguntarem pelo proprietário do imóvel, trancaram-na em um dos cômodos da casa e roubaram o revólver de Jason Gonçalves Torres, esposo de Maria Cláudia, conduzido sob violência ao cativoiro, juntamente com a filha do casal, Gabriela de Barros Torres, com 12 (doze) anos de idade à época.

Para chegar ao local do cativoiro, “Mão” e “Alemão” utilizaram um veículo Fiat Strada da própria família vitimada, dirigido pelo primeiro.

Enquanto as vítimas eram conduzidas para o cativoiro, Maria Cláudia recebeu telefonema de Maciel Ferreira de Lima (“Pimenta” ou “Pirralho”) e Olívio da Silva Oliveira, mentores intelectuais dos delitos em questão, exigindo-lhe, sob fortes ameaças, a quantia de R\$ 500.000,00 pelo resgate de seu esposo e sua filha.

Ao chegarem ao local do cativoiro, situado em Camaragibe/PE, as vítimas foram obrigadas a caminhar por uma trilha íngreme em uma mata e, posteriormente, deixadas por “Mão” e “Alemão” sob a custódia do indivíduo chamado “Irmão” e de Ricardo Manoel Palmeira dos Santos.

Por volta das 15h daquele dia, Marconi da Silva, um dos responsáveis pela manutenção das vítimas no cativoiro, levou drogas e lanches ao referido local.

Maria Cláudia recebeu sucessivas ligações telefônicas de Maciel Ferreira de Lima (“Pimenta”) e Olívio durante o dia 15/12/08, no curso das quais houve diversas ameaças, inclusive de ofensa à integridade física de sua filha, até que restou acordado o pagamento de R\$ 48.800,00.

Concluídas as negociações, Maria Cláudia dirigiu-se a Camaragibe/PE, por volta das 18h, deixando o montante de R\$ 48.800,00 sobre a calçada de uma rua pouco iluminada, quantia recolhida por Jurusse Muniz de Paula Filho (“Mão”). Depois do recebimento da importância acordada, as vítimas foram liberadas.

As condutas praticadas pelos réus encontram-se assim tipificadas:

Extorsão Mediante Sequestro

Art. 159. Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Se o sequestro dura mais de 24 (vinte e quatro) horas, se o sequestrado é menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos, ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 20 (vinte) anos. (...) (Código Penal)

Causas de aumento

Art. 9º As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, *caput* e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, *caput* e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal. (Lei nº 8.072/90)

Art. 70. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

Parágrafo único. Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código. (Código Penal)

Causa de diminuição (só quanto ao réu Amaro André de Souza Filho)

Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º Se a participação for de menor importância, a pena

pode ser diminuída de um sexto a um terço. (...) (Código Penal)

Quadrilha ou Bando

Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado. (Código Penal)

Art. 8º. Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços. (Lei nº 8.072/90)

Receptação

Art. 180. Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:

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

Prima facie, convém apreciar o apelo interposto pelo Ministério Público contra a parte da sentença que não condenou os réus Maciel Ferreira de Lima (“Pimenta ou Pirralho”), Amaro André de Souza Filho (“Pezão ou Lunga”) e Olívio da Silva Oliveira pelo crime de roubo (art. 157, § 2º, I e II, do CP), o qual, na visão do representante do *Parquet*, teria ocorrido, uma vez que os integrantes da quadrilha que ficaram responsáveis pela invasão da casa das vítimas, no momento do sequestro, teriam subtraído da residência dois aparelhos de celular, uma máquina fotográfica digital, um revólver da marca Taurus e o veículo Fiat Strada.

Analisando os autos, verifico que não assiste razão ao MPF.

Com efeito, deflui da prova constante do processo que o crime de roubo constituiu apenas uma fase do delito de extorsão mediante sequestro e teve por objetivo, como bem salientou o magistrado *a quo* (fl. 328), possibilitar a saída dos meliantes do

local onde a infração teve início e o deslocamento até o cativo, impedir que fossem reconhecidos e que as vítimas entrassem em contato com terceiros e, também, evitar que elas reagissem.

Conforme apurado no feito, o objetivo único da quadrilha era levar a cabo o crime de extorsão mediante sequestro, sendo certo que os integrantes do bando não tinham o objetivo de subtrair, para si próprios, os citados objetos, tanto que os produtos dessa subtração foram abandonados posteriormente.

A intenção dos criminosos não era a de, também, cometer o roubo, tendo este sido praticado apenas para que o êxito do delito principal fosse assegurado, de modo que faz sentido que por este tenha sido absorvido, porque constituiu, na verdade, uma de suas etapas.

Nesse sentido, colaciono o seguinte aresto:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 157, § 2º, I E IV, E ART. 159, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. CONCURSO MATERIAL. INOCORRÊNCIA. Não configura hipótese de concurso material, se as condutas delituosas foram praticadas em um mesmo contexto fático, e contra as mesmas vítimas, de forma a ficar o delito de roubo absorvido pelo de extorsão mediante sequestro. Recurso desprovido. (STJ, 5ª T., REsp 773.497, rel. Min. Félix Fischer, *DJ* 26/03/07, p. 275)

Confira-se, ainda, o seguinte julgado deste Tribunal: 1ª T., ACR 5319, rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira, *DJe* 11/12/2009, p. 142.

Não merece, portanto, qualquer retoque a sentença nesse ponto.

Passo, agora, ao exame dos recursos interpostos pelos réus.

Apelação de Amaro André de Souza Filho (vulgo PEZÃO ou LUNGA)

O réu centralizou o seu apelo em duas questões: nulidade da sentença, sob o argumento de que não estava acompanhado de advogado no dia em que foi realizado o seu interrogatório policial e ausência de provas para sua condenação.

As alegações sustentadas pelo recorrente estão desprovidas de fundamento.

Primeiro, convém registrar que a presença do patrono do acusado, na seara policial, não se afigura indispensável, tendo em vista a própria natureza administrativa do inquérito policial, o qual não está submetido ao contraditório.

Ademais, embora o art. 185 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 10.792/03, estabeleça que o acusado será interrogado na presença do seu defensor, constituído ou nomeado, o dispositivo legal em comento faz referência, na verdade, ao interrogatório que deve ser realizado em juízo, já que, neste, exige-se o contraditório e a ampla defesa.

A esse respeito, confira-se o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. NULIDADE. AUSÊNCIA DE DEFENSOR. PRESCINDÍVEL. CONTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A partir da Lei 10.792/2003, torna-se indispensável a presença de um defensor no momento do interrogatório, exigência esta prevista no art. 185 do Código de Processo Penal. Entretanto, o referido artigo não se adequa à hipótese, uma vez que, se trata de interrogatório policial, de caráter administrativo, diferenciando-se do interrogatório judicial a que se refere o respectivo dispositivo legal.

2. Assim, não constitui ilegalidade a ausência de advogado no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante, por se tratar de procedimento investigatório não sujeito ao contraditório, ainda mais se demonstrada a inexistência do prejuízo ao paciente, que permaneceu em silêncio no interrogatório policial.

3. A ausência dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, diante do caso concreto, impossibilita a manutenção da custódia cautelar do ora paciente, sobre-

tudo quando suas condições pessoais o favorecem, pois é primário e possui ocupação lícita.

4. Ordem parcialmente concedida, para restabelecer a liberdade provisória anteriormente deferida ao paciente, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo. (STJ, 5ª T., HC 155.665, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 08/11/2010) (Grifei)

Em relação à alegação de que não restou provada a sua participação no evento criminoso, melhor sorte não lhe assiste.

A respeito dos crimes de extorsão mediante sequestro e quadrilha ou bando, verifico que a participação de Amaro André de Souza Filho (“Pezão ou Lunga”) restou plenamente comprovada pela prova coligida aos autos.

Com efeito, as transcrições dos áudios das escutas telefônicas autorizadas judicialmente não levam a outra conclusão, vejamos:

Índice.....:6240200.wav
Operação.....: CAIXA
Nome Alvo.....: DELEPREV
Fone Alvo.....: 8196347159
Localização do Alvo.....:
Fone Contato.....:
Localização do Contato:
Data.....: 18/12/2008
Horário.....: 19:59:59
Observações.....: @@@ - LUNGA (AMARO-PEZÃO)
XPARAÍBAXTONICO
Transcrição.....: Tonico passa o número de Edésio 8744-3493. LUNGA pergunta a TONICO se ele sabe quem tem uma 12 de repetição ou ponto 40 ou 9 milímetros pra vender. LUNGA completa dizendo que o dinheiro está na mão e que ele (LUNGA), PIMENTA e OLÍVIO estão com uma mixaria para comprar armas (refere-se ao dinheiro obtido com o sequestro). Lunga diz que não quer oitão (revólver cal. 38). LUNGA diz que o patrão dele (Olívio) está querendo tudo isso aí. Diz que alguém está com 16 só para investir nesse negócio. TONICO passa para PARAÍBA. PARAÍBA diz para LUNGA tomar cuidado para não voltar para onde eles estão (prisão). (Fl. 219 - áudio constante em CD anexo a estes autos)

Índice.....: 6244337.wav
Operação.....: CAIXA
Nome Alvo.....: DELEPREV
Fone Alvo.....: 8196347159
Localização do Alvo.....:
Fone Contato.....:
Localização do Contato:
Data.....: 19/12/2008
Horário.....: 19:44:34
Observações.....: @@@ LUNGA (PEZÃO)XOLÍVIO/
Transcrição.....:OLÍVIO diz que fechou uma mini uzi calibre 9mm com 60 carços e uma 40 (pistola ponto 40). Pezão diz que já pediu duas 12 de repetição. OLÍVIO diz que o cara da vassoura (uzi) vai emprestar o “bico” e aí vai estar tudo bem: o bico, a vassoura, umas três “40”, a “9”, seis caras e “já era, porra”. PEZÃO pergunta sobre a roupa. OLÍVIO diz que três vão entrar com a roupa e os outros vão entrar sem a “roupa cinzenta” (uniforme da polícia). PEZÃO diz que depois fala do jeito que ele quer fazer. OLÍVIO concorda. PEZÃO diz que quer chegar como chega “uns bicho desse do interior, dois bicho algemado como se fosse pra uma audiência...” OLÍVIO fala: “faz desse mesmo jeito também, pra chegar bem pertinho dele sem ter motivo de nada. É desse jeito mesmo que a gente vai trabalhar lá. E a gente vai pegar uns dois mil, vai pagar a festa de aniversário agora em janeiro mesmo, visse? Os que tem já dá... Porque tu é de primeiro, Alemão é de primeiro, “incompreensível” já fez um bocado de missão pra mim. É seis, sete cara. Sete ou oito cara dá”. OLÍVIO passa para PIMENTA. PEZÃO diz que vai mandar fazer a roupa. Tem da roxa e da preta.
Comentários: Tratam de um possível sequestro, em que usarão farda da PM, ao que parece. (Fl. 221 – áudio constante em CD anexo a estes autos)

É importante destacar que as demais transcrições das escutas telefônicas demonstram, de forma clara, que o réu Amaro André de Souza Filho e os outros acusados, constituem uma verdadeira quadrilha, formada não apenas para perpetrar o crime de que trata estes autos, mas também para planejar a prática de outros delitos, sendo certo que cada integrante do bando se encarrega de efetuar uma determinada tarefa, a fim de que, ao final, a participação de cada componente atinja o objetivo traçado.

O fato de um dos acusados ter sido absolvido da prática do delito previsto no art. 288 do CP não é suficiente para afastar a condenação do réu quanto a essa mesma infração, uma vez que o contexto probatório reunido nestes autos demonstra de maneira evidente que o referido recorrente estava envolvido com outros comparsas, no afã de cometer inúmeras infrações penais.

Registre-se, ainda, que o apelante indicou o seu primo Ricardo Manoel Palmeira dos Santos para participar da empreitada delituosa e recebeu, por isso, o valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), de modo que a sua pena não merece redução.

Finalmente, é importante destacar que, apreciando a condenação estabelecida na sentença recorrida, as regras dispostas no art. 59 do Código Penal, nortes do juiz na individualização da pena, foram corretamente observadas, não havendo que se falar em ajuste da pena.

Apelação de Ricardo Manoel Palmeira dos Santos

As teses sustentadas pelo réu em referência, consistentes em erro quanto à ausência de conhecimento acerca da natureza do serviço para o qual foi chamado a participar e inexigibilidade de conduta diversa, são destituídas de credibilidade.

Com efeito, não se pode dizer que o acusado, ao ser “convidado” por pessoas que estavam presas para realizar um serviço, não tinha como imaginar a natureza da atividade, sendo inadmissível que pensasse tratar-se de algo lícito.

O próprio denunciado confessou, com riqueza de detalhes, toda a sua participação no crime, conforme se verifica no depoimento colhido em juízo:

(...) que recebeu uma ligação de OLÍVIO e PIMENTA, ligaram no dia 14.12.2008, um domingo, dizendo que havia um serviço para o interrogando na segunda-feira, não entrando em detalhes; que foi indicado para OLÍVIO e Pimenta por “PEZÃO”, segundo eles; que não conhecia nem OLÍVIO nem PIMENTA, bem assim não teve contato com eles antes ou depois do sequestro; que na segunda-feira, dia 15.12.2008, ligaram para o interrogando por volta das 8h30, orientando a ir para uma mata e esperar um carro;

que foi para o local por volta das 9h30 e 10h; que o interrogando não estava armado; que se assustou com a chegada do carro, pois haviam duas pessoas encapuzadas; que o motorista e o passageiro do lado estavam armados e disseram para o interrogando levar os reféns para dentro da mata; que pensou em desistir, mas ficou com receio; que chegou a conversar com os reféns, tranquilizando-os, e ficou com eles até a libertação; (...) que passou das 10h até as 13h sozinho com os reféns; que pensou em libertá-los, mas teve medo; que é primo de AMARO (...). (Fl. 158 dos presentes autos)

Do teor da ligação recebida pelo réu, já seria perfeitamente possível, ao menos, desconfiar de que a atividade a ser realizada não configurava nada lícito, de modo que o apelante não tem qualquer razão ao afirmar que desconhecia a natureza do serviço. Ele poderia não saber a atividade específica a ser concretizada, mas era-lhe perfeitamente possível imaginar que ela não seria lícita.

Quanto à alegação relativa à inexigibilidade de conduta diversa, por entender que, se desistisse, sua vida estaria em perigo, tal tese não merece ser levada em consideração, eis que inexistente prova de uma provável ameaça por parte dos demais comparsas.

Assim, observa-se que, por não ter existido qualquer coação moral sobre o recorrente, estando, na verdade, evidente que ele participou do delito de livre e espontânea vontade, não há que se falar na citada causa supralégitima de exclusão da culpabilidade.

Apelação de Rosilda Nepomuceno da Silva (vulgo PEQUENA)

No recurso, a ré pugna pela aplicação da atenuante genérica da confissão (art. 65, III, *d* do CP), pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou pela sua suspensão condicional e pela fixação do regime inicial aberto para cumprimento da sanção.

No tocante à confissão, ressalto que andou bem o magistrado ao não aplicá-la em relação à acusada, uma vez que, por ocasião do seu interrogatório judicial, ela não assumiu a prática do crime de receptação, tentou, ao revés, livrar-se das imputações que recaíam sobre sua pessoa, senão vejamos:

(...) que a acusação não é verdadeira; que, de fato, recebeu em torno de R\$ 9.000,00 a mando do acusado MACIEL; que até então não sabia a origem desse dinheiro (...). (Fl. 155)

Não havendo, portanto, motivos para a aplicação da atenuante genérica e, em consequência, não havendo motivos para a redução da sanção que lhe foi imposta, resulta incabível a suspensão condicional da pena prevista no art. 77 do CP, mormente se considerado que os seus requisitos não se encontram presentes no caso em tela.

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, também nenhum reparo há de ser feito na sentença impugnada, uma vez que resta patente a reprovabilidade da conduta da acusada, a qual, consoante se observa das escutas telefônicas autorizadas *in casu*, a exemplo da transcrição de fl. 190, em conversa com o seu companheiro (Maciel), contava-lhe o que iria fazer com o dinheiro do crime.

Causa, pois, verdadeira repulsa social a atitude da apelante, cuja culpabilidade atingiu grau elevado, porque extraiu proveito econômico do crime praticado por outras pessoas, tendo plena ciência de que o dinheiro por ela recebido era ilícito.

Por fim, convém ressaltar que é possível a fixação de regime mais gravoso para o início de cumprimento da pena, quando o grau de culpabilidade e outras circunstâncias desfavoráveis ao agente assim o permitir, tal como ocorreu no presente caso.

Por todo o exposto, nego provimento à apelação do Ministério Público Federal e aos apelos dos réus Amaro André de Souza Filho, Ricardo Manoel Palmeira dos Santos e Rosilda Nepomuceno da Silva.

É como voto.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 395.425-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO (CONVOCADO)
Apelante: CURTUME MODERNO S/A
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. MOACIR ALFREDO GUIMARÃES NETO E OUTROS (APTE.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ÂMBITO DE CONHECIMENTO. INCOMPATIBILIDADE DA NORMA LEGAL CUJA EDIÇÃO É ANTERIOR À DO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL TIDO POR VIOLADO - ART. 195, § 12, DA CONSTITUIÇÃO, INTRODUZIDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 42/2003. INAPLICABILIDADE DA RESERVA DE PLENÁRIO. NÃO CONHECIMENTO DA ARGUIÇÃO EM RELAÇÃO A ESSE FUNDAMENTO. ART. 3º, § 3º, I E II, DA LEI Nº 10.637/2002; ART. 3º, § 3º, I E II, DA LEI Nº 10.833/2003; E ART. 8º DA LEI Nº 10.925/2004. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA, DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DO NÃO CONFISCO. FERIMENTO À REGRA CONSTITUCIONAL QUE CONFERE IMUNIDADE, EM RELAÇÃO ÀS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS E DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO, SOBRE RECEITAS DECORRENTES DE EXPORTAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.
- Não se há de conhecer da arguição de inconstitucionalidade no que se refere à alegada incompatibilidade entre o art. 3º, § 3º, da Lei nº 10.637/2002 com o princípio da não cumulatividade tributária, erigido, no que se refere às contribuições sociais, pela Emenda Constitucional 42/2003, cuja edição é posterior à norma legal. Ante

a distinção existente entre o juízo de recepção de norma pré-constitucional e o juízo de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, a egrégia Primeira Turma, para afastar a norma legal, por acatar a alegada incompatibilidade dos textos, não necessitaria reconhecer a inconstitucionalidade da lei, mas sua revogação pela Emenda Constitucional nº 42/2003. Precedentes: STF - RE nº 278710 AgR/RS, Relator Min. Joaquim Barbosa, Publicado no DJE de 28-05-2010; RE nº 495370 AgR/PR, Relator Min. Joaquim Barbosa, Publicado no DJE - 185, Publicado em 01-10-2010.

- A despeito da dificuldade em se definir com precisão, à luz do art. 150, IV, da Constituição Federal, o que seria a utilização do tributo com efeito de confisco, ou, ainda, em que medida se exibiria confiscatória uma exação, é intuitivo que as alíquotas de 7% (COFINS) e 1,65% (PIS/PASEP) não comprometem a capacidade de o contribuinte se sustentar ou auferir ganhos suficientes para fomentar o crescimento da própria atividade empresarial, não se mostrando as exações escorchantes ou em patamares confiscatórios nem, pelo menos em princípio, em descompasso com a capacidade contributiva dos contribuintes dedicados ao agronegócio.

- A inicial defende restarem a livre concorrência e a isonomia tributária vulneradas na medida em que os frigoríficos/curtumes têm direito ao crédito presumido em relação aos insumos adquiridos de pessoas físicas, pois entre seus produtos finais está a carne, destinada à alimentação humana, enquanto os curtumes propriamente ditos não se podem beneficiar dele. Desarrazoado invocar-se, na hipótese, a proteção do princípio da livre concorrência, pois que, sendo regente da ordem econômica, e não propriamente um balizador da atuação estatal no âmbito exacional,

é visto doutrinariamente, com mais frequência, como instrumento de orientação da intervenção do Estado com vistas a coibir as manobras do poder econômico tendentes à dominação dos mercados.

- Quanto à violação ao princípio da isonomia, verifica-se que as contribuições sociais para o PIS/PASEP e a COFINS têm como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, conforme os artigos 1º de ambos os regramentos, da Lei nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003. Da leitura dos dispositivos citados extrai-se não estarem incluídos entre os contribuintes daquelas exações as pessoas físicas. Por essa razão, o art. 3º, ao definir as hipóteses em que se poderá descontar do imposto devido determinados créditos – calculados através da incidência da mesma alíquota da exação sobre os bens e serviços utilizados como insumos – limita-os às aquisições de bens e serviços efetuadas de pessoas jurídicas. Considerando que o tributo onera apenas as pessoas jurídicas, não faria sentido, a pretexto de tratar-se com isonomia os produtores pessoas físicas e jurídicas, que o citado artigo 3º de ambos os regramentos concedesse crédito quanto às aquisições efetuadas de pessoas físicas, que jamais recolheram as contribuições para o PIS/PASEP e COFINS.

- Também não é possível concluir-se pela extensão, aos curtumes, do creditamento de que trata o art. 8º da Lei nº 10.925/2004, a pretexto de se corrigir ofensa ao princípio da isonomia, constatação que se extrairia da comparação entre as atividades dos curtumes com a dos frigoríficos/curtumes, pela intrínseca diferença existente entre ambas. Os curtumes lidam apenas com as peles de animais, os couros, adquirindo-os de

produtores rurais, em regra, pessoas físicas que abatem os animais. A aquisição dessas peles salgadas, nessas condições, seja pelos curtumes propriamente ditos, seja pelos frigoríficos/curtumes, não gera o crédito presumido de que trata o art. 8º da Lei nº 10.925/2004. Naturalmente, entretanto, quando os frigoríficos/curtumes adquirem os animais e os abatem, passam a ostentar o direito ao creditamento no que se refere às demais etapas envolvendo o comércio da carne desses animais, e tão somente em relação à carne. Credita-se, portanto, do valor equivalente ao do imposto que seria devido nessa etapa, na forma do art. 8º já citado, para utilizá-lo por ocasião da venda da carne e não do couro, produto que não se destina à alimentação humana ou animal.

- O crédito presumido de que trata o art. 8º da Lei nº 10.925/2004 cuida de benefício fiscal tendente a incentivar determinados setores produtivos, diminuindo custos fiscais, em compasso com as políticas de desenvolvimento governamentais. Trata-se, portanto, de instrumento de intervenção estatal, a exibir natureza extrafiscal, com vistas a fomentar, estrategicamente, determinados setores produtivos. No caso específico, a iniciativa preserva o interesse de setores da agroindústria na produção de alimentos, atividade que, dadas as repercussões que pode gerar, tais como escassez ou abundância de gêneros alimentícios de primeira necessidade, de indubitável interesse estratégico, evidentemente, não guarda qualquer relação de similitude com o curtimento de couro.

- A regra da não cumulatividade visa a afastar a possibilidade de bis in idem na tributação, o que se daria, por exemplo, se um tributo, incidente nas diversas fases de uma cadeia produtiva, tivesse seu valor, já pago em uma determinada

etapa, agregado à base de cálculo para apuração do mesmo imposto, devido na fase seguinte. Seria essa a modalidade endógena de bitributação. A hipótese se enquadra perfeitamente em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços - ICMS, e ao Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, cujas hipóteses de incidência ocorrem nas etapas que envolvem a cadeia de produção. Daí o creditamento se dar, para os contribuintes dessas exações, por ocasião da aquisição dos produtos utilizados como insumos. As especificidades que assume a regra da não cumulatividade na hipótese citada não podem ser totalmente reproduzidas em relação às contribuições sociais, cujo fato gerador é o faturamento mensal.

- Ao contrário do que ocorre com o IPI e com o ICMS, em relação às contribuições sociais há discricionariedade na eleição dos setores produtivos a serem beneficiados com a regra da não cumulatividade, donde se infere a incidência do vetusto provérbio, “quem pode o mais, pode o menos”. A regra da não cumulatividade, portanto, deve ser compreendida, na hipótese, cum grano salis, pois, se é dado ao legislador simplesmente não instituir para determinados setores o benefício, exibe-se razoável possa ele definir quais os contornos dessa não cumulatividade, é dizer, poderia a lei ordinária estabelecer a forma de desoneração, inclusive parcial, se fosse o caso.

- Entretanto, ainda que se reconheça aplicável à hipótese a regra da não cumulatividade, tal qual definida nos regramentos do IPI e ICMS, não se verificariam inconstitucionais, em face dessa regra, os artigos 3º, § 3º, I e II, da Lei nº 10.637/2002 e da Lei nº 10.833/2003, por excluírem o creditamento quando os bens e serviços utilizados como insumos forem adquiridos de pessoas fí-

sicas. A conclusão se extrai da premissa já asentada de que as pessoas físicas não se incluem entre os sujeitos passivos das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, logo, ainda que se entenda estarem abrigadas as contribuições sociais em exame pelo princípio da não cumulatividade, nos moldes traçados pelos regramentos do IPI e do ICMS, não haveria o creditamento pretendido, quando, como na hipótese, na etapa anterior do processo produtivo não tenha havido a incidência do imposto.

- Após a edição da Emenda Constitucional nº 33, de 11 de dezembro de 2001, passou a constar do art. 149 da Constituição Federal o § 2º, cujo inciso I estabeleceu a imunidade de contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico sobre as receitas decorrentes de exportação. Em face dessa previsão constitucional, tanto a Lei nº 10.637/2002, que regulamenta o PIS/PASEP, quanto a Lei nº 10.833/2003, que trata da COFINS, em seus artigos 5º e 6º, respectivamente, asseveram de forma expressa que aquelas exações não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação de mercadorias para o exterior. Não se exibindo, portanto, inconstitucionais. Quanto a esse ponto, em verdade, extrai-se da peça pórica que o fundamento invocado – de imunidade, das receitas decorrentes de exportação de mercadorias para o exterior, em relação às contribuições para o PIS e para a COFINS –, já previsto pela legislação, não mantém qualquer pertinência com o pleito deduzido, de extensão do benefício fiscal de que trata o art. 8º da Lei nº 10.925/2004.

- Pretensão cujo atendimento, em suma, exigiria do Poder Judiciário atuação como legislador positivo, na medida em que se almeja a extensão de benefícios fiscais estrategicamente dirigidos pelo Legislativo, como forma de incenti-

vo, a determinados setores produtivos entre os quais o autor não se inclui.

- Arguição não conhecida no que se refere à inconstitucionalidade do art. 3º, § 3º, da Lei nº 10.637/2002, por ofensa ao princípio da não cumulatividade tributária.

- Rejeitada a arguição, em relação à parte conhecida, em face da constitucionalidade dos artigos 3º, § 3º, I e II, tanto da Lei 10.637/2002 quanto da Lei nº 10.833/2003, bem assim o art. 8º da Lei 10.925/2004.

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 unanimidade, conhecer parcialmente da arguição, e, em relação à parte conhecida, rejeitá-la, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 29 de junho de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL CÉSAR CARVALHO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CÉSAR CARVALHO (Convocado):

Cuida-se de incidente de inconstitucionalidade arguido pela egrégia Primeira Turma ante o vislumbre de ofensa aos artigos 150, II, e 195, § 12, da Constituição Federal.

Exibir-se-iam incompatíveis com as normas constitucionais os artigos 3º, § 3º, I e II, tanto da Lei nº 10.637/2002 quanto da Lei nº 10.833/2003, e, também, o art. 8º da Lei nº 10.925/2004.

Em linhas gerais, a tese defendida na peça exordial, cuja relevância foi reconhecida pela Turma Julgadora desta Corte, ampara-se nas premissas que tentarei sintetizar doravante.

A autora da ação originária é empresa do ramo de curtimento, adquirindo sua matéria-prima, o couro, de pequenos produtores,

em sua grande maioria, pessoas físicas. Seria essa, portanto, a primeira fase da cadeia de produção a que se dedica.

Segundo sua compreensão, teria o Poder Executivo Federal procedido ao início de uma “minirreforma tributária” (fl. 04) ao editar a Medida Provisória nº 66/2002, através da qual reformulou a sistemática de arrecadação do PIS/PASEP, eliminando a cumulatividade da cobrança da exação, mas, ao mesmo tempo, promoveu um ingente aumento na alíquota do tributo, alçando-a de 0,65% a 1,65%, pressionando, assim, os custos das empresas.

Dessa forma, afirma o postulante, tanto em respeito à recém implantada não cumulatividade quanto para minorar os efeitos do aumento da alíquota, era imperioso conferir-se à agroindústria em geral o crédito de 100% do imposto – o novo PIS/PASEP – devido na fase primária da cadeia produtiva, ou seja, por ocasião da aquisição de insumos de produtores rurais, conforme previsão do art. 3º, II, da Lei nº 10.637/2002¹.

Ao fazê-lo, entretanto, a citada lei teria incorrido, segundo alega, em grave e injustificado discrimen, pois no § 3º² do mesmo preceptivo, restringiu o creditamento apenas às aquisições de bens e serviços efetuadas de pessoas jurídicas, isso resultando em oneração grave do setor agroindustrial, em que grande parte da matéria-prima e dos insumos são comprados de pessoas físicas.

Daí por que os §§ 10 e 11, ainda do citado dispositivo legal – o art. 3º da Lei nº 10.637/2002 –, teriam previsto a possibilidade de

¹ Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

(...)

II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei nº 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da TIPI;

² § 3º O direito ao crédito aplica-se, exclusivamente, em relação:

I - aos bens e serviços adquiridos de pessoa jurídica domiciliada no País;

II - aos custos e despesas incorridos, pagos ou creditados a pessoa jurídica domiciliada no País;

as pessoas jurídicas produtoras de mercadorias de origem animal ou vegetal se beneficiarem de crédito presumido, correspondente a 70% da alíquota do PIS/PASEP, calculado sobre o valor dos bens e serviços obtidos de pessoas físicas, restringindo, entretanto, o benefício às adquirentes que produzem mercadorias destinadas à alimentação humana ou animal.

O mesmo se teria dado em relação ao regramento da COFINS, inaugurado pela Medida Provisória nº 135/2003, posteriormente convertida na Lei nº 10.833/2003, cujos dispositivos pertinentes exibem idêntica redação aos já mencionados, pertinentes ao PIS/PASEP.

No tocante à COFINS, merecem destaque duas diferenças, verificadas em relação à legislação do PIS/PASEP.

Uma se refere à disposição dos preceptivos a contemplarem o crédito presumido, no caso, os §§ 5º e 6º do art. 3º da Lei nº 10.833/2003, correspondentes aos §§ 10 e 11 do art. 3º da Lei nº 10.637/2002, e a outra diz respeito ao valor do crédito em si, equivalente a 80% da alíquota do imposto calculado sobre o valor dos bens e serviços adquiridos de pessoas físicas. No mais, as legislações se apresentam idênticas.

Com a edição da Lei nº 10.925/2004, tais diferenças deixaram de existir, pois houve a revogação tanto dos §§ 5º e 6º do art. 3º da Lei nº 10.833/2003 (COFINS) quanto dos §§ 10 e 11 do art. 3º da Lei nº 10.637/2002 (PIS/PASEP) pelo art. 8º³ da Lei nº 10.925/2004,

³ Art. 8º As pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, que produzam mercadorias de origem animal ou vegetal, classificadas nos capítulos 2, 3, exceto os produtos vivos desse capítulo, e 4, 8 a 12, 15, 16 e 23, e nos códigos 03.02, 03.03, 03.04, 03.05, 0504.00, 0701.90.00, 0702.00.00, 0706.10.00, 07.08, 0709.90, 07.10, 07.12 a 07.14, exceto os códigos 0713.33.19, 0713.33.29 e 0713.33.99, 1701.11.00, 1701.99.00, 1702.90.00, 18.01, 18.03, 1804.00.00, 1805.00.00, 20.09, 2101.11.10 e 2209.00.00, todos da NCM, destinadas à alimentação humana ou animal, poderão deduzir da contribuição para o PIS/PASEP e da Cofins, devidas em cada período de apuração, crédito presumido, calculado sobre o valor dos bens referidos no inciso II do *caput* do art. 3º das Leis nºs 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, adquiridos de pessoa física ou recebidos de cooperado pessoa física. (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

que manteve a mesma *ratio* dos comandos revogados, qual seja, a de outorgar tão somente às pessoas jurídicas, que produzem mercadorias de origem animal ou vegetal, destinadas à alimentação humana ou animal, o crédito presumido, calculado mediante a aplicação, sobre o valor das aquisições, de alíquota correspondente, desta feita, a 35% e até 60%, conforme o caso, da correspondente à do tributo (PIS/PASEP e COFINS), vale dizer, do que seria cobrado a título da respectiva contribuição, se fosse tributada a operação.

Em síntese, os novos regramentos do PIS/PASEP e da COFINS ofenderiam o princípio da não cumulatividade, previsto no art. 195, § 12⁴, da Constituição, e o princípio da isonomia tributária, art. 150, II, também da Constituição Federal, em face dos artigos 3º, § 3º, I e II, de ambos – pois a redação é idêntica tanto na Lei 10.637/2002 quanto na Lei nº 10.833/2003 – restringirem o creditamento às operações de aquisição de mercadorias e serviços efetuadas de pessoas jurídicas.

Também o art. 8º da Lei nº 10.925/2004, ao permitir o creditamento das mesmas operações de compra de mercadorias e serviços de pessoas físicas, ofenderia os aludidos princípios, primeiro, por não reconhecer na íntegra o crédito, ou seja, por limitá-lo a 35% e até 60% do que seria devido à guisa de tributo, e, ao depois, por restringi-lo às pessoas jurídicas produtoras de mercadorias de origem animal e vegetal, destinadas à alimentação humana ou animal, criando distinção, na ótica do postulante, desarrazoada.

Também discorre a peça póstica acerca da infringência, pelos preceptivos legais já mencionados, aos princípios da capacidade contributiva, do não confisco e da livre concorrência, previstos, respectivamente, nos artigos 145, § 1º; 150, IV; e 170, IV, da Cons-

⁴ 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:

§ 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do *caput*, serão não cumulativas. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

tuição Federal. Ademais, reputa inconstitucional o novel regramento do PIS/PASEP e da COFINS, na medida em que o art. 149, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, cuja violação também vislumbra, conferiria imunidade, relativamente às contribuições sociais, às receitas decorrentes de exportação.

Com relação à infringência aos princípios da capacidade contributiva e do não confisco, sustenta que a majoração das alíquotas das contribuições sociais em alusão foi estrepitosa, superando os 150%. Nessa linha, admitir-se um tal aumento e ainda acompanhado de vedação ao creditamento dos insumos adquiridos em etapas anteriores da cadeia produtiva representaria verdadeiro confisco, a desconsiderar inteiramente a capacidade contributiva do setor agroindustrial.

Prossegue, ademais, sua narrativa, descrevendo especificamente a situação de seus concorrentes, os frigoríficos/curtumes, notadamente no que se refere à fabricação do denominado *wet blue*, que vem a ser o couro após o estágio inicial de curtimento, antes de receber outros acabamentos em textura e cores.

Conforme sua exposição, os frigoríficos/curtumes têm direito ao creditamento dos insumos – pleito deduzido nesta ação –, pois entre seus produtos finais está a carne, destinada à alimentação humana. Nesse passo, as pessoas jurídicas que exibem como atividade fim apenas o curtimento, caso da autora, teriam sua competitividade, no que se refere à fabricação de *wet blue*, seriamente comprometida ante a vedação ao creditamento das contribuições sociais do PIS e da COFINS na aquisição da matéria-prima, daí exurgindo a infringência ao princípio constitucional da livre concorrência, previsto no art. 170, IV, da Carta Magna.

Acolhendo algumas das teses expostas, o julgado da egrégia Primeira Turma restou assim ementado (fls. 446/447):

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. EMPRESA AGROINDUSTRIAL. COMERCIALIZAÇÃO DE COURO E PELES. REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. ARTS. 3º, § 3º, I E II, DAS LEIS 10.637/02 E 10.833/03. ART. 8º DA LEI 10925/2004. CREDITAMENTO DE VALORES PAGOS NA AQUISIÇÃO DE INSUMOS/MATÉRIA-PRIMA UNICAMENTE DE PESSOA-JURÍDICA EM DE-

TRIMENTO DAS AQUISIÇÕES JUNTO À PESSOA-FÍSICA. RESTRIÇÃO INDEVIDA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADA.

1. Cinge-se a controvérsia à possibilidade de concessão, à apelante, de creditamento dos valores das contribuições ao PIS e COFINS quando adquirem seus produtos de pessoas físicas (couro adquirido de agropecuarista pessoa física), sem as restrições previstas no art. 3º, § 3º, incisos I e II, da Lei nº 10.637/02, art. 3º, § 3º, incisos I e II, da Lei nº 10.833/03 e art. 8º da Lei 10.925/2004.

2. Afronta ao princípio da isonomia tributária, inscrito no art. 150, II, da Constituição Federal, o tratamento diferenciado dado a empresas em situação equivalente, excluindo do alcance do regime da não cumulatividade, previsto para as contribuições para o PIS e para a COFINS, as agroindústrias que adquiram seus insumos/matérias-primas de origem animal de pessoas físicas e que seu produto final não seja destinado à alimentação humana ou animal.

3. Manter as restrições previstas pelos dispositivos legais acima elencados representa penalizar, de maneira desigual, o produtor que se encontre em situação equivalente ao outro, mas, circunstancialmente, se obrigado, em função da região geográfica em que localizado, na qual a produção de insumos/matéria-prima é feita, sobretudo, por pequenos proprietários rurais, a adquirir tais produtos dessas pessoas físicas.

4. Tem-se por desarrazoado admitir que o creditamento do tributo ocorra unicamente em relação às aquisições feitas junto ao produtor pessoa jurídica, notadamente quando se verifica que, em algumas regiões do país, a maior parte dos fornecedores de matéria-prima é representada por pequenos produtores.

5. A manter a restrição imposta pelas Lei 10.637/2002, 10.833/2003 e Lei 10.925/2004 estar-se-ia por subtrair à agroindústria que produz mercadorias de origem animal ou vegetal, não destinadas à alimentação humana ou animal, a partir da aquisição de insumos/matérias-primas de pessoas físicas, o direito ao recolhimento do PIS e da COFINS sob o regime da não cumulatividade, previsto nos citados diplomas legais, sem que nenhuma justificativa se apresente para a disparidade do tratamento dispensado à empresa nessa particular circunstância.

6. Não se há de alegar que a legislação mencionada foi veiculada pela conveniência política com vistas à concretização de interesses econômicos e sociais, estimulando determinadas situações merecedoras de tratamento privilegiado, porque disso não se tratou. Não existe qualquer justificativa ao tratamento desigual dispensado ou qualquer demonstração de quais interesses econômicos e sociais estariam sendo destacados ao se cuidar, de forma tão díspar, de contribuintes ligados ao mesmo setor produtivo.

7. As restrições impostas pelo legislador infraconstitucional, no sentido de deixar de contemplar a possibilidade de creditamento das aquisições realizadas junto ao produtor pessoa física ou, ainda, no sentido de garantir o direito às deduções apenas às pessoas jurídicas que produzam mercadoria de origem animal ou vegetal e que não se destinem à alimentação humana ou animal, afiguram-se, portanto, atentatórias à Ordem Constitucional vigente.

8. Diante da violação ao art. 150, II, e art. 195, § 12, da Constituição Federal pelos artigos 3º, § 3º, I e II, das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, na parte em que faz referência ao direito ao creditamento do PIS e da COFINS assegurado unicamente em relação às aquisições de pessoas jurídicas em detrimento de contemplar, também, as pessoas físicas e, ainda, pelo art. 8º da Lei 10.925/2004, na parte que restringe o direito ao creditamento às pessoas jurídicas produtoras de mercadorias destinadas à alimentação humana ou animal, argui-se a inconstitucionalidade das normas acima apontadas, suspendendo o julgamento da apelação interposta no presente feito.

9. Incidente de inconstitucionalidade suscitado. Remessa dos autos ao Plenário deste Tribunal para o julgamento da questão, nos termos do art. 97 da Constituição Federal e do art. 141 do Regimento Interno desta Corte.

Instado a se manifestar, nos termos do art. 138, § 2º, do Regimento Interno desta egrégia Corte, o Ministério Público Federal ofereceu o Parecer de fls. 449/453, da lavra do Procurador Regional da República Rogério Tadeu Romano, concluindo pela inconstitucionalidade dos dispositivos legais, na mesma linha trilhada pela Primeira Turma.

É o que havia de relevante a sumariar.

Inclua-se o feito na pauta de julgamento, distribuindo-se cópia deste relatório para os demais integrantes do Pleno deste Tribunal.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO (Relator Convocado):

I - DO CABIMENTO DA ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Passo a examinar a arguição de inconstitucionalidade suscitada pela egrégia Primeira Turma, a fim de traçar os limites de seu âmbito de conhecimento, em compasso com o art. 97 da Constituição Federal, a dispor que *somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.*

Sob esse prisma, cuido por primeiro de enfrentar o argumento segundo o qual o artigo 3º, § 3º, I e II, da Lei 10.637/2002 ofenderia o princípio da não cumulatividade.

Pois bem, do ponto de vista técnico-processual, penso não ser o caso de se conhecer da arguição quanto ao fundamento de violação ao princípio da não cumulatividade, quanto ao citado dispositivo do regramento do PIS/PASEP.

É que tanto a inicial quanto o voto da egrégia Turma, ao reconhecerem a inconstitucionalidade, nesse aspecto, o fazem com espeque no art. 195, § 12⁵, da Constituição Federal, cuja redação foi introduzida no ordenamento jurídico nacional por força da Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003.

É de se notar, entretanto, que o texto legal, refiro-me à Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, já se encontrava em vigor na

⁵ § 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do *caput*, serão não cumulativas.

ocasião. Logo, na hipótese de a egrégia Primeira Turma entender incompatíveis os textos legal e constitucional, seria o caso, do ponto de vista da técnica processual empregada, de não recepção da lei pela nova ordem constitucional, inaugurada, conforme explicitado, pela Emenda Constitucional nº 42/2003.

Por esse fundamento, não conheço da arguição no que se refere à inconstitucionalidade do art. 3º, § 3º, da Lei nº 10.637/2002 por ofensa ao princípio da não cumulatividade tributária, pois a egrégia Primeira Turma, para afastar a norma legal, por acatar tal fundamento, não necessitaria reconhecer a inconstitucionalidade do texto, mas sua revogação pela Emenda Constitucional nº 42/2003.

Nesse sentido, destaco as seguintes ementas de recentes julgados da Suprema Corte:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. FALÊNCIA. MULTA. NATUREZA ADMINISTRATIVA. SÚMULA 565/STF. ART. 9º DO DL 1.893/1981. AFASTAMENTO. RESERVA DE PLENÁRIO. ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. SÚMULA VINCULANTE 10. INAPLICABILIDADE.

1. Não se aplica a Súmula Vinculante 10 à decisão prolatada em momento anterior ao de adoção do enunciado.

2. A simples ausência de aplicação de uma dada norma jurídica ao caso sob exame não caracteriza, tão somente por si, violação da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal. Não se exige a reserva estabelecida no art. 97 da Constituição sempre que o Plenário, ou órgão equivalente do Tribunal, já tiver decidido a questão. Também não se exige a submissão da matéria ao colegiado maior se a questão já foi examinada pelo Supremo Tribunal Federal. No caso em exame, a jurisprudência da Corte é no sentido de que à multa de natureza administrativa aplica-se a Súmula 565/STF, ainda que na vigência da Constituição de 1988.

3. **Esta Corte estabeleceu a distinção entre o juízo de recepção de norma pré-constitucional e o juízo de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade (ADI 2, Rel. Min. Paulo Brossard). A reserva de Plenário prevista no art. 97 da Constituição não se aplica ao juízo de não recepção de norma pré-constitucional.**

Agravo regimental ao qual se nega provimento. (STF - RE nº 278710 AgR/RS, Relator Min. Joaquim Barbosa, Publicado no DJE de 28-05-2010)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. ISS. REGIME DE TRIBUTAÇÃO MAIS FAVORÁVEL. APURAÇÃO CONFORME VALOR PREFIXADO (TRIBUTO “FIXO” OU “ESPECÍFICO”). ART. 9º, DL 406/1968. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 5º, CAPUT, LIV, LV, 93, IX, 97, 150, I E II, DA CONSTITUIÇÃO. FUNDAMENTO AUTÔNOMO E SUFICIENTE. INAPLICABILIDADE DO ART. 9º DO DL 406/1968. OFENSA INDIRETA OU REFLEXA. NECESSIDADE DE REABERTURA DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA.

1. Não há violação do dever de fundamentação das decisões judiciais ou do devido processo legal (arts. 5º, LIV, LV e 93, IX, da Constituição), pois Tribunal de origem prestou jurisdição, ainda que com o resultado não concorde a parte vencida.

2. Não há violação do devido processo legal se o Tribunal de origem considera argumentação posta em contrarrazões de apelação, ainda que sobre ela nada tenha dito a sentença recorrida.

3. A aplicação retroativa de mudança de entendimento da autoridade fiscal favorável ao contribuinte depende do exame de legislação infraconstitucional (Código Tributário Nacional e legislação de regência do tributo), além de se traduzir em fato novo, pelo que não pode ser examinada neste momento processual.

4. Não se aplica a reserva de Plenário ao julgamento que se limita a examinar a legislação ordinária sem a necessidade de invocar implícita ou explicitamente a Constituição para reforçar ou justificar a exegese. 4.1. **Também não se aplica o art. 97 da Constituição ao juízo de recepção ou não de normas criadas anteriormente ad-vento da Constituição.**

5. A valoração, classificação e caracterização de dados representados nos autos, se não depender de reabertura da instrução, não atrai o óbice posto na Súmula 279/STF.

5.1. Contudo, para interpretar o art. 9º, § 3º do DL 406, o Tribunal de origem ateve-se apenas ao texto da legislação ordinária, sem invocar a Constituição para justificar sua exegese. Portanto, como o parâmetro de controle direto

foi a legislação federal, e o recurso foi interposto antes da introdução da alínea *d* ao art. 102, III da Constituição (EC 45), eventual violação constitucional seria indireta ou reflexa.

6. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (STF - RE nº 495370 AgR/PR, Relator Min. Joaquim Barbosa, Publicado no *DJE* - 185, Publicado em 01-10-2010)

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ESPECIAL. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. ART. 481 DO CPC. NORMA ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REVOGAÇÃO OU NÃO RECEPÇÃO. SUBMISSÃO DA QUESTÃO AO TRIBUNAL PLENO. DESNECESSIDADE. PRÁTICA DE FALTA GRAVE. REMIÇÃO. ART. 127 DA LEP.

I - A cláusula de reserva de plenário somente é aplicável na hipótese de controle difuso em que deva ser declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, não se aplicando aos casos (como o dos autos) em que se reputam revogadas ou não recepcionadas normas anteriores à Constituição vigente. Nestes casos, não há que se falar em inconstitucionalidade, mas sim em revogação ou não recepção. (Precedentes do STJ e do STF)

II - A perda dos dias remidos tem como pressuposto a declaração da remição. E, esta não é absoluta, sendo incabível cogitar-se de ofensa a direito adquirido ou a coisa julgada na eventual decretação da perda dos dias remidos em decorrência de falta grave. A *quaestio* se soluciona com a aplicação direta do disposto no art. 127 da LEP. (Precedentes do STJ e do STF)

III - “O disposto no artigo 127 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no *caput* do artigo 58”. (Súmula vinculante nº 9/STF)

IV - Recurso especial parcialmente provido. (REsp 201000099938, Felix Fischer, STJ - Quinta Turma, 04/10/2010)

Idêntico raciocínio, todavia, não se pode aplicar ao art. 3º, § 3º, I e II, da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, cuja edição é posterior, em 10 (dez) dias, à da Emenda Constitucional nº 42/2003, nem tampouco ao art. 8º da Lei nº 10.925/2004, ou mesmo a quaisquer dos dispositivos aludidos na arguição, quando se toma

por desrespeitado os demais princípios constitucionais invocados, tais como o da isonomia tributária, da capacidade contributiva, do não confisco etc.

Em vista desses fundamentos, conheço da arguição, quanto ao mais, e passo a enfrentar os argumentos suscitados tanto pela egrégia Primeira Turma quanto pela peça inicial da ação originária.

II - DA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E DO NÃO CONFISCO (ARTIGOS 145, § 1º, E 150, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

No que se refere à pretensa infringência aos princípios tributário-constitucionais da capacidade contributiva e do não confisco, sustenta o postulante que (fl. 28):

(...) ao se majorar a COFINS e o PIS na razão de 153% (cento e cinquenta e três por cento) para o setor agroindustrial, sem contrapartida de crédito, em obediência à não cumulatividade, devido à restrição na compra de insumos de pessoas físicas, o legislador fere de morte o princípio do não confisco, consagrado expressamente no art. 150 da Constituição da República de 1988, o qual se opera sempre que um tributo se torna excessivamente oneroso, violando o direito de propriedade e o princípio da capacidade contributiva, retirando o patrimônio do contribuinte, quer seja transferido ao Fisco ou reduzido em razão da exacerbada cobrança de um tributo ou da própria carga tributária.

A tese não se sustenta após um breve exame da legislação.

Com efeito, o tal estrepitoso aumento elevou, no caso da COFINS, de 3% para 7,6% a alíquota e, em relação ao PIS/PASEP, de 0,65% para 1,65%.

Pois bem, à luz da Constituição Federal, é vedada a utilização de tributo com efeito de confisco (art. 150, IV), sendo essa a garantia invocada pela inicial para afastar o aumento da carga tributária. Para a postulante, haveria confisco se o aumento descrito não fosse acompanhado do benefício do creditamento de 100% do imposto calculado sobre o preço dos insumos adquiridos.

O ponto nodal a ser aclarado para a perfeita compreensão da garantia tributária em alusão reside em definir-se o que vem a ser confisco. Vejamos, sobre o tema, o que diz o Professor Ives Gandra Martins:

Não é fácil definir o que seja confisco, entendo eu que sempre que a tributação agregada retire a capacidade de o contribuinte se sustentar e se desenvolver (ganhos para suas necessidades essenciais e ganhos a mais do que estas necessidades para reinvestir ou se desenvolver), estaremos diante do confisco⁶.

Em que pese a dificuldade existente em se definir com precisão, à luz do art. 150, IV, da Constituição Federal, o que seria a utilização do tributo com efeito de confisco, ou, ainda, em que medida se exibiria confiscatória uma exação, é intuitivo que as alíquotas de 7% e 1,65% não comprometem a capacidade de o contribuinte se sustentar ou auferir ganhos suficientes para fomentar o crescimento da própria atividade empresarial.

Patente, portanto, que o aumento não elevou as exações a patamares escorchantes, não se mostrando elas confiscatórias ou, pelo menos em princípio, em descompasso com a capacidade contributiva dos contribuintes dedicados ao agronegócio.

Não reconheço, portanto, quanto a esse aspecto, a inconstitucionalidade dos preceptivos legais mencionados.

III - DA OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA (150, II, DA CF)

A recorrente também alude a desrespeito ao princípio da isonomia tributária em duas hipóteses:

- a) quando se refere às limitações de que tratam os artigos 3º, § 3º, I e II, tanto da Lei nº 10.637/2002 quanto da Lei nº 10.833/2003, a restringirem o creditamento às aquisições de bens e serviços efetuadas exclusivamente de pessoas jurídicas;

⁶ Martins, Ives Gandra da Silva. Sistema Tributário Nacional na Constituição de 1988, Saraiva, 1998, págs. 125/126.

b) quando faz alusão ao art. 8º da Lei nº 10.925/2004, porquanto, ao instituir crédito presumido em relação às aquisições de produtos e serviços oferecidos por pessoas físicas, o dispositivo apenas o concede àquelas empresas cujos produtos se destinem à alimentação humana ou animal.

Passemos, portanto, a examinar a conformidade das citadas regras com a Constituição à luz do invocado princípio da isonomia tributária.

Com efeito, as contribuições sociais de que se cogita, o PIS e a COFINS, têm como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, conforme os artigos 1º de ambos os regramentos, das Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003.

Da leitura dos dispositivos citados se verifica, de logo, não se incluírem entre os contribuintes daquelas exações as pessoas físicas.

O artigo 2º dos aludidos regramentos, por seu turno, estabelece as alíquotas a serem aplicadas às bases de cálculo já definidas pelo dispositivo precedente. Tem-se, então, o tributo devido.

No preceptivo seguinte, o art. 3º, erige o legislador as hipóteses em que se poderá descontar daquela exação devida determinados créditos, calculados através da incidência da mesma alíquota da contribuição sobre os bens e serviços utilizados como insumos, tanto na prestação de serviços quanto na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, desde que sejam eles adquiridos de pessoas jurídicas.

Nesse ponto, interessa examinar precisamente se tal limitação ao creditamento – que só ocorre quando os produtos e serviços são adquiridos de pessoas jurídicas – infringiria o princípio da isonomia tributária.

Ora, considerando que a contribuição onera apenas as pessoas jurídicas, não faria sentido, a pretexto de tratar-se com isonomia os produtores pessoas físicas e jurídicas, que o citado artigo 3º de ambos os regramentos concedesse o crédito quanto às aqui-

sições efetuadas de pessoas físicas, que jamais recolheram as exações para o PIS/PASEP e a COFINS.

Por essa razão, não se há falar em inconstitucionalidade da limitação prevista no art. 3º, § 3º, I e II, da Lei nº 10.637/2002 e da Lei nº 10.833/2003, por ofensa ao princípio tributário da isonomia, previsto no art. 150, II, da Constituição Federal.

Tampouco está o art. 8º da Lei nº 10.925/2004 em descompasso com o aludido princípio, na medida em que concede crédito presumido decorrente das aquisições de pessoas físicas (correspondente a entre 35% e 60% do valor do tributo, se incidente sobre o valor dos produtos e serviços adquiridos), desde que a pessoa jurídica que os adquire se dedique à produção de mercadorias destinadas à alimentação humana ou animal.

Tal crédito presumido se cuida de benefício fiscal tendente a incentivar determinados setores produtivos, diminuindo custos fiscais, em compasso com as políticas de desenvolvimento governamentais. Cuida-se, portanto, de instrumento de intervenção estatal, a exibir natureza extrafiscal, com vistas a fomentar, estrategicamente, determinados setores produtivos.

No caso específico, a iniciativa preserva o interesse de setores da agroindústria na produção de alimentos, atividade que, dadas as repercussões que pode gerar, tais como escassez ou abundância de gêneros alimentícios de primeira necessidade, de indubitável interesse estratégico, evidentemente, não guarda qualquer relação de similitude com o curtimento de couro.

Não há, portanto, em vista da disparidade existente entre as atividades de processamento de peles e de produção de alimentos, como se possa estender, àquelas, benefícios fiscais concedidos a essas.

IV - DA INFRINGÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DA ISONOMIA, QUANTO À VENDA DE *WET BLUE* (ARTS. 170, IV, E 150, II, DA CF)

Ao defender desrespeitado um dos princípios constitucionais regentes da ordem econômica, o da livre concorrência, e o princípio da isonomia tributária, o autor alude ao exemplo dos frigoríficos/curtumes, tomando-os por paradigma em relação ao qual com-

para a própria situação, a de empresa dedicada apenas ao curtimento, concluindo restar impossibilitado de com eles concorrer, por não dispor dos mesmos créditos tributários, referindo-se com isso ao crédito presumido de que trata o art. 8º da Lei nº 10.925/2004.

Eis o dispositivo tido por violador do princípio da livre concorrência e da isonomia tributária:

Art. 8º - As pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, que produzam mercadorias de origem animal ou vegetal, classificadas nos capítulos 2, 3, exceto os produtos vivos desse capítulo, e 4, 8 a 12, 15, 16 e 23, e nos códigos 03.02, 03.03, 03.04, 03.05, 0504.00, 0701.90.00, 0702.00.00, 0706.10.00, 07.08, 0709.90, 07.10, 07.12 a 07.14, exceto os códigos 0713.33.19, 0713.33.29 e 0713.33.99, 1701.11.00, 1701.99.00, 1702.90.00, 18.01, 18.03, 1804.00.00, 1805.00.00, 20.09, 2101.11.10 e 2209.00.00, todos da NCM, **destinadas à alimentação humana ou animal**, poderão deduzir da Contribuição para o PIS/PASEP e da Cofins, devidas em cada período de apuração, crédito presumido, calculado sobre o valor dos bens referidos no inciso II do *caput* do art. 3º das Leis nºs 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, adquiridos de pessoa física ou recebidos de cooperado pessoa física. (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

Para o postulante, a livre concorrência e a isonomia tributária estariam vulneradas na medida em que os frigoríficos/curtumes têm direito ao crédito presumido em relação aos insumos adquiridos de pessoas físicas, pois entre seus produtos finais está a carne, destinada à alimentação humana, enquanto os curtumes propriamente ditos não se podem beneficiar dele.

Nesse passo, as pessoas jurídicas que exibem como atividade fim apenas o curtimento, caso do autor, teriam sua competitividade, no que se refere à fabricação de *wet blue*, seriamente comprometida ante a vedação ao mesmo creditamento.

Em primeiro lugar, parece-me desarrazoado invocar-se, na hipótese, a proteção do princípio da livre concorrência, pois que, sendo regente da ordem econômica, e não propriamente um bali-

zador da atuação estatal no âmbito exacional, é visto doutrinariamente, com mais frequência, como instrumento de orientação da intervenção do Estado com vistas a coibir as manobras do poder econômico tendentes à dominação dos mercados.

Afasto, destarte, tal suposto vício de inconstitucionalidade.

Quanto à violação ao princípio da isonomia, não me parece possível extrair da comparação pretendida, qual seja, da atividade empreendida pela autora com a dos frigoríficos/curtumes, pela intrínseca diferença existente entre ambas, as conclusões por ela pretendidas, senão vejamos.

Os curtumes lidam apenas com as peles de animais, os couros, adquirindo-os de produtores rurais, em regra, pessoas físicas que abatem os animais. A aquisição dessas peles salgadas, nessas condições, seja pelos curtumes propriamente ditos, seja pelos frigoríficos/curtumes, seja por quem for, não gera o crédito presumido de que trata o art. 8º da Lei nº 10.925/2004.

Naturalmente, entretanto, quando os frigoríficos/curtumes, encampando, em parte, as atividades desses produtores rurais pessoas físicas antes aludidos, adquirem os animais e os abatem, passam a ostentar o direito ao creditamento no que se refere às demais etapas envolvendo o comércio da carne desses animais, e tão somente em relação à carne. Creditam-se, portanto, do valor equivalente ao do imposto que seria devido nesta etapa, na forma do art. 8º já citado, para utilizá-lo por ocasião da venda da carne e não do couro.

É de se notar que, ao tomarem para si a atividade de criar e abater ou apenas a de abate dos animais, os frigoríficos/curtumes também aumentam seus custos com empregados e toda a logística necessária para separar as peles e salgá-las, tarefa à qual não se sujeitam, via de regra, os curtumes.

Ainda assim, quanto ao comércio das peles em si, por não se destinarem elas à alimentação humana ou animal, não é possível se utilizarem, mesmo os frigoríficos/curtumes, de quaisquer créditos para as demais etapas do curtimento.

Por essa razão, não há como se possa promover tal confronto entre as atividades dos frigoríficos/curtumes e a dos curtumes,

com o fim de estender a esses últimos, a pretexto de se conferir tratamento isonômico, um benefício do qual aqueles outros não dispõem.

V - DA TRANSGRESSÃO À REGRA TRIBUTÁRIA DA NÃO CUMULATIVIDADE

A Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, introduziu na Constituição, precisamente no § 12 do art. 195, que trata da forma de financiamento da seguridade social, a possibilidade, ao alvedrio do legislador ordinário, de eleger setores da atividade econômica para os quais tornar não cumulativas as contribuições sociais que define.

Eis o teor da norma constitucional:

§ 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do *caput*, serão não cumulativas. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

A recorrente defende a tese de que a citada regra constitucional – uma vez tenha o legislador ordinário decidido aplicá-la a um determinado setor produtivo – deve implicar o creditamento, nas etapas seguintes de produção, do valor equivalente ao que foi despendido para pagamento das contribuições sociais do PIS e da COFINS na etapa anterior.

Define, assim, a regra da não cumulatividade (fl. 17):

(...) a não cumulatividade consiste na possibilidade de o sujeito passivo creditar-se daquilo que foi tributado na etapa anterior ao recolhimento por ele procedido. Em outros termos, a não cumulatividade, para efeito de apuração do tributo devido, é a possibilidade de deduzir-se do tributo incidente sobre a saída de mercadorias ou serviço o tributo já cobrado nas operações anteriores.

De fato, a regra da não cumulatividade visa a afastar a possibilidade de *bis in idem* na tributação, o que se daria, numa cadeia de produção, por exemplo, se um tributo, incidente nas diversas fases dessa cadeia produtiva, tivesse seu valor, já pago em uma determinada etapa, agregado à base de cálculo para apuração do mesmo imposto, devido na fase seguinte. Seria essa a modalidade endógena de bitributação.

A hipótese se enquadra perfeitamente em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços - ICMS e ao Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, cujas hipóteses de incidência ocorrem nas etapas que envolvem a cadeia de produção. Daí o creditamento se dar, para os contribuintes dessas exações, por ocasião da aquisição dos produtos utilizados como insumos.

As especificidades que assume a regra da não cumulatividade em relação aos citados impostos não podem ser totalmente reproduzidas, como pretende a postulante, na hipótese das contribuições sociais em exame, cujo fato gerador é o faturamento mensal.

Em primeiro lugar, convém destacar que, ao contrário do que ocorre com o IPI e com o ICMS, em relação às contribuições sociais há discricionariedade na eleição dos setores produtivos a serem beneficiados com a regra da não cumulatividade. E aí penso incidir o vetusto provérbio de origem latina⁷: “quem pode o mais, pode o menos”.

Ora, se é dado ao legislador simplesmente não instituir a regra da não cumulatividade, poderia ele, ao eleger o setor a ser beneficiado por ela, definir quais os contornos dessa não cumulatividade, é dizer, poderia a lei ordinária estabelecer a forma de desoneração, inclusive parcial, se fosse o caso.

Digo isso apenas para estabelecer essa premissa, a servir de amparo às conclusões seguintes, muito embora não tenha havido desoneração parcial, mas total, em relação às contribuições sociais aqui tratadas.

Pois bem, a perfilhar semelhante compreensão do tema, destaco o seguinte precedente, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES COFINS E PIS PELO REGIME DA NÃO CUMULATIVIDADE. LEIS Nº 10.637/02, 10.833/03. DEFI-

⁷ *Cui licet quod est plus, licet utique quod est minus.*

NIÇÃO DA NÃO CUMULATIVIDADE DEPENDE DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL. DEFINIÇÃO DE INSUMOS. ENCARGOS DE DEPRECIACÃO E AMORTIZACÃO. VENDAÇÃO DE CREDITAMENTO NAS AQUISIÇÕES DE PESSOAS FÍSICAS OU DESONERADAS. ARTIGO 31 DA LEI 10.865/04.

I - O princípio da não cumulatividade estabelecido para as contribuições sociais pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003, diverge daquela previsão constitucional originária (IPI e ICMS), dependendo de definição de seu conteúdo pela lei infraconstitucional, não se extraindo do texto constitucional a pretendida regra de obrigatoriedade de dedução de créditos relativos a todo e qualquer bem ou serviço adquirido e utilizado nas atividades da empresa, por isso mesmo também não se podendo acolher tese de ofensa ao artigo 110 do Código Tributário Nacional;

II - Estando as regras da não cumulatividade das contribuições sociais afetas à definição infraconstitucional, conclui-se que: 1º) o conceito de “insumo” para definição dos bens e serviços que dão direito a creditamento na apuração do PIS e COFINS deve ser extraído do inciso II do artigo 3º das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03, sem vício das regras insertas nas Instruções Normativas SRF nº 247/02 (artigo 66, § 5º, I e II, inserido pela IN nº 358/03) e nº 404/04 (artigo 8º, § 4º, I e II), não havendo direito de creditamento sem qualquer limitação para abranger qualquer outro bem ou serviço que não seja diretamente utilizado na fabricação dos produtos destinados à venda ou na prestação dos serviços; 2º) nada impede que uma das verbas previstas em lei venha a ser excluída pelo legislador, desde que observado o princípio da anterioridade nonagesimal, como estabelecido no artigo 31 da Lei nº 10.865/04, ao vedar o desconto de créditos apurados na forma do inciso III do § 1º do art. 3º das Leis nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, relativos à depreciação ou amortização de bens e direitos imobilizados adquiridos até 30.04.2004; 3º) legítima a regra do inciso III do § 1º do artigo 3º das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03, que determina que o momento do creditamento das verbas a que se refere (incisos VI e VII do mesmo artigo) deve ser quando ocorre o lançamento dos respectivos encargos de depreciação e amortização; 4º) legíti-

tima a regra do § 2º (incisos I e II) do artigo 3º das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03, que impede o creditamento na entrada de bens e serviços adquiridos de pessoas físicas ou agraciados com desoneração das contribuições na etapa anterior da cadeia produtiva. III - Apelação da impetrante desprovida. (TRF3 - AMS nº 200561000285868, Rel. Juiz Souza Ribeiro, Terceira Turma, 07/04/2009)

Assim, parece-me claro que a regra da não cumulatividade, na hipótese, deve ser compreendida *cum grano salis*, pois seria possível ao legislador estabelecer, ao revés do que ocorre em relação ao IPI e ao ICMS, creditamentos parciais dos tributos efetivamente pagos nas etapas anteriores da cadeia produtiva.

Entretanto, ainda que nos inclinássemos a aplicar à hipótese a regra da não cumulatividade, tal qual definida nos regramentos do IPI e ICMS, como pretende o demandante, ainda assim não se verificariam inconstitucionais, em face dessa regra, os artigos 3º, § 3º, I e II, da Lei nº 10.637/2002 e da Lei nº 10.833/2003, por excluírem o creditamento quando os bens e serviços utilizados como insumos forem adquiridos de pessoas físicas.

Em arrimo a essa afirmação, vejamos o que dispõem os artigos primeiros de ambas as citadas leis:

Lei nº 10.637/2002 – Art. 1º - A contribuição para o PIS/PASEP tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido **o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica**, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

Lei nº 10.833/2003 – Art. 1º - A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido **o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica**, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

Ora, conforme já havia destacado, as contribuições sociais em alusão, a teor dos dispositivos transcritos, não incidem em relação às atividades, ainda que lucrativas, desenvolvidas por pessoas físicas, de sorte que os produtos adquiridos dos produtores rurais pessoas físicas não se encontram onerados por essas contribuições sociais.

A premissa só pode levar a um conclusão, a de que o crédito pretendido não se encontra entre as consequências de estarem as contribuições sociais em exame albergadas pelo princípio da não cumulatividade, mesmo que se entenda ele aplicável ao caso com os contornos traçados pelos regramentos do IPI e do ICMS – e, repito, não é essa a hipótese –, porquanto, na etapa anterior do processo produtivo, não houve a incidência das contribuições, logo, não pode haver crédito a pretexto de desoneração de produtos ou serviços que jamais foram onerados.

Afasto, também por esses fundamentos, a suscitada inconstitucionalidade dos artigos 3º, § 3º, I e II, da Lei nº 10.637/2002 e da Lei nº 10.833/2003.

VI - DA OFENSA À IMUNIDADE CONSTITUCIONAL DE CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS E DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO SOBRE RECEITAS DECORRENTES DE EXPORTAÇÃO (ARTIGO 149, § 2º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

Com efeito, após a edição da Emenda Constitucional nº 33, de 11 de dezembro de 2001, passou a constar do art. 149 da Constituição Federal o § 2º, cujo inciso I estabeleceu a imunidade de contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico sobre as receitas decorrentes de exportação.

Eis o dispositivo citado:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 1º (...)

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

Em face dessa previsão constitucional, tanto a Lei nº 10.637/2002, que regulamenta o PIS/PASEP, quanto a Lei nº 10.833/2003,

que trata da COFINS, em seus artigos 5º e 6º, respectivamente, asseveram de forma expressa que aquelas exações não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação de mercadorias para o exterior.

A despeito das explícitas disposições legais, o postulante constrói um impreciso silogismo através do qual conclui (fl. 42):

Assim é que, a proibição de créditos na compra de insumos de pessoa física pela agroindústria (COFINS, Lei nº 10.833/03 - § 3º, inciso I e II do art. 3º - PIS, Lei 10637/02 - § 3º, inciso I e II do art. 3º), romperá a estrutura não cumulativa dessas contribuições ao PIS e a COFINS, causando o acúmulo do tributo na conta do autor que exportam seus produtos para o mercado internacional. (*sic*)

O raciocínio deduz conclusão inexata por se amparar em pelo menos uma premissa equivocada, a de que houve o pagamento de contribuição social, onerando, assim, o produto adquirido do produtor rural pessoa física.

Ora, é evidente, e o autor fez questão de jamais o afirmar ou negar categoricamente em sua peça exordial, que não há o pagamento das contribuições sociais por parte daquele pequeno produtor rural pessoa física, do qual adquire ele as peles salgadas, porque apenas as pessoas jurídicas são contribuintes dessas exações, conforme esclarecido anteriormente.

Naturalmente, não havendo oneração nessa fase da cadeia produtiva, não se há falar em concessão de crédito para fins de compensação, à guisa de desoneração tributária. Logo, é impossível concluir, como fez a petição inicial, que a não concessão de tal crédito implica em infringência à regra da imunidade das receitas decorrentes de exportação.

Aliás, os eventuais créditos conferidos às aquisições de produtos realizadas de pessoas físicas não guardam qualquer simetria com tributos recolhidos anteriormente, ostentando natureza jurídica de benefícios fiscais, tão somente.

De mais a mais, a imunidade das receitas decorrentes de exportação para o exterior, conforme já explicitado, é expressamente prevista na legislação de regência do PIS/PASEP e da COFINS.

Quanto a esse ponto, portanto, extrai-se da peça p^órtico que o fundamento invocado – de imunidade, das receitas decorrentes de exportação de mercadorias para o exterior, em relação às contribuições para o PIS e para a COFINS –, não mantém qualquer pertinência com o pleito que, em verdade, é de extensão do benefício fiscal de que trata o art. 8º da Lei nº 10.925/2004.

VII - DA IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS PELO PODER JUDICIÁRIO

De uma visão menos pontual da postulação, ou seja, vista a pretensão de forma global, resta claro que o demandante busca do Poder Judiciário atuação como legislador positivo, na medida em que o provimento almejado, em síntese, promoveria a extensão de benefícios fiscais estrategicamente dirigidos pelo Legislativo como forma de incentivo a determinados setores produtivos, entre os quais o autor não se inclui.

Embora sejam escassos julgados sobre o tema, não se podendo falar propriamente em jurisprudência quanto a ele, pode-se constatar que o TRF 1ª Região teve a oportunidade de enfrentar rogo idêntico, ocasião em que reconheceu estar a atuação do legislador ordinário, ao elaborar as Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003, estritamente no âmbito da outorga constitucional, conforme se depreende da seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. PROCEDIMENTO ORDINÁRIO. COFINS E PIS. CREDITAMENTO. INSUMOS ADQUIRIDOS DE PESSOA FÍSICA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O § 12 do art. 195 da CF/88 remete à lei a definição dos setores da atividade econômica para os quais as contribuições em comento (PIS e COFINS) serão não cumulativas.

2. A legislação infraconstitucional (Leis nºs 10.833/2003 e 10.637/2002), que veda o creditamento pleno de insumos adquiridos de pessoa física, ateu-se aos limites da outorga legislativa prevista no referido dispositivo constitucional.

3. Apelação improvida. (TRF1 - AC nº 200433000262810, Rel. Juiz Federal Cleberon José Rocha (Conv.), Oitava Turma, 31/05/2010)

Por todas essas razões:

a) não conheço da arguição no que se refere à inconstitucionalidade do art. 3º, § 3º, da Lei nº 10.637/2002, por ofensa ao princípio da não cumulatividade tributária das contribuições sociais, previsto no § 12 do art. 195 da Constituição Federal, introduzido pela EC nº 42, de 19 de dezembro de 2003;

b) em relação à parte conhecida, rejeito a arguição, por não vislumbrar incompatibilidade com o texto constitucional dos artigos 3º, § 3º, I e II, tanto da Lei nº 10.637/2002 quanto da Lei nº 10.833/2003, nem tampouco do art. 8º da Lei nº 10.925/2004.

Assim voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 2.157-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Suscitante: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DA COMARCA EUSÉBIO
Suscitado: JUÍZO DA 20ª VARA FEDERAL DO CEARÁ
Parte A: CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DO CEARÁ - CRA/CE
Parte R: BANK'S SEGURANÇA E TRANSPORTES DE VALORES LTDA.
Adv./Proc.: DR. GERLANO ARAÚJO PEREIRA DA COSTA (PARTE A)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL DA 20ª VARA DA SJ/CE E JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DE EUSÉBIO/CE. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA PELO CREA. DEMANDA INTENTADA NA VARA FEDERAL DA CAPITAL. EMPRESA EXECUTADA DOMICILIADA NA COMARCA DO INTERIOR. REMESSA DOS AUTOS DE OFÍCIO PELO JUÍZO FEDERAL, ORA SUSCITADO, AO JUÍZO ESTADUAL, ORA SUSCITANTE. ART. 15, I, DA LEI 5.010/66. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. NATUREZA RELATIVA. IMPOSSIBILIDADE

DE RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. CONFLITO CONHECIDO, COM A FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

- Trata-se de Conflito Negativo de Competência provocado pelo douto Juízo de Direito da Comarca de Eusébio/CE, tendo como suscitado o eminente Juízo Federal da 20ª Vara da SJ/CE que declinou de sua competência, remetendo ao Juízo suscitante os autos da Execução Fiscal 2001.81.00.025301-7 (Processo 7536-43.2010.8.06.0075/0), promovida pelo Conselho Regional de Administração CE/PI, empresa com sede no município acima indicado.

- A jurisprudência dominante defende ser territorial a competência da Justiça Estadual para processar e julgar Execução Fiscal promovida pelas pessoas jurídicas de direito público federal, quando o executado é domiciliado em Município que não é sede de Vara Federal, não podendo ser declinada de ofício, em face do seu caráter relativo; precedentes do colendo STJ.

- Embora a atuação do Juiz de Direito nas causas de competência da Justiça Federal pudesse levar, erroneamente, ao entendimento de se tratar de competência absoluta, uma vez que decorre de delegação autorizada pela própria Carta Magna (art. 109, § 3º), a fixação da competência, nesses casos, tem como fundamento o domicílio do réu. O aspecto territorial, portanto, é o único a ser considerado nas hipóteses de atribuição de competência ao Juiz Estadual para processar e julgar o feito que, em princípio, seria da competência do Juiz Federal que exercesse sua jurisdição sobre a região na qual o executado tivesse domicílio.

- In casu, a empresa executada não desafiou exceção de incompetência do juízo federal da vara situada em Fortaleza-CE, a fim de que a competência para o julgamento do executivo fiscal fos-

se deslocada para a vara estadual do Município de Eusébio-CE, onde é domiciliada. Competência federal prorrogada. Inteligência dos arts. 112 e 114 do CPC.

- Conflito Negativo de Competência conhecido para declarar competente o Juízo Suscitado, determinando o processo e o julgamento da Execução Fiscal na 20ª Vara Federal da SJ/CE, em Fortaleza.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de CC 2157-CE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do Pleno do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em conhecer e declarar como competente o Juízo Suscitado, qual seja, o da 20ª Vara Federal da SJ/CE, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 25 de maio de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Trata-se de Conflito Negativo de Competência provocado pelo douto Juízo de Direito da Comarca de Eusébio/CE, tendo como suscitado o eminente Juízo Federal da 20ª Vara da SJ/CE que declinou de sua competência, remetendo ao Juízo suscitante os autos da Execução Fiscal 2001.81.00.025301-7 (Processo 7536-43.2010.8.06.0075/0), promovida pelo Conselho Regional de Administração CE/PI contra Bank's Segurança e Transporte de Valores LTDA., empresa com sede no município acima indicado.

2. Entendeu o Juízo suscitado serem aplicáveis ao caso as regras contidas no § 3º do art. 109 da CF/88, no art. 15 da Lei 5.010/66, bem como no art. 578 do CPC, já que é em Eusébio, município no qual inexistente vara de justiça federal, onde reside a

executada, concluindo, portanto, ser da competência de uma das varas estaduais de lá, o julgamento do executivo fiscal em apreço.

3. O suscitante, por sua vez, sustenta, em suma, que o art. 15, I, da Lei 5.010/66, ao permitir o processo e o julgamento de execução fiscal por Juízo de Direito de Comarca onde não funcione Vara da Justiça Federal, leva em consideração a condição de que o devedor resida naquela jurisdição, logo, a seu ver, tal competência delegada seria de caráter territorial, e, por conseguinte, de natureza relativa (art. 111 do CPC), só podendo ser arguida pela via da exceção, nos termos do art. 112 do CPC (fls. 5/7).

4. Com a remessa dos autos ao *Parquet* Federal, este opinou pelo conhecimento do Conflito Negativo de Competência e a fixação da competência do Juízo Suscitante, qual seja, o Estadual da Comarca de Eusébio/CE, com ementa vazada nos seguintes termos:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. § 3º DO ART. 109 DA CF E INC. I DO ART. 15 DA LEI 5.010/66. COMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA ESTADUAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE. (Fl. 14)

5. É este o breve relatório.

VOTO

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

1. O presente conflito de competência consiste em fixar o juízo competente para processar e julgar a Execução Fiscal 2001. 81.00.025301-7 (Processo 7536-43.2010.8.06.0075/0), promovida pelo Conselho Regional de Administração CE/PI, empresa com sede no município de Eusébio-CE.

2. Compulsando os autos, verifica-se que a execução em tela fora inicialmente ajuizada na 20ª Vara Federal da SJ/CE, em Fortaleza, tendo o seu douto Magistrado declinado de ofício de sua competência, por força do disposto no art. 15, I, da Lei 5.010/66 (fls. 8/11).

3. Dessa forma, os autos foram remetidos ao Juízo de Direito da Comarca de Eusébio/CE, onde o douto Juiz Titular, em decisão de fls. 5/7, também reconheceu a sua incompetência para o processo e julgamento do feito em epígrafe, suscitando o presente conflito.

4. Sobre a matéria, sabe-se que a jurisprudência dominante defende ser territorial a competência da Justiça Estadual para processar e julgar Execução Fiscal promovida pelas pessoas jurídicas de direito público federal, quando o executado é domiciliado em Município que não é sede de Vara Federal, não podendo ser declinada de ofício, em face do seu caráter relativo; nesse sentido, confirmam-se os seguintes acórdãos do colendo STJ:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. ALTERAÇÃO DO ENDEREÇO DA EXECUTADA. INCOMPETÊNCIA RELATIVA. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 33 E 58/STJ. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL ONDE FOI PROPOSTA A DEMANDA.

1. O art. 578 do Código de Processo Civil estabelece que a execução fiscal será ajuizada no foro do domicílio do réu. Não obstante isso, cumpre ressaltar que a competência territorial é relativa, e, portanto, só poderia a incompetência ser arguida por meio de exceção (CPC, art. 112).

2. Feita a escolha e ajuizada a ação, ficou definida a competência do Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Tocantins (CPC, art. 87), não podendo ser reconhecida *ex officio* eventual incompetência do Juízo, nos termos do enunciado da Súmula 33/STJ. (CC 53.750/TO, Rel. Min^a. Denise Arruda, DJU 15.05.06, p. 147)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Consoante entendimento sumulado desta Corte, a competência territorial é relativa e não pode ser declarada de ofício. (CC 35.550/RS, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU 11.11.02, p. 143)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. COMPETÊNCIA TERRITORIAL.

As execuções fiscais podem ser ajuizadas perante a Justiça Estadual do foro do domicílio do executado, caso a comarca não seja sede de vara federal.

A competência fixada para o ajuizamento da execução fiscal é territorial e, por conseguinte, de natureza relativa, não podendo ser declinada de ofício. (CC 33.942/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 08.04.02, p. 120)

5. Embora a atuação do Juiz de Direito nas causas de competência da Justiça Federal pudesse levar, erroneamente, ao entendi-

mento de se tratar de competência absoluta, uma vez que decorre de delegação autorizada pela própria Carta Magna (art. 109, § 3º), a fixação da competência, nesses casos, tem como fundamento o domicílio do réu. O aspecto territorial, portanto, é o único a ser considerado nas hipóteses de atribuição de competência ao Juiz Estadual para processar e julgar o feito que, em princípio, seria da competência do Juiz Federal que exercesse sua jurisdição sobre a região na qual o executado tivesse domicílio.

6. Outrossim, não se pode perder de vista que a finalidade precípua de tal norma é facilitar a defesa do executado, que poderia ficar prejudicada em face da distância de seu domicílio do da sede do Juízo Federal. Assim, em face da preponderância do interesse particular sobre o público, no caso em tela, caberia tão somente ao interessado, por meio de exceção, indicar a incompetência do Juízo Federal, nos termos dos arts. 112 e 114 do CPC, sob pena de se prorrogar a sua competência para processar e julgar o feito.

7. Nesse sentido:

Processual Civil. Conflito negativo de competência suscitado pelo juízo de Direito da Comarca de Eusébio, no Estado do Ceará, ante execução fiscal que lhe foi remetida pelo juiz federal da 20ª Vara, depois de nove anos de tramitação, calcando-se a remessa no fato de o devedor ter domicílio na referida cidade de Eusébio. A competência, no caso, é territorial, e, desta forma, relativa, de maneira a exigir a presença de exceção de competência, o que não ocorreu, não podendo ser declarada pelo magistrado *ex officio*, na linha de precedentes reiterados do Pleno. Conflito conhecido para declarar a competência do juízo federal suscitado. (CC 00021656820104059999, Des. Federal Vladimir Carvalho, DJU 16/09/2010)

8. A declinação de competência pelo Juízo suscitado, *in casu*, afronta diretamente a sistemática adotada pelo Código de Ritos, razão pela qual conheço do Conflito Negativo de Competência e declaro como competente o Juízo Suscitado, determinando o processo e o julgamento da Execução Fiscal na 20ª Vara Federal da SJ/CE, em Fortaleza.

9. É como voto.

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 4.961-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Embargante: UNIÃO
Embargado: REGINA HELENA COELHO TAVARES CAVALCANTI
Advs./Procs.: DRS. FELIPE AUGUSTO FORTE DE NEGREIROS DEODATO E OUTROS (EMBDO.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES BUSCAVAM FAZER PREVALECER O VOTO VENCIDO, QUE, ANTE SITUAÇÃO FACTUAL, NA QUAL A EMBARGADA, INICIALMENTE DETENTORA DE BENEFÍCIO DE PENSÃO, QUE NÃO PODIA SER ACUMULADO COM QUALQUER BENEFÍCIO ORIUNDO DO PODER PÚBLICO, PASSOU DEPOIS À CONDIÇÃO DE MÉDICA DA UNIVERSIDADE DE PERNAMBUCO, SITUAÇÃO QUE, DESCOBERTA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, FEZ COM QUE A EMBARGANTE LHE OFICIASSE PARA FAZER A OPÇÃO, O QUE FOI OBEDECIDO PELA EMBARGADA, QUE, ASSIM, SE DESLIGOU DO REFERIDO EMPREGO DE MÉDICA. CONTUDO, AO ASSIM PROCEDER, TOMOU, IMEDIATAMENTE, CONHECIMENTO DE QUE A PENSÃO, PELA QUAL OPTARA, TINHA SIDO CANCELADA.

- Julgado que decide pela obrigatoriedade de a embargante voltar a pagar à embargada a pensão inicialmente recebida, calcado no fato de ter sido esta a orientação conferida inicialmente pela embargante à embargada, não podendo aquela, depois que a embargada se desliga do emprego, lhe comunicar que tinha também cancelado a pensão em foco, deixando, em consequência, a embargada sem nenhuma renda mensal.

- Infactível admitir que, com o recebimento dos

vencimentos de médica da Universidade de Pernambuco, a pensão se extinguiu automaticamente, e que cabia à embargada apenas “uma indenização de caráter vitalício até o falecimento em relação à remuneração”, fl. 215.

- Improvimento dos embargos infringentes.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o egrégio Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, negar provimento aos embargos infringentes, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 4 de maio de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Embargos infringentes interpostos pela União Federal, em face do acórdão, fls. 208-220, da egrégia Primeira Turma, lavrado pelo Des. José Maria Lucena, assim ementado:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. PENSÃO. FILHA SOLTEIRA MAIOR DE VINTE E UM ANOS. LEI 3373/58. CARGO PÚBLICO PERMANENTE. INACUMULABILIDADE. OPÇÃO PELA PENSÃO. EXONERAÇÃO DO CARGO. CANCELAMENTO DA PENSÃO. EQUÍVOCO DA ADMINISTRAÇÃO. VINCULAÇÃO ÀS PRIMEIRAS DIRETRIZES QUE DETERMINAVAM À AUTORA A NECESSIDADE DE OPTAR.

1. A teor do art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 3.373/58, a filha solteira, maior de 21 anos, somente poderá ter casada a pensão por morte de que é titular quando vier a ocupar cargo público permanente.

2. Não obstante a autora ostentasse a titularidade de pensão concedida, a partir de 31 de maio de 1990, nos moldes da Lei nº 3.373/58, assumiu o cargo de médica da UPE em 10 de março de 1999, tendo passado a acumular,

indevidamente, as duas remunerações provindas dos cofres públicos.

3. Não há que se falar em decadência, nos moldes do art. 54 da Lei nº 9.784/99, eis que a postulante tinha ciência da vedação legal à cumulação da pensão que percebia com remuneração de cargo público efetivo, conforme se constata de declaração sua, datada de 10 de setembro de 2007, na qual afirma que não ocupava cargo público permanente em órgão da Administração Direta Federal, Estadual e Municipal, quando, na verdade, era médica do quadro de pessoal permanente da UPE.

4. Ao perceber o equívoco quanto ao pagamento concomitante de tais verbas, o TCU comunicou o fato ao Ministério da Fazenda solicitando providências. Então, num primeiro momento, esse Ministério enviou comunicação determinando que a autora fizesse opção por uma das duas remunerações, o que gerou, logo em seguida, a sua escolha pela pensão e a consequente exoneração do cargo efetivo de médico que ocupava. Poucos dias depois, no entanto, a Administração voltou atrás em relação à primeira determinação enviando à autora carta-circular na qual lhe comunicava acerca da exclusão do pagamento da pensão e lhe oportunizava o direito de defesa. Nesse momento, a postulante já havia pedido exoneração do cargo efetivo que titularizava, atendendo aos termos da primeira comunicação oficial que lhe fora enviada.

5. Embora a requerente tenha se locupletado durante anos com a percepção cumulativa da pensão e de remuneração decorrente de cargo efetivo, o que autoriza a Administração a adotar os meios legais cabíveis para reaver esses valores pagos indevidamente, não é razoável que, em decorrência de orientações divergentes emanadas das autoridades administrativas, seja ela prejudicada com a não percepção da pensão, que a Administração pretende cancelar, nem da remuneração do cargo de médico da UPE, do qual pediu exoneração ao optar pela pensão. Fica a Administração, portanto, vinculada à primeira comunicação enviada à postulante e que lhe facultava a oportunidade de escolher entre a pensão e a remuneração do cargo de médica e que gerou a escolha da requerente pela primeira.

6. Honorários advocatícios a cargo da União fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais). Apelação provida, fls. 219-220.

Nas suas razões, fls. 222-226, a embargante defende, em suma, que não existe o direito alegado pela autora, uma vez que as Leis nºs 3.373/58 e 6.782/80, bem assim a Lei nº 8.112/90 não permitem a acumulação de proventos de pensão especial com remuneração de cargo público, fl. 225.

Ademais, sustenta que a Administração agiu dentro do estrito cumprimento da legislação regente, assegurando a ampla defesa e o contraditório.

Alfim, requer o provimento dos embargos infringentes, para reformar o v. acórdão atacado, negando-se provimento à apelação, nos termos do voto minoritário.

Contrarrazões apresentadas, fls. 259-263, com a embargada apontando intempestividade da apelação, e, no mérito, sustentando que a intenção da União é tirar todos os seus meios de sobrevivência, porquanto, além de perder o cargo na Universidade de Pernambuco, ainda teve a pensão cancelada pela embargante, quando essa lhe conferiu o direito de opção entre o recebimento da pensão e a remuneração daquele cargo.

É o Relatório.

Ao Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

O julgado, objeto dos presentes infringentes, é o de fls. 208-220, oriundo da Primeira Turma, da relatoria do des. José Maria Lucena, acompanhado pelo Des. Frederico Azevedo, convocado.

O voto vencido é do Des. Emiliano Zapata, convocado.

Os infringentes objetivam, justamente, fazer prevalecer o dito voto vencido.

A situação factual revela bastante simples.

A embargada recebia pensão, a partir de 21 de maio de 1990, amparada pela Lei 3.373, de 1958, prevendo a lei a sua perda quando o pensionista passar a ser ocupante de cargo público permanente.

Ocorre que em 10 de março de 1999, a embargada passou a ser médica da Universidade de Pernambuco, continuando a receber a dita pensão, situação que só veio a lume pelo Tribunal de Contas da União, resultando em expediente dirigido ao Ministério da Fazenda, fl. 44, que, por seu turno, agiu em cumprimento a expediente do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, determinando a ora embargada a fazer a opção, fl. 48.

A embargada fez a opção pela pensão, desligando-se da Universidade de Pernambuco, fl. 53, comunicando, imediatamente, o fato ao Ministério da Fazenda, fl. 56. Ocorre que, na mesma data, o Ministério da Fazenda comunicava à embargada que foi determinada a exclusão do pagamento do benefício de pensão, fl. 46.

Resultado: a embargada, atendendo a expediente do Ministério da Fazenda, fez a opção, pedindo demissão da condição de médica da Universidade de Pernambuco, e, agora, tinha, também, a sua pensão cancelada.

Os infringentes buscam fazer prevalecer o voto vencido, do Des. Emiliano Zapata, que, em suma, considerava que a pensão já tinha sido extinta quando do seu ingresso nos quadros da Universidade de Pernambuco, cabendo-lhe, apenas *uma indenização de caráter vitalício até o falecimento em relação à remuneração*, fl. 215.

Já o voto vencedor se assenta em outra premissa, apregoando que *embora a requerente tenha se locupletado durante anos com a percepção cumulativa da pensão e da remuneração decorrente de cargo efetivo, o que autoriza a Administração a adotar os meios legais cabíveis para reaver esses valores pagos indevidamente, não é razoável que, em decorrência de orientações divergentes emanadas das autoridades administrativas, seja ela prejudicada com a não percepção da pensão, que a Administração pretende cancelar, nem da remuneração do cargo de médico da UPE, do qual pediu exoneração ao optar pela pensão, de maneira a concluir que fica a Administração, portanto, vinculada à primeira comunicação enviada à postulante e que lhe facultava a oportunidade de escolher entre a pensão e a remuneração do cargo de médica e que gerou a escolha da requerente pela primeira*, fls. 219-220.

Em resumo, a embargante levou, com o primeiro expediente, a embargada a tomar uma decisão. E esta o fez. Depois, quando

a embargada já tinha se desligado da Universidade de Pernambuco, a embargante considerou cancelada a pensão, de forma que a embargada, de repente, ficou sem as duas rendas que tinha, apesar da proibição de acumular a primeira com a segunda.

O certo é que a conduta da embargante levou a embargada a tomar uma posição que, afinal, com o cancelamento do benefício de pensão, terminou ficando sem renda mensal alguma.

Não vejo, assim, como prestigiar o douto voto vencido, de maneira que me encosto nas razões que fundamentaram o julgado.

Por este entender, nego provimento aos embargos infringentes.

É como voto.

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 418.221-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Embargante: FAZENDA NACIONAL
Embargada: COMPANHIA ENERGÉTICA DE PERNAMBUCO S/A - CELPE
Advs./Procs.: DRS. LUCAS LEONARDO FEITOSA BATISTA E OUTROS (EMBDA.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. EMBARGOS INFRINGENTES. CONTRATO DE CESSÃO DE USO DE IMÓVEL. EMPRESA ESTATAL PRIVATIZADA. MUDANÇA DE REGIME. UTILIZAÇÃO GRATUITA DO BEM. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 9.636/98. APLICAÇÃO.

- Embora celebrado o contrato sob os auspícios do Decreto-Lei nº 178/67, a cessão de bens imóveis da União está, atualmente, regulada pela Lei nº 9.636/98, cujo art. 5º preceitua que, quando destinada à execução de empreendimento de fim lucrativo, deve ser onerosa a cessão.

- Hipótese em que a embargada, à época da

avença, integrava a administração pública indireta do Estado de Pernambuco, condição jurídica relevante para que a cessão do imóvel, na época do contrato (1983), fosse ajustada sob o manto da gratuidade.

- Com a privatização, perdeu a embargada sua índole estatal, passando a ostentar natureza eminentemente privada, ainda que mantido seu status de sociedade de economia mista.

- Se a cessionária não detém qualquer participação estatal em seu capital social, imperiosa se mostra a utilização onerosa do bem, o qual, encravado em terreno de marinha, reclama o pagamento da taxa de ocupação em favor do cedente.

- O fato de a empresa, depois de adquirida por grupo privado estrangeiro, continuar a explorar serviço público de energia elétrica em nada interfere na perda da gratuidade da cessão, haja vista a mudança verificada no seu quadro social.

- A tese da finalidade pública do serviço explorado também não subsiste, pois, acaso fosse mantido o benefício, alcançaria a embargada, frente às demais pessoas jurídicas de índole privada, indevido privilégio, em flagrante afronta à isonomia.

- Embargos infringentes providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, dar provimento aos embargos infringentes, nos termos do relatório, do voto do relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 13 de julho de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Cuida-se de embargos infringentes interpostos pela Fazenda Nacional contra acórdão da egrégia 4ª Turma deste Tribunal que, reformando sentença, deu provimento ao apelo, reconhecendo o direito da CELPE - Companhia Energética de Pernambuco S/A à suspensão da exigibilidade do crédito correspondente à taxa de ocupação, preservando o contrato de cessão gratuita do terreno firmado com a União, autorizando a repetição de valores recolhidos a tal título (R\$ 429.769,22).

A embargante defende o voto vencido da lavra do Des. Federal convocado Frederico Azevedo, no qual esse Magistrado entendeu não ter o pleito autoral amparo na Lei nº 9.636/98, pois esse Diploma, em seu art. 5º, prevê a cessão onerosa de bens imóveis para o caso presente.

Contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

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

A divergência diz respeito à possibilidade de a União desfazer contrato de cessão gratuita de uso de imóvel, no qual se encontra implantada Subestação de Energia Elétrica, passando, dessa forma, a exigir o pagamento de taxa de ocupação, em razão da privatização da empresa concessionária beneficiária daquele usufruto.

Consoante se extrai do próprio texto contratual (fl. 45), o ajuste foi celebrado com fundamento no art. 1º do Decreto-Lei nº 178/67, que assim dispunha:

Art. 1º Por ato do Govêno e a seu critério, poderão ser cedidas, gratuitamente, ou em condições especiais, sob qualquer dos regimes previstos no Decreto-lei nº 9.760, de 5 9-1946, imóveis da União, aos Estados, aos Municípios, a entidades educacionais, culturais ou de finalidades sociais, e, em se tratando de aproveitamento econômico de

interêsse nacional que mereça tal favor, a pessoa física ou jurídica.

Parágrafo único - A cessão se fará autorizada por decreto do Presidente da República e se formalizará mediante termo ou contrato, do qual expressamente constarão as condições estabelecidas e tornar-se-á nula, independentemente de ato especial se ao imóvel, no todo ou em parte, fôr dada aplicação em divergência com o previsto no decreto autorizativo e conseqüente termo ou contrato.

Atualmente, a regulação da matéria relativa à cessão de bens imóveis da União está a cargo da Lei nº 9.636/98, a qual dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União. Esse Diploma, em seu art. 18, prevê o seguinte, *in verbis*:

Art. 18. A critério do Poder Executivo poderão ser cedidos, gratuitamente ou em condições especiais, sob qualquer dos regimes previstos no Decreto-Lei nº 9.760, de 1946, imóveis da União a:

I - Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades sem fins lucrativos das áreas de educação, cultura, assistência social ou saúde;

II - pessoas físicas ou jurídicas, em se tratando de interesse público ou social ou de aproveitamento econômico de interesse nacional. (...)

§ 3º A cessão será autorizada em ato do Presidente da República e se formalizará mediante termo ou contrato, do qual constarão expressamente as condições estabelecidas, entre as quais a finalidade da sua realização e o prazo para seu cumprimento, e tornar-se-á nula, independentemente de ato especial, se ao imóvel, no todo ou em parte, vier a ser dada aplicação diversa da prevista no ato autorizativo e conseqüente termo ou contrato. (...)

§ 5º A cessão, quando destinada à execução de empreendimento de fim lucrativo, será onerosa e, sempre que houver condições de competitividade, deverão ser observados os procedimentos licitatórios previstos em lei.

À luz dos dispositivos acima expostos, vê-se que a cessão de uso de imóveis da União, quando destinada à execução de empreendimento de fim lucrativo, deve ser onerosa.

Assentadas tais premissas, verifico assistir razão à embargante.

É que, com a privatização da CELPE, alterou-se a condição jurídica da cessionária, passando a antiga empresa estatal, cuja maioria do capital era detentor o Estado de Pernambuco, a figurar na qualidade de empresa eminentemente privada, ainda que mantendo seu *status* de sociedade de economia mista, regida pela Lei reguladora das sociedades por ações (fl. 48).

De fato, após sua aquisição pelo grupo espanhol IBERDROLA, deixou de integrar a embargada a administração indireta do Estado de Pernambuco, passando a operar sem nenhuma participação acionária do poder público.

Ora, fora de dúvidas que a cessão do imóvel foi celebrada sob o manto da gratuidade graças à presença de entidade estatal no processo, no caso o Estado de Pernambuco. A CELPE, à época do contrato, integrava a administração pública do Estado; logo, com a perda dessa condição, não vejo como ser mantido, ao arropio da lei, o uso gratuito do bem em evidência.

Convém ressaltar que, embora, na época do contrato, a empresa já pudesse auferir lucros, como é próprio das sociedades de economia mista, certamente não era esse o objetivo principal de seu maior controlador – o Estado de Pernambuco – que visava prestar o serviço de iluminação ao maior número possível de pessoas e a preços mais acessíveis.

Tal como preceitua o art. 18, *caput*, da Lei nº 9.636/98, acima transcrito, os bens imóveis federais somente podem ser cedidos gratuitamente a outros entes federativos (Estados, Distrito Federal ou Municípios), a entidades sem fins lucrativos atuantes nas áreas de educação, cultura, assistência social ou saúde, ou, ainda, a pessoas físicas ou jurídicas, em se tratando de interesse público ou social ou de aproveitamento econômico de interesse nacional.

Claro está que a embargada, após a venda de seu controle acionário, deixou de se inserir nesse contexto legal. Se a empresa passou a ser integralmente privada e executa atividade com fim lucrativo, imperiosa se mostra, nos termos do § 5º do referido dis-

positivo, a mudança do regime da cessão do imóvel, o qual, por se achar encravado em terreno de marinha, reclama o pagamento da taxa de ocupação, tal como pretende a embargante (fl. 53).

Por outro lado, o § 3º do art. 18 do mencionado diploma, já transcrito, prescreve que, entre as condições estabelecidas no contrato, deve figurar a duração da cessão.

Compulsando os autos, todavia, constato que a avença firmada entre as partes (União Federal X CELPE), datado de junho/1983 (fls. 44/46), não trouxe cláusula expressa acerca do prazo de vigência da cessão, de modo que, protraído no tempo, não poderia o favor concedido sofrer mudança abrupta, à margem do contraditório e da ampla defesa, tese que parece ter animado o voto vencedor (fls. 338/339).

Ocorre que tal não sucedeu, pois os documentos carreados aos autos dão conta de que, no processo administrativo instaurado na SPU, que culminou na alteração do regime de uso do bem, a CELPE foi cientificada da intenção da embargante, tendo, inclusive, a Gerência Regional de Patrimônio da União apresentado àquela empresa proposta de venda e de locação do imóvel (v. fls. 53 e 128/132).

Por fim, convém ressaltar que o fato de a CELPE, após perder a ingerência estatal, continuar a explorar serviço público de energia elétrica não interfere na perda da gratuidade da cessão, haja vista a mudança verificada no quadro social da embargada e o objetivo lucrativo do empreendimento. A tese da finalidade pública do serviço explorado não subsiste, pois, acaso mantido o benefício, alcançaria a embargada, frente às demais pessoas jurídicas de índole privada, indevido privilégio, em flagrante afronta à isonomia.

Nesse sentido, trago precedente que guarda similitude com a hipótese presente:

ADMINISTRATIVO. USO INFORMAL DE BEM PÚBLICO. FORMALIZAÇÃO DE "CONTRATO DE ARRENDAMENTO". PRECEDENTE TERMO DE ENTREGA CELEBRADO ENTRE O MINISTÉRIO DA FAZENDA E O MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA. ATO INTERNO DA ADMINISTRAÇÃO.

AEROCLUBE DE RONDÔNIA. AUSÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO EM FACE DESSE ATO. IRRELEVÂNCIA DO ALEGADO ERRO SUBSTANCIAL.

1. O Aeroclube de Rondônia não participou do ato de entrega e recebimento do imóvel, mas, tão somente, os Ministérios da Fazenda (Serviço do Patrimônio da União) e da Aeronáutica. É, portanto, terceiro em relação a esse ato. Não se tratou, como quer o apelado, de “documento público autorizando ocupação específica pelo Aeroclube, sem qualquer ônus”. O alegado erro é irrelevante, pois esse termo celebrado entre o Ministério da Fazenda e o Ministério da Aeronáutica, os dois Ministérios pertencentes à mesma pessoa jurídica, a União, é ato interno da Administração; não é e nem poderia ser “estipulação em favor de terceiro”; não vincula o Ministério da Aeronáutica em relação ao Aeroclube de Rondônia; logo, a concessão de uso do bem público em questão é ato subsequente, autônomo, com natureza e efeitos próprios.

2. O próprio autor declara, na inicial, que, no dia 23 de abril de 1997, em Manaus-AM, o então Ministério da Aeronáutica, através do Sétimo Comando Aéreo Regional, apresentando alegações de que precisava regularizar a área de terras onde está situada a sede do Aeroclube de Rondônia, convenceu seu então Presidente a firmar Contrato de Arrendamento.

3. O Aeroclube de Rondônia vinha ocupando o imóvel, senão de forma irregular, em caráter informal. É da natureza do ato administrativo, em regra, a formalidade, principalmente tratando-se, como se trata, da concessão de uso de bem público a entidade privada. Portanto, o contrato de arrendamento, na verdade contrato de concessão de uso de bem público, foi legitimamente realizado.

4. Não é razoável que um órgão da União possa, independentemente de lei, estabelecer gratuidade para o uso de bem público destinado “à prática e ao ensino da aviação civil esportiva e de turismo, em todas as suas modalidades”, ainda que também ao “cumprimento de missões de emergência ou de notório interesse da coletividade”.

5. Apelação e remessa oficial a que se dá provimento. (TRF - 1ª R., 5ª T., AC 200041000029032, Rel. Des. Federal João Batista Moreira, DJ 01.06.2006, p. 56) (Grifei)

Por todo o exposto, dou provimento aos embargos infringentes, para julgar improcedente o pedido.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 4.295-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO MURILO
WANDERLEY QUEIROGA (CONVOCADO)
Impetrante: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO
DA PARAÍBA - OAB/PB
Impetrado: JUÍZO DA 6ª VARA FEDERAL DA PARAÍBA
Paciente: HERACLITON GONÇALVES DA SILVA

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. REPRESENTAÇÃO DISCIPLINAR. SUPOSTA DIFAMAÇÃO CONTRA MAGISTRADO. AUSÊNCIA DO ANIMUS DIFFAMANDI. IMUNIDADE MATERIAL. NÃO CONHECIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. INTERPOSIÇÃO POR TERCEIRO. ORDEM CONCEDIDA.

- Cuida-se de habeas corpus impetrado pela Ordem dos Advogados do Brasil em face da decisão que recebeu e deu prosseguimento à queixa-crime ofertada contra o advogado, pela possível prática dos crimes de difamação e injúria, tipificados nos artigos 139 e 140 do Código Penal.

- À falta de previsão legal, em sede de habeas corpus, apresenta-se de inadmissível a intervenção de terceiros, cuja pretensão não se coaduna com o rito célere da ação mandamental. Precedentes do STF (HC 72710-MG e HC-AGR 75515/RJ).

- A configuração penal dos crimes contra a honra reclama a presença do elemento subjetivo do tipo, consistente no dolo específico, na modalidade de animus injuriandi. Precedentes jurisprudenciais.

denciais. No caso, da leitura estrita da peça acusatória, constata-se que, na representação disciplinar promovida ao órgão correicional, com a finalidade de apurar os fatos ali narrados e tomar as providências cabíveis, não se verifica a intenção do paciente em atingir a honra objetiva do magistrado da Justiça do Trabalho.

- “Considerando a correlação entre as expressões utilizadas com a causa, tem-se que eventual excesso de linguagem encontra-se acobertado pela imunidade material. Inteligência do art. 133 da CF/88”. Precedente desta Turma, HC 4236-PB - Relator Desembargador Federal Manuel Maia (Convocado), julgado em 29/03/2011.

- Agravo regimental não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida, para trancar a ação penal, pela atipicidade dos fatos tal como narrados na queixa-crime, sem qualquer ingerência quanto a elementos fáticos que dela não fazem parte, bem como ao mérito da representação.

ACÓRDÃO

Decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, não conhecer do agravo regimental, interposto por terceiro, e, no mérito, conceder a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 17 de maio de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO MURILO WANDERLEY QUEIROGA - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO MURILO WANDERLEY QUEIROGA (Convocado):

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pela Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção de Campina Grande, por seu presidente José Fernandes Mariz, em face da decisão que recebeu e

deu prosseguimento à queixa-crime ofertada contra o advogado Heracliton Gonçalves da Silva, pela possível prática dos crimes de difamação e injúria, tipificados nos artigos 139 e 140 do Código Penal.

Noticia a impetração que, na condição de advogado, o paciente defendeu os interesses de empresa perante a Justiça do Trabalho, havendo protocolado representação encaminhada à Corregedoria do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região contra magistrado trabalhista, por suposta ilegalidade de ato judicial e abuso de poder, em tese, no cumprimento de mandado de remoção expedido nos autos do processo nº 00225.2008.007.13.00-5.

Aduz que a representação ao TRT tem sua razão de ser em vista de possível decreto de prisão civil de um dos titulares da empresa reclamada, pelo que impetrou *habeas corpus* ao Regional Trabalhista, que concedeu a ordem postulada.

Assevera que o magistrado da Justiça Especializada, indignado com a atitude da defesa ao impetrar o *writ* em comento, passou a *fazer a execução da forma mais constrangedora possível para o executado*, inclusive, com o indeferimento do pedido da indicação de bens à penhora, sem a oitiva da parte contrária.

Nessa linha de explanação dos fatos, relata a existência da queixa-crime apresentada contra o ora paciente e Francilênia Vieira Cardoso Dias, representante legal da empresa reclamada.

Em suas razões, a impetração alega, em suma, encontrar-se o paciente a sofrer constrangimento ilegal por força da decisão guerreada, pelo fato de responder ao procedimento penal. Apregoa a atipicidade dos fatos, por ausência dos elementos subjetivos e objetivos a configurar a prática dos crimes imputados, ao argumento de não restar configurado ato pessoal, mas exercício da profissão, em razão do que também restaria amparado por imunidade constitucional e legal. Assegura que o paciente, *em momento algum, desferiu palavras ou expressões* contra o magistrado da Justiça do Trabalho, *tendo, ao contrário, criticado a decisão judicial (não a pessoa do Juiz)*.

O pleito de concessão da ordem fundamenta-se na aplicabilidade do direito de imunidade material reservada ao advogado no

exercício profissional, na forma preconizada no artigo 133 da Constituição Federal e artigos 142 do Código Penal e 7º, § 2º, da Lei 8.906/94 - Estatuto da OAB.

Nesse sentir, colaciona a impetração acórdãos cujo entendimento seria de aplicabilidade ao caso.

Pugna pela concessão de liminar, para suspender o procedimento penal e igualmente a audiência preliminar designada para o dia 19 de abril do corrente ano.

Instrui a inicial as peças processuais antes mencionadas.

Concedi a liminar, às folhas 109/115, para suspender audiência preliminar, até o julgamento por esta Turma.

O parecer opinativo, subscrito pelo procurador regional da República Dr. Francisco Chaves dos Anjos Neto, é pela denegação da ordem pleiteada.

O magistrado querelante, por advogado regularmente habilitado, interpôs agravo regimental em face da decisão concessiva liminar, às folhas 121/131.

É o relatório. Ponho em mesa.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO MURILO WANDERLEY QUEIROGA (Relator Convocado):

Antes de passar à análise do mérito, revela-se a necessidade de decidir sobre o agravo regimental interposto pelo magistrado da Justiça do Trabalho.

Com efeito, tem a jurisprudência firme posicionamento no sentido de não admitir o ingresso de terceiro interessado em casos a este semelhantes, por falta de legitimidade de ser parte, cuidando-se que se trata o presente de *habeas corpus*, que não comporta o referido agravo regimental.

Ora, são sujeitos processuais da relação processual composta em face da impetração do *habeas corpus*: o órgão judiciário, o impetrante (por substituição processual do paciente), o próprio paciente, a autoridade indigitada como coatora e o órgão ministerial. “Compõem, eles, o quadro dos elementos subjetivos essen-

ciais da relação jurídico-processual do *habeas corpus*. São, por isso mesmo, os sujeitos processuais relevantes, principais e imprescindíveis da ação de *habeas corpus* ... O ofendido é, portanto, um *extraneus* na formação da relação processual instaurada com o ajuizamento da ação de *habeas corpus*". Esta, a lição do Ministro Celso de Mello, ao proferir voto no HC 72710-MG, julgado em 19/09/1995.

Trago à referência precedente do Supremo Tribunal Federal, que, por analogia, aplica-se ao caso em julgamento:

HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA. CREDORA. INTERVENÇÃO. INADMISSIBILIDADE.

As peculiaridades instrumentais do *habeas corpus*, medida voltada à defesa da liberdade do cidadão, afastam a intervenção de terceiro que se diga interessado na preservação do quadro atacado, ou seja, na prisão do paciente, pouco importando tratar-se de credora de prestação alimentícia não satisfeita. (HC-AGR 75515/RJ. Relator Ministro Marco Aurélio, Segunda Turma. DJ 06/02/1998)

Nessa quadra, à falta de previsão legal, intervenção de terceiros se apresenta de todo inadmissível, cuja pretensão não se coaduna com o rito célere da ação mandamental em julgamento.

Passo ao mérito.

Concedi a medida liminar postulada, por entender que as premissas fáticas e jurídicas necessárias à sua concessão, pacificadas pelo STF e pelo STJ, caracterizadoras da fumaça do bom direito e do perigo da demora, restam presentes nos autos, consistindo elas, neste caso concreto, no seguinte:

- a) incidência, na hipótese, da imunidade do advogado, prevista no art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/94;
- b) estreita ligação das expressões lançadas pelo advogado (paciente) – na representação contra o magistrado – com a causa por ele patrocinada;
- c) necessidade de inserção das palavras apontadas como difamantes e injuriosas dentro do contexto em que foram lançadas;
- d) conseqüente ausência do *animus diffamandi*;

e) ordem postulada que pretende sobrestar ato de audiência preliminar.

Vejam os.

Dispõe o art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/94, que “O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação **ou desacato**¹ puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer”. (Vide ADIN 1.127-8)

Resta claro, portanto, que, nos limites do que preceituado pela lei, é o advogado imune à acusação de injúria ou difamação porventura perpetradas por ocasião do patrocínio da causa, restando excluída de tal imunidade apenas o crime de desacato.

EMENTA: CRIME CONTRA A HONRA: IMUNIDADE PROFISSIONAL DO ADVOGADO: COMPREENSÃO DA OFENSA A JUIZ, DESDE QUE TENHA ALGUMA PERTINÊNCIA À CAUSA.

1. O artigo 7º, § 2º, da L. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB) superou a jurisprudência formada sob o art. 142, C. Penal, que excluía do âmbito da imunidade profissional do advogado a injúria ou a difamação do juiz da causa.

2. Sob a lei nova, a imunidade do advogado se estende à eventual ofensa irrogada ao juiz, desde que pertinente à causa que defende.

3. O STF só deferiu a suspensão cautelar, no referido art. 7º, § 2º, EAOAB, da extensão da imunidade à hipótese de desacato: nem um só voto entendeu plausível a arguição de inconstitucionalidade quanto à injúria ou à difamação.

4. A imunidade profissional cobre, assim, manifestação pela imprensa do Advogado Geral da União, que teria utilizado expressão depreciativa a despacho judicial em causa contra ela movida. (INQ 1674. Relator Min. Ilmar Galvão, Relator p/ Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ: 01-08-2003)

¹ A expressão “desacato” foi tida por inconstitucional pelo STF.

No caso presente, sem maior necessidade de aprofundamento do material fático-probatório, é possível vislumbrar, pela prova documental colacionada, que as expressões lançadas pelo advogado contra o magistrado querelante, e por este apontadas e descritas em sua queixa-crime, deram-se em ambiente umbilicalmente ligado à causa que patrocina, qual seja, representação formulada à Corregedoria do TRT - 13ª Região, na qual se relata diligências e demais atos processuais dirigidos e/ou proferidos pelo juiz, contra os quais se pede apuração e adoção de providências punitivas e correicionais. Parece-me razoável o raciocínio de que, ao se pedir ao órgão correicional da magistratura do trabalho a apuração de condutas e fixação de responsabilidades, finde-se por atribuir ao representado conduta ofensiva à sua reputação ou ofenda-lhe a dignidade ou decoro, fato que, por si só, não vem a caracterizar a tipificação material dos delitos contra a honra de difamação e injúria, justamente em razão da ausência do *animus diffamandi*.

Daí a necessidade de inserção das palavras apontadas como difamantes e injuriosas dentro do **contexto em que foram lançadas**², ou seja, como fundamentação de representação formulada à Corregedoria do TRT 13ª Região, donde se extrai, portanto, **sem**

² *HABEAS CORPUS*. DIFAMAÇÃO E INJÚRIA QUALIFICADA. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO. EXAME DO CONTEXTO EM QUE OS FATOS OCORRERAM. FATO QUE NÃO CONFIGURA CRIME. JUSTA CAUSA DEMONSTRADA. ORDEM CONCEDIDA.

1 - A difamação e a injúria devem ser examinadas dentro do contexto em que presumidamente ocorreram.

2 - Não se configura o delito de difamação se não foi atribuído à presumida vítima qualquer fato desairoso que ofenda a sua boa fama.

3 - Só há injúria, simples ou qualificada, quando as palavras proferidas são voltadas para ofender a honra subjetiva da pessoa a quem são dirigidas.

4 - Se as palavras deselegantes são proferidas durante acirrado debate, provocado pela própria vítima, excluída fica a suposta injúria.

5 - Demonstrada a atipicidade da conduta, de plano, sem necessidade de maior investigação probatória, impõe-se, excepcionalmente, o trancamento da ação penal.

6 - Ordem concedida para trancar a ação penal. (HC 75.160/PA, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), Quinta Turma, julgado em 29/08/2007, DJ 24/09/2007, p. 337)

qualquer necessidade de profunda inserção no elemento probatório, a presença do *animus narrandi*, consistente na descrição dos fatos ocorridos na (e por ocasião da) ação trabalhista presidida pelo querelante, e do *animus criticandi*, consistente na expressão do juízo negativo emitido pelos representantes em relação à conduta do magistrado.

Nas lições do Ministro Luiz Fux, por ocasião do julgamento da APn 555/DF, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/04/2009, DJe 14/05/2009, “Os delitos contra a honra reclamam, para a configuração penal, o elemento subjetivo consistente no dolo de ofender na modalidade de “dolo específico”, cognominado *animus injuriandi*, consoante cediço em sede doutrinária e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça. 3. A doutrina pátria leciona que: O dolo na injúria, ou seja, a vontade de praticar a conduta, deve vir informado no elemento subjetivo do tipo, ou seja, do *animus infamandi* ou *injuriandi*, conhecido pelos clássicos como dolo específico. Inexiste ela nos demais *animi* (*jo-candi, criticandi, narrandi* etc.) (itens 138.3 e 139.3). Tem-se decidido pela inexistência do elemento subjetivo nas expressões proferidas no calor de uma discussão, no depoimento como testemunha etc. (MIRABETE, Julio Fabrini, Código Penal Interpretado, 6ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 1.123) (Grifamos). No mesmo sentido, FRAGOSO, Heleno Cláudio: ‘o propósito de ofender integra o conteúdo de fato dos crimes contra a honra. Trata-se do chamado ‘dolo específico’, que é elemento subjetivo do tipo inerente à ação de ofender. Em consequência, não se configura o crime se a expressão ofensiva for realizada sem o propósito de ofender. É o caso, por exemplo, da manifestação eventualmente ofensiva feita com o propósito de informar ou narrar um acontecimento (*animus narrandi*), ou com o propósito de debater ou criticar (*animus criticandi*), particularmente amplo em matéria política”. (Lições de Direito Penal - Parte Especial; 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 221-222, v.l.). NELSON HUNGRIA, por seu turno, assim definia o dolo específico nos crimes contra a honra: “Pode-se, então, definir o dolo específico do crime contra a honra como sendo a consciência e a vontade de ofender a honra alheia (reputação, dignidade ou decoro), mediante a linguagem falada, mímica ou escrita. É indispensável a vontade de injuriar ou difa-

mar, a vontade referida ao *eventus sceleris*, que é no caso, a ofensa à honra”. (Comentários ao Código Penal, 5ª ed.: Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 53, volume VI.)

Nessa linha de raciocínio, não se constata dos fatos qualquer notícia, informação ou alegação de que a narrativa da representação tenha transbordado o universo da demanda trabalhista em que atuava o paciente como advogado. Sem maior revolvimento do conjunto probatório, verifica-se que as expressões foram afirmadas em contexto próprio da atividade profissional, sob perspectivas que, sem denotação, astúcia ou dissimulação em propósito de difamar ou caluniar, refletem a ausência de *animus* de macular a honra objetiva do magistrado querelante.

Noutro dizer, demonstrado que tenha agido o ora paciente sob amparo da imunidade judiciária em razão do exercício profissional, não se configurou ser a sua intenção atribuir ao magistrado conduta desonrosa. A representação perante a Corregedoria do TRT, a demonstrar o exercício do constitucional direito de petição, **sem extrapolar a esfera do Judiciário**, tem peculiar intenção de relatar fatos, valorá-los negativamente e reclamar-lhes apuração, o que, todavia, se não afasta a possibilidade de reprimenda e reparação na esfera administrativa e civil, resta imune à atuação penal do Estado.

Pelo teor da “queixa-crime”, e sempre tenho me limitado a sua narrativa, o paciente representou o querelante junto a sua corregedoria, informando a ocorrência de fatos certos e específicos, valorando-os negativamente, assim como ao magistrado, mediante o uso de expressões como prepotente, autoritário e despreparado, solicitando apuração e adoção das providências cabíveis. A narrativa da peça acusatória não descreve conduta que transborde do *animus narrandi e criticandi* para o *diffamandi*.

Nesse sentido, o seguinte entendimento do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. RECURSOS ORDINÁRIO E CONSTITUCIONAL.

Envolvendo a espécie acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento de recurso ordinário constitucional, a medida, rotulada também de recurso ordinário e recurso extraordinário, deve ser tomada como reveladora

de *habeas corpus* originário. INJÚRIA. ATO DE ADVOGADO. REPRESENTAÇÃO CONTRA JUIZ. AÇÃO PENAL. JUSTA CAUSA. INEXISTÊNCIA.

Limitando-se o profissional da advocacia a formalizar, perante a Corregedoria, representação contra magistrado, sem posterior divulgação do teor da medida, exerce prerrogativa alcançada pela norma do § 2º do artigo 7º da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) e do artigo 133 da Constituição Federal, não havendo justa causa a respaldar persecução criminal. (RHC 80429, Relator Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, J.: 31/10/2000)

Reitero que o presente voto se limita aos estritos termos da “queixa-crime” apresentada pelo querelante contra um dos pacientes. Dali, o que se extrai é o manejo de uma ação penal privada escudada exclusivamente no fato de a parte e seu advogado terem representado disciplinarmente o magistrado na Corregedoria do Egrégio TRT 13ª Região, intitulando-o, no dizer da peça acusatória, de “prepotente, arrogante, despreparado, abusivo, arbitrário, autoritário, além de acusá-lo de estar perseguindo a primeira querelada, estar acima da lei, etc”. Tudo no âmbito do órgão correicional, nos limites do que ocorrido no âmbito do processo.

A queixa-crime defende expressamente a tese da “impropriedade jurídica da reclamação disciplinar”, apresentada em substituição aos embargos executórios, meio processual cabível, no seu entender, em face das condutas do magistrado.

Não me comprometo, portanto, com a tese da “imunidade judiciária absoluta do advogado”, por dela discordar veementemente. Por isso registro, mais uma vez, que a decisão liminar por mim concedida não se deu com supedâneo em tal entendimento.

De outro lado, embora não conheça do agravo regimental, não posso me furtar à informação de que o li, registrando, por isso, que os precedentes jurisprudenciais ali registrados não se aplicam ao caso presente, posto que, naqueles casos, há peculiaridades que os diferenciam deste, sobremaneira a publicização, inclusive em veículos de comunicação, dos fatos ofensivos à dignidade do magistrado.

Revela-se, também, ali um temor digno de registro e preocupante: “Na medida em que se permitir que a via estreita e especial

do *habeas corpus* seja capaz, por si só, de suspender ou trancar a ação penal, sob o fundamento preliminar de que a imunidade judiciária dos advogados, prevista no artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.608/94, seja absoluta, causa significativo temor e abre precedente extremamente perigoso, data vênua, conquanto, sem prudência ou respeito, os causídicos passarão a achar-se amparados indefinidamente pela aludida imunidade, no que os magistrados ficarão à mercê dos humores dantescos dos advogados. Bastaria a simples insatisfação com o resultado de uma demanda para desferir palavras injuriosas e difamatórias contra o prolator da decisão”.

Percebe-se que a assertiva acima transcreve um ambiente de guerra e conflito entre magistrados e advogados que não restou descrito na queixa-crime. De outro lado, aquele mesmo temor não pode servir de justificativa para, diante de caso concreto, se enxergar como criminosa conduta de quem, embora adjetivando-os negativamente, leva ao conhecimento de órgão correicional fatos específicos atribuídos a magistrado, requerendo apuração e providências. Até porque o teor crítico é elemento inerente à representação.

Pelo teor da queixa-crime, essa foi a conduta, sem qualquer outra narrativa ou informação de que o fato esteja revestido de perseguição pessoal ao magistrado, que a representação tem o objetivo de intimidá-lo, afrontá-lo ou diminuí-lo perante a comunidade jurídica, não se refere a sentimentos pessoais ou subjetivos, forma de ameaça à pessoa do julgador ou qualquer outro elemento que, se presente, mudariam a feição da ação criminal, inclusive quanto à sua classificação/tipificação, não sendo demais registrar que a análise que aqui se faz é restrita ao “crime contra a honra” que foi imputado do paciente.

O que aqui se reconhece, portanto, é, no caso pontual e específico dos autos, a atipicidade dos fatos tal como descritos na queixa-crime, sem prejuízo de outra narrativa que, ao menos em tese, constitua crime, e não que o fato é criminoso, ocorreu, está provado, mas que o advogado, de modo absoluto, é imune, eis que detentor de salvo-conduto para sair aos quatro cantos do mundo denegrindo a honra de magistrado, da parte adversa ou de seu advogado.

Finalmente, não há como descuidar do fato de que a egrégia 2ª Turma deste Tribunal, em recente julgamento proferido em caso análogo ao presente, assim decidiu, à unanimidade de seus membros:

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO. AÇÃO PENAL. DIFAMAÇÃO CONTRA MAGISTRADO. REPRESENTAÇÃO DISCIPLINAR. ANIMUS DIFFAMANDI. AUSÊNCIA. IMUNIDADE MATERIAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. A intenção da paciente, ao apresentar a representação disciplinar, não foi de atingir a honra objetiva do querelante, vez que apenas limitou-se a remetê-la à autoridade competente, a fim de que fossem apurados os fatos ali narrados e tomadas as providências cabíveis. Ausência de *animus diffamandi*.

2. Considerando a correlação entre as expressões utilizadas com a causa, tem-se que eventual excesso de linguagem encontra-se acobertado pela imunidade material. Inteligência do art. 133 da CF/88.

3. Precedentes do STJ.

4. Ordem concedida. (HC 4236-PB. Relator Desembargador Federal Manuel Maia (Convocado). J.: 29/03/2011)

Ante o exposto, não conheço do agravo regimental, interposto pelo querelante, em face da decisão concessiva da liminar, e concedo a ordem de *habeas corpus*, para trancar a ação penal, pela atipicidade dos fatos tal como narrados na queixa-crime, sem qualquer ingerência quanto a elementos fáticos que dela não fazem parte, bem como ao mérito da representação.

É como voto.

INQUÉRITO Nº 2.284-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Indic./Invdo.: SEM INDICIADO
Investigado: GRINALDO JOAQUIM DE SOUZA
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ PEGADO DO NASCIMENTO E OUTROS (INVDO.)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. DENÚNCIA. PREFEITO. CRIME DE RESPONSABILIDADE (DEIXAR DE CUMPRIR ORDEM JUDICIAL). ARTIGO 1º, XIV, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. ORDEM DERIVADA DE DEMANDA TRABALHISTA DA QUAL O MUNICÍPIO SEQUER FEZ PARTE. INFORMAÇÕES ATENDIDAS, VIA REFLEXA, PELO BANCO DO BRASIL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À LIDE TRABALHISTA. INEXISTÊNCIA DE DOLO. ATIPICIDADE DE CONDUTA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA (CPP, ART. 395, INCISO III).

- Segundo a denúncia, o acusado teria descumprido ordem judicial emanada da Justiça do Trabalho de Goianinha/RN, cujo conteúdo consistia na requisição de informações acerca da quantia repassada pela Prefeitura de Vila Flor/RN à Associação de Proteção à Maternidade e à Infância (APAMI), sediada naquele município e reclamada nos autos de reclamações trabalhistas.

- A elementar do tipo penal de responsabilidade é o descumprimento da ordem judicial “sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente”.

- A despeito das solicitações emanadas do Judiciário Trabalhista, no tocante aos pedidos de informações dirigidos diretamente à Prefeitura de Vila Flor/RN acerca de quantia eventualmente repassada à Associação de Proteção à Materni-

dade e à Infância (APAMI), houve, por parte do magistrado laboral, paralelamente, diligência junto ao Banco do Brasil, conforme se verifica do teor do Mandado de Diligência nº 00808/09-EXE (fl. 61), que foi efetivamente cumprida através da informação do Gerente Geral do Banco do Brasil em Canguaretama/RN dirigida diretamente ao Juiz do Trabalho (fl. 63).

- A falta de informações a cargo do Prefeito não trouxe prejuízo às partes envolvidas na lide trabalhista, sobretudo quando se constata que o Banco do Brasil, via transversa, satisfaz a requisição de informações formulada pelo Juízo Laboral.

- Inexistência do dolo, consubstanciado no desiderato de descumprir ordem judicial. Existência de questão, comum nas municipalidades do interior, atinente à desorganização administrativa com o reforço de que a informação enviada ao Juízo Trabalhista pelo Banco do Brasil não trouxe prejuízo às partes nos autos da reclamação trabalhista, e, considerando, ainda mais, que a prefeitura não era parte na referida reclamatória.

- Consoante a jurisprudência do STJ: “Configura constrangimento ilegal a submissão de prefeito municipal a inquérito policial, em virtude de suposta desobediência a ordem judicial derivada de demanda que não teve o município no polo passivo”. (STJ, HC 12058/PE, Sexta Turma, Relatora Ministra Jane Silva, DJe: 02/02/2009)

- Aplicação do princípio da razoabilidade, de modo a não se imputar a prática de crime ao chefe da edilidade municipal.

- Denúncia rejeitada (CPP, art. 395, III).

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, rejeitar a denúncia, nos termos do voto do

Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 8 de junho de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de inquérito policial com denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal contra o atual Prefeito do Município de Vila Flor/RN, Grinaldo Joaquim de Souza, em face de suposta prática de descumprimento de ordem judicial, crime, em tese, previsto no artigo 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei nº 201/67 (deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente).

Segundo a denúncia, o acusado teria descumprido ordem judicial emanada da Justiça do Trabalho de Goianinha/RN, cujo conteúdo consistia na requisição de informações acerca da quantia repassada pela Prefeitura de Vila Flor/RN à Associação de Proteção à Maternidade e à Infância (APAMI), sediada naquele município e reclamada nos autos de reclamações trabalhistas.

Notificado, para fins do artigo 4º da Lei nº 8.038/90 c/c artigo 171, *caput* e parágrafo 1º, do RITRF5, o acusado apresentou defesa preliminar (fls. 40/50), onde requereu a rejeição da denúncia, alegando, em síntese: 1) falta de justa causa para a ação penal, consubstanciada no fato de que as notificações emanadas da Justiça do Trabalho, nos autos da Reclamação Trabalhista nº 00256.2005.020.21.00.2 e 00254.2005.020.21.00.3, teriam sido recebidas pelo seu antecessor no ano de 2007 e que em relação à Reclamação Trabalhista nº 00252.2005.020.21.00.4, não obstante tenha recebido pessoalmente a notificação judicial, o Banco do Brasil certificou a inexistência de qualquer transferência à APAMI – reclamada nos processos; 2) patente atipicidade de conduta, uma vez que, o não atendimento de determinação de Magistrado consistente em obrigação de fazer, não configura o crime tipificado na

denúncia. Nesse sentido, colacionou precedentes desta Corte nos Inquéritos nº 1620-CE e nº 1662-CE e ACR 6322/PB.

O MPF, após a resposta do acusado, requereu o recebimento da denúncia, propondo a suspensão condicional do processo nos termos do artigo 89, parágrafo 1º, da Lei nº 9.099/95. É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

O delito, objeto da denúncia, trata de responsabilidade atribuída ao Prefeito do Município de Vila Flor/RN, em face de suposta prática de descumprimento de ordem judicial, em tese, previsto no artigo 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei nº 201/67 (deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente).

Dispõe aquele dispositivo legal:

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

(...)

XIV - negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente.

O crime sob análise se consuma quando o agente deixa de cumprir ordem judicial, sem prestar, por escrito, justificativa que dê plausibilidade à desobediência em questão, que acaso seja seguida de explicação que justifique a recusa ou demonstre a impossibilidade de anuência, o fato é atípico.

Especificamente em relação aos prefeitos, esse inciso XIV do artigo 1º do Decreto-Lei nº 201/67 derogou tacitamente os artigos 330 (quanto às ordens judiciais) e 359 (desobediência à decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito), ambos previstos no Código Penal.

Para a caracterização do delito de desobediência, de que cuida o inciso XIV do artigo 1º do Decreto-Lei nº 201/67, o dolo deve ser inequivocamente demonstrado, não se configurando o crime se o agente teve dificuldades em cumprir a ordem (TACRIM-SP, BMJ 19/7).

Ressalte-se que “para que se configure o delito é necessário que se comprove, juntamente com a ocorrência do fato material que o caracteriza, a presença indubitosa e certa do elemento subjetivo que compõe o tipo penal” (RTJE 44/218).

Buscando reforço na doutrina, Waldo Fazzio Júnior, *in* Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeito, Atlas, 2ª edição, p. 219, esclarece:

(...) Deixar de cumprir significa desobedecer, não atender, não seguir. Pode exteriorizar-se por comportamento comissivo ou omissivo, conforme a ordem imponha uma ação ou uma abstenção. (...)

Acrescenta a lei a cláusula sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito à autoridade competente. Então, só há o delito funcional se a desobediência for injustificada. No delito em epígrafe, o elemento subjetivo é o dolo, que traduz a inequívoca intenção de contrapor-se à ordem, com indubitável ciência da antijuridicidade de seu comportamento. Por isso, a justificação exclui o crime, à medida que desfaz o dolo. (...)

Vê-se que a possibilidade de justificar a recusa ou a impossibilidade de cumprimento são causas, consignadas pelo legislador, que afastam a tipicidade da conduta.

Tal faculdade concedida pela lei deve-se ao fato de que, em muitas vezes, a falta de cumprimento da ordem judicial se dá, não em desrespeito ao órgão que a exarou, mas por total falta de recursos físicos e/ou humanos, questão, muitas vezes, quase habitual em muitas municipalidades do interior, ocasionada pela desorganização administrativa, que pode levar à perda de prazos e ao atraso na entrega das informações judicialmente requeridas.

Outra questão que ganha relevo é o fato de que a lei fala em ordem judicial, expressão, que segundo a doutrina, abrange, também, decisão judicial, pois toda decisão traz, implícita, uma ordem

que se torna explícita com a execução do julgado (Tito Costa, Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores, 4ª Edição, Revista dos Tribunais, 2002).

A par disso, é sempre conveniente verificar em que situação o prefeito descumpriu lei ou ordem judicial. Nesse sentido, decidiu o egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, confira-se:

Tratando-se de crime contra a Administração Pública, é sempre possível e conveniente perquirir se o agente atuou em prol de interesse público ou para satisfazer interesse pessoal ou de terceiro. Se o procedimento do acusado, embora irregular, foi inspirado no interesse público, não há crime a punir. (TRF-1ª REGIÃO, AMS Nº 2837, DJU: 5/11/90)

No caso sob exame, e a teor do descrito na denúncia, o prefeito foi intimado pessoalmente no dia 25 de março de 2009 (fls. 22 e 23) para prestar informações, em 10 (dez) dias, à Justiça do Trabalho acerca de valores repassados, mensalmente à Associação de Proteção à Maternidade e à Infância (APAMI), sediada naquele município e reclamada nos autos da Reclamatória Trabalhista nº 0252/05 da Única Vara do Trabalho de Goianinha/RN.

Vê-se, ainda, que as notificações anteriores, emanadas da Justiça do Trabalho, foram recebidas na gestão do prefeito anterior (fls. 16/18).

Segundo o prefeito, ora acusado, jamais tomou conhecimento das notificações egressas da Justiça do Trabalho e recebidas na gestão anterior.

Sustenta que recebeu pessoalmente a terceira notificação relativa ao processo nº 00252.2005.020.21.00.4. Contudo a despeito de não ter enviado as informações diretamente à Justiça do Trabalho, houve por parte do Banco do Brasil S/A o envio de informações acerca da suposta quantia repassada por aquela prefeitura à Associação de Proteção à Maternidade e à Infância (APAMI), argumentando que não houve prejuízo às partes da reclamação trabalhista.

Ademais, a despeito das solicitações emanadas do Judiciário Trabalhista, no tocante aos pedidos de informações dirigidos dire-

tamente à Prefeitura de Vila Flor/RN acerca de quantia repassada por aquela Prefeitura à Associação de Proteção à Maternidade e à Infância (APAMI), houve, por parte do magistrado laboral, deferimento de diligência, diga-se, paralelamente, a tais pedidos de informações ao prefeito, diretamente ao Banco do Brasil, conforme se verifica do teor do Mandado de Diligência nº00808/09-EXE (fl. 61), que foi efetivamente cumprida através da informação do gerente geral do Banco do Brasil em Canguaretama/RN dirigida diretamente ao Exmo. Sr. Juiz do Trabalho (fl. 63).

Infere-se, portanto, que a falta de informações a cargo do prefeito não trouxe prejuízo às partes envolvidas na lide trabalhista, sobretudo quando se constata que o Banco do Brasil satisfaz o pedido de informações solicitado pelo Juízo Laboral.

Entendo que o descumprimento doloso de uma ordem da Justiça do Trabalho, bem pode constituir-se em uma forma hábil de obstacularizar a execução de verbas trabalhistas, mas no caso concreto, não vislumbro o dolo – o desiderato de descumprir a ordem judicial, mas sim, como acima referido, a ocorrência de uma irregularidade, fruto de deslize da própria desorganização administrativa, advinda até mesmo com a mudança de gestão naquela municipalidade, não deixando de reconhecer que, efetivamente, não houve prejuízo ao processo trabalhista uma vez que as informações ali solicitadas foram obtidas através de expediente do Banco do Brasil S/A.

Forçoso, pois, reconhecer a razoabilidade das explicações prestadas, de modo a não se caracterizar a prática de crime ao chefe da edilidade municipal.

A título de registro final, verifico que a prefeitura não é executada nas reclamações trabalhistas em que foram solicitadas as informações pelo Juiz do Trabalho.

A instauração de inquérito policial, contra Prefeito Municipal para apuração de crime de responsabilidade por descumprimento de ordem emanada de Juiz do Trabalho, onde o Município não foi parte na demanda trabalhista, resulta em manifesta ausência de justa causa. Nesse sentido, confira-se, a título meramente exemplificativo, o seguinte julgado egresso do egrégio TRF-1ª Região, embora a matéria não seja exatamente a tratada nestes autos:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. JUIZ DO TRABALHO. DECISÃO. DESCUMPRIMENTO. PREFEITO MUNICIPAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE (DECRETO-LEI Nº 201/67). CRIME DE DESOBEDIÊNCIA (ART. 330, CP). INQUÉRITO POLICIAL. TRANCAMENTO. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA.

(...)

2. O Município não pode comprometer verbas públicas para o pagamento de débitos trabalhistas em processo no qual não foi parte.

3. Resulta evidenciada a manifesta ausência de justa causa a instauração de inquérito policial contra prefeito municipal, para a apuração de crime de responsabilidade (Decreto-Lei nº 201/67), ou de desobediência (CP, Art. 330), por descumprimento de “ordem de bloqueio” e disponibilização de quantias devidas a empresas prestadoras de serviço ao município, para pagamento de débitos trabalhistas, onde não foi parte aquela entidade pública.

4. Ordem concedida. (TRF-1ª REGIÃO, HC Nº 2001.01.00.017197-9/PA, Quarta Turma, Des. Federal Mário César Ribeiro, J. 13/11/2001)

No precedente transcrito, a ordem judicial era de bloqueio de verbas a serem repassadas para empresa que prestava serviços ao município. No caso ora em apreciação, a ordem era de informação sobre valores repassados, com certeza com o intuito de determinação de ulterior bloqueio.

A matéria, inclusive, já visitou o Superior Tribunal de Justiça, que decidiu:

HABEAS CORPUS. DESOBEDIÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO CONTRA PREFEITO. ORDEM DE PAGAMENTO DERIVADA DE DEMANDA TRABALHISTA DA QUAL O MUNICÍPIO SEQUER FEZ PARTE. DESCUMPRIMENTO MOTIVADO. ORDEM CONCEDIDA.

1 - Configura constrangimento ilegal a submissão de prefeito municipal a inquérito policial, em virtude de suposta desobediência a ordem judicial derivada de demanda que não teve o município no polo passivo (...).

2 - Ordem concedida. (STJ, HC 12058/PE, Sexta Turma, Relatora Ministra Jane Silva, DJe: 02/02/2009)

Ante o exposto, entendendo que não se tenha tratado de dolo, consubstanciado no desiderato de descumprir ordem judicial, mas de questão, comum nas municipalidades do interior, atinente à desorganização administrativa e, constatando que a informação enviada ao Juízo Trabalhista pelo Banco do Brasil supriu àquela que fora requisitada, de modo a não acarretar prejuízo às partes nos autos da reclamação trabalhista, e, considerando, mais, que a prefeitura não era parte na referida reclamatória, tenho como incorrente o crime previsto no art. 1º, XIV, do Decreto-Lei nº 201/67, a fundamentar a instauração da ação penal, pelo que rejeito a denúncia, nos termos do artigo 395, III, do Código de Processo Penal c/c art. 6º da Lei nº 8.038/90 c/c art. 1º da Lei nº 8.658/93).

Comunicações de praxe. Após o trânsito em julgado, dê-se baixa na distribuição e arquivem-se os autos.

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA N° 102.355-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Impetrante: IONE PIMENTEL DE MEDEIROS
Advs./Procs.: DRS. FRANCISCO DE ASSIS PEREIRA VITÓRIO E OUTROS (IMPTE.)
Impetrado : DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO EXECUTÓRIO EMANADO DO PRESIDENTE DESTA CORTE, AINDA QUE POR FORÇA DE DECISÃO DO TCU. LEGITIMIDADE. SERVIDOR PÚBLICO. VERBAS PERCEBIDAS DE BOA-FÉ. DEVOLUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

- Cuida-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por Ione Pimentel de Medeiros em face de ato praticado pelo Presidente deste Tribunal Regional Federal da 5ª Re-

gião que determinou a devolução ao erário dos valores recebidos pela impetrante, a título de vencimento integral do cargo em comissão acrescido do pagamento de VPNI advinda de quintos ou décimos incorporados, a partir de 19.03.2002.

- Se ao impetrado cabe o cumprimento das medidas necessárias para promover o ressarcimento ao erário, é o mesmo, parte legítima para figurar na presente ação. Coator é aquele que processa o ato impugnável. A materialização do ato é que define a autoridade que pode ser processada como autoridade coatora. Legitimidade do Presidente deste Tribunal para figurar como autoridade impetrada.

- “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial” (Súmula 473 do STF).

- Não obstante a Súmula nº 235 do TCU disponha que diante do recebimento indevido do servidor ou pensionista, por ato viciado, é possível à Administração reconhecê-lo e exigir a reposição, a Suprema Corte (STF) tem chancelado a manutenção do status quo ante, relativamente às verbas percebidas pelos funcionários de boa-fé (RE 80.913-RS; RE 88.110/78-RJ; RE 76.055/73-MA; Reclamação 67.315/73-SP, Rel. Min. Aliomar Baleeiro – fls. 66/67).

- Hipótese em que a União, por sua iniciativa, pagou à impetrante valores que, à época, entendia devidos. Portanto, não há que se falar em devolução de quantias que, na verdade, foram pagas por erro da própria Administração, reconhecido posteriormente.

- Cabe à Administração Pública, ao anular atos anteriormente praticados, instaurar procedimento regular, com garantia do contraditório e da ampla defesa.

- Ante a necessidade de se preservar os valores supremos do ordenamento jurídico, a segurança jurídica e a certeza do direito, impõe-se reconhecer a inexigibilidade da restituição ao erário.

- Concessão da segurança, restando prejudicado o agravo da União.

ACÓRDÃO

Vistos, etc., decide o Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva, e, por unanimidade, conceder a segurança restando prejudicado o agravo regimental da União, 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, 8 de junho de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por Ione Pimentel de Medeiros em face de ato praticado pelo Presidente deste Tribunal Regional Federal da 5ª Região que determinou a devolução ao erário dos valores recebidos pelos impetrantes, a título de vencimento integral do cargo em comissão acrescido do pagamento de VPNI advinda de quintos ou décimos incorporados, a partir de 19.03.2002.

Em síntese, alega que é servidora efetiva, ocupante de cargo comissionado deste egrégio Tribunal, tendo sido surpreendida com a notificação da Secretaria de Recursos Humanos - Divisão de Pagamento de Pessoal, informando-a de que teria percebido inde-

vidamente, a partir de 19.03.2002, o vencimento integral do cargo em comissão acrescido do pagamento de VPNI advinda de quintos ou décimos incorporados, sem amparo em decisão judicial e, determinando a devolução ao erário dos mencionados valores.

A liminar foi concedida, monocraticamente, às fls. 129/132.

Informações prestadas às fls. 136/137 pela Presidência deste Tribunal, informando que a decisão proferida pelo Des. Federal José Baptista de Almeida Filho, então Presidente deste Tribunal, limitou-se a fazer cumprir, na condição de administrador público, a determinação emanada do Tribunal de Contas da União, não contendo teor decisório.

Parecer do Ministério Público Federal presente às fls. 139/141-v, em que esse órgão opina pela concessão da segurança.

Decisão de fls. 172/173 que negou provimento aos embargos de declaração formulados pela União.

Agravo da União às fls. 175/182, requerendo a reconsideração da decisão que concedeu a liminar.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

Antes de adentrar no mérito da presente ação, cumpre analisar a legitimidade do Presidente deste Tribunal para figurar como parte impetrada.

Neste tocante, embora o ato executado tenha como fundamento decisão emanada do TCU, entendo que o Presidente desta Corte afigura-se como parte passiva legítima.

Isto porque, tendo o Presidente deste egrégio Tribunal poder de decisão, é ele parte legítima para figurar no polo passivo de mandado de segurança, ainda que esteja cumprindo decisão emanada do Tribunal de Contas da União.

Veja-se que, mesmo quando a decisão emanada do TCU tem caráter vinculante para a Administração Pública, ainda assim, faz-se necessária a emissão do ato executório pela autoridade admi-

nistrativa o que, no meu entender, a torna também legitimada para compor o polo passivo do *writ*. Ora, se ao impetrado cabe o cumprimento das medidas necessárias para promover o ressarcimento ao erário, é o mesmo, parte legítima para figurar na presente ação.

Neste sentido, trago os seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO DIRETOR DA AUTARQUIA. DESCONTO EM FOLHA REFERENTE À MULTA APLICADA EM DECORRÊNCIA DE DECISÃO DO TCU. IMPOSSIBILIDADE.

1. Impetração que visou obstar que a Administração efetuasse qualquer desconto na remuneração da impetrante, relativos à multa aplicada pelo Tribunal de Contas da União - TCU, em decorrência das irregularidades encontradas na prestação de contas do período em que esteve à frente da gestão da Escola.

2. A autoridade que detém a atribuição funcional para a concretização do ato impugnado, detém legitimidade para figurar no polo passivo da impetração. Preliminar de ilegitimidade passiva rechaçada.

3. O art. 45 da Lei nº 8.112/90, só autoriza desconto na remuneração do servidor decorrente de previsão legal ou ordem judicial. Qualquer outra hipótese, dependerá da anuência do servidor.

4. No caso de o servidor discordar em consentir o desconto em folha para pagamento da multa que lhe fora imposta pelo Órgão de Contas, poderá a Administração recorrer à via judicial, já que a decisão do TCU que resulta em imputação de débito ou multa tem eficácia de título executivo – art. 71, § 3º, da CF/88. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, improvidas. (AC 457.782/SE. Terceira Turma. Desembargador Federal Geraldo Apoliano, 01/07/2010, p. 590)

ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. SERVIDOR PÚBLICO. CONTRIBUIÇÃO PARA A SEGURIDADE SOCIAL. GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE EXECUTIVA. INCIDÊNCIA. COBRANÇA RETROATIVA. DESCONTO EM FOLHA. ART. 46 DA LEI 8.112/90. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO TRIBUTÁRIO.

1. É pacífico na doutrina e na jurisprudência que autorida-

de coatora, em tema de mandado de segurança, é a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada.

2. O art. 46 da Lei nº 8.112/90 trata das hipóteses de reposição de valores recebidos indevidamente e de indenização por dano ao erário, sendo inaplicável ao caso de cobrança retroativa de tributo não pago na época própria, em razão de erro de interpretação da lei por parte da Administração Pública.

3. Devem ser observadas, *in casu*, as normas previstas no Código Tributário Nacional para cobrança de tributos. Precedente do egrégio STJ.

4. Apelação e remessa oficial improvidas. (AMS 81.239/CE. Quarta Turma. Desembargador Federal Edilson Nobre, 16/04/2003, p. 413)

Sobre a matéria, pertinente colacionar trecho do voto exarado pelo Des. Federal Edilson Nobre na AMS 81239/CE em que destaca que a violação objeto do *writ* nasce, justamente, com a execução, pela autoridade administrativa, da decisão emitida pelo TCU, o que fundamenta a sua legitimidade passiva para a ação. Confira-se:

Na hipótese em apreciação, há de se considerar que somente poderia existir violação a direito dos impetrantes a partir do momento em que a decisão do Tribunal de Contas da União - TCU, que considerou equivocado o Parecer DFR/SAF nº 508, de 12.11.92, fosse aplicada, determinando-se a cobrança retroativa da contribuição previdenciária relativa à parcela correspondente à GAE não recolhida durante o interstício de dez/92 a nov/93, ato este da alçada do impetrado, motivo pelo qual resta indubitosa a sua legitimização passiva para a causa.

É certo, pois, que o coator é aquele que processa o ato impugnável. A materialização do ato é que define a autoridade que pode ser processada como autoridade coatora. *In casu*, o ato foi executado pelo Presidente deste Tribunal, à época, Des. Federal José Baptista de Almeida Filho, portanto, a Presidência desta Corte tem legitimidade para figurar como autoridade impetrada.

Nesta esteira, colaciono precedente do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPRESSÃO DE PAGAMENTO DE VERBA REMUNERATÓRIA DESTACADA. SUSCITADA INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. ATO DA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE PASSIVA. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL A QUO PARA PROSSEGUIMENTO DE SUA ANÁLISE.

1. A autoridade no mandado de segurança não é somente aquela que emitiu determinação ou ordem para certa providência administrativa ser implementada por outra autoridade, mas também a que executa diretamente o ato, praticando-o *in concreto*, conforme orienta o art. 6º, § 3º, da nova Lei do Mandado de Segurança, aplicável ao caso em exame, a teor do art. 462 do CPC (direito superveniente).

2. Neste caso, a questão combatida cinge-se à legalidade (ou não) do ato da Presidência do egrégio TJDFT que, atendendo a recomendação do Ministério Público Federal calçada em acórdão proferido pelo TCU quanto ao recebimento da VRD cumulativamente com os valores relativos à função comissionada ou cargo em comissão e à remuneração do cargo efetivo, suspendeu o pagamento daquela parcela remuneratória sem cientificar previamente o servidor prejudicado e dar-lhe oportunidade de se manifestar no processo administrativo subjacente.

3. Destarte, a presente impetração não se volta contra o entendimento firmado na orientação normativa eficaz exarada pelo TCU, mas sim em desfavor de ato da competência do Presidente do TJDFT, materializador da alegada vulneração do direito líquido e certo do impetrante/recorrente.

4. Ademais, a orientação normativa decorrente do acórdão 582/2003-TCU, em que o ato do Presidente do TJDFT se baseou para suprimir a VRD estava (como ainda está) com a sua eficácia suspensa (parágrafo único do art. 61 da Lei 9.784/99), em face de recurso administrativo interposto pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União no Distrito Federal - SINDIJUS/DF, ainda pendente de apreciação; em face dessa suspensão de eficácia do acórdão do TCU, gera-se a singular situação de o ato do Presidente do TJDFT não se estribar

em provimento obrigatório que lhe seja anterior, por isso que a coação parte mesmo é dessa última autoridade, ou seja, do Desembargador do egrégio Tribunal de Justiça.

5. Recurso Ordinário parcialmente provido, mas apenas para determinar o retorno dos autos ao egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal para que, superada a preliminar de ilegitimidade passiva, dê prosseguimento ao Mandado de Segurança, julgando-o como entender de direito. (STJ. ROMS 200900978414. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Quinta Turma. Data: 19/10/2009)

Por fim, importa salientar que o acórdão do Tribunal de Contas, conforme se observa às fls. 23/32, não identifica quais os servidores que serão atingidos pela efetivação dos descontos, de modo que, o próprio TRF, ao especificar os servidores alcançados, confere concretude à determinação do TCU, trazendo para si a legitimidade passiva e a competência para a causa.

Assim, preliminarmente, entendo pela legitimidade passiva *ad causam*, pelos fundamentos antes esposados e, em consequência, pela competência desta egrégia Corte.

Passo ao mérito.

Não se pode olvidar que, um dos princípios norteadores da Administração Pública é, exatamente, o da presunção de legitimidade ou de veracidade, que alguns doutrinadores também o chamam de princípio da presunção de legalidade.

Segundo leciona Maria Sylvia Zanella di Pietro *in* Direito Administrativo, 13ª Edição, “o princípio da presunção de legalidade abrange dois aspectos; de um lado, a presunção de verdade, que diz respeito à certeza dos fatos; de outro lado, a presunção de legalidade, pois, se a Administração Pública se submete à lei, presume-se, até prova em contrário, que todos os seus atos sejam verdadeiros e praticados com observância das normas legais pertinentes”.

Neste diapasão, tem-se por desarrazoado o desconto pretendido pela União nos vencimentos da impetrante, vez que, se os pagamentos foram efetuados a maior, é porque decorreram de um erro da Administração Pública, sem que para tal concorresse a demandante ora apontada. Ademais, é incontestável que o refe-

rido título é ato administrativo, vez que substancia um ato de vontade do Poder Público praticado no exercício de função administrativa, e sendo assim encontra seu fundamento na presunção de validade que acompanha todos os atos estatais, princípio em que, inclusive, se baseia o dever do administrado de cumprir o ato administrativo.

Ademais, saliente-se que, ainda que não tenha havido nova interpretação por parte da União, o certo é que este, por sua iniciativa, pagou os referidos valores à impetrante que, à época, entendia devidos. Portanto, não há que se falar em devolução de quantias que, na verdade, foram pagas por erro da própria Administração, reconhecido posteriormente.

É sabido, que o Tribunal de Contas da União firmou jurisprudência administrativa no sentido de que, diante do recebimento indevido do servidor ou pensionista, por ato viciado, é possível à Administração reconhecê-lo (Súmulas 346 e 473 do STF) e exigir a reposição.

Neste sentido a sua Súmula de nº 235:

Os servidores ativos e inativos, e os pensionistas, estão obrigados, por força de lei, a restituir o Erário, em valores atualizados, as importâncias que lhes forem pagas indevidamente, mesmo que reconhecida a boa-fé, ressalvados apenas os casos previstos na Súmula nº 106 da Jurisprudência deste Tribunal.

Todavia, apesar da súmula do egrégio TCU, a jurisprudência da Suprema Corte (STF) tem chancelado a manutenção do *status quo ante*, relativamente às verbas percebidas pelos funcionários de boa-fé (RE 80.913-RS; RE 88.110/78-RJ; RE 76.055/73-MA; Reclamação 67.315/73-SP, rel. Min. Aliomar Baleeiro – fls. 66/67).

Existe, inclusive, Parecer nº GQ 161 da Advocacia Geral da União (RDA 213/274) no mesmo sentido, assim ementado:

Quantias recebidas de boa-fé em virtude de errônea interpretação da lei e posterior mudança de critério não precisam ser repostas.

Indubitavelmente, a impetrante encontra-se amparada pela boa-fé. Admitir-se o contrário, seria reconhecer que toda a atividade

de administrativa seria diretamente questionável, o que é inaceitável tendo em vista que a presunção de validade que acompanha todo ato administrativo visa exatamente assegurar o cumprimento dos fins públicos a que se destina. Desnudar o ato administrativo de tal atributo é negar-lhe a ideia de poder, e sem o qual o Estado não assumiria a sua posição de supremacia sobre o particular.

Assim, é de ter-se que, verificado o erro, inexistente direito adquirido a se manter montante irregular; todavia, o já recebido por encontrar-se amparado pela visível boa-fé, não deve ser descontado dos seus contracheques.

Atente-se ao fato de que, antes de determinar os descontos nos vencimentos da impetrante, cabe à Administração Pública, ao anular atos anteriormente praticados, instaurar procedimento regular, com garantia do contraditório e da ampla defesa.

O Supremo Tribunal Regional tem pacífico posicionamento neste sentido:

DEVIDO PROCESSO LEGAL. VENCIMENTOS. DESCONTOS DE IMPORTÂNCIAS SATISFEITAS A MAIOR. Descontos de quantias pagas além do devido pressupõem apuração dos valores em processo administrativo no qual fique assegurado ao servidor o exercício do direito de defesa ante eventual excesso ou erro de cálculo. (AI 241428 AgR/SC - SANTA CATARINA. Rel. Min. Marco Aurélio. Segunda Turma, 18.02.00, p. 00060)

Ante a necessidade de se preservar os valores supremos do ordenamento jurídico: a segurança jurídica e a certeza do direito e, considerando que os valores em questão foram percebidos de boa-fé; impõe-se reconhecer a inexigibilidade da restituição ao erário.

Desta feita, concedo a segurança, restando prejudicado o agravo da União.

É como voto.

REVISÃO CRIMINAL Nº 103-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Requerente: TÂNIA FRANCISCA TRINDADE SERPA
Requerido: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. ALCIDES BARRETO BRITO NETO E OUTRO (REQTE.)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL ADUZINDO NULIDADE DO ARESTO ATACADO, QUE CONDENOU A REQUERENTE PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 239 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI 8.069/90). ALEGAÇÕES DE NULIDADE CALCADAS EM SUPOSTO DEFEITO DA CITAÇÃO POR EDITAL, BEM COMO EM HIPOTÉTICA DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA. JULGADO OMISSO QUANTO À ELEIÇÃO DO REGIME PRISIONAL.

- O cabimento da revisão criminal se submete às hipóteses taxativamente previstas no artigo 621 do Código de Processo Penal. Fora dessa moldura, qualquer que seja a matéria arguida pelo requerente não se revela digna de justificar o ajuizamento da revisão criminal.

- Arguição de prescrição rejeitada, à míngua do transcurso de tempo suficiente para consumá-la.

- Inexistência de nulidade por carência de defesa técnica, uma vez que a requerente fora corretamente assistida, de modo eficaz, por advogado da defensoria pública.

- Matérias não arguidas no momento oportuno, isto é, em sede do recurso de apelação, razão pela qual as alegadas eivas, ainda que existissem, deve ser consideradas sanadas, em consonância com as normas contidas nos artigos 571 e 572 do Código de Processo Penal.

- Intimação do julgado deste Tribunal que satisfizes todas as cautelas de praxe para os atos da espécie, ultimando-se através de publicação no órgão oficial de imprensa, conforme exige o artigo 370, § 1º, do Código de Processo Penal.

- Em consonância com a orientação sufragada no verbete da Súmula 719 do Supremo Tribunal Federal, a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea. A contrário sensu, escolhido o regime mais benéfico ao apenado, não se faz necessário motivar a imposição, tendo em vista que decorre, diretamente, da própria lei.

- Revisão criminal improcedente, para manter incólume o aresto vergastado, em todos os seus termos.

ACÓRDÃO

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

Recife, 22 de junho de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Tânia Francisca Trindade Serpa ajuíza revisão criminal atacando acórdão transitado em julgado da Primeira Turma desta Corte Regional, que a condenou pela prática do crime hospedado no artigo 239 da Lei 8.069/90.

Aduz que o mencionado processo-crime se encontra maculado de nulidade insanável, ante a não observância dos rigores exigidos para a sua citação por edital, à medida que não foram esgotados todos os meios viáveis para encontrá-la.

Assevera, outrossim, a deficiência técnica da defesa que lhe fora prestada no curso da ação penal, porquanto seu advogado teria deixado transcorrer em branco a fase prevista no hoje revogado artigo 499 do Código de Processo Penal.

Afirma, ainda, que, tanto a sentença, quanto o julgado combatido, quedaram-se omissos no pertinente à fixação do regime prisional, bem como não atentaram para a extinção da punibilidade, por força da prescrição.

Requer, dessa forma, seja declarado nulo o processo-crime, apenas com relação à sua pessoa, e, de ofício, decretada a extinção da punibilidade.

O pleito liminar de antecipação da tutela foi indeferido (fls. 162-163).

Os autos principais foram apensados à presente ação (fl. 169).

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões, instando pela improcedência do pedido (fls. 170-173).

É o relatório.

Encaminhar os autos ao douto Revisor, para os fins do artigo 182 do Regimento Interno desta Corte Regional.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

O cabimento da revisão criminal se submete às hipóteses taxativamente previstas no artigo 621 do Código de Processo Penal, somente podendo ser admitida nas seguintes hipóteses:

- I) quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;
- II) quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;
- III) quando, após a sentença, descobrirem-se novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Fora dessa moldura, qualquer que seja a matéria arguida pelo requerente não se revela digna de justificar o ajuizamento da revisão criminal.

No presente caso, a requerente calca o pedido no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal (sentença contrária ao texto expresso da lei penal, ou à evidência dos autos), apresentando, em síntese, as seguintes alegações:

I) nulidade da citação por edital, à medida que não teriam sido esgotados todos os meios para encontrá-la;

II) deficiência técnica da defesa que lhe fora ministrada pelo advogado público, que, inclusive, teria deixado passar em branco a fase prevista no hoje revogado artigo 499 do Código de Processo Penal;

III) nulidade decorrente da omissão do acórdão atacado quanto à fixação do regime prisional, ou, ainda, da sua incorreta publicação, porquanto, em tese, realizada somente com relação a pessoas estranhas aos autos;

IV) reconhecimento da prescrição punitiva estatal.

De logo, observo que as matérias em apreço, especialmente as ocorridas no curso da instrução processual, não foram agitadas no momento oportuno, ou seja, em sede do recurso de apelação (fls. 1001-1005, apenso 4).

Desse modo, não há como deixar de reconhecer que estas insurgências se encontram alcançadas pela preclusão, devendo, pois, ainda que existissem, serem consideradas sanadas, em consonância com as normas contidas nos artigos 571 e 572 do Código de Processo Penal, donde ser forçoso concluir, por decorrência lógica, que não podem servir para dar azo ao manejo de revisão criminal, visto que a situação não encontra amparo em qualquer dos incisos do artigo 621, também do Código de Processo Penal.

Ademais, mesmo que realizada a análise das alegações ventiladas na exordial, é fácil concluir pela sua improcedência, simplesmente porque não correspondem à verdade.

Com efeito, além do óbice da preclusão, o exame dos autos da ação criminal (em apenso) permite perceber, com clareza, que a citação por edital da requerente se justificou porque, naquele momento, seu paradeiro era ignorado, desde o oferecimento da denúncia (fls. 03-08), tampouco existiam elementos suficientes para localizá-la.

Não obstante, desde o princípio, foi nomeada defensora dativa à requerente – pelo então Juiz Federal (substituto) Luiz Alberto Gurgel de Faria, fl. 490, apenso 02 –, causídica que, de imediato, apresentou defesa prévia (fls. 498-499), prosseguindo o feito, regularmente, em seus ulteriores termos.

Quanto às alegações finais, basta dizer que essa peça se encontra acostada às fls. 711-715, do apenso 4, e foi ratificada à fl. 988.

Por tudo isso, rejeito as alegações de nulidade atinentes ao juízo de primeiro grau.

Passando adiante, rechaço, com igual força, a alegação de prescrição da pretensão punitiva estatal, à míngua do transcurso suficiente de tempo para consumá-la, entre qualquer dos seus marcos interruptórios.

Decerto, a requerente fora condenada à pena de quatro anos e seis meses de reclusão (fl. 996, apenso 4), pela prática do ilícito hospedado no artigo 239, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), sanção que exige o interregno de doze anos para que a extinção da punibilidade venha a se verificar, por força do disposto no artigo 109, inciso III, do Código Penal.

Ocorre que, mesmo se considerado o tempo em que o processo ficou paralisado indevidamente – em decorrência da aplicação inadequada, a caso pretérito, da atual redação do artigo 366, do Código de Processo Penal (conforme acórdão da Primeira Turma desta Corte Regional, fls. 966-975 do apenso 4) –, o prazo exigido pela legislação de regência não chega a se exaurir, porquanto a denúncia fora recebida aos 17 de outubro de 1996 (fl. 451, apenso 1), ao passo que a sentença foi proferida em 26 de janeiro de 2007 (fl. 996, apenso 4).

Igualmente improcedente se revela a alegação de nulidade quanto à intimação do julgado deste Tribunal, já que esta comunicação processual satisfaz todas as cautelas de praxe para os atos da espécie, ultimando-se através de publicação no órgão oficial de imprensa, conforme exige o artigo 370, § 1º, do Código de Processo Penal. A esse respeito, basta atentar para os termos da certidão acostadas à fl. 1036, do apenso 4.

Aqui, reafirmo que a requerente deixou transcorrer em branco o momento oportuno para registrar seu inconformismo, razão pela qual não lhe é permitido fazê-lo através de revisão criminal.

Por último, faz-se mister consignar que, embora o acórdão atacado tenha, de fato, restado omissivo quanto à fixação do regime prisional, este detalhe não tem o condão de conduzir à anulação do julgado.

É que, em verdade, as normas processuais regentes sobre o assunto, todas derivadas diretamente do texto constitucional, apenas exigem que haja a justificação da imposição do regime quando for escolhido aquele mais gravoso ao réu. Nessa toada, orienta o enunciado da Súmula 719 do Supremo Tribunal Federal, que *a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea*.

A contrario sensu, escolhido o regime mais benéfico ao apenado, não se faz necessário motivar a imposição, tendo em vista que decorre, diretamente, da própria lei.

Finalizando, em resumo, examinado com minúcias o pleito revisional em tela, não há como deixar de reconhecer que todas as arguições deduzidas no presente remédio heroico são de manifesta impertinência.

Por todo o exposto, julgo improcedente a revisão criminal, para manter incólume o aresto vergastado, em todos os seus termos.

É como voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO

111911-SE	Rel. Des. Federal Emiliano Zapata Leitão (Convocado)	13
-----------	---	----

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA

56-CE	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima .	20
-------	--	----

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

2642-PE	Rel. Des. Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá (Convocado)	27
5831-CE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	36
7535-PE	Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior ...	53
16433-PB	Rel. Des. Federal Francisco Wildo	66
17812-PE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias	75
18215-AL	Rel ^a . Des ^a . Federal Margarida Cantarelli	107

APELAÇÃO CÍVEL

445230-PE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	115
479578-SE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo	131
498161-CE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	140
499040-PB	Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior .	148
506681-SE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	161
509008-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	175
517892-PE	Rel ^a . Des ^a . Federal Margarida Cantarelli	185
521052-PB	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias	198

APELAÇÃO CRIMINAL

6334-PE	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.	208
6356-PE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	224
6555-AL	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha	235
7104-PE	Rel. Des. Luiz Alberto Gurgel de Faria	249

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA APELAÇÃO CÍVEL

395425-PE Rel. Des. Federal Cesar Carvalho (Convocado) .. 266

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

2157-CE Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt 296

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL

4961-PB Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho 302

418221-PE Rel. Des. Luiz Alberto Gurgel de Faria 307

HABEAS CORPUS

4295-PB Rel. Des. Federal Sérgio Murilo Wanderley
Queiroga (Convocado) 314

INQUÉRITO

2284-RN Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira 326

MANDADO DE SEGURANÇA

102355-PE Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira 334

REVISÃO CRIMINAL

103-RN Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho 344

ÍNDICE ANALÍTICO

A

Trbt	Ação anulatória de débito fiscal. Legitimidade ativa. Pagamento de imposto de importação frustrado. Avaria no descarregamento de equipamento importado. Responsabilidade da transportadora. Incumbência pelo pagamento proporcional do referido imposto no percentual que não restou avariado. APELREEX 2642-PE 27
Adm e Amb	Ação civil pública. Construção irregular de muro na foz do Rio Persinunga, situado na divisa dos Estados de Pernambuco e Alagoas. Área de preservação permanente. Falta de licença ambiental. Obstrução do curso normal do rio. Diminuição do fluxo das águas. Dano ambiental comprovado. Responsabilidade objetiva configurada. AC 445230-PE 115
Ct, PrCv e Adm	Ação civil pública. Infração de trânsito. Comprovação por equipamento eletrônico. Excesso de velocidade. Resolução nº 146/2003 do CONTRAN. Constitucionalidade. APELREEX 5831-CE 36
Amb	Ação civil pública. Suspensão das obras de ampliação de aeroporto. Alegação de riscos de acidentes aéreos em virtude da colisão de aeronaves com pássaros. Inexistência de elementos concretos. Desproporção entre a medida adotada e os prejuízos suportados pela coletividade. AgTr 111911-SE ... 13
Cv	Ação de cobrança. Prestação de serviços de hangaragem. Autor como fiel depositário de aeronave de propriedade da CEF.

	Continuidade da prestação de serviços após extinta a determinação judicial. Despesas não pagas pela empresa pública ré. Comprovação. Ressarcimento devido. AC 498161-CE 140
Adm e PrCv	Anulação de homologação de concurso. Alteração da classificação dos candidatos. Desistência da candidata/demandante em ser nomeada para o cargo pleiteado. Irrelevância. Subsistência do interesse jurídico. APELREEX 17812-PE 75
Prev	Aposentadoria por tempo de serviço. Revisão. Período laborado pelo autor quando tinha idade inferior a 14 anos. Cômputo. Possibilidade. Desempenho de atividades especiais. Agente nocivo. Ruído. Laudo técnico. Exigência. Comprovação. Requisitos. Preenchimento. APELREEX 16433-PB 66
Ct, Trbt e PrCv	Arguição de inconstitucionalidade. Âmbito de conhecimento. Incompatibilidade da norma legal cuja edição é anterior à do dispositivo constitucional tido por violado – art. 195, § 12, da CF, introduzido pela EC nº 42/2003. Inaplicabilidade da reserva de plenário. Não conhecimento da arguição em relação a esse fundamento. Violação aos princípios constitucionais da isonomia tributária, da capacidade contributiva, da livre concorrência e do não confisco. Ferimento à regra constitucional que confere imunidade em relação às contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico sobre receitas decorrentes de exportação. Não ocorrência. AI na AC 395425-PE 266

C

- Adm Concurso público. Candidato que deixou de ser nomeado na época a que teria direito por erro da Administração reconhecido por decisão judicial transitada em julgado. Posterior nomeação. Direito à indenização referente à remuneração não percebida no período de 4/8/2004 a 7/8/2007 e à averbação do tempo de serviço não prestado por erro da Administração. Condenação em custas processuais. Fazenda Pública. Reembolso. Possibilidade. APELREEX 18215-AL 107
- PrCv Conflito negativo de competência. Juízo Federal da 20ª Vara da SJ/CE e Juízo de Direito da Comarca de Eusébio/CE. Execução fiscal ajuizada pelo CREA. Demanda intentada na Vara Federal da Capital. Empresa executada domiciliada na Comarca do interior. Remessa dos autos de ofício pelo Juízo Federal, ora suscitado, ao Juízo Estadual, ora suscitante. Competência territorial. Natureza relativa. Impossibilidade de reconhecimento de ofício. Conflito conhecido com a fixação da competência do juízo suscitado. CC 2157-CE 296
- Pen e PrPen Contratação de serviço com empresa privada. Locação de imóvel para guarda de documentos do Ministério da Saúde. Ausência de licitação prévia. Contratação sem prévio procedimento licitatório aprovada pelo Departamento Jurídico do Ministério da Saúde. Ausência de dolo. Absolvição. ACr 6356-PE 224

Adm	Contrato de cessão de uso de imóvel. Empresa estatal privatizada. Mudança de regime. Utilização gratuita do bem. Impossibilidade. Lei nº 9.636/98. Aplicação. EINFAC 418221-PE 307
Pen e PrPen	Crime de responsabilidade. Desvio de verbas públicas. Fraude à licitação. Autoria e materialidade comprovadas. Presença do dolo. Dosimetria da pena. Correta valoração das circunstâncias judiciais. ACr 6555-AL 235
Pen e PrPen	Crimes de extorsão mediante sequestro, quadrilha ou bando e receptação. Configuração. Roubo em concurso material com extorsão. Inocorrência. Interrogatório policial. Ausência de defensor. Possibilidade. Inexigibilidade de conduta diversa. Não configuração. Confissão. Pena privativa de liberdade. Substituição. Inadmissibilidade. Regime inicial de cumprimento da pena mais gravoso. Admissibilidade. ACr 7104-PE 249

H

PrPen	<i>Habeas corpus</i> . Trancamento de ação penal. Representação disciplinar. Suposta difamação contra magistrado. Ausência do <i>animus diffamandi</i> . Imunidade material. Concessão da ordem. HC 4295-PB 314
-------	---

I

Pen e PrPen	Inquérito. Denúncia contra Prefeito. Crime de responsabilidade (deixar de cumprir ordem judicial). Ordem derivada de demanda trabalhista da qual o Município sequer fez parte. Informações atendidas, via reflexa,
-------------	--

pelo Banco do Brasil. Ausência de prejuízo à lide trabalhista. Inexistência de dolo. Atipicidade da conduta. Rejeição da denúncia. INQ 2284-RN 326

M

PrCv Mandado de segurança. Ato executório emanado do Presidente desta Corte, ainda que por força de decisão do TCU. Legitimidade. Servidor público. Verbas percebidas de boa-fé. Devolução. Impossibilidade. MSPL 102355-PE 334

Ct Manifestação de caráter político realizada por várias entidades, na BR 101, no Município de Propriá-SE, sem aviso prévio às autoridades e após manifesta proibição da União. Possível colisão de direitos fundamentais: reunião e livre locomoção. CF, art. 5º, XV e XVI. Solução da sentença pela ponderação de princípios, por se considerar que o direito de reunião não é absoluto. AC 479578-SE 131

P

Pen e PrPen Peculato-furto e receptação dolosa, ambos em continuidade delitiva. Flagrante preparado. Não caracterização. Ausência de nulidade. Autoria e materialidade suficientemente comprovadas. Condenações que se mantêm. Penas-base fixadas muito acima do mínimo previsto. Ausência de fundamentação. Minoração das penas cominadas aos apelantes. ACr 6334-PE 208

PrCv	Pedido de suspensão (parcial) de sentença. Hipótese que justificaria, fosse o caso, o uso dos meios impugnativos clássicos, e não o atual, marcadamente extraordinário. Inocorrência de efetiva ameaça de lesão à ordem, à economia, à segurança e à saúde públicas. AgRg na SUEXSE 56-CE 20
Prev	Pensão por morte. Cargo em comissão. Prova material e testemunhal. Filiação obrigatória ao RGPS. Benefício devido. AC 521052-PB 198
Prev	Pensão por morte. Irmã inválida. Comprovação do vínculo de parentesco, da invalidez da postulante e da sua dependência econômica em relação ao <i>de cujos</i> . Concessão do benefício. Requerimento administrativo que foi considerado como marco inicial da condenação. APELREEX 7535-PE 53
Trbt	PIS e COFINS. Regime da não cumulatividade. Gastos relativos a vale-transporte, vale-refeição ou alimentação. Assistência médica. Impossibilidade de compensação. Gastos relativos a fardamento ou uniforme, aquisição de combustíveis e lubrificantes utilizados no transporte de empregados, despesas de viagens e hospedagens, além de treinamento aos empregados em razão de prestação de serviços. Creditamento. Dedução. Possibilidade. AC 517892-PE 185

R

Cv	Responsabilidade civil do Estado. Queda de árvore em veículo estacionado nas dependências da UFPB. Fungos de difícil percepção. Danos materiais. Cabimento. Danos
----	---

morais. Inexistência de direito a indenização por não ter havido afronta aos direitos de personalidade da promovente. AC 499040-PB . 148

Pen e PrPen	Revisão criminal. Alegação de nulidade do arresto atacado. Requerente que foi condenada pela prática do crime previsto do ECA, art. 239. Alegações de nulidade calcadas em suposto defeito da citação por edital, bem como em hipotética deficiência da defesa técnica. Julgado omissivo quanto à eleição do regime prisional. Não ocorrência das nulidades argüidas. Insurgências da requerente que foram alcançadas pela preclusão, sendo consideradas sanadas, ainda que existissem. Improcedência da revisão criminal. RvCr 103-RN 344
-------------	--

S

PrCv e Cv	Servidor. Pensão. Filha solteira maior de vinte e um anos. Cargo público permanente. Inacumulabilidade. Opção pela pensão. Exoneração do cargo. Cancelamento da pensão. Equívoco da Administração. Vinculação às primeiras diretrizes que determinaram à autora a necessidade de optar. EINFAC 4961-PB 302
-----------	--

Adm	Servidora pública redistribuída para o Ministério Público da União. Ação anulatória de ato da OAB que cancelou sua inscrição naquele órgão de classe. Servidora que tinha inscrição na OAB bem antes da Lei nº 11.415/06, ou seja, desde 1997. Hipótese de impedimento que diz respeito tão somente à advocacia contra a Fazenda Pública que a remunera. Direito à permanência da inscrição na OAB e ao exercício da advocacia. AC 506681-SE 161
-----	--

V

Cv e PrCv

Vícios de construção em imóvel financiado pelo CEF através do SFH. Ação proposta contra a construtora, a CEF e a Caixa Seguradora S/A. Legitimidade passiva. Responsabilidade civil solidária pelos danos materiais. Produção de nova perícia. Desnecessidade. Condenação das demandadas à recuperação dos imóveis avariados, nos termos do laudo pericial. Condenação da CEF a abater do valor financiado as prestações devidas enquanto perdurar a desocupação do imóvel. Danos morais. Caracterização. Dever de indenizar. AC 509008-PE 175