

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

**JURISDIÇÃO**

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

Número 68 - Abril/Junho - 2007

R. TRF 5ª Região, nº 68, p. 1 - 381, Abril/Junho - 2007



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

**Diretor da Revista  
DESEMBARGADOR FEDERAL  
LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA**

Repositório de jurisprudência credenciado pelo Superior Tribunal de  
Justiça (STJ), sob o nº 53  
(Portaria nº 02/2002, *DJ* de 02/05/2002, pág. 403).

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 LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA

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 e Diagramação  
ARIVALDO FERREIRA SIEBRA JÚNIOR  
ELIZABETH LINS MOURA ALVES DE CARVALHO

Endereço eletrônico: [www.trf5.gov.br](http://www.trf5.gov.br)  
Correio eletrônico: [revista.dir@trf5.gov.br](mailto:revista.dir@trf5.gov.br)

IOB Thomson

IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda.

Síntese Publicações

Gilberto Fischel - Presidente

Elton José Donato - Diretor

Maria Liliana de Cássia V. Polido - Gerente Editorial de Prod. Jurídicos  
Alice Maria Borghi Marcondes Sampaio - Gerente de Conteúdo Editorial

IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda.  
Rua Antonio Nagib Ibrahim, 350 - Água Branca  
05036-060 - São Paulo - SP

Vendas e assinaturas: Fone: 0800-7072244

Assinaturas: Fone: (11) 2188-7478

[www.iob.com.br](http://www.iob.com.br)

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

Trimestral

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

**JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO** - 03.07.00

Presidente

Desembargador Federal

**PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA** - 19.09.01

Vice-Presidente

Desembargador Federal

**FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS** - 15.08.03

Corregedor

Desembargador Federal

**RIDALVO COSTA** - 30.03.89

Desembargador Federal

**PETRUCIO FERREIRA DA SILVA** - 30.03.89

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

Desembargador Federal

**UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE** - 03.12.97

Desembargadora Federal

**MARGARIDA CANTARELLI** - 09.12.99

Desembargador Federal  
**FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI** - 03.07.00  
Diretor da Escola de Magistratura Federal

Desembargador Federal  
**NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO** - 03.07.00

Desembargador Federal  
**LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA** - 03.07.00  
Diretor da Revista

Desembargador Federal  
**PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA** - 17.05.01

Desembargador Federal  
**MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS** - 03.12.03

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

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

Presidente: Desembargador Federal JOSÉ BAPTISTA DE A. FILHO  
Vice-Presidente: Desembargador Federal PAULO GADELHA  
Corregedor: Desembargador Federal FRANCISCO WILDO

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

Desembargador Federal UBALDO CAVALCANTE - Presidente  
Desembargador Federal JOSÉ MARIA LUCENA  
Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI

## **SEGUNDA TURMA (terças-feiras)**

Desembargador Federal PETRUCIO FERREIRA - Presidente  
Desembargador Federal NAPOLEÃO MAIA FILHO  
Desembargador Federal LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA

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

Desembargador Federal RIDALVO COSTA - Presidente  
Desembargador Federal GERALDO APOLIANO  
Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE O. LIMA

## **QUARTA TURMA (terças-feiras)**

Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES - Presidente  
Desembargadora Federal MARGARIDA CANTARELLI  
Desembargador Federal MARCELO NAVARRO





# SUMÁRIO

---

I - Doutrina .....	13
II - Jurisprudência .....	39
III - Índice Sistemático .....	371
IV - Índice Analítico .....	375



**DOUTRINA**



# NOVOS QUESTIONAMENTOS SURTIDOS A PARTIR DAS REFORMAS DA DISCIPLINA DO PRECATÓRIO

Francisco Wildo Lacerda Dantas, Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa (FDL), Professor Adjunto da Faculdade de Direito de Alagoas (FDA) e Desembargador Federal.

1. Introdução. 2. Resumo dos questionamentos. 3. Análise dos questionamentos: a) A questão da compensação tributária com o crédito do precatório; b) A questão do oferecimento do crédito do precatório para pagamento de dívidas tributárias do titular ou da nomeação desse crédito à penhora em execução movida pela própria Fazenda Pública devedora do precatório; c) A questão da negociação de crédito oriundo de condenação judicial trântita em julgado, sem que se tenha extraído o respectivo precatório. 4. Conclusões.

## 1. Introdução

Desde que passamos a estudar a disciplina do precatório identificamos que essa técnica havia sido criada em nosso país, a partir de um critério político, para atender à necessidade de submeter-se a Administração Pública ao Estado Democrático de Direito – solenemente proclamado no *caput* do art. 5º da CF/88 e, ao mesmo tempo, ao princípio da inalienabilidade dos bens públicos, como uma solução idônea a permitir a execução contra a Fazenda Pública.

Identificamos, ao longo da obra que produzimos, que essa disciplina estava a exigir aperfeiçoamentos e, com esse propósito, foram feitas muitas reformas, que também foram objeto de nosso estudo, algumas prejudiciais ao particular, outras favoráveis e outras que buscaram tão-somente o aprimoramento técnico da disciplina.

Observou-se, em respeito às modificações introduzidas, que nenhuma delas será apta a resolver as dificuldades da técnica do precatório – exatamente a do pagamento dos precatórios, que se avolumam em valor que já se tornou incobrável – porque isso se revela como uma solução política e não jurídica, pela simples e óbvia razão de que o não pagamento, no momento próprio, dos precatórios resultou de uma escolha política, pois, como bem explicou JOAQUIM FALCÃO “Ante recursos que, sabemos, serão sempre escassos, os governos preferem gastar com outras despesas, umas mais, outras menos justificáveis. Pagam-se juros, aumenta-se pessoal, fazem-se obras, gasta-se com propaganda oficial e por aí vamos”.

Para esse autor, a nova mudança, ainda não implementada, constante da Emenda Constitucional nº 12/2006, de autoria do Deputado RENAN CALHEIROS, sob a inspiração de NELSON JOBIM, com manifestação favorável do Ministro GILMAR MENDES – de cujo problema se tratou na segunda edição do nosso despretensioso “Execução contra a Fazenda pública – Regime do Precatório”, parece atender a esse caráter político.

Busca-se, através dessa Emenda, solucionar, definitivamente, esse grave problema, por determinar-se que os governos comprometam uma ínfima parcela do Orçamento para cumprir as decisões do Judiciário<sup>1</sup>.

## **2. Resumo dos questionamentos**

As reformas já implantadas, no entanto, provocaram alguns questionamentos, que nos esforçaremos por resumir. Tem-se, por primeiro, que se permitiu a livre negociação dos créditos originários dos precatórios não pagos, segundo autorização expressa no art. 78 do ADCT:

---

<sup>1</sup> - Cf. “A Hora e a Vez”, artigo publicado no jornal “Folha de São Paulo”, na Seção “Tendências, Debates”, edição de 12 de fevereiro de 2007, p. A3. O autor é Mestre em Direito pela Universidade de Harvard (EUA) e Doutor em Educação pela Universidade de Genebra, na Suíça.

*Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que tratam o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda (14.09.2000) e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, **permitida a cessão de créditos** (grifos nossos).*

Depois, já se assinalaram as perspectivas que surgem para utilização dos precatórios:

a) oferecimento do precatório para quitar débitos tributários;

b) nomeação do precatório à penhora, na hipótese de execução fiscal movida contra o detentor do crédito respectivo do precatório<sup>2</sup>.

Acrescente-se, além disso, a possibilidade de negociar-se o crédito resultante de condenação judicial da Fazenda Nacional, já transitada em julgado, mas que ainda não se extraiu o respectivo precatório requisitório, como bem observou DILSON ABREU DALLARI, em trabalho substancial<sup>3</sup>.

Penso, assim, que essas novas modificações na disciplina do precatório, provocadoras de sérios questionamentos doutrinários e jurisprudenciais, podem ser resumidas às seguintes:

a) A questão da compensação tributária com o crédito do precatório;

b) A questão do oferecimento do crédito do precatório para pagamento de dívidas tributárias do titular ou da nomeação desse

---

<sup>2</sup> - Como faz Clayton Rafael Batista, no artigo "Utilização de Precatório para Quitação de Débitos Tributários", publicado na Revista Dialética de Direito Tributário nº 129, pp. 17-25, mais precisamente p. 17.

<sup>3</sup> - Cf. "Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública", publicado na Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 42, nº 165, Jan/Mar 2005, pp. 7-19, mais precisamente p. 9.

crédito à penhora em execução movida pela própria Fazenda Pública devedora do precatório;

c) A questão da negociação de crédito oriundo de condenação judicial trãnsita em julgado, sem que se tenha extraído o respectivo precatório.

Examinaremos, em apertada síntese, cada uma dessas hipóteses.

### **3. Análise dos questionamentos:**

#### **a) A questão da compensação tributária com o crédito do precatório**

O art. 2º da EC nº 30/2000, que acrescentou o art. 78 ao ADCT da CF/88, na tentativa de atribuir efetividade ao pagamento das parcelas dos precatórios não pagos – ou pendentes – até a data da promulgação da referida Emenda (14.09.2000), como também os decorrentes das ações ajuizadas até 31 de dezembro de 1999, havia permitido a *cessão de créditos*, como se lê na parte final do mencionado art. 78.

Passou-se a considerar que, através dessa cessão, a empresa a quem se os houvesse cedido poderia compensar-se com os débitos tributários, na conhecida figura da compensação tributária. Muito embora a expressão tivesse sido utilizada por vários articulistas<sup>4</sup>, certo é que mereceu o rechaço dessa expressão para designar a possível utilização pelos cessionários desses créditos para pagamento dos débitos tributários que tivessem com a Fazenda Pública.

---

<sup>4</sup> - Mencionam-se alguns: “O Precatório na Compensação Tributária”, de Carlos Henrique Abrão, Revista Dialética de Direito Tributário, nº 64, pp. 54-59; “Desmistificando a Compensação de Tributos com Precatórios”, de Diego Galbinski, na Revista Dialética de Direito Tributário, nº 130, pp. 14-20; e “Compensação: Requisitos, Créditos de Terceiros, Decisão Judicial não Transitada em Julgado, Prescrição, etc.”, em parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da autoria do Procurador da Fazenda Nacional Luiz Mário Mamede Pinheiro Neto, com o “de acordo” do Coordenador Gustavo Caldas Guimarães de Campos e da Procuradora Adjunta Telma Bertão Correia Leal, aprovado pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional Manoel Felipe Rêgo Brandão, entre vários outros trabalhos.



Como explicou KIOSHI HARADA – somente pode existir a compensação tributária, nos exatos termos do art. 170 do CTN [*A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública* (dei ressalto)], sendo certo que, na espécie, trata-se de uma dação em pagamento que, segundo esse autor, embora tenha campo restrito, na forma do art. 156, II, do mesmo CTN, passou a produzir esses efeitos, em face de o § 2º da EC/2000 haver acrescentado o art. 78 da ADCT, para determinar que a possível cessão de crédito por parte do titular do precatório tenha poder liberatório, *in verbis*: “(...) o poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora<sup>5</sup>”.

Creio, porém, que essa afirmação pode ser discutida. Observo que o dispositivo menciona, tão-somente, *compensação de créditos tributários* (da Fazenda Nacional, evidente) *com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos do sujeito passivo* (não se exige que sejam créditos tributários) *contra a Fazenda Pública*, logo, como o intérprete não pode distinguir onde a lei não distingue, não há nada que impeça essa transação.

Penso, também, que tal observação serve para afastar o anátema da compensação de crédito de um contribuinte com débito de outro, como consta do parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional sobre o assunto<sup>6</sup>. Desde que sejam créditos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra Fazenda Pública, ainda que obtidos através de um negócio jurídico de cessão e não seja proibido por lei, pode-se, em tese, proceder-se à transação.

No particular, calha referir a correta observação de CLAYTON RAFAEL BATISTA de que na hipótese de inadimplência das parce-

---

<sup>5</sup> - Cf. “Precatórios Judiciais e Compensação Tributária”, artigo publicado na *Via Legis Revista*, ano 10, Out/2006, pp. 4-6, mais precisamente p. 5.

<sup>6</sup> - Cf. “Compensação, Requisitos, Créditos de Terceiros, Decisão Judicial não Transitada em Julgado, Prescrição, etc.”, publicado na *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 126, pp. 102-125, mais precisamente pp. 107 e s.

las anuais a que se refere o parcelamento do pagamento do precatório instituído pela EC nº 30/2000, “(...) o titular do respectivo precatório, ainda que o tenha adquirido através de cessão promovida por terceiro, estaria liberado do pagamento de tributos devidos ao ente público que emitiu o precatório”, o que fez com fundamento em decisão do Pleno do STF, que também se transcreve:

O art. 78, ADCT, introduzido pela EC 30/2000, inova no tema dos precatórios. Observadas as ressalvas ali inscritas, créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33, ADCT, e os que tiverem seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda (Emenda 30, de 14.09.2000) e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos.

(...)

Como se verifica, a Lei 1.142, de 11.12.2002, do Estado de Rondônia, autoriza a compensação do crédito com débito da Fazenda Pública do Estado decorrente de precatório judicial pendente de pagamento, no limite das parcelas vencidas a que se refere o art. 78 do ADCT da Constituição Federal. Não é inconstitucional. Ao contrário, dá eficácia ao disposto no art. 78, ADCT/CF, com a EC 30, de 2000<sup>7</sup>. A partir do precedente acima transcrito, pode-se identificar a respeito dessa modificação um primeiro questionamento: somente será possível proceder-se a alguma compensação tributária quando houver lei expressa que a autorize ou se poderá entender que o disposto no art. 78, § 2º, do ADCT tem eficácia plena e aplicabilidade imediata e direta?<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> - Menciona-se como fonte da transcrição: STF, Tribunal Pleno, ADIn nº 2.851, Rel. Ministro Carlos Velloso, julgada em 28/10/2004. Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 03 fev. 2006. Cf. “Utilização de Precatórios para Quitação de Débitos Tributários”, ob. cit., p. 19.

<sup>8</sup> - Como identificado por Diego Galbinski, “Desmistificando a Compensação de Tributos com Precatórios”, ob. cit., p. 16.

Penso que é preferível que se tenha lei que discipline a compensação.

Considero, porém, que à míngua da existência dessa lei não se poderá proibir a cessão de crédito – porque prevista no próprio texto constitucional – nem muito menos a utilização por eventual empresa cessionária do crédito do precatório, tendo em vista que isso importaria em criar-se obstáculo à efetividade da disciplina constitucional, indevidamente<sup>9</sup>.

Nesse sentido, vale a observação de CARLOS MAXIMINIANO, transcrita por ADILSON DE ABREU DALLARI, que, também, sustenta o mesmo entendimento:

Deve o Direito ser interpretado inteligentemente e não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se refere à exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo<sup>10</sup>.

Afinal, como esse último autor argumenta – de modo irresponsável: “Não se deve dar a um dispositivo constitucional destinado a garantir o pagamento de débitos da Fazenda Pública um efeito radicalmente contrário, qual seja, o de vedar a liquidação de débitos pendentes de pagamento”<sup>11</sup>.

Nessas circunstâncias, penso que a não aceitação pela autoridade administrativa do pedido do contribuinte de compensação

---

<sup>9</sup> - O mesmo Diego Galbinski, na mesma obra citada na nota anterior, menciona que esse é o entendimento dominante na jurisprudência, para relacionar abundantes precedentes, como os de, só para reproduzir os do STJ: AGRG no REsp 432.568 (STJ, 1ª T. Min. Francisco Falcão, v. u., 08.10.02, *DJ* / 02.12.02, p. 244), REsp 480.351 (STJ, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, v. u. *DJ* / 23.06.03, p. 260), REsp 390.057 (STJ, 1ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, v. u., 18.11.03, *DJ* / 15.12.03, p. 188), EDiv em REsp 399.557 (STJ, 1ª S., Rel. Min. Franciulli Netto, v. u., 08.10.03, *DJU* / 03.11.03, p. 243), entre vários outros, aqui não transcritos.

<sup>10</sup> - Cf. “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2000, 18ª ed., p. 166.

<sup>11</sup> - Cf. “Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública”, ob. cit., p. 14.

do crédito tributário da Fazenda Pública com o débito desta com o precatório, desde que se trate da mesma Fazenda Pública que editara o precatório impago cuja parcela não foi depositada no prazo previsto na Constituição, desafia o mandado de segurança ou a ação ordinária com antecipação da tutela, ainda que a concessão desta última providência não seja comum, nada obstante o precedente do TRF da 4ª Região, transcrito por Carlos Henrique Abrão, que também se repete:

Processo Civil. Tutela Antecipatória. Compensação. Prova de liquidez e certeza do crédito. Lei 9.032/95 e Lei 9.129/95. 1. A compensação é direito da parte, que independe de declaração judicial ou de prova anterior de liquidez e certeza, podendo ser antecipada a tutela, se presentes seus pressupostos. 2. A tutela antecipada foi deferida com observância dos limites das Leis 9.032/95 e 9.129/95<sup>12</sup>.

Outro questionamento que surge a partir dessa modificação diz respeito ao momento em que se pode apresentar o precatório vencido e não pago para a compensação: se a qualquer tempo, em face da mora da Fazenda devedora ou se, apenas e tão-somente, no momento em que poderia ser pago com obediência à exigência encartada no art. 100 da CF/88: *faz-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos*.

Nesse sentido, o posicionamento do STF, na ADIn 2.009-4/ENS, 17, do Governador do Espírito Santo contra lei editada pela Assembléia Legislativa daquele Estado, quando ainda não havia a EC n° 30/2000. O Min. MARCO AURÉLIO suspendeu, por liminar, a aplicação da lei, por identificar violação ao princípio da isonomia consubstanciado na ordem cronológica de pagamento de precatórios, com a observação de que se repetia o mesmo fundamento de outros votos da Corte sobre a matéria<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> - Indica-se como fonte da transcrição: TRF da 4ª Região, AGInst 96.04.1388-3/PR, Rel. Desembargador Federal Vladimir Passos de Freitas, j. em 27.08.96, v. u., publicado no *DJU* de 02.10.96, p. 74.463, segundo consta do artigo de Carlos Henrique Abrão “O Precatório na compensação Tributária”, publicado na Revista de Direito Tributário, n° 64, pp. 54-589, mais precisamente p. 58.

<sup>13</sup> - Cf. Eduardo Brigidi de Mello, “A Cessão de Créditos e a Compensação de Tributos Federais”, *Juris Síntese*, n° 54 – Jul/Ago de 2005.

É ler:

LIMINAR. ADIn. INFORMAÇÕES. DECURSO DO PRAZO. As informações de que cuida o artigo 10 da Lei nº 9.868/99 devem ser prestadas em cinco dias, prazo que, ultrapassado, viabiliza o exame do pedido de concessão de liminar.

PRECATÓRIO. CESSÃO. TRIBUTO. LIQUIDAÇÃO DE DÉBITO. A previsão normativa de cessão de precatório e utilização subsequente na liquidação de débito fiscal conflita, de início, com o preceito maior do artigo 100 da Constituição Federal.

Transcrevo trecho do voto:

Sob o ângulo material, nota-se a colocação em plano secundário da moralizadora regra do artigo 100 da Carta da República, no que veio à balha para afastar, justamente, a quebra da isonomia, implementando-se tratamento igualitário, observada a ordem cronológica de apresentação dos precatórios. A regência verificada, conquanto atenda à necessidade de o Estado liquidar os respectivos débitos, acaba de conduzir a um verdadeiro círculo vicioso. Em primeiro lugar, estimula a negociação dos precatórios, e, diante das notórias dificuldades de caixa, ao que aponte, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.098, de São Paulo, como calote oficial, induz os titulares de precatórios a negociarem o título executivo com deságio. Uma vez realizada a cessão, aquele que o adquirir liquidará dívida fiscal, deixando, assim, de recolher o valor em pecúnia. Esse procedimento afasta, iniludivelmente, a possibilidade de alcançar-se receita. Com isso, os demais credores do Estado, até mesmo aqueles que contam com o precatório relativo à dívida alimentícia, estarão prejudicados. Considere-se, para tanto, a diminuição de aportes e, portanto, da receita do próprio Estado.

Há de caminhar-se, é certo, para a solução do quadro que se verifica, atualmente, em relação às unidades federadas e também à União, liquidando-se os débitos para com os cidadãos em geral. Não obstante, impõe-se o respeito ao que estabelecido na Carta da República e que é fator de equilíbrio, de segurança jurídica, nas relações entre cidadão e Estado.

Nada obstante, penso que, em se tratando de crédito de precatório submetido a parcelamento, em que não se efetuou o pagamento da parcela devida – em razão do que se autoriza a cessão de crédito, como expressamente previsto na parte final do art. 78 acrescentado pelo art. 2º da EC nº 30/2000 – não se há mais de perquirir qual a ordem cronológica de apresentação dos precatórios. Trata-se de pagamento que se deveria realizar em parcelas e que, mesmo assim, não foi realizado.

Entendo que descabe a exigência de somente exigir-se o pagamento na ordem cronológica de apresentação dos precatórios, por duas razões: a cessão de créditos a terceiro se fez por determinação constitucional em face da mora da Fazenda Pública devedora e a inexistência de qualquer prejuízo para quem se encontra logo a seguir na referida ordem – razão maior dela – pois provavelmente também se encontra na mesma situação.

#### **b) A questão do oferecimento do crédito do precatório para pagamento de dívidas tributárias do titular ou da nomeação desse crédito à penhora em execução movida pela própria Fazenda Pública devedora do precatório**

Tem-se, aqui, um novo questionamento que se coloca quando há o titular de um crédito contra a Fazenda Pública, que não mais se contém na hipótese anteriormente apreciada, por não se tratar de precatórios impagos ao tempo da promulgação da EC nº 30/2000 ou decorrentes de ações iniciadas até 31 de dezembro de 1999.

Trata-se, pois, de um crédito representado por um precatório que ainda não foi pago e se abrem, agora, duas hipóteses: oferecimento do crédito do precatório para pagamento de dívidas tributárias do titular do crédito ou nomeação desse mesmo crédito à penhora por execução fiscal movida pela Fazenda Pública devedora do precatório contra o titular deste crédito.

Nessa primeira hipótese, tem-se que, como bem observado por CLAYTON RAFAEL BATISTA – autor que formulou ambas as

hipóteses<sup>14</sup> – tem-se que o oferecimento do crédito do precatório para pagamento de dívidas tributárias do titular do crédito implica compensação ou transação e, nesse caso, como ela não se encontra prevista em lei nem decorre de medida autorizada pelo texto constitucional, como acontece na hipótese anteriormente examinada, não podem ser realizadas sem que lei as autorize, nos exatos termos dos artigos do CTN:

*Art. 170 – **A lei pode** (dei ressaltar), nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, **autorizar a compensação de créditos tributários** (voltei a grifar) com créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública;*

*Art. 171 – **A lei pode facultar** (voltei a grifar), nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária **celebrar transação** (novos grifos nossos) que, mediante concessões mútuas, importe em **determinação** (rectius: terminação) de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário.*

Penso que a primeira hipótese de simples oferecimento do crédito do contribuinte titular do precatório não pode ser feita, tanto porque não existe lei a respeito: a Lei nº 8.383/91 que autoriza a compensação se refere, apenas – precisamente no art. 66 – a titulares de créditos resultantes de pagamentos tributários indevidos (*contribuições federais, inclusive previdenciárias, e receitas patrimoniais*) – e o art. 74 da Lei nº 9.430/96, que também se refere à possibilidade de compensação, limita-a aos créditos tributários próprios do mesmo contribuinte:

*O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrados pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.*

---

<sup>14</sup> - Como se vê em “Utilização de Precatórios para Quitação de Débitos Tributários”, Revista Dialética de Direito Tributário, nº 120, pp. 16-25, mais precisamente pp. 17-18.

De qualquer modo, notadamente porque os dispositivos legais existentes somente admitem a compensação com créditos próprios do contribuinte, vedada a cessão a terceiros, resulta infrutífera a utilização dos créditos resultantes dos precatórios como uma técnica de agilizar-se o seu pagamento.

Nada obstante, como registrado por CLAYTON RAFAEL BATISTA, tem-se registrado decisões jurisprudenciais – sobretudo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – que admitem a compensação do crédito representado pelo precatório com o débito tributário do mesmo titular, ainda que em cobrança judicial, através de execução fiscal, sendo certo, porém, que essa orientação somente tem cabida quando se trata de crédito do próprio contribuinte – não cedido por terceiro, pois – com obediência rigorosa à ordem estrita de apresentação dos precatórios<sup>15</sup>.

Já em respeito à nomeação desse crédito à penhora em execução movida pela própria Fazenda Pública devedora do precatório, tem-se uma visão mais promissora.

A dificuldade em aceitar-se o emprego de tal técnica como agilizadora do pagamento do precatório está, exatamente, na exigência do CPC:

*Art. 655 do CPC: incumbê ao devedor, ao fazer a nomeação de bens (à penhora, acrescento), observar a seguinte ordem: I – dinheiro; II – pedras e metais preciosos; III – títulos da dívida pública da União ou dos Estados; IV – títulos de crédito que tenham cotação em bolsa; V – móveis; VI – veículos; VII – semoventes; VIII – imóveis; IX – navios e aeronaves; X – direitos e ações.*

Por sua vez, dispositivo da Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80), estabelece:

*Art. 11: A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem: I – dinheiro; II – títulos da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa; III – pedras e metais preciosos; IV – imóveis; V – navios e*

---

<sup>15</sup> - Cf. “Utilização de Precatórios para Quitação de Débitos Tributários”, ob. cit., p. 21.



*aviones; VI – vehículos; VII – muebles ou semovientes; e VIII – derechos e acciones.*

Como se vê, em ambas as leis o oferecimento de direitos ou de ações à penhora está em último lugar. Nada obstante, conquanto não se tenha uma posição dominante, têm-se identificado precedentes jurisprudenciais do STJ no sentido de aceitar-se a nomeação, afirmando o mesmo autor da consulta – Clayton Rafael Batista – que ela se tem tornado majoritária, tanto mais que a questão foi apreciada pela 1ª Seção daquela Corte, órgão responsável pela uniformização da interpretação da legislação federal aplicável ao caso, quando se decidiu:

*Este egrégio Sodalício tem decidido, em recentes julgados, pela possibilidade de nomeação de créditos decorrentes de precatórios em fase de execução contra o próprio ente federativo que promove a execução fiscal. Nada obstante se entenda ter o precatório natureza de direito sobre o crédito, possui este a virtude de conferir à execução maior liquidez, uma vez que o exequente poderá aferir o valor do débito que lhe incumbiria pagar, não fosse a sua utilização para quitação do débito fiscal executado. Não se recomenda, dessarte, levar a ferro e fogo a ordem de nomeação prevista no artigo 11 da LEF, sob pena de, não raro, obstruir a possibilidade de pronto pagamento da dívida.<sup>16</sup>*

Observe-se que, segundo o precedente transcrito, a aceitação da nomeação do crédito do precatório à penhora em execução fiscal é admitida quando se trata de precatório do próprio contribuinte executado em execução realizada pela própria Fazenda Pública devedora do precatório, sem o que não teria lugar o registro: *possui este a virtude de conferir à execução maior liquidez, uma vez que o exequente poderá aferir o valor do débito que lhe incumbiria pagar, não fosse a sua utilização para quitação do débito fiscal executado.* Anote-se, também, por importante, que esse

---

<sup>16</sup> - Menciona-se como fonte consultada: STJ, 1ª Seção. EREsp nº 399.557/PR. Rel. Ministro Franciulli Netto, julgado em 08/10/2000. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 03.02.2006. Cf. “Utilização de Precatórios para Quitação de Débitos Tributários”, ob. cit., p. 22.

oferecimento do precatório à penhora não deve ser submetido rigorosamente à ordem de bens definida em lei (não deve ela ser levada *a ferro e fogo*).

Considero, no entanto, que tal entendimento não significa aceitar-se tal nomeação, sem haverem-se esgotados os outros bens indicados na referida ordem. Em suma: não me parece que se possa simplesmente oferecer-se o precatório à penhora, quando se torna evidente que existem outros bens constantes da ordem legal. Somente quando tais bens não existam, ainda que não se esgote por completo essa ordem – daí por que não deve ser *levada a ferro e fogo* – deve-se aceitar, segundo essa orientação, o precatório como bem a ser penhorado.

### **c) A questão da negociação de crédito oriundo de condenação judicial trânsita em julgado, sem que se tenha extraído o respectivo precatório**

Sem nenhuma intenção de esgotar todos os questionamentos existentes em razão das inúmeras modificações introduzidas em respeito à disciplina do precatório, notadamente quando se trata de um acréscimo final sobre a apreciação dessas modificações, tem-se a questão da negociação de crédito oriundo de condenação judicial trânsita em julgado, sem que se tenha extraído o respectivo precatório.

Essa negociação tem sido adotada por vários Estados brasileiros que encontraram nela uma solução política para resolver o problema das dívidas decorrentes das condenações judiciais: regulamentou-se a negociação prevista no art. 78 do ADCT da Constituição Federal, no acréscimo que lhe deu a EC nº 30/2000 e seguiu-se mais adiante, criou-se e regulamentou-se um novo tipo de negociação que envolve as condenações judiciais trânsitas em julgado, antes que se tenha extraído o respectivo precatório.

Tome-se como exemplo a Lei do Estado de Alagoas nº 6.410, de 24 de outubro de 2003, regulamentada pelo Decreto nº 1.738, de 19 de dezembro de 2003. Essa lei e o respectivo regulamento são tomados como os textos legais que servirão de base para nossa análise por serem do Estado onde atuo como professor

universitário e, também, serem exemplos de outras legislações utilizadas por vários outros Estados que adotaram a técnica de negociação como uma solução para abaterem o volume de débitos judiciais que ostentam, sendo certo que seguramente não foi esse Estado o primeiro a adotar essa solução.

Ressalta-se desses diplomas legais que se autoriza a compensação, a lei prefere empregar a denominação *liquidação de débitos tributários* – o que revela o esforço do legislador de a apresentar como uma solução que atende ao interesse estatal para pagamento dos débitos tributários – por parte do contribuinte, dos *débitos tributários que, vinculados ao ICMS, sejam decorrentes de fatos geradores ocorridos até 31 de julho de 2003*. Relembre-se: a Lei estadual nº 6.410 é de 24.10.2003, e o Regulamento nº 1.738 é de 19 de dezembro de 2003.

Depois, no Capítulo III desse Regulamento, definem-se, no art. 6º (com a nova redação dada pelo Decreto nº 1.819/04), os créditos utilizáveis para os fins de liquidação do débito tributário, contra o Estado de Alagoas, nomeadamente os que:

*I – estejam representados em precatórios judiciais pendentes de pagamento em 30 de dezembro de 2000, ou que tenham sido extraídos em face de ações judiciais aforadas até 31 de dezembro de 1999, ou*

***II – decorram de sentença judicial transitada em julgado em processo de conhecimento e se refiram a obrigações de natureza alimentar ou contratual, respeitadas a preferência a que se refere o art. 9º*** (o original não está grifado. O art. 9º soa: *A utilização de créditos oriundos de precatórios e sentenças judiciais de natureza alimentar deverá proceder àquela de quaisquer outros créditos*), ***assim considerados:***

*a) os créditos decorrentes de sentença judicial transitada em julgado em processo de conhecimento, e cujos embargos à execução já tenham sido extintos ou julgados improcedentes por decisão transitada em julgado; ou*

*b) os créditos decorrentes de sentença judicial transitada em julgado em processo de conhecimento, e cujos embargos à execução já tenham sido extintos ou julgados improcedentes por sentença; ou*

*c) os créditos decorrentes de sentença judicial transitada*

*em julgado em processo de conhecimento, e cujos embargos à execução estejam pendentes de julgamento; ou d) os créditos decorrentes de sentença judicial transitada em julgado em processo de conhecimento.*

À primeira vista, entendia que a extensão dessa cessão de crédito, para além do permissivo da parte final do art. 78 do ADCT, acrescido pela EC nº 30/2000, caracterizava ofensa ao texto constitucional tanto porque criava uma possibilidade de se estender a terceiros a utilização de créditos oriundos de condenação judiciária para compensar-se de tributos, seguramente como inegável vantagem para os contribuintes que somente iriam adquiri-lo com expressivo deságio, sem nenhuma previsão no texto constitucional, quanto porque tal medida constituía uma ofensa, ainda que indireta, mas sempre ofensa, ao princípio da isonomia, consagrado no art 100 da CF/88: *os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão, **exclusivamente** (dei destaque) na ordem cronológica de apresentação dos precatórios.*

Seria uma ofensa indireta porque não se trata de débitos oriundos de precatórios, mas seria sempre uma ofensa porque contrariava o princípio da isonomia consagrador da medida, uma vez que somente os titulares de créditos judiciais que houvessem cedido, mercê de significativo deságio, a terceiros poderiam beneficiar-se desse pagamento antecipado, naturalmente sem nenhuma obediência a uma ordem prévia de pagamento, que considero como uma verdadeira garantia constitucional porque, ainda que não esteja inserta no art. 5º da CF/88 – que abre o Capítulo II, (Dos Direitos e Deveres individuais e coletivos), identifica-se com o princípio republicano maior, o da isonomia, que integra o *caput* do referido art. 5º.

Essa primeira impressão se reforçava com o entendimento inicial do próprio STF que, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 132031-1 - São Paulo, tendo como Relator o Ministro CELSO DE MELLO, assim se expressou, segundo extrato da ementa, que se transcreve:

*O regime constitucional de execução por quantia certa contra o Poder Público – qualquer que seja a natureza do crédito exequendo (RTJ 150/337) – **impõe** a necessária*

extração do precatório, cujo pagamento **deve observar**, em obséquio aos princípios ético-jurídicos da moralidade, da impessoalidade e da igualdade, a regra fundamental que outorga preferência **apenas** a quem dispuser de precedência cronológica (**prior in tempore, potior in jure**). A exigência constitucional (o grifo continua a ser do original) pertinente à expedição de precatório – com a **consequente** obrigação imposta ao Estado da **estrita observância** da ordem cronológica de apresentação desse instrumento de requisição judicial de pagamento – tem por finalidade a) **assegurar** a igualdade entre credores e **proclamar** a inafastabilidade do dever estatal de solver os débitos judicialmente reconhecidos (RTJ 108/463), b) **impedir** favorecimentos pessoais indevidos e c) **frustrar** tratamentos discriminatórios, **evitando** injustas perseguições ditadas por razões de caráter político-administrativo.

O pagamento **antecipado** de credor mais recente, **em detrimento** daquele que dispõe de precedência cronológica, **não se legitima** em face da Constituição, pois representa comportamento estatal **infringente** da ordem de prioridade temporal assegurada a **todos** os credores do Estado, **de maneira objetiva e impessoal**, pela Carta Política.

O legislador constituinte, ao editar a norma inscrita no art. 100 da Carta Federal, teve por objetivo evitar a **escolha de credores** pelo Poder Público. Eventual vantagem concedida ao erário público por credor mais recente **não justifica**, para efeito de pagamento **antecipado** de seu crédito, a quebra da **ordem constitucional** de precedência cronológica.

O pagamento antecipado que daí resulte – exatamente por caracterizar **escolha ilegítima** de credor – **transgride** o postulado constitucional que **tutela** a prioridade cronológica na satisfação dos débitos estatais e **autoriza**, em consequência – **sem prejuízo** de **outros** efeitos de natureza jurídica e de caráter político-administrativo – a efetivação do ato de sequestro.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> - Reproduziram-se trechos do precedente jurisprudencial transcrito por Adilson de Abreu Dallari, no artigo “Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública”, publicado na Revista da Informação Legislativa, Brasília ano 42, nº 165, Jan/Mar de 2005, pp. 7-19, mais precisamente pp. 8-9.

Melhor examinando a questão, porém, concluo que essa negociação, possibilitada pela admissão de que o titular de crédito judicial reconhecido por sentença transitada em julgado possa cedê-lo a terceiro, mediante o pagamento de significativo deságio e este, em contrapartida, possa utilizar esse crédito, em sua integralidade, para se compensar ou, na linguagem utilizada na lei alagoana, *liquidar os débitos tributários* com a Fazenda Estadual, revela-se como uma solução política, recomendada por estudiosos do assunto, tanto por JOAQUIM FALCÃO, com cuja menção iniciamos o presente estudo, quanto, entre outros, ADILSON ABREU DALLARI, também já mencionado na presente análise.

Esse último autor examina a vedação constitucional para concluir que o desrespeito a ela caracteriza – em tese – a prática de crime de responsabilidade, tipificado pela Lei nº 1.079, de 10.04.1950, sem que, no entanto, haja, nessa lei, nenhum tipo específico correspondente ao descumprimento da ordem cronológica dos precatórios. Embora exista um tipo definido de crime de responsabilidade definido no art. 1º do DL nº 201/1967, em que se proscribe o favorecimento puro e simples dos credores do Município, tal dispositivo permite antecipar ou inverter a ordem de pagamentos, se houver vantagem para a Fazenda Pública Municipal. É ler:

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

(...)

XII – Antecipar ou inverter a ordem de pagamentos a credores do Município, *sem vantagem para o Município* (dei resalto).

Ao proceder análise sobre se a celebração de acordo entre a Administração e o particular para reduzir o débito daquela em troca do pagamento voluntário (não coercitivo) configuraria algum ato de improbidade tal como previsto na Lei nº 8.429, de 02.06.02, de que não se reproduzirão os termos do estudo, esse mesmo autor concluiu que:

A celebração de acordo entre a Administração devedora e o credor particular, desde que se evidencie a efetiva ocor-

rência de interesse público, não configura enriquecimento ilícito, não causa lesão ao erário e nem atenta contra os princípios da Administração Pública.<sup>18</sup>

Argumenta, em seguida, que o grande empecilho à celebração de acordos entre a Administração devedora e o particular credor para recebimento estaria tão-somente na previsão da emissão dos precatórios para esse fim e, no entanto, o precatório é uma forma de execução coercitiva que não impede a adoção de uma solução consensual de pendências, em que não se obedece à ordem dos precatórios, como, por exemplo, já acontece com o pagamento de débitos considerados de pequeno valor, como expressamente previsto no § 3º do art. 100 da CF/88 e com a modificação trazida com o acréscimo do art. 78 ao ADCT pela EC nº 30/2000. Observa, adiante, que a Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, ao proibir o gasto público irresponsável, determina o equilíbrio entre receitas e despesas públicas e estabelece limites para os gastos e para o endividamento públicos, trouxe também uma série de dispositivos destinados a compelir a Administração Pública a liquidar pendências, como condição da obtenção de financiamentos para novos investimentos, como que eliminar precatórios, reduzir o total de precatórios, por força do art. 30, mais precisamente do que dispõe o § 7º dessa lei, passou a ser assunto de interesse público, pelo que conclui, categórico:

A Constituição Federal mudou; a legislação sobre a gestão financeira de natureza pública mudou; o relacionamento entre particulares e a Administração Pública (que, agora, busca a eficiência, por força do princípio constitucional, acrescento) também mudaram. A realidade fática vigente é bem diferente daquela imaginada quando se plasmou o mecanismo dos precatórios judiciais. Ao Poder Judiciário, no momento de aplicar a lei antiga a fatos atuais ou a decidir agora questões antigas, cabe estar atento para com essas mudanças.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> - Cf. “Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública”, ob. cit., p. 10.

<sup>19</sup> - *Idem, ibidem*, p.14.

A partir desses argumentos, convenço-me de que não se identifica nenhuma inconstitucionalidade na possível negociação, pelo titular de crédito reconhecido judicialmente contra a Fazenda Pública, em decisões transitadas em julgado, sobre as quais não se tenha, ainda, extraído o precatório requisitório, – único caso em que se deveria obedecer, para o pagamento, à estrita ordem de precedência prevista no *caput* do art. 100 da CF/88 – podendo os terceiros cessionários desses créditos, ainda que os tenham adquirido com significativo deságio, servirem-se destes para posterior compensação, ou liquidação de débitos tributários desses terceiros, para com a mesma Fazenda Pública credora do tributo, mas devedora do precatório.

Embora com restrições quanto às negociações realizadas no Estado de Alagoas, por haver-se privilegiado, como é do conhecimento notório de todos os que aqui residem, uns poucos funcionários estaduais do mais alto escalão, concluo que a *liquidação dos débitos tributários* a que se referem a Lei estadual nº 6.410/2003 e o Decreto nº 1.738, de 19.12.2003, que a regulamentou, não é inconstitucional. Penso, pois, que tais desvios éticos não comprometem a essência da lei no plano jurídico, pelo que não podem ser apreciadas pelos Tribunais, pois somente são passíveis da sanção moral, genérica e difusa, da sociedade. Estritamente no plano jurídico, considero corretas as conclusões a que chegara ADILSON BREU DALLARI – autor que nos orientou no exame desse último questionamento, com cujas conclusões encerro a presente abordagem:

Se houver interesse público, pode a Fazenda Pública efetuar o pagamento de maneira voluntária, independentemente de constrição judiciária. A execução judicial, mediante a expedição de precatório, somente se justifica se houver recusa no pagamento voluntário. “Somente haverá ofensa ao art. 100 da Constituição Federal se houver puro e simples desarrazoado descumprimento da ordem cronológica de apresentação dos precatórios judiciais, com propósito de favorecimento, ainda que disfarçado”. Em princípio, o pagamento imediato da importância acordada, com recursos provenientes de dotação orçamentária específica para atendimento da obrigação que estiver sendo liquidada (por exemplo, realização de obra pública, fornecimento de bens



ou pagamento de indenização expropriatória) não prejudica os beneficiários de precatórios, pois a dotação orçamentária destinada ao pagamento de precatórios não será afetada.

No fundo, a liquidação amigável de uma pendência, sem a emissão de precatório, acaba beneficiando os credores de precatórios mais recentes, que, indiretamente, avançam uma posição na fila.<sup>20</sup>

#### 4. Conclusões

Penso que, de tudo o exposto, podem-se extrair algumas conclusões, sendo a primeira delas de que muito embora as modificações implementadas na disciplina do precatório tenham sido, num primeiro momento, para proteger o Erário, quando se vê o pagamento dos débitos judiciais – ainda que devidos – como uma espécie de favor ou, como se dizia antigamente, de graça do governante, numa visão falsa da questão porque, evidentemente, não é disso que se trata: trata-se do direito, muito justo, de o particular receber da Fazenda Pública tudo aquilo, exatamente aquilo, que tem direito de receber, segundo o direito.

O fato de o não pagamento desses débitos pela Fazenda Pública importar aumento considerável dele, pelos acréscimos legais que sofrem, como a correção monetária, longe de tornar tal pagamento injusto e odioso, como se difunde com freqüência na mídia, revela, pelo contrário, como a técnica de a Administração não pagar seus débitos, com recomendação expressa a seus agentes para que procrastinem tanto quanto possam o pagamento final, é uma atitude pouco inteligente e que não se compadece com o princípio da eficiência da Administração Pública, inscrito no art. 37 da CF/88<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> - Cf. “Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública”, ob. cit., pp. 18-19.

<sup>21</sup> - Como Juiz Federal e Diretor do Foro da Seção Judiciária de Alagoas, revelei, quando da instalação, ali, do Juizado Especial Cível, a apreensão quanto ao funcionamento daquela grande conquista da Associação dos Juizes Federais – AJUFE – em razão da recomendação que os procuradores do principal

Creio que a nova postura da Administração – o de facilitar o pagamento dos precatórios, ainda que imposta por força de lei, mais precisamente a Lei de Responsabilidade Fiscal – revela que um sopro vivificante na nova forma de administrar, já no século XXI, tem-se revelado na Administração brasileira. Em consequência, penso que a aplicação do direito deve ajustar-se a esses novos tempos. Ainda que a função do Direito seja o de velar pelas garantias do administrado, protegendo-o contra eventual atuação arbitrária do Estado, tanto que, segundo Platão, a distribuição da justiça, objeto maior do Poder Judiciário, era a base da sociedade, ou o lugar comum de todo o governo<sup>22</sup>, não se deve desconhecer essas transformações benéficas.

Em consequência, penso ser lícito proceder, com base nesse entendimento, a outras conclusões, como as que se seguem:

1. É possível a compensação tributária dos créditos dos precatórios não pagos ou pendentes de pagamento até a data da promulgação da Emenda nº 30/2000, como também os decorrentes das ações ajuizadas até 31.12.1999, cujas parcelas não tenham sido pagas, na forma do art. 78 do ADCT da CF/88, sendo perfeitamente admitida a cessão desses créditos a terceiros, ainda que não haja lei específica regulamentando essa compensação, podendo o contribuinte valer-se, por analogia, das leis existentes na esfera federal, desde que se trate de créditos referentes à própria Fazenda Pública, cujos débitos se pretende compensar.

2. Considero possível o oferecimento à penhora do crédito do precatório do próprio contribuinte que se encontra no pólo passivo

---

órgão a quem aquele Juizado era dirigido – o INSS – tinham de nunca concordarem com as decisões judiciais, ainda que trãnsita em julgado, devendo recorrer sempre, ainda que se tratasse de jurisprudência firme e assente do STF. Tal recomendação atingiu o ápice do absurdo quando se submeteu a um processo administrativo, aplicando-se a pena de demissão a uma procuradora, tão-somente porque recomendara não se recorrer de uma decisão judicial trãnsita em julgado, que se fundava em jurisprudência consolidada no STF. Evidentemente que, depois, a funcionária foi readmitida, por força de decisão judicial. Os danos morais e a comprovação da pouca inteligência da medida, que contraria o princípio da eficiência, são evidentes.

<sup>22</sup> - Cf. "A Política", Livro I, Capítulo I, EDIPRO. Bauru, 1994.

da execução fiscal movida pela mesma Fazenda Pública devedora do valor expresso no precatório. Penso, porém, que, embora esse oferecimento não se sujeite rigorosamente à ordem legal dos bens que devem ser oferecidos à penhora, tal oferecimento somente deve se dar quando, certificadamente, não existam os bens principais estabelecidos no início da referida ordem, ainda que existam outros de menor expressão, pelo que se deve dar um abrandamento na interpretação do dispositivo, para que não se considere essa oferta como a última da lista.

3. Penso ser possível admitir-se que o crédito oriundo de condenação judicial trãnsita em julgado, de que não se extraiu o precatório, sobretudo quando se trate de créditos de natureza alimentar – já definidos, ainda que de maneira não exaustiva –, no § 1º-A do art. 100 da CF/88, possa ser objeto de cessão a terceiros para que estes os utilizem em compensação de débitos tributários próprios do cessionário perante a mesma Fazenda Pública devedora do precatório, desde que haja lei específica do ente público regulamentado essas operações.



**JURISPRUDÊNCIA**

---



## **AÇÃO RESCISÓRIA Nº 1.930-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-  
LIANO  
Parte Autora: USINA CRUANGI S/A  
Parte Ré: FAZENDA NACIONAL  
Advs./Procs.: DRS. ARKIMENES TORRES E OUTROS (PARTE A)

**EMENTA: CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. CONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DA CONTRIBUIÇÃO PARA O IAA E SEU RESPECTIVO ADICIONAL. DECISÃO RESCINDENDA. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 4 DESTE TRIBUNAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI (ARTIGO 25, § 1º, I E II, DO ADCT). NÃO OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA TR. DOCUMENTO NOVO. JULGADO DO SFT. INEXISTÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA PELA UTILIZAÇÃO DOS TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA. INDEFERIMENTO.**

**- Ação rescisória, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, objetivando desconstituir acórdão proferido pela colenda Segunda Turma deste Tribunal, nos autos da AC nº 54.945-PE, que manteve a sentença recorrida e negou seguimento ao apelo, invocando para tanto o enunciado da Súmula nº 4 deste Tribunal Regional Federal.**

**- À época em que a decisão rescindenda foi proferida (em 4-4-1995), este Sodalício, afastando a tese de inconstitucionalidade do Decreto Legislativo nº 39/89, que validou a contribuição em comento, já tinha pacificado o entendimento da inexistência de vulneração destes preceitos legais. Tanto isto é verdade, que a matéria deu ensejo à edição da Súmula nº 4.**

**- Se a posição subscrita na decisão que se pretende rescindir se encontra em perfeita sintonia com o entendimento pacificado nesta Corte e nas**

***Corte Superiores, à época dos fatos, penso que a tese sustentada pela parte autora, de que houve violação literal ao disposto no artigo 25, § 1º, I e II, do ADCT, não merece prosperar.***

***- A rescisória ajuizada com arrimo no artigo 485, V, do CPC (violação a literal dispositivo de lei), não pode prosperar, eis que a violação a literal disposição de lei a que alude o citado artigo deverá ser frontal e indubitosa (ocorre sempre que se põe de lado o enunciado normativo – a letra – da lei).***

***- Pedido de substituição da penhora pela utilização dos Títulos da Dívida Pública indeferido, haja vista que tal pleito não se compadece com o rito processual que norteia as ações rescisórias. Tal pedido deveria ter sido formulado no bojo da ação principal.***

***- Decisão judicial proferida do eg. Supremo Tribunal Federal (ADIn nº 493-0) que não se enquadra na definição legal de documento novo, nos moldes delineados no artigo 485, inciso VII, do CPC.***

***- Apesar de o “documento novo” já existir à época da prolação do julgado rescindendo, não restou comprovada a impossibilidade de o mesmo ser utilizado pela autora, bem assim, não se encontrava ela (a autora) impedida de se valer de tal documento. O impedimento se deu em função de sua desídia.***

***- Improcedência total dos pedidos formulados nesta ação.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, julgar improcedentes os pedidos formulados nesta ação rescisória, 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, 6 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT (Convocado):

Ação rescisória, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, ajuizada pela Usina Cruangi S/A, com arrimo no artigo 485, V, do CPC, objetivando desconstituir acórdão proferido pela colenda Segunda Turma deste Tribunal, que, nos autos da AC nº 54.945-PE, manteve a sentença recorrida e negou seguimento ao apelo, invocando para tanto o enunciado da Súmula nº 4 deste Tribunal Regional Federal.

Sustenta a autora, em síntese, que, em 1988, foi editado o Decreto-Lei nº 2.471, que, modificando a legislação alusiva à Contribuição e Adicional do Açúcar e do Álcool (Decretos-Leis nºs 308/67, 1.712/79 e 1.952/82), transferiu para a Secretaria da Receita Federal a administração da contribuição e seu adicional. Contudo, o citado decreto-lei somente foi apreciado pelo Congresso Nacional em 13-6-1989, ou seja, 180 dias depois do prazo estabelecido no artigo 25, § 1º, incisos I e II, do ADCT, sendo promulgado o Decreto Legislativo nº 39/89, revalidando a citada contribuição e o respectivo adicional, o que inviabilizaria, segundo a parte Autora, a cobrança da contribuição em apreço com fundamento no citado decreto-lei.

Exponencia, que *“(...) em face do disposto no art. 25 do ADCT, o Decreto-Lei nº 2.471/88, responsável pela transferência à Secretaria da Receita Federal da administração e gerência da contribuição e respectivo adicional, teria de ser apreciado pelo Congresso Nacional no prazo de 180 (cento e oitenta dias), e que, não tendo tal providência sido levada a termo, os instrumentos disciplinadores da exação de que se vem tratando teriam sido rejeitados”*.

Na seqüência, afirma que o acórdão rescindendo, ao julgar pela possibilidade da cobrança da contribuição para o IAA, bem

como do respectivo adicional, com base no Decreto-Lei nº 2.741/88, violou literal e frontalmente o disposto no artigo 25, § 1º, incisos I e II, do ADCT, eis que já “(...) *houvera decorrido os 180 (cento e oitenta) dias estabelecidos no referido art. 25 (...)*”, sendo este, inclusive, o fundamento utilizado pelo Pretório Excelso para declarar a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nº 2.445/88 e 2.449/88, disciplinadores do PIS, quando do julgamento do RE nº 148.754-2-RJ.

Salienta, ainda, que, mesmo que o Pleno se manifeste pela legitimidade da cobrança da contribuição, o v. acórdão hostilizado deverá ser rescindido com fulcro no artigo 485, VII, do CPC (documento novo), eis que “(...) *para apuração do quantum debeat* *foi utilizada a TR como índice de correção monetária, em prática declarada inconstitucional pelo c. Supremo Tribunal (...)*”, quando do julgamento da ADIN nº 493-0, sendo que, “(...) *por ignorar, à época, a declaração de inconstitucionalidade da TR, não fez uso, nos autos, desse julgamento, tal constitui-se em documento novo, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável*”.

Por fim, requereu, ainda, que fosse autorizado “*o levantamento dos depósitos efetuados nos autos e desoneração dos veículos dados em penhora, para o que oferece, em substituição, e como garantia do débito exequendo, na forma prevista no art. 655 do Código Processo Civil e art. 11 da Lei 6.830, Títulos da Dívida Pública, os quais vêm sendo aceitos por Juízes e Tribunais de todo o País na amortização de débitos de quaisquer naturezas, inclusive fiscais, garantia em processos de execução, bem como, na substituição de penhora*” (exordial de fls. 2 usque 22).

Devidamente intimada, a Fazenda Nacional apresentou petição que dormita às fls. 76/84, pugnando por que fosse indeferido o pedido de antecipação de tutela, “*seja para impedir a conversão dos depósitos em renda, seja para admitir a substituição das garantias em tela (...)*”. Na contestação de fls. 156/161, a ré manifestou-se pela improcedência do pedido formulado nesta rescisória.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi indeferido (fls. 164/166), inclusive no tocante à substituição do depósito por Títulos da Dívida Pública.

As razões finais foram ofertadas pela autora e pela Fazenda às fls. 71 e 174/175, pela ordem.

O douto representante do *Parquet* Federal opinou pela improcedência da rescisória (fls. 171/183).

É o relatório. Ao eminente Desembargador Federal Revisor.

### **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Cuida-se de saber se o acórdão rescindendo, que, ao reconhecer a constitucionalidade da cobrança para o IAA, bem como do respectivo adicional, negou seguimento ao recurso interposto com fulcro no enunciado da Súmula de Jurisprudência nº 4 deste Sodalício, teria violado literalmente o disposto no artigo 25, § 1º, incisos I e II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, uma vez que o Decreto Legislativo nº 39/89, que validou a referida contribuição, somente foi editado após o prazo de 180 dias estabelecido no referido artigo 25 do ADCT.

Registro, inicialmente, que, à época em que a decisão rescindenda foi proferida (em 4-4-1995), este Tribunal, afastando a tese de inconstitucionalidade do Decreto Legislativo nº 39/89, que validou a contribuição em comento, tinha pacificado o entendimento da inexistência de vulneração destes preceitos legais. Tanto isto é verdade, que a matéria deu ensejo à edição da Súmula nº 4<sup>1</sup>.

Observe, ainda, que em momento algum foi discutida a questão relativa ao prazo de 180 dias, estabelecido no artigo 25, § 1º, incisos I e II, do ADCT. Questionou-se, apenas, durante todo o desdramar da controvérsia que originou esta rescisória, a da incompetência da Secretaria da Receita Federal para processar e cobrar a contribuição e seu adicional, de que tratam os Decretos-Leis nºs 308/67, 1.712/79 e 1.952/82, eis que o Decreto nº 96.022 e o Decreto-Lei nº 2.471/88 não poderiam atribuir competência ao Órgão Administrativo da Receita Federal, por afronta ao princípio da hierarquia das leis.

---

<sup>1</sup> “Súmula 4 - É válida a cobrança da contribuição prevista no Decreto-Lei 308/67, com base no limite máximo estabelecido no Decreto-Lei 1.952/82”.

Urge salientar, outrossim, que, no eg. Superior Tribunal de Justiça, à época da prolação do julgado, adotava-se o entendimento de que a Carta Magna teria recepcionado os comandos legais que orientam a cobrança para o IAA, como também o seu respectivo adicional, tal como assentado no julgado rescindendo. A corroborar a assertiva, confirmam-se os julgados, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DO IAA. DL N° 1.952/82.

1 - A delegação de contribuições a entidades estatais para disciplinar a cobrança das contribuições do IAA não afeta os princípios no nosso ordenamento jurídico formal.

2 - Não há ilegalidade da cobrança da referida contribuição se obedecidos forem os limites estabelecidos pelo DL. 1.952/82.

3 - Recurso especial provido. (STJ, REsp n° 97.235/MS, Primeira Turma, julg. 17-10-1996, *DJ* de 18-11-1996, p. 44.850, Rel. Min. José Delgado).

CONTRIBUIÇÃO PARA O IAA. DECRETOS-LEIS N°S 308/67, 1.712/79 E 1.952/82.

I - Ao concluir no sentido da constitucionalidade dos citados decretos-leis, o acórdão recorrido não violou os arts. 8° e 97, IV, do CTN, nem dissentiu do paradigma colacionado.

II - Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n° 28.481/AL, Segunda Turma, julg. em 15-3-1995, *DJ* de 27-3-1995, p. 7148, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro).

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O IAA. DECRETOS-LEIS N°S 308/1967, 1.712/1979 E 1.952/1982. MANDADO DE SEGURANÇA, VISANDO LIVRAR-SE DO SEU RECOLHIMENTO. LEGITIMIDADE *AD CAUSAM*.

I - A usina açucareira, na qualidade de contribuinte da contribuição para o IAA, tem legitimidade para impetrar mandado de segurança, visando livrar-se do seu recolhimento. A questão atinente à existência, ou não, da repercussão da contribuição não tem o condão de afetar a referida legitimidade.

II - Ofensa não caracterizada aos arts. 3°, 6° e 267, VI, do CPC; 3° e 6° do Decreto-Lei n° 1.712/1979; 1° do Decreto-Lei n° 1.952/1982; e 1°, 8° e 19 da Lei n° 1.533/1951. Dissenso com a Súmula n° 546/STF não configurado.

III - Recurso especial não conhecido.

(STJ, REsp nº 59758/SP, Segunda Turma, julg. em 30-10-1996, *DJ* de 18-11-1996, p. 44866, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro).

PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO COMERCIAL. RETOMADA DE PRÉDIO PARA TERCEIRO. INSINCERIDADE. PRODUÇÃO DE PROVAS REQUERIDAS PELA LOCATÓRIA. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA: O PEDIDO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS, POR PARTE DE TERCEIRO, QUE INAUGURA UMA RELAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL INCIDENTAL, SÓ PODERIA SER CONCRETIZADO DEPOIS DE DEFERIDA A PROVA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (STJ, REsp nº 52.780/PR, Sexta Turma, julg. em 6-6-1995, *DJ* de 18-9-1995, p. 29997, Rel. Min. Adhemar Maciel).

Saliente-se, que, ainda que se considere que o Decreto-Lei nº 2.471/88 teria sido rejeitado, porque não aprovado no prazo previsto no artigo 25, § 1º, I do ADCT, tal circunstância não fora a atribuição anteriormente conferida à Fazenda Nacional para a cobrança da contribuição sobre o açúcar e o álcool, validamente exigida, com base nos Decretos-Leis nºs 308/67, e Decretos nºs 1.712/79 e 1.952/82, que foram considerados constitucionais, frente à Constituição Federal de 1967 e recepcionados pela Constituição atual (RE nº 158.208-1/RN e RE nº 214.206- 9/AL).

Pois bem, se a posição subscrita na decisão que se pretende rescindir se encontra em perfeita sintonia com o entendimento pacificado nesta Corte e nas Corte Superiores, à época dos fatos, penso que a tese sustentada pela parte autora, de que houve violação literal ao disposto no artigo 25, § 1º, I e II, do ADCT, não merece prosperar.

Assim sendo, se na decisão rescindenda não se detecta flagrante contrariedade ao texto de lei, como no caso concreto, a rescisória ajuizada com arrimo no artigo 485, V, do CPC (violação a literal dispositivo de lei), não pode prosperar, de sorte que a violação a literal disposição de lei a que alude o citado artigo **deverá ser frontal e indubitosa** (ocorre sempre que se põe de lado o enunciado normativo – a *letra* – da lei).

Nesse sentido, assenta bem à fiveleta o adminículo doutrinário de Theotonio Negrão, *in* Código de Processo Civil e legislação processual em vigor (33ª edição, Ed. Saraiva, p. 505), ao registrar jurisprudência dominante do e. Superior Tribunal de Justiça, acerca do enunciado do artigo 485, V, do CPC; confira-se:

*Para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC prospere, é necessário que a interpretação dada pelo decisor rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos (RSTJ 93/416).*

*Ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei. Justifica-se o iudicium rescindens, em casos dessa ordem, somente quanto a lei tida por ofendida o foi em sua literalidade, conforme, aliás, a expressão do art. 485-V do CPC. Não o é ofendida, porém, dessa forma, quando acórdão rescindendo, dentre as interpretações cabíveis, elege uma delas e a interpretação eleita não destoa da literalidade do texto de lei (RSTJ 40/17). No mesmo sentido: STJ-RT 733/154.*

No tocante ao pedido de substituição da penhora pela utilização dos Títulos da Dívida Pública, tenho o que bem assentou a então Relatora, Desembargadora Margarida Cantarelli (fls. 164/166), ao apreciar e indeferir o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, posto que a veracidade de valoração de tais títulos só poderia ser dirimida de forma ponderada acaso houvesse a oportunidade de dilação probatória, com a conseqüente avaliação pericial de tais papéis.

Realço, ainda, que tal pleito não se compadece com o rito processual que norteia as ações rescisórias, bem assim, que deveria o mesmo ter sido formulado no bojo da execução (da ação principal). Além disso, tal pedido é pedido de índole infraconstitucional, o qual, “à luz do verbete nº 343 do Pretório Excelso não pode ser conhecido nesta seara processual”, consoante destacou o douto Presentante do *Parquet* Federal (fl. 183).

Com relação ao pedido de rescisão do julgado com fulcro no

artigo 485, VII, do CPC, penso que não merece prosperar, porque não há, *in casu*, documento novo.

O “documento novo” que se invoca é a ADIN nº 493-0, em cujo julgamento o egrégio Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da TR como índice de correção monetária para a apuração do *quantum debeatur*. Contudo, tal julgamento, ao meu sentir, não se enquadra na acepção de documento novo delineada no supracitado dispositivo legal.

É consabido que o documento novo que enseja a rescisão do julgado é aquele já existente ao tempo da prolação do *decisum* rescindendo, mas cuja existência o autor (da rescisória) ignorava ou não fora possível ser trazido aos autos, por qualquer motivo, e que seja capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável.

Todavia, a jurisprudência do eg. STJ, consoante anota Theotônio Negrão<sup>2</sup>, tem se firmado no sentido de que “(...) É necessário que a inicial da rescisória explicita por que seriam capazes, por si, de assegurar pronunciamento favorável, esclarecendo, outrossim, o que teria impedido a parte de apresentá-los na instrução do processo em que proferida a sentença rescindenda (STJ-2ª Seção, AR 05-SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 29.11.89, v.u., DJU 5.2.90, p. 448; *apud* BOL. AASP 1.628/59, em 1)”.

No mesmo sentido, confira-se outro julgado do col. STJ, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS. TEMA NÃO VENTILADO NA INSTÂNCIA A QUO. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ. AÇÃO RESCISÓRIA. DOCUMENTO NOVO. SENTENÇA DECLARATÓRIA DE FALÊNCIA. CARÁTER EMINENTEMENTE PROTETÓRIO. MULTA. ART. 538, § ÚNICO, DO CPC. EMBARGOS REJEITADOS.  
(...)

---

<sup>2</sup> *In*, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 38ª edição, Editora Saraiva, p. 573.

III - Consoante já se manifestou esta Corte, o documento novo que propicia o manejo da ação rescisória fundada no art. 485, VII, do Código de Processo Civil é aquele que, já existente à época da decisão rescindenda, era ignorado pelo autor ou do qual não pôde fazer uso, capaz de assegurar, por si só, a procedência do pronunciamento jurisdicional.

IV - A expressão “novo”, no contexto disciplinado pelo legislador processual, traduz o fato de somente agora poder ser utilizado, não guardando qualquer pertinência quanto à ocasião em que se formou. O importante é que à época dos acontecimentos havia a impossibilidade de sua utilização pelo autor, tendo em vista encontrar-se impedido de se valer do documento – impedimento este não oriundo de sua desídia, mas sim da situação fática ou jurídica em que se encontrava.

V - Ademais, o documento deve se referir necessariamente a circunstância analisada no processo em que foi proferida a decisão rescindenda, não sendo possível o pedido rescisório quando o fato carreado pelo documento novo tem por base situação estranha, sequer cogitada no processo anterior. Neste contexto, não pode ser considerada como documento novo a sentença declaratória de falência prolatada após o trânsito em julgado do acórdão que se busca rescindir.

VI - Inviável a utilização dos embargos de declaração, sob a alegação de pretensa omissão, contradição ou obscuridade, quando a pretensão almeja – em verdade – reapreiar o julgado, objetivando a alteração do conteúdo meritório da decisão embargada.

VII - (...)

VIII - Embargos de declaração rejeitados. (STJ, EEDAGA nº 200301974868/SP, Quinta Turma, julg. em 14-12-2004, DJ de 21-2-2005, p. 212, Rel. Min. Gilson Dipp). Destaquei.

Entendo que o julgado acima reproduzido se amolda perfeitamente à hipótese ora discutida e não nas elencadas no artigo 485, VII, do CPC. Explico.

Primeiramente porque, apesar de o “documento novo” já existir à época da prolação do julgado rescindendo, não havia impossibilidade de o mesmo ser utilizado pela autora, assim como não se



encontrava ela (a autora) impedida de se valer de tal documento. *In casu*, o impedimento se deu, rogando a *data* vênha dos entendimentos em contrário sentido, em função de sua desídia, conforme assentado na ementa transcrita.

Além disso, a decisão do STF que a autora invoca a seu favor (ADIN nº 493-0) foi proferida em processo judicial diverso, o que, irrefutavelmente, não se enquadra na acepção de documento novo delineada no supracitado dispositivo legal. Ademais, a declaração de inconstitucionalidade pelo Pretório Excelso é uma decisão jurisdicional e não documento, como faz crer a parte autora.

Nesse sentido, o Órgão Plenário desta Corte, ao analisar matéria em tudo a esta assemelhada, entendeu que, precedente judicial favorável à pretensão do autor, não constitui, nos exatos termos da lei, documento novo para desconstituir um outro julgado. Confira-se a ementa do julgado, *ad litteram*:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, VII, DO CPC. DOCUMENTO NOVO. INEXISTÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA.

- Documento novo a ensejar rescisão de *decisum* é aquele já existente quando do curso da ação e que não fora possível, por qualquer motivo, ser trazido aos autos pelo interessado.

- Inteligência do art. 485, VII, do CPC.

- Precedente judicial favorável à pretensão do autor não constitui, nos exatos termos da lei, documento novo para desconstituir a sentença que julgou improcedente o seu pedido.

- Ação rescisória improvida. (Pleno, AR nº 4686/RN, julg. em 7-6-2006, *DJ* de 6-7-2006, p. 644, Rel. Des. Fed. Marcelo Navarro, unânime). Grifei.

Sob o influxo de tais considerações, julgo improcedentes os pedidos formulados nesta rescisória. Condeno a autora ao pagamento de honorários advocatícios que fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais), corrigidos monetariamente (os honorários) nos moldes previstos na Lei nº 6.899, de 1981.

É como voto.

## AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70.176-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO  
Agravante: JAILTON BARROS DE FREITAS  
Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Partes Rés: WILTON BARROS DE FREITAS, EMANUEL NAZARENO DE MEDEIROS GONÇALVES, JOSÉ DE ARIMATÉIA DA SILVA, EZEQUIAS NOGUEIRA DA SILVA, JOSÉ MARIA DE MELO INÁCIO, IONE FREIRE BEZERRA, LUIZ RODRIGUES FERNANDES FILHO, CECÍLIA MARIA DE FRANÇA, ELOILDE LOPES DO NASCIMENTO, GILVAN AUGUSTO DE LIMA, ANTÔNIO ANTOMAR DE CASTRO CARVALHO, CARLOS ANTÔNIO FERREIRA DE LIMA, GERLÂNDIA DO NASCIMENTO DANTAS, JOSEFÁ AUGUSTO DE LIMA, JOSÉ MARIA DE SOUSA E JOÃO CARLOS DA SILVA  
Advs./Procs.: DRS. ARMANDO ROBERTO HOLANDA LEITE E OUTRO (AGRTE.)

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE CONTRA PREFEITO MUNICIPAL E OUTROS AGENTES PÚBLICOS. EVIDÊNCIAS DE SIMULAÇÃO DE CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS. MEDIDA CAUTELAR PARA O AFASTAMENTO DE AGENTE PÚBLICO E A INDISPONIBILIDADE DE BENS. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO.**

**- Não se excluem de apreciação judicial os atos de improbidade que envolvam agentes políticos detentores de mandato eletivo, posto que a Lei nº 8.429/92 objetiva, dentre os fins, o ressarcimento de verbas desviadas por administradores incumbidos de zelar pela coisa pública.**

**- Competente a Justiça Federal para processar e julgar Prefeito Municipal quando a verba desviada se sujeita à prestação de contas perante o**

**Tribunal de Contas da União.**

**- A legitimidade do Ministério Público decorre do artigo 27 da Lei de Improbidade, segundo o qual “a ação principal, que terá rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de 30 dias da efetivação da medida cautelar”.**

**- Possível o deferimento de liminar na ação de improbidade sem a ouvida do demandado em face da manifesta ilegalidade dos atos praticados pelo mesmo, sobretudo quando a medida cautelar se presta a decretar a indisponibilidade de bens e o afastamento do agente público de seu cargo.**

**- Segundo a dicção do artigo 20 da Lei nº 8.429/92, é permitido à autoridade judicial ou administrativa competente determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual, uma vez presentes os requisitos legais para concessão da medida.**

**- Ante o risco de haver continuidade da situação fática descrita nos autos, aprofundando-se o desfalque aos cofres públicos com o desvio das verbas federais, evidencia-se o perigo de dano de natureza irreparável ou de difícil reparação.**

**- A indisponibilidade dos bens torna-se necessária como medida acautelatória tendente a evitar que o investigado se desfaça dos bens, dificultando o ressarcimento ao erário, devendo, nada obstante, tal indisponibilidade patrimonial se limitar aos bens suficientes a garantir o ressarcimento do dano causado.**

**- Impõe-se o afastamento do agente público do cargo de Prefeito Municipal, posto que é flagrante seu conhecimento acerca da máquina administrativa, o que poderia dificultar a colheita de provas documentais e a ouvida de testemunhas –**

***não raro subordinados –, inviabilizando a investigação pelos auditores da CGU e dos membros do Ministério Público Federal e Estadual.***  
***- Agravo de instrumento não provido.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc, decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, 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, 12 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Jailton Barros de Freitas contra decisão da lavra da douta Juíza Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, que deferiu medida cautelar, nos autos de ação de improbidade, decretando a indisponibilidade dos bens móveis e imóveis pertencentes a todos os demandados, até o limite, para cada um deles, de R\$ 3.199.983,36, valor aproximado dos danos por estes causados, a ser devidamente atualizado, não podendo aliená-los ou transferi-los, a qualquer título, enquanto não transitar em julgado aquela demanda ou até ulterior deliberação judicial. Outrossim, com esteio no art. 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92, determinou o afastamento dos cargos/funções públicas sem prejuízo da remuneração de Jailton Barros de Freitas, Wilton Barros de Freitas, Emanuel Nazareno de Medeiros, José de Arimatéia da Silva, Ezequias Nogueira da Silva, José Maria de Melo Inácio, Ione Freire Bezerra, Luiz Rodrigues Fernandes Filho, Cecília Maria de França, Eloilde Lopes do Nascimento, até o término da instrução processual.

Afirma o agravante que o Ministério Público Federal ingressou com ação civil pública para responsabilização por supostos atos de improbidade administrativa contra o agravante e outros, alegando que estes haviam malversado verba pública federal no montante de R\$ 2.974.443,21 (dois milhões, novecentos e setenta e quatro mil, quatrocentos e quarenta e três reais e vinte e um centavos).

Diz que a acusação está fundamentada no Relatório nº 578 da Controladoria Geral da União - CGU, deduzindo que os recursos federais liberados através de convênios para a realização de obras públicas no Município de Pendências (RN) eram “embolsados” pelos demandados na ação principal, que realizariam, sem a participação de empresas licitadas, que supostamente se resumiam a fornecer notas fiscais, as obras com material de baixa qualidade e mão-de-obra barata realizadas muitas vezes, segundo a inicial, com equipamentos da Prefeitura.

Assevera que foi alegado, na ação originária, que os demandados por improbidade utilizavam-se da pessoa de João Carlos da Silva para figurar como proprietário dos bens supostamente adquiridos com os recursos obtidos na imaginada trama.

Argúi o agravante, em preliminar, a inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos, desde que a Constituição confere foro especial para averiguação de seus desvios funcionais, que, capitulados como crimes ou ilegalidades civis, foram denominados de crimes de responsabilidade, aos quais não se aplica a Lei nº 8.429/92, mas o Decreto-Lei 201/67, na hipótese dos Prefeitos.

E, ainda, em preliminar: a impossibilidade jurídica do pedido ante a inconstitucionalidade da aplicação da Lei 8.429/92 e as punições nela previstas no âmbito da Administração Municipal; a ilegitimidade *ad causam* do Ministério Público Federal e a incompetência da Justiça Federal; a incompetência do Juízo de 1º Grau para processar o agravante, nos termos do art. 29, X, da Carta Constitucional; a impossibilidade jurídica de deferimento da liminar sem a manifestação prévia dos demandados.

No mérito, alega que o Ministério Público Federal embasou a inicial da ação de improbidade em parecer da CGU, de cunho inquisitorial, eis que não foi oportunizado o exercício do contraditório

e da ampla defesa ao gestor público, razão pela qual não poderiam os fatos nela relatados ser tidos por verdadeiros.

Afirma, ainda, que ausente a plausibilidade a ensejar as medidas cautelares deferidas, vez que os atos relatados não se consubstanciam em improbidade administrativa; a permanência do agravante no cargo de Prefeito não obsta a instrução processual e, ainda, a inexistência de prova de que o demandante iria dilapidar o seu patrimônio para se furtar ao ressarcimento requerido pelo Ministério Público.

Sustenta que o MPF não demonstrou que o suposto ato de improbidade tenha resultado em enriquecimento ilícito dos demandados, mais especificamente, do ora agravante.

Diz que as obras nas quais o MPF alega terem sido utilizados material de baixa qualidade e mão-de-obra barata foram todas executadas através de processo licitatório, pelo que não se poderia falar em atos de improbidade administrativa, até porque as verbas públicas repassadas ao Município foram devidamente utilizadas, e em relação à maioria dos convênios o Município teve suas contas aprovadas.

Alega que o Município de Pendências encontra-se adimplente no SIAFI e em todos os Ministérios, bem como teve todas as suas prestações de contas até então apreciadas pelo TCE/RN - Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte devidamente aprovadas.

E, ainda, que o gestor do Município, ora agravante, eleito pela maioria da população, não possui contas julgadas irregulares no âmbito do TCU - Tribunal de Contas da União, tampouco detém, juntamente com sua esposa, patrimônio que comprove as alegações de enriquecimento desferidas pelo Ministério Público, conforme documentos que anexa aos presentes autos.

Aduz que as denúncias realizadas junto à CGU são provenientes de membros da oposição política daquele Município, tanto que, na Investigação Judicial Eleitoral de nº 989/2004, restou comprovado que o denunciante Ivan de Souza Padilha engendrou farsa para tentar modificar os resultados da última eleição.

Alega que o afastamento do cargo público somente pode ocorrer quando demonstrado prejuízo real à instrução processual, e não com base em mera suposição, principalmente que decorra de simples declarações prestadas sem a incidência do contraditório. Nesse sentido, cita precedentes do egrégio Superior Tribunal de Justiça que entende em favor de sua tese.

Pugna, por fim, o agravante que a indisponibilidade de bens seja restrita àqueles adquiridos depois da celebração dos convênios de que trata a inicial da ação de improbidade.

Liminar indeferida às fls. 691/705.

O Ministério Público Federal emitiu parecer pelo não provimento ao recurso às fls.712/716, cuja ementa enuncia:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE. AFASTAMENTO DE AGENTE PÚBLICO E INDISPONIBILIDADE DE BENS.

1. O artigo 20 da Lei nº 8.429/92 faculta à autoridade competente determinar o afastamento de agente público de suas funções, sem prejuízo da remuneração, sempre que essa providência seja necessária à averiguação do possível cometimento de improbidade administrativa.

2. É cabível a indisponibilidade de bens dos envolvidos, por se tratar de medida acautelatória e ter por objetivo assegurar o ressarcimento ao erário.

3. Parecer pelo improvimento do recurso de agravo de instrumento ajuizado.

Não foi oferecida contraminuta, conforme certidão de fl. 710.

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Reporto-me à decisão por mim proferida às fls. 691/705, quando analiso detalhadamente a questão do presente agravo de instrumento, cujo trecho transcrevo a seguir:

Quanto às preliminares suscitadas, não encontro amparo legal para acolhê-las.

Com efeito, a aplicação da lei de improbidade administrativa

aos agentes políticos se impõe para não inviabilizar os fins pretendidos na própria lei em tela, e na ação por ela prevista, dentre os quais o ressarcimento das verbas desviadas por administradores que têm o dever de zelar pela coisa pública.

Deixar de fora da incidência dessa lei justamente os agentes políticos – que, dentre os agentes públicos, são aqueles que estão em posição de maior importância na estrutura administrativa, detendo, por isso, maior responsabilidade – seria emascarar, desnaturar e inviabilizar o comando legal, além de negar força normativa aos princípios constitucionais da Administração Pública, insertos no art. 37 da Carta Política.

Dos princípios norteadores da Administração Pública, o da moralidade e o da legalidade são os que melhor refletem uma gestão democrática, não se podendo excluir da apreciação judicial atos de improbidade por envolverem agentes políticos detentores de mandato eletivo.

De mais a mais, o entendimento sobre a matéria ainda não está definido no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pelo que as decisões monocráticas daquela Corte, invocadas pelo agravante, como as anexadas ao presente agravo, não têm o condão de afastar o exame da ação de improbidade por impossibilidade jurídica do pedido.

O recorrente fundamenta a preliminar de incompetência do Juízo Federal e da ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal na Súmula 209 do STJ, para a qual compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.

Ocorre, todavia, que a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça não socorre o agravante, senão veja-se:

**“PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. APURAÇÃO DE CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO, A FÉ-PÚBLICA, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ATOS DE IMPROBIDADE. IRREGULARIDADE NA CONSTRUÇÃO DE USINA CUSTEADA COM VERBAS FEDERAIS E MUNICIPAIS. NECESSIDADE DE PRESTAÇÃO DE CONTAS PERANTE ÓRGÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.**

As verbas destinadas a um empreendimento público constituem, em regra, um fundo único, sendo que, havendo a necessidade de prestação de contas perante órgão federal, impõe-se a competência da Justiça Federal, a teor do Enunciado Sumular nº 208 deste Tribunal.



Havendo a participação de recursos federais em determinada obra, ainda que de menor participação, e sendo imperativa a prestação de contas perante ente federal, tem-se presente a hipótese de fixação da competência da Justiça Federal, prevista no art. 109, IV, da CF/88.

Conflito conhecido para declarar a competência do juízo Federal da 6ª Vara da Subseção Judiciária de Ribeirão Preto/SP, suscitante.”

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DESVIO DE VERBAS ORIUNDAS DO FUNDEF. CONTROLE DO TCU. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULA 208/STJ.

Consoante entendimento pacificado desta Corte, nos termos da Súmula 208/STJ, compete à Justiça Federal processar e julgar ação penal relativa ao crime de desvio de verbas oriundas do Fundo de Manutenção e de Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF, porquanto sujeitas ao controle do Tribunal de Contas da União.

Conflito conhecido para declarar competente Juízo Federal de Ilhéus/BA, suscitado.”

“CC. CONSTITUCIONAL. PENAL. VERBA SUJEITA A PRESTAÇÃO DE CONTAS PERANTE O TCU.

Firmou-se jurisprudência de a competência para processar e julgar Prefeito Municipal de imputação de desvio de verba sujeita a prestação de contas perante o TCU ser da Justiça Federal, ante o remanescente interesse da União Federal.”

Por sua vez, a legitimidade do Ministério Público Federal decorre da própria lei de improbidade, mais precisamente, do seu artigo 17, que preceitua:

“A ação principal, que terá rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de 30 dias da efetivação da medida cautelar.”

No que tange à competência do Juízo de 1º Grau para apreciar a ação de improbidade originária, o colendo Supremo Tribunal Federal, em data de 15/09/2005, apreciou o mérito da ADI nº 2797/DF, declarando, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acresceu os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do Código de Processo Penal,

pelo que competente o juiz singular para processar a julgar ações de improbidade propostas contra prefeitos.

Quanto à impossibilidade jurídica de deferimento de liminar na ação de improbidade antes da ouvida do demandado, não merece também guarida.

Os artigos 7º e 16 da Lei nº 8.429/92 autorizam o requerimento de medidas cautelares e sua concessão pelo Magistrado *a quo*.

Nesse sentido colho o seguinte excerto do aresto emanado da Segunda Turma do STJ, de relatoria do saudoso Ministro Franciulli Netto, no Recurso Especial nº 468.354-MG, julgado em 04.11.2003, *verbis*:

“Em face da manifesta ilegalidade de atos praticados pelo representante da pessoa jurídica de direito público e demais requeridos, não faz o menor sentido submeter a concessão da liminar à sua prévia intimação. Como bem ressaltou a egrégia Corte de origem, ‘a intenção do art. 2º da Lei nº 8.437/92, ao determinar que a liminar na ação civil pública somente será concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, é a de preservar o ato administrativo hostilizado em razão da presunção de legalidade que o reveste’. Contudo, esta ação civil pretendeu, liminarmente, dentre outros pedidos, afastar os agravantes de seus cargos em razão da prática, em tese, de ato de improbidade administrativa. Assim, não havia mesmo obrigatoriedade de, previamente, intimar-se o primeiro agravante, então Prefeito Municipal, para manifestar-se nos autos para, só então, conceder-se a liminar, da forma como ocorreu.”

Feitas essas considerações, passo, assim, ao exame do mérito recursal propriamente dito.

Pelo que se depreende dos autos, o Ministério Público Federal ajuizou a ação de improbidade com o escopo de promover a responsabilidade do ora agravante, que, na qualidade de Prefeito do Município de Pendências-RN, teria, com a colaboração dos demais demandados, desviado verbas públicas através da simulação de contratos de obras públicas.

Destaco os seguintes excertos da peça inicial da ação de improbidade originária deste agravo:

“Após árduo trabalho, a equipe de auditores da Controladoria Geral da União logrou descortinar esquema fraudu-

lento perpetrado pelos ora demandados, com a liderança do primeiro deles, voltado à apropriação dos recursos públicos destinados à construção de obras públicas sob a responsabilidade do Município de Pendências.

Celebrado com a União convênio para a realização de determinada obra pública, repassados os recursos ao Município, providenciava-se junto ao representante de determinada construtora a 'venda' de notas fiscais e recibos, ou seja, pagava-se pela realização de contrato simulado com a empreiteira 'laranja', de forma que o dinheiro acabava por voltar ao próprio Prefeito Municipal e seus colaboradores.

Após apoderar-se dos valores públicos, o grupo liderado pelo Prefeito dava início à obra pública sem qualquer acompanhamento técnico, com a utilização de mão-de-obra barata ou gratuita (dos beneficiários das obras), muita vez utilizando pessoal e maquinário da própria prefeitura, adquirindo, às vezes sem pagar, materiais de péssima qualidade.”

E mais:

“Não obstante tenha havido, no período de 2001/2004, a formalização de 14 contratos de obras públicas, junto a diversas empreiteiras, 'Pendências' jamais 'viu', sequer, uma das construtoras contratadas: uma placa com as anotações referentes à responsabilidade técnica; um caminhão, uma máquina identificados; profissionais fardados etc.

As referidas obras eram entregues com uma péssima qualidade e, em muitos casos, sem sequer estarem finalizadas. Apenas para se ter uma idéia, várias casas construídas com recursos públicos federais no ano de 2002 (Convênio com Ministério da Integração nº 572/2001) foram incluídas no Programa Morar Melhor do Ministério das Cidades (Contrato de Repasse nº 0159569-13) do ano subsequente, tendo sido reformadas também com a utilização de recursos públicos federais.

Em relação às obras de pavimentação das ruas, embora 'contratada' uma 'construtora' para executá-las sob o regime de empreitada global, eram na verdade realizadas por funcionários públicos da própria Prefeitura.

Tem-se cristalino, ademais, que todas as obras foram construídas por Ezequias Nogueira da Silva, homem de

confiança do Prefeito, que, além de acompanhá-las, contratava mão-de-obra, os equipamentos, adquiria o material, pagando-o às vezes com cheques por ele próprio emitidos.

À frente do esquema, escolhendo a empresa a ser usada na fraude, autorizando as ordens de pagamento, estavam Jailton Barros de Freitas, prefeito, Wilton Barros de Freitas, irmão de Jailton e Secretário de Obras, Emanuel Nazareno de Medeiros, que também ocupou a Secretaria de Obras do Município, e José de Arimatéia da Silva, Secretário de Finanças.

Registre-se que, antes de assumirem a condição de gestores públicos, os três primeiros (Jailton, Wilton e Nazareno) já praticavam a mesma fraude em outros Municípios, agindo como dirigentes de fato de empresas abertas em nome de pessoas humildes e sem qualquer instrução, utilizando-as para similar contratações com outros municípios.

Ione Freire Bezerra, Luiz Rodrigues Fernandes Filho, Cecília Maria de França, Eloilde Lopes do Nascimento e José Maria de Melo Inácio eram os membros das diversas comissões de licitação, responsáveis por dar aparência de legalidade às decisões do Prefeito.”

E, ainda,

“Antonio Antomar de Castro Carvalho, Carlos Antonio F. de Lima, Gerlândia do Nascimento Dantas, José Maria de Souza e Gilvan Augusto de Lima agiram nas simulações retro como representantes, respectivamente, de A.A. Carvalho & Empreendimentos Ltda., Esfera Construção Civil, G. G. Construções Ltda., L. A . Construções Ltda. e Construtora Augusto Ltda.

Perceba-se que essas empresas dominaram as contratações ocorridas até 2002, quando se descobriu que todas elas eram utilizadas num esquema de montagem de licitações em 38 Prefeituras do Rio Grande do Norte coordenado pelo escritório de contabilidade Rabelo & Dantas.

Em busca e apreensão realizada em suas dependências, a requerimento do Ministério Público Estadual, foram encontrados processos de licitação já montados com a participação dessas quatro construtoras, juntamente com

outras empresas participantes das falsas licitações que culminaram com as contratações constantes das tabelas acima.”

“(…) Registre-se, por fim, que o Prefeito e seus subordinados não retiveram as contribuições sociais incidentes sobre o pagamento dos serviços contratados, no percentual de 11%, embora estivessem obrigados a fazê-lo, conforme o disposto na Lei 8.212/91. Confira-se, a propósito, tabela constando a relação das contratações em que se deixou de recolher o tributo referido: (...)”

As medidas cautelares requeridas pelo MPF de indisponibilidade de bens dos demandados e o afastamento dos cargos públicos teriam o fito de assegurar a efetividade do processo, assim é que foram pleiteadas *initio litis*, antes da manifestação dos interessados.

Os artigos 7º e 16 da Lei de Improbidade – Lei nº 8.429/92 – assim estabelecem:

“Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá à autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.”

“Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.”

Por sua vez, o pedido de afastamento prévio dos demandados dos cargos públicos que ocupavam teria espeque no parágrafo único do artigo 20 da mencionada lei, senão vejamos:

“A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.”

É certo que a concessão de tais medidas não prescindiria da presença dos requisitos legais do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

A inicial da ação originária apontou as condutas dos demandados enquadradas nos artigos 9º, IV, e 10, I, VIII e XII, da Lei de Improbidade, *in verbis*:

“- utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;”

“- facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

- frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

- permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente; (...).”

É preciso ressaltar, inicialmente, que os fatos narrados pelo MPF na inicial da ação de improbidade estavam fartamente amparados na auditoria realizada pela CGU, quanto ao Município de Pendências, no Estado do Rio Grande do Norte, tanto que as notas de rodapé da citada peça indicam os respectivos anexos constantes do Relatório CGU nº 578, realizado pelos auditores daquele órgão em trabalho extremamente minucioso.

Demais disso, a Magistrada de 1º Grau a eles fez referência em vários trechos da decisão ora impugnada, conforme se pode constatar a seguir:

“Consoante o Relatório de nº 578, engendrado pelos auditores da Controladoria Geral da União, ficou constatado que o Prefeito do Município de Pendências/RN, juntamente com os demais demandados, em um grande esquema de corrupção, burlavam diversos procedimentos licitatórios, embolsando, em proveito próprio, os recursos federais oriundos dos convênios firmados com a Edilidade de Pendências/RN, objetivando, em tese, a construção de obras públicas.

O *modus operandi* da fraude consistia, segundo descrição precisa do *Parquet* Federal e documentos jungidos aos autos, em providenciar junto aos representantes de

determinadas construtoras a compra de notas fiscais e recibos. Realizavam-se, assim, contratos simulados, com empreiteiras ‘laranjas’, e todo o dinheiro público retornava para o Prefeito e seus colaboradores, que iniciavam as obras públicas, *sponste sua*, sem qualquer acompanhamento técnico, utilizando materiais de baixa qualidade e muitas vezes mão-de-obra da própria Prefeitura, consoante se vê às fls. 429/430 e 516/517 dos presentes autos.”

E, mais:

“Corroborando tal fraude, Isac Carlos dos Santos e Ivan de Souza Padilha, em depoimentos dormitantes às fls. 54/55 e 57/58, respectivamente, afirmaram que nenhum dos contratos de obras públicas formalizados com as empreiteiras restou implementado. Nesse sentido, também foi dito que as obras eram realizadas pela própria Prefeitura, a mando do Prefeito, e à frente da Secretaria de Obras estava o sr. Emanuel Nazareno, sendo sucedido pelo sr. Wilton Barros de Freitas, irmão do Prefeito. Além disso, foi dito que o sr. Ezequiel Nogueira da Silva era responsável pela execução de tais obras e que Cecília Maria, esposa de Manoel Nazareno, era tesoureira da Prefeitura. Asseveraram também que o sr. José de Arimatéia, à época Secretário de Finanças Públicas, hoje Chefe do Gabinete do Prefeito, estava à frente das contratações. Aduziram também que o sr. José Carlos da Silva, filho da empregada doméstica dos pais do Prefeito, emprestou seu nome para figurar como proprietário de diversos imóveis do sr. Jailton e de sua família, conforme se vê às fls. 58/67.”

“De outro giro, segundo se depreende do Relatório da CGU e dos documentos acostados aos autos, também restou evidenciado que foram formadas diversas comissões de licitação, a fim de encobrir as irregularidades, tais eram constituídas por Ione Freire Bezerra, Luiz Rodrigues Fernandes Filho, Cecília Maria de França, Eloilde Lopes do Nascimento e José Maria de Melo Inácio. Várias empresas, por sua vez, consoante se depreende do Relatório da CGU, agiram simulando licitações, a saber, A. A. Carvalho & Empreendimentos Ltda., Esfera Construção Civil, CG Construções Ltda., L. A . Construções Ltda. e Construtora Augusto Ltda., representadas, respectivamente, por Antonio Antomar de Castro Carvalho, Carlos Antonio F. de

Lima, Gerlândia do Nascimento Dantas, José Maria de Souza e Gilvan Augusto de Lima. Já a partir de 2002, a empresa J. L. Construções Ltda., representada por Joséfá Augusto de Lima, irmão de Gilvan Augusto de Lima, e a Construtora Primavera Ltda., representada por Gilvan Augusto de Lima, com sede na residência do sr. Severino Rodrigues do Nascimento, agricultor, mas estranhamente sócio da empresa, conforme se vê à fl. 412, passaram a competir nos procedimentos licitatórios, embora nunca vencessem.

Vale ressaltar, consoante documento de fls. 425/426, 444/445, 451, 510/511, que, através de diligências empreendidas a requerimento do Ministério Público Estadual do Rio Grande do Norte, restou evidenciado que as empresas A. A. Carvalho & Empreendimentos Ltda., Esfera Construção Civil, C. G. Construções Ltda., L. A. Construções Ltda. e Construtora Augusto Ltda. estavam envolvidas num esquema de montagem de licitações, coordenado pelo escritório de contabilidade Rabelo & Dantas.” (Fls. 67/68)

Os fatos apontados pelo MPF acompanhados de farta prova documental na ação originária, à luz da legislação de regência, levaram a eminente magistrada de primeira instância a reconhecer a fumaça do bom direito, requisito legal à concessão da tutela cautelar.

Além do que, a medida cautelar tem natureza eminentemente instrumental e serve para dar eficácia ao futuro provimento de mérito. No caso em tela, a não concessão de tal medida poderia implicar na continuidade da situação fática descrita nos autos, com o risco de aprofundar o ‘rombo’ aos cofres públicos com o desvio de verbas federais que teria sido perpetrado pelos demandados, sendo tais verbas advindas de convênios realizados entre o Município de Pendências e os Ministérios das Cidades, da Integração Nacional e do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, donde residiria o perigo de dano de natureza irreparável ou de difícil reparação.

Por outro lado, a jurisprudência reconhece na medida de indisponibilidade de bens nas ações de improbidade natureza essencialmente assecuratória:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI Nº 8.429/92, ART. 7º, *CAPUT* E PARÁGRAFO ÚNICO. INDISPONIBILIDADE DE BENS.



A jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal Regional Federal posicionou-se no sentido de que a indisponibilidade configura-se como medida acautelatória, tendente a evitar que o investigado se desfaça de bens, dificultando o ressarcimento ao erário, devendo, todavia, tal indisponibilidade patrimonial se limitar aos bens suficientes a garantir o ressarcimento do dano causado. Agravo de instrumento parcialmente provido.”

“IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. LEI Nº 8.429, DE 1992, ART. 70. TRÂNSITO EM JULGADO. INEXISTÊNCIA.

A Lei 8.429, de 02.06.1992, que trata da tutela jurídica da probidade administrativa, prevê, entre as medidas de natureza jurisdicional, a ‘indisponibilidade de bens do indiciado’ (art. 7º). Tal forma de garantia tem, em razão de sua especialidade, a função própria de assegurar bases patrimoniais sobre as quais incidirá, se for o caso, a futura execução forçada da sentença condenatória decorrente de atos de improbidade administrativa. (...)”

É certo que a medida de indisponibilidade deve se limitar aos bens que garantam o integral ressarcimento do dano, conforme preleciona o parágrafo único do artigo 7º da Lei nº 8.429/97, que reza:

“A indisponibilidade a que se refere o *caput* deste artigo recairá sobre os bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.”

Na espécie, a douta juíza de origem determinou a indisponibilidade de bens, na seguinte forma:

“Saliente-se, ainda, que a indisponibilidade dos bens deve atingir apenas aqueles suficientes para a garantia da indenização. Na espécie, os valores indevidamente apropriados através do esquema fraudulento somam R\$ 2.974.443,21 (dois milhões, novecentos e setenta e quatro mil, quatrocentos e quarenta e três reais e vinte e um centavos), acrescidos dos valores referentes às contribuições previdenciárias não retidas realizadas com recursos do próprio Município, o que resulta na quantia aproximada de R\$ 225.540,15 (duzentos e vinte e cinco mil, quinhentos e quarenta reais e quinze centavos), totalizando, con-

soante cálculos obtidos através da tabela descrita à fl. 15, o valor de R\$ 3.199.983,36 (três milhões, cento e noventa e nove mil, novecentos e oitenta e três reais e trinta e seis centavos).”

Quanto à medida acautelatória de afastamento dos demandados, mais precisamente do agravante, do cargo de Prefeito do Município de Pendências/RN, tenho, de início, que poderia ser deferida antes da manifestação do demandado, ora recorrente, e com o fito de viabilizar a instrução processual.

É que, pelo que restou apurado pela CGU, os demandados agiam em várias prefeituras, simulando processos licitatórios, fabricando documentos, com o fim de se apropriarem indevidamente de verbas públicas destinadas àquelas edilidades.

O conhecimento, portanto, da máquina administrativa pelos demandados é notório, o que poderia certamente dificultar a colheita de novas provas documentais, a ouvida de testemunhas – não raro subordinadas hierarquicamente a essas pessoas, notadamente ao Prefeito afastado, ora agravante –, inviabilizando todo o trabalho dos auditores da CGU e dos membros do Ministério Público Federal e Estadual.

Ora, é evidente que a permanência do agravante no cargo de Prefeito poderia criar embaraços ao órgão judicial no acesso, como bem salientou a ilustre magistrada, aos registros administrativos, já que na documentação apresentada na ação originária – expressamente indicada na decisão agravada – ficara demonstrado que os demandados haviam tentado inibir o papel dos órgãos fiscalizatórios. (Fl. 70)

A natureza assecuratória dessa medida de afastamento provisório do cargo público já é reconhecida pela jurisprudência que não exige prova inequívoca de que o agente, no exercício de suas funções, irá criar empecilhos à instrução processual. (AGP - Agravo Regimental na Petição nº 2655/ES, Corte Especial do STJ, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, MC - Medida Cautelar nº 1730, Quinta Turma do STJ, Relator Ministro Gilson Dipp, *DJ* de 07.12.99)

E não poderia ser diferente, já que o legislador expressa claramente a natureza instrumental e provisória de tal medida, ao garantir o recebimento pelo indiciado da remuneração inerente ao cargo público que ocupa – parágrafo único do art. 20 da Lei nº 8.429/92 –, enquanto em vigor a tutela judicial – registre-se, até o término da instrução processual.

Esclareço, ainda, que os documentos arrolados pelo agra-

vante referentes às prestações de contas junto ao TCE/RN e ao TCU, ao cadastro no SIAFI e às Declarações de Rendimento Anual, não ilidiriam, em princípio, as denúncias efetuadas pelo Ministério Público Federal, desde que estas estão pautadas na premissa de que haveria “fabricação” de documentos públicos e processos licitatórios de fato inexistentes, com o conseqüente desvio de verbas federais.

Demais disso, esses documentos que foram juntados ao presente agravo não foram, ainda, objeto de análise da eminente magistrada de primeiro grau, a quem caberá um exame mais aprofundado com cotejo da documentação apresentada pelo *Parquet*.

Por outro lado, a sentença prolatada pelo Juiz Eleitoral da Comarca de Pendências-RN, juntada às fls. 631/658, é referente ao uso da máquina administrativa na disputa eleitoral de 2004, para fins de reeleição do agravante no cargo de Prefeito do Município de Pendências, não guardando, em princípio, qualquer ligação com os fatos apurados pela CGU e relatados pelo MPF na ação de improbidade, muito menos de que os fatos que embasaram a referida demanda teriam origem em denúncias de “inimigos políticos”.

Tudo isso posto, indefiro o pedido de efeito suspensivo ativo ao agravo instrumental.

Colho do judicioso parecer ministerial, ainda, o seguinte ex-certo:

Já entendeu o egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no julgamento do Agravo Regimental 12.508, *DJ* de 31.10.1997, pág. 92.138, que o artigo 20 da Lei nº 8.429/92 faculta à autoridade competente determinar o afastamento de agente público de suas funções, sem prejuízo da remuneração, sempre que essa providência seja necessária à averiguação do possível cometimento de improbidade administrativa.

Tal medida tem sido considerada necessária em razão da possibilidade do agente interferir nas investigações (ocultando provas documentais, modificando informações contidas em arquivos de qualquer natureza, influenciando o ânimo dos administrados, colegas ou subordinados que devam funcionar como testemunhas).

Nos autos, daquilo que se menciona às folhas 302/305, 311 e 324 do anexo V, observa-se o fato de haver Jailton Barros exercido forte pressão contra aqueles que eram convocados a prestar depoimento perante os técnicos da CGU, chegando, inclusi-

ve, a determinar fosse filmada a entrada e saída de pessoas do prédio onde a Equipe da Controladoria instalou seus trabalhos.

Se não bastasse, o *Parquet* traz elementos de prova no sentido de que o grupo, valendo-se dos cargos públicos ocupados, fabricava evidências para burlar a fiscalização.

Necessário é o afastamento do Prefeito sobre o qual paira pecha da improbidade administrativa de seus atos, para condução, imparcial, de toda a coleta de provas na instrução processual. Tal liminar de afastamento pode ser concedida pelo magistrado, com ou sem justificativa prévia, para determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

## **AGRAVO EM SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 3.664-PE**

Relator: JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - PRESIDÊNCIA  
Requerente: INCRA - INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO  
E REFORMA AGRÁRIA  
Repte.: PROCURADORIA DO INCRA  
Requerido: JUÍZO DA 7ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO  
Partes A.: USINA CENTRAL OLHO D'ÁGUA S/A E OUTROS  
Parte R.: INCRA - INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO  
E REFORMA AGRÁRIA  
Repte.: PROCURADORIA DO INCRA  
Agravante: USINA CENTRAL OLHO D'ÁGUA S/A

***EMENTA: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO  
E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL  
CONTRA DECISÃO DE DEFERIMENTO DE PE-  
DIDO DE SUSPENSÃO DE EFEITOS DE TUTE-  
LA ANTECIPADA. ART. 4º DA LEI Nº 8.437/92.  
ART. 1º DA LEI Nº 9.494/97. DESAPROPRIAÇÃO  
POR INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE RE-  
FORMA AGRÁRIA. PROCEDIMENTO ADMINIS-***

**TRATIVO. VISTORIA E AVALIAÇÃO. INCLUSÃO DE ÁREAS ADJUDICADAS POR DETERMINAÇÃO DA JUSTIÇA OBREIRA E REPASSADAS A OUTROS PROPRIETÁRIOS SEGUNDO CERTIDÕES CARTORÁRIAS. INSURGÊNCIA DOS NOVOS DONOS. DECRETO EXPROPRIATÓRIO COM PREVISÃO DE EXCLUSÃO DE ÁREAS DESTACADAS DA PROPRIEDADE A SER EXPROPRIADA E TRANSFERIDAS NA FORMA DA LEI PARA OUTRAS MATRÍCULAS. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA PARA, AO LADO DE IMPOSIÇÕES ACESSÓRIAS, SUSPENDER O CURSO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO EXPROPRIATÓRIO ATÉ A RETIRADA DAS PARCELAS DOMINIAIS IDENTIFICADAS NO PEDIDO DA AÇÃO DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO PRATICADO PELO INCRA. SUSPENSÃO DETERMINADA PELA PRESIDÊNCIA. REQUISITOS. COMPETÊNCIA. INVASÃO DA ESFERA DECISÓRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO CONTRA ATO DO INCRA E NÃO MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA O DECRETO PRESIDENCIAL DE DESAPROPRIAÇÃO. GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA. COMPREENSÃO DA ORDEM ADMINISTRATIVA. IMINÊNCIA DA CADUCIDADE DO DECRETO EXPROPRIATÓRIO. CONTIGÜIDADE DAS ÁREAS E UNIDADE DE EXPLORAÇÃO ECONÔMICA. ART. 4º, I, DA LEI Nº 4.504/64. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS. RECONSIDERAÇÃO PARCIAL, APENAS EM RELAÇÃO ÀS ÁREAS CONSTANTES DO PEDIDO ORIGINÁRIO, DELIMITADAS NAS CERTIDÕES DO CARTÓRIO DE IMÓVEIS, DESDE QUE MATRICULADAS ANTES DA EDIÇÃO DO DECRETO EXPROPRIATÓRIO, E APENAS PARA PRESERVAR ESSAS PARCELAS DA IMISSÃO DE POSSE DO INCRA ATÉ O DESLINDE DA AÇÃO DE NULIDADE, SEM PREJUÍ-**

**ZO DO PROSSEGUIMENTO DA DESAPROPRIAÇÃO EM RELAÇÃO AO TODO E DA IMISSÃO DE POSSE NELA DETERMINADA QUANTO ÀS ÁREAS REMANESCENTES. ESBULHOS POSSESSÓRIOS. NÃO DEMONSTRADOS. ART. 2º, § 6º, DA LEI Nº 8.629/93, COM A REDAÇÃO DA MP Nº 2.183-56/2001. VISTORIA ANTERIOR. NÃO INFLUÊNCIA. NOTIFICAÇÃO DA AVALIAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DE OBRIGATORIEDADE. DETERMINAÇÕES SEM RESPALDO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.**

*- Agravo regimental interposto contra decisão da Presidência, nos termos da qual foi concedido o pedido de suspensão de tutela antecipada. O provimento antecipatório foi deferido por Juiz de Primeiro Grau, em sede de ação de nulidade, no sentido do sobrestamento do procedimento administrativo expropriatório até a exclusão das áreas indicadas pelos autores como lhes pertencendo, em função de adjudicações determinadas pela Justiça do Trabalho e aquisições que se seguiram, em cadeia dominial, com novos registros no cartório imobiliário, além de outras determinações (esclarecimento e deslocamento de trabalhadores sem-terra). Argumentou o Magistrado a quo, fundamentalmente, que o decreto presidencial de desapropriação expressamente consagrou em seu art. 2º, parágrafo único, que deveriam ser excluídas as áreas destacadas do imóvel e transferidas na forma da lei para outras matrículas, o que não fora respeitado pelo INCRA quando da vistoria e avaliação da propriedade (que incluía tais parcelas), bem como que não se poderia partir da existência de vício das transmissões de domínio e que teriam sido demonstrados os esbulhos possessórios impedientes da desapropriação.*

*- Os pedidos de suspensão de liminar encontram*

**sustentação no art. 4º da Lei nº 8.437/92, com as alterações implementadas pela MP nº 2.180-35/2001. Segundo a Lei nº 9.494/97, “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” (art. 1º).**

**- A concessão de suspensão de liminar (tutela antecipada) apenas é admitida em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade e para impedir grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, cabendo ao ente postulante a demonstração inequívoca dessas condições. Destarte, trata-se de medida excepcional, de procedimento sumário e de cognição incompleta, justificada pela seriedade das conseqüências derivadas, no âmbito da qual não se efetua exame de mérito em relação à lide originária, mas apenas uma aferição da plausibilidade das razões deduzidas pelo requerente, associada à verificação da possibilidade lesiva das esferas significativas enumeradas na norma jurídica legal (ordem pública, saúde pública, segurança pública e economia pública), com a perscrutação da urgência da providência requestada. Em síntese, deve-se lançar olhos ao perfazimento dos pressupostos específicos – o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* –, particularizados esses requisitos, ainda mais, no instrumento, pela delimitação do universo a ser considerado diante da mácula expressiva a ser obstada. “Essa orientação, contudo, não deixa de admitir um exercício mínimo de deliberação do mérito, sobretudo por ser medida de precaução, vinculada aos pressupostos de plausibilidade jurídica e do perigo da demora, que de-**

**vem estar presentes para a concessão das liminares” (trecho do voto do Min. Edson Vidigal, no AgRg na SL nº 57/DF, publ. em DJ de 06.09.2004).**

- **Não merece amparo a alegação inicial do INCRA, no sentido de que o Juízo de Primeiro Grau teria invadido a competência do STF, tendo em conta a expedição do decreto presidencial expropriatório. Em verdade, é de se notar que não se está diante de mandado de segurança contra o decreto de desapropriação, cuja autoridade coatora seria o Presidente da República, mas sim de ação de nulidade de ato administrativo realizado pelo INCRA, quando, ao efetivar a vistoria e avaliação do imóvel em expropriação, não destacou as áreas com matrícula própria.**
- **O deferimento do pedido de suspensão funda-se, substancialmente, no perigo de grave lesão à ordem pública, na qual se compreende a ordem administrativa, nos termos do entendimento assentado pelo STF, já antes agasalhado pelo Tribunal Federal de Recursos (SS nº 4405/SP, Rel. Min. Nery da Silveira, p. em DJ de 07.12.79).**
- **Evidenciada está a gravidade da situação que resultaria da suspensão do procedimento administrativo de desapropriação, como determinado pelo Magistrado de Primeiro Grau – com desconsideração do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado –, há menos de 30 (trinta) dias da efetivação da caducidade do decreto presidencial expropriatório, frente ao art. 3º da Lei nº 4.132/62. Garantida com a decisão da Presidência a continuidade do procedimento administrativo, o INCRA ajuizou a Ação de Desapropriação nº 2006.83.00.007088-0 em tempo.**
- **Se é correto o entendimento exarado pelo Juízo a quo de que não se pode presumir que as transferências dominiais foram viciadas, também não se pode simplesmente desconhecer a realidade**



***fática revelada nos autos, que demonstra a unidade da área, a despeito das alegadas aquisições, ainda que tenham sido essas, como determinam as formalidades, registradas em cartório. A contigüidade das parcelas e a persistência da utilização homogênea que a ela se dava anteriormente às medidas expropriatórias, como se nunca tivessem sido separadas, são aspectos importantes porquanto definem o universo territorial a ser alcançado com a expropriação. Extrai-se dos autos que, na realidade concreta, não houve efetivamente destacamento das áreas em relação ao que foi dito remanescente, pois elas continuaram sendo utilizadas como unidade de exploração, homogeneamente. Ou seja, ainda que com matrículas novas, as áreas em consideração permaneceram constituindo uma unidade fática. É certo que a individuação das áreas se dá pela matrícula no cartório de registro de imóveis, independentemente da ausência de marcos físicos que exteriorizem seus limites, o que não significa que não se deva demonstrar a independência das parcelas de terreno. Ainda que matriculadas e ainda que existam marcos físicos dos limites, as parcelas serão reputadas uma única área para fins de desapropriação, se destinadas em conjunto, como se não existissem matrícula ou marcos físicos separando-as, a uma única atividade exploratória. Considera-se para a suspensão a inexistência de comprovação de destaque efetivo das áreas do imóvel expropriando, apesar de contarem com nova matrícula. Consigna-se, ademais, a ausência de prejuízo aos requeridos (ora agravantes), tendo em vista que eventuais irregularidades do laudo avaliativo poderão ser suscitadas no bojo do processo expropriatório, convertendo-se em perdas e danos.***

***- Em compasso parcial, contudo, com a posição***

***defendida pelo Ministério Público, com ouvida obrigatória em procedimentos deste jaez, é de ser reconsiderada parcialmente a decisão que deferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada, harmonizando os interesses público e privados envolvidos, apenas em relação às áreas constantes do pedido originário, delimitadas nas certidões do cartório de imóveis juntadas aos autos, desde que matriculadas antes da edição do decreto expropriatório, e apenas para preservar essas parcelas da imissão de posse do INCRA até o deslinde da ação de nulidade, sem prejuízo do prosseguimento da desapropriação em relação ao todo e da imissão de posse nela determinada quanto à área remanescente. Dito de outro modo, é de ser mantida a suspensão da tutela antecipada, garantindo-se a continuidade do processo expropriatório, inclusive a correspondente imissão de posse, resguardando-se apenas dessa imissão de posse – mas não da desapropriação – as áreas identificadas nos autos pelos ora agravantes, com exceção de três parcelas, pois uma delas (162,50 ha.) não foi referenciada no pedido de tutela antecipada – não se admitindo prestação jurisdicional extra petita – e duas delas (3,55 e 9,50 ha.) saíram da propriedade da expropriada apenas quando já publicado o decreto expropriatório, que fixa o estado do bem, além do que em relação a uma delas (3,55 ha) há dúvida sobre a regularidade da aquisição considerando a ausência de um dos proprietários na condição de vendedor. Essa solução se compatibiliza com a determinação inicial fixada pelo Desembargador Relator do AGTR 67.730/PE, interposto pelo INCRA concomitantemente com o pedido de suspensão, no sentido da intimação da parte para “comprovar que o destaque dos imóveis reclamados, com a abertura de outras matrículas, foi anterior à expedição do decreto***

**expropriatório (24/05/2004)”.**

**- Não há como ser acatada a alegação de ocorrência de esbulhos possessórios impeditivos da desapropriação nas áreas pretendidas. A uma, porquanto não restou demonstrada a sua efetivação. Em certidão exarada por oficial de justiça consta, inclusive, que “não encontrou acampamento ou aglomeração de integrantes do MST”. Além disso, os próprios agravantes fazem referência a depoimento de dirigente do MST no qual ele declara que o movimento não tem intenção de ocupar a área do Engenho Marimbondo. A dois, porquanto a vistoria que concluiu pela improdutividade do imóvel foi realizada antes de qualquer notícia de invasão, de modo que deve ser aplicado o entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, no sentido de que “o esbulho possessório que impede a desapropriação [art. 2º, § 6º, da Lei nº 8.629/93, na redação dada pela Medida Provisória nº 2.183/01] deve ser significativo e anterior à vistoria do imóvel, a ponto de alterar os graus de utilização da terra e de eficiência em sua exploração, comprometendo os índices fixados em lei” (trecho da ementa do MS 25360/DF, do Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, p. em DJ de 25.11.2005). Saliente-se que esse argumento já foi anteriormente discutido, nos autos da AC nº 325480/PE, interposta contra a sentença de improcedência do pedido de impedimento de desapropriação em função de penhoras inicialmente existentes sobre a propriedade em comento, não tendo sido acolhido porquanto o diploma normativo era, como é, posterior às diligências administrativas realizadas.**

**- A lei não estabelece obrigação de notificação prévia dos interessados acerca da etapa de avaliação, já expedido e publicado o decreto expropriatório, que atribui ao Poder Público o direito**

**de adentrar no imóvel para fins de medição. A notificação prévia obrigatória nos termos da lei é para a vistoria preliminar, que foi realizada, in casu, na pessoa que detinha, à época, a propriedade das áreas.**

**- Não têm respaldo legal as determinações feitas pelo Magistrado a quo no sentido de que o INCRA esclarecesse os trabalhadores sem-terra ou providenciasse o seu deslocamento para áreas remanescentes, “dando ampla ciência do equívoco em que incorreu a sua equipe”, de modo que não se sustentam.**

**- Pelo parcial provimento do agravo regimental para, garantindo-se a continuidade do processo expropriatório em relação ao todo (líquido de 716,3035 ha.), inclusive com a correspondente imissão de posse, resguardar apenas dessa imissão de posse – mas não da desapropriação – as áreas identificadas nos autos pelos ora agravantes, com exceção das parcelas dimensionadas em 3,55, 9,50 e 162,50 hectares.**

### **VOTO VENCIDO<sup>1</sup>**

O JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI:

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão da Presidência, nos termos da qual foi deferido o pedido de suspensão dos efeitos de tutela antecipada, concedida pelo MM. Juiz Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco, nos autos da Ação Ordinária nº 2006.83.00.003367-6.

---

<sup>1</sup> A despeito de o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região ter dado provimento ao agravo regimental, por entender inexistente qualquer ofensa à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Supremo Tribunal Federal, nos autos da Suspensão de Tutela Antecipada nº 85, manejada pelo INCRA, deferiu parcialmente o pedido, para possibilitar o prosseguimento da ação de desapropriação e regular imissão de posse, exceto em relação às áreas destacadas e transferidas para outras matrículas na forma da legislação vigente, segundo o decreto presidencial expropriatório.

A decisão guerreada restou assim assentada (sem os destaques originais):

Vistos etc.

Trata-se de pedido de suspensão de liminar formulado pelo IN-CRA - INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA, objetivando sustar os efeitos de decisão antecipatória prolatada pelo MM. Juiz Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, que, nos autos do processo originário – Ação Ordinária nº 2006.83.00.003367-6 –, determinou o sobrestamento do Processo Administrativo nº 54140.001331/99-87, com o escopo precípua de que o Instituto-requerente imprimisse esforços no sentido de retificar a dimensões do imóvel expropriando e o preço correspondente ofertado.

É preciso entender o conjunto fático.

Inicialmente, a USINA CENTRAL OLHO D'ÁGUA S/A, em litis-consórcio com os Srs. BRUNO TAVARES ALVES DE MELO, ALCIDES FERREIRA LIMA FILHO e GILBERTO CARVALHO TAVARES DE MELO (esse último, integrante da diretoria da usina mencionada) propuseram ação ordinária com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, em desfavor do Instituto-requerente, objetivando, liminarmente, o sobrestamento do Processo Administrativo nº 51.140.001331/ 99-87, com vistas à retificação da área exproprianda do Engenho Marimbondo e outros e, no mérito, a anulação do respectivo processo administrativo.

Aduziram que imóveis rurais de sua propriedade, desmembrados do Engenho Marimbondo e outros, cujas descrições constariam da exordial, com referências expressas às cadeias domaniais respectivas, teriam sido indevidamente insertos no laudo de vistoria e avaliação do aludido imóvel rural e considerados, para efeitos legais, parcelas integrantes deste.

Esclareceram que todos os imóveis teriam sido adquiridos – direta ou indiretamente – de ex-empregados da empresa exproprianda PESSOA DE MELLO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A, que, por sua vez, teriam adquirido o domínio de parcelas do engenho expropriando em função de adjudicações determinadas pela Justiça do Trabalho.

Alegaram, ainda, violação à determinação do decreto presidencial, visto que teria esse expressamente ressalvado, excluindo de seus efeitos as áreas rurais já destacadas e, na forma da legislação vigente, transferidas para outras matrículas.

Afirmaram, também, violação às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pelo fato de não terem sido notifica-

dos da realização da vistoria de avaliação do imóvel expropriado e, por último, a ilegalidade do procedimento de vistoria realizado, pois sustentaram que referidos imóveis teriam sido objeto de esbulhos possessórios provocados por integrantes de movimentos dos sem-terra, incidindo, na hipótese, o impedimento legal do art. 2º, § 6º, da Lei nº 8.629/93.

Em sede de antecipação da tutela, entendeu o MM Juiz Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco pela plausibilidade das alegações sustentadas pelos demandantes, fundamentando nas seguintes razões: (i) inaplicabilidade da presunção de que houve vícios nas transmissões dominiais; (ii) necessidade de adequação do processo administrativo em referência aos ditames do decreto presidencial respectivo; (iii) ocorrência, no particular, de esbulho possessório, o que resultaria na incidência da vedação contemplada no art. 2º, § 6º, da Lei nº 8.629/93. Estribado nessas considerações, o Magistrado *a quo* concedeu a antecipação dos efeitos da tutela requestada, determinando o sobrestamento do Processo Administrativo nº 54140.001331/99-87, cujo dispositivo (fl. 259 dos autos) segue ao diante transcrito:

Isto posto, **CONCEDO** a antecipação de tutela, para sobrestar o Processo Administrativo nº 54140.001331/99-87, até que se providencie a exclusão das áreas mencionadas às fls. 30/31, com os necessários ajustes no que diz respeito às dimensões do imóvel **ENGENHO MARIMBONDO E OUTROS** e ao preço ofertado.

Por fim, determinou, ainda, o Juízo de origem, ao Instituto-requerente (réu no feito originário) providências no sentido de prestar esclarecimentos aos trabalhadores sem-terra acerca das áreas que poderiam ser ocupadas, visando evitar constrangimentos ao exercício do direito de propriedade dos postulantes, ora requeridos, bem como de proceder ao deslocamento dos referidos trabalhadores para as áreas remanescentes, se necessário fosse. Inconformado com o que restara assentado na decisão antecipatória, formulou o Instituto-requerente o presente pedido de suspensão de antecipação de tutela, embasando-o nas seguintes razões: (i) ofensa à ordem jurídico-processual e à ordem administrativa – por avocação de competência do Supremo Tribunal Federal, dессumida da exegese do art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.437/92 c/c o art. 1º, da Lei nº 9.494/97; (ii) regularidade do processo administrativo expropriatório – sustentou a improcedência da alegação de ofensa às garantias constitucionais do contraditório e

da ampla defesa, haja vista inexistir previsão legal sequer para a notificação do proprietário expropriando; (iii) inexistência de vulneração à previsão do decreto expropriatório – visto que apenas teriam sido ressalvadas, e portanto excluídas dos efeitos do decreto presidencial, as áreas que porventura tivessem sido destacadas do imóvel expropriando, o que não alcançaria as propriedades dos autores-requeridos. Sustentou, ainda, a não caracterização, na espécie, da hipótese contemplada no art. 2º, § 6º, da Lei nº 8.629/93, pois os referidos esbulhos possessórios, caso efetivamente existentes, teriam sido posteriores à realização da vistoria nas áreas do imóvel expropriando, não se aplicando, destarte, a vedação legal inserta no preceito referenciado, conforme pacífico posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Prosseguiu aduzindo que eventual razão que contemplasse os autores-requeridos poderia ser convertida, no bojo do feito expropriatório, em perdas e danos, através de prévia e justa indenização, facilmente dirimida, por meio de perícia e/ou inspeção judicial. Afirmou, por último, o risco iminente de grave lesão ao interesse público, haja vista restar pouco mais de um mês para o decaimento do prazo do decreto presidencial e que, no caso dos autos, o interesse público seria presumido, em vista da expedição do decreto presidencial declarando o interesse social para fins de reforma agrária.

É o relatório.

*Ab initio*, ressalto o cabimento do presente incidente suspenso, porquanto proposto por parte legítima e fundamentado nas hipóteses permissivas legais, satisfazendo, destarte, as prescrições insertas no art. 4º, *caput* e §§, da Lei nº 8.437/1992.

Destaco, ainda, a competência deste Juízo para o processamento do presente requerimento de suspensão de antecipação de tutela, haja vista a consideração de que não se impugna na hipótese telada (leia-se processo originário) o decreto presidencial ou mesmo atos intermediários, mas tão-somente o laudo avaliativo elaborado pelo Instituto-requerente nas áreas pertencentes ao imóvel rural expropriando, segundo os ditames do referido decreto presidencial, de forma que não procede a assertiva da competência originária do Supremo Tribunal Federal, pelo que afastado a preliminar de incompetência material suscitada.

Adentrando no mérito da irresignação, reputo plausíveis as razões suscitadas pelo Instituto-requerente, pelos motivos que passo a expor.

Regulando o incidente da suspensão de tutela antecipada, pre-

coniza o art. 4º, da Lei nº 8.437/1992<sup>2</sup>, com as alterações implementadas pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001:

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.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

§ 2º O Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas.

§ 3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

§ 4º Se do julgamento do agravo de que trata o § 3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

§ 5º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 4º, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.

§ 6º A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.

§ 7º O Presidente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.

§ 8º Nas liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

---

<sup>2</sup> Destaque-se que o art. 1º da Lei 9.494/97 estende a regulação do dispositivo supra às decisões proferida em sede de antecipação de tutela.



§ 9º A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará ate o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal. (Original sem grifos)

Da leitura do preceptivo ressuma incontestemente a ilação de que, tanto nos casos de manifesto interesse público, como nos de flagrante ilegitimidade, abre-se ao ente público contrariado por decisão judicial a possibilidade de dirigir ao Presidente do Tribunal, ao qual competir o conhecimento do recurso interponível da decisão desfavorável, requerimento de suspensão da decisão, dê que a pretensão afirmada esteja atrelada à tutela da ordem, saúde, segurança e/ou economia públicas, o que denota seu caráter excepcional.

Trata-se, pois, de incidente processual de fundamentação vinculada, vocacionado exclusivamente à defesa dos interesses normativos taxativamente elencados.

Atendo-me ao presente caso, entendo subsumir a hipótese trelada ao juízo de grave lesão à ordem pública, na sua vertente administrativa, nos moldes preconizados pelo Supremo Tribunal Federal e por profusa corrente doutrinária.

Com efeito, através de clássico julgamento de requerimento de suspensão de segurança no âmbito do extinto Tribunal Federal de Recursos, o ex-Ministro do STF, Nery da Silveira, fixou entendimento paradigmático para a definição de ordem pública<sup>3</sup>. Segundo restou assentado no acórdão, “no juízo de ordem pública está compreendida, também, a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da administração, pelas constituídas”<sup>4</sup>.

Seguindo a linha do Min. Nery da Silveira, sedimentou o Supremo Tribunal Federal o entendimento da inserção na previsão legal de tutela da ordem pública, da tutela à ordem administrativa. Nesse sentido, é iterativa a jurisprudência do STF, como aludem os excertos colacionados (aleatórios e meramente ilustrativos):

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CAUTELAR: SUSPENSÃO. LEI 9.613/98: “LAVAGEM DE DINHEIRO”. LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. I - Cautelar deferida pelo Juiz de 1º grau, mantida pelo TRF/5ª Região. Pedido de

---

<sup>3</sup> Voto proferido na SS 4.405/SP.

<sup>4</sup> Tribunal Federal de Recursos, SS 4405/SP, DJU 07.12.1979.

suspensão da cautelar formulado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal. Indícios da ocorrência de “lavagem de dinheiro”, praticando a empresa fraude à Lei 9.613/98, que ordena a identificação das compras de moedas em quantia superior a US\$ 10.000,00 (dez mil dólares). II - A manutenção da liminar pode acarretar grave lesão à ordem e à economia públicas, dado que causa ela impacto negativo sobre as reservas internacionais. III - Lesão à ordem pública, considerada esta em termos de ordem administrativa, ordem legal, porque proporciona válvula de escape à Lei 9.613/98, que visa a coibir a “lavagem de dinheiro”. IV - Agravo provido, restabelecendo-se a decisão do Presidente do STF que suspendeu a execução da cautelar<sup>5</sup>. (Original sem grifos)

Suspensão de Segurança. Decisões concessivas de segurança. Militares. ADCT. Art. 8º. Recursos extraordinários interpostos pela União. Execuções provisórias. Lei n. 4348, de 1964, art. 5º, parágrafo único. Ameaça de grave lesão à ordem administrativa e à economia pública. Suspensão de Segurança deferida, com base no art. 297, do RISTF, e à vista do art. 4º da Lei nº 4.348/1964, para suspender os efeitos dos acórdãos nos Mandados de Segurança, até o julgamento pelo STF dos recursos interpostos, ou a ocorrência do trânsito em julgado das decisões. De acordo com o art. 297, par-1º, do RISTF, não é obrigatória a audiência do impetrante, desde que a matéria se tenha por esclarecida no pedido de suspensão de segurança. Em suspensão de segurança, não se discute o mérito do mandado de segurança, mas, tão-só, se verifica a ocorrência, ou não, de qualquer das hipóteses previstas no art. 297 do RISTF, isto é, se da liminar ou da decisão, em mandado de segurança, resulta ameaça de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública. Compreende-se no conceito de ordem, *ut* art. 297 do RISTF, também a ordem administrativa. Despacho mantido. Agravo regimental desprovido<sup>6</sup>. (Original sem grifos)

Neste diapasão, percebe-se que no juízo de ordem pública insere-se também a proteção à ordem administrativa.

Orientação esta que, a meu sentir, aplica-se com rigor ao escorrito deslinde da controvérsia ora submetida à apreciação, haja

---

<sup>5</sup> Pet-AgR-AgR 1890/CE; Tribunal Pleno. Min. Rel. p/ o acórdão Carlos Velloso. *DJ* 05.03.2004.

<sup>6</sup> SS-Agr 303/DF; Tribunal Pleno. Min. Rel. Néri da Silveira. *DJ* 26.04.1991.

vista que, a se implementar a prescrição da decisão sustanda, obstaculizar-se-ia absolutamente a pretensão expropriatória do Instituto-Reqüerente, em função do pouco tempo que sobeja para o decaimento do prazo do decreto presidencial, ressalte-se menos de trinta dias.

É manifesto o interesse público a tutelar no caso concreto.

A solução jurídica do presente caso passa necessariamente pelo sopesamento dos interesses envolvidos: direito de propriedade *versus* interesse público ínsito à promoção da reforma agrária. Não tenho dúvidas da necessidade de fazer prevalecer o segundo. Saliente-se que o propósito da reforma agrária não se esgota no seu escopo imediato da promoção da redistribuição do acesso a terras, passando igualmente pela conformação coativa da propriedade rural para que se amolde à destinação social imposta legalmente, pelo fomento do trabalho no campo, isto sem prejuízo de outras não enumeradas.

Sobrestar o Processo Administrativo nº 54140.001331/99-87 implicaria, sem ressalvas de dúvidas, na inviabilização do processo desapropriatório, em vista do pouco tempo que resta para o decaimento do prazo de vigência do decreto presidencial, tornando inócuo um trabalho principiado no final de 1998, em prejuízo de parcela considerável de famílias que dependem e aguardam o desfecho do feito em referência para terem seu direito de acesso à terra garantido.

Perceba-se que a solução perfilhada anteriormente amolda-se inclusive com o posicionamento daqueles que adotam uma postura mais restritiva frente à definição legal de ordem pública, como é o caso do professor Elton Venturi, cuja lição segue transcrita:

A lei é clara ao exigir, para que se autorize a suspensão de decisões judiciais, a comprovação de grave lesão à ordem pública. Em tal sentido, não nos parece suficiente para ensejar a concessão da medida excepcional a simples alteração da usual ou normal execução das obras ou serviços públicos, senão a sua virtual inviabilização pela imediata exequibilidade da liminar ou sentença, única hipótese que caracteriza, objetivamente, a gravidade da lesão ao interesse público tutelado, legitimamente contrastada com o provimento judicial deferido em benefício do autor da ação contra o Poder Público<sup>7</sup>. (Original sem grifos)

---

<sup>7</sup> VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público**. São Paulo: RT, 2005, p. 131/132.

Destaco ainda que, acaso não sustado os efeitos da medida concessiva, corre-se o sério risco do estabelecimento de conflitos fundiários na região, em razão da frustração de expectativas dos integrantes dos movimentos sociais que se viam na iminência do acesso à terra.

Nesse sentido, atente-se ao excerto retro que, fundado na segurança pública, suspendeu decisões judiciais, com base na fundamentação dantes expendida (potencialidade do estabelecimento de conflitos fundiários):

PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL.

1. PROGRAMA DE ASSENTAMENTO RURAL ADOTADO E DESENVOLVIDO PELO GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO NA REGIÃO DENOMINADA “PONTAL DO PARANAPANEMA.”

2. DECRETOS LIMINARES CONCEDIDOS EM AÇÕES MANDAMENTAIS QUE, AO EMPRESTAREM EFEITO SUSPENSIVO A AGRAVOS DE INSTRUMENTO INTERPOSTOS CONTRA DECISÕES CONCESSIVAS DE CAUTELA ANTECIPADA, TIVERAM O CONDÃO DE PARALISAR O PLANO GOVERNAMENTAL.

3. POTENCIALIDADE DE OCORRÊNCIA DE GRAVES E IMPREVISÍVEIS DISTÚRBIOS DA ORDEM E SEGURANÇA PÚBLICAS, MERCÊ DA ATUAÇÃO DE GRUPO DE PESSOAS QUE SE AUTO-INTITULAM “**SEM-TERRAS**”.

4. “CONQUANTO O PODER JUDICIÁRIO NÃO POSSA DESCURAR DO DIREITO DE PROPRIEDADE, DE UM LADO, POR OUTRA PARTE DEVE ESTAR ATENTO AOS REFLEXOS NO CONTEXTO SOCIAL QUE SUAS DECISÕES PROVOCAM”.

5. SITUAÇÃO DE INTRANQUILIDADE SOCIAL QUE AINDA PERSISTE NA LOCALIDADE BANDEIRANTE, NÃO SENDO ELIDIDA PELOS MEROS ARGUMENTOS TRAZIDOS PELOS AGRAVANTES.

6. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO, **SEM** DISCREPÂNCIA DE VOTOS<sup>8</sup>. (Original sem grifos)

O caso concreto comporta análise detida em alguns pontos nucleares, o que não significa enveredar simplesmente pelo mérito, para além dos limites próprios do instituto. A concessão de

---

<sup>8</sup> STJ: AgRg na SS 450/SP. Corte Especial. Min. Rel. Bueno de Souza. Uná-nime. DJ 16.09.1996.

suspensão de liminar, apenas é admitida para impedir grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, cabendo ao ente público postulante a demonstração inequívoca de uma dessas situações. Destarte, trata-se de medida excepcional, de procedimento sumário e de cognição incompleta, justificada pela seriedade das conseqüências derivadas, no âmbito da qual não se efetua exame de mérito em relação à lide originária, mas apenas uma aferição da plausibilidade das razões deduzidas pelo requerente, associada à verificação da possibilidade lesiva das esferas significativas enumeradas na norma jurídica legal (ordem pública, saúde pública, segurança pública e economia pública). Em síntese, deve-se lançar olhos ao perfazimento dos pressupostos específicos – *o fumus boni juris* e *o periculum in mora* –, particularizados esses requisitos, ainda mais, no instrumento, pela delimitação do universo a ser considerado diante da ameaça de mácula expressiva a ser obstada. “Essa orientação, contudo, não deixa de admitir um exercício mínimo de deliberação do mérito, sobretudo por ser medida de contracautela, vinculada aos pressupostos de plausibilidade jurídica e do perigo da demora, que devem estar presentes para a concessão das liminares” (trecho do voto do Ministro Edson Vidigal, no AgRg na Suspensão de Liminar nº 57/DF).

Ponto essencial concerne à inclusão das propriedades dos requeridos, especialmente no laudo de avaliação para efeito de desapropriação. Nota-se que, segundo os requeridos, não se poderia entendê-las abrangidas pelo fato de que teriam sido adquiridas de terceiros, que, por sua vez, em (considerada) longa cadeia dominial, teriam se tornado proprietários em função de adjudicações determinadas no âmbito da Justiça do Trabalho. Aponta-se, ainda, o fato de que no decreto expropriatório jazia expressa previsão de exclusão das áreas desmembradas e com novas matrículas. O INCRA sustenta que teria procedido de acordo com o decreto presidencial, desconsiderando as áreas configuradas efetivamente como novas propriedades destacadas da original, bem como que, em relação às áreas discutidas pelos requeridos, elas não teriam sido desincorporadas da unidade, nelas não se realizando exploração econômica autônoma, devendo se considerar a diferença entre imóvel rural e propriedade rural. O Juízo *a quo* entendeu que não se poderia partir do pressuposto de vício nas transmissões do domínio.

Se é correto o entendimento exarado pelo Magistrado de Primeiro Grau de que não se pode presumir que as transferências dominiais foram viciadas, também não se pode simplesmente des-

conhecer a realidade fática revelada nos autos, que demonstra a unidade da área, a despeito das alegadas aquisições, ainda que tenham sido essas, como determinam as formalidades, registradas em cartório. A contigüidade das parcelas (em desapropriação e adquiridas pelos requeridos) e a persistência da utilização homogênea que a ela se dava anteriormente às medidas expropriatórias, como se nunca tivessem sido separadas, são aspectos importantes porquanto definem o universo territorial a ser alcançado com a expropriação.

Primeiro ponto: o decreto presidencial de desapropriação data de 24 de maio de 2004 (publicado no dia seguinte), nele constando: “excluem-se ainda dos efeitos deste Decreto as áreas que porventura tenham sido destacadas dos imóveis relacionados nos incisos I a IV do art. 1º e na forma da legislação vigente transferidas para outras matrículas” (fl. 110). Já as parcelas discutidas foram adquiridas:

a) pela USINA CENTRAL OLHO D'ÁGUA S/A, em 24 de maio de 2005 (Engenho Marimbondo, sem quitação total, prevista apenas para 2007, e antes pertencente, segundo registros cartorários, à USINA PETRIBU S/A e aos Srs. INOCÊNCIO GOMES DE OLIVEIRA e esposa – fls. 157/158);

b) pelo Sr. GILBERTO (diretor presidente da USINA CENTRAL OLHO D'ÁGUA S/A), em 06 de maio de 2004 (Outeiro Alto, comprada dos Srs. INOCÊNCIO GOMES DE OLIVEIRA e esposa, tendo sido arrendada até 2015 à USINA CENTRAL OLHO D'ÁGUA S/A – fls. 165/166);

Importa consignar que nos documentos de fls. 157/158 e 165/166 não se faz referência às adjudicações determinadas pela Justiça do Trabalho.

c) pelo Sr. BRUNO,

c.1. em 10 de dezembro de 2004 (terra desmembrada do Engenho Cana Brava, comprada do Sr. EMÍDIO e do SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DO AÇÚCAR E DO ALCOOL DO ESTADO DE PERNAMBUCO, que a adquirira em vista de adjudicação registrada em 15.08.2003, tendo sido antes pertencente a PESSOA DE MELLO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A – fls. 174/175);

c.2. em 10 de dezembro de 2004 (terra desmembrada no Engenho Outeiro Alto, comprada do Sr. ANTÔNIO e esposa, sendo que o Sr. ANTÔNIO havia adquirido a terra, juntamente com o SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DO AÇÚCAR E DO ALCOOL DO ESTADO DE PERNAMBUCO, em virtude de adjudicação determinada pela Justiça do Trabalho,

registrada em 25 de maio de 2004, em desfavor de PESSOA DE MELLO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A – fls. 176/177). Ocorre que no documento de fls. 176/177, diversamente do documento de fls. 174/175, não consta a entidade sindical como vendedora; c.3. em 10 de dezembro de 2004 (terra desmembrada do Engenho Cana Brava, comprada do Sr. OTÁVIO e esposa, sendo que o Sr. OTÁVIO havia adquirido a terra em virtude de adjudicação determinada pela Justiça do Trabalho, registrada em 25.09.2003, em desfavor de PESSOA DE MELLO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A – fls. 180/181);

c.4. em 10 de dezembro de 2004 (terra desmembrada do Engenho Outeiro Alto, comprada do Sr. SEVERINO, sendo que o Sr. SEVERINO havia adquirido a terra em virtude de adjudicação determinada pela Justiça do Trabalho, realizada em 25 de maio de 2004, em desfavor de PESSOA DE MELLO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A – fls. 186/187);

c.5. em 05 de novembro de 2004 (terra desmembrada do Engenho Cana Brava, comprada do SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DO AÇÚCAR E DO ÁLCOOL DO ESTADO DE PERNAMBUCO, sendo que a entidade sindical havia adquirido a terra em virtude de adjudicação determinada pela Justiça do Trabalho, registrada em 01.08.2003, em desfavor de PESSOA DE MELLO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A – fls. 190/191);

c.6. em 10 de dezembro de 2004 (terra desmembrada no Engenho Cana Brava, comprada do Sr. JOÃO e esposa e do sindicato, sendo que o Sr. JOÃO havia adquirido a terra, juntamente com o SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DO AÇÚCAR E DO ÁLCOOL DO ESTADO DE PERNAMBUCO, em virtude de adjudicação determinada pela Justiça do Trabalho, registrada em 15.08.2003, em desfavor de PESSOA DE MELLO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A – fls. 195/196).

d) pelo Sr. ALCIDES,

d.1. em 03 de fevereiro de 2006 (terra desmembrada no Engenho Cana Brava, comprada do Sr. SEVERINO, sendo que o Sr. SEVERINO havia adquirido a terra em virtude de adjudicação determinada pela Justiça do Trabalho, registrada em 20.10.2003, em desfavor de PESSOA DE MELLO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A – fls. 203/204);

d.2. em 29 de setembro de 2005 (remembramento de área, concernente ao Engenho Cana Brava (parte 1-A) – fls. 205/206).

As áreas são contínuas. Algumas foram adquiridas pelos reque-

ridos posteriormente ao decreto expropriatório, embora com adjudicações registradas anteriormente a ele. Outros tiveram a própria adjudicação registrada posteriormente à edição do decreto presidencial. É de se observar, inclusive, que a posse concretamente, mesmo quando das adjudicações, não era dos adjudicatários, mas, sim, dos requeridos. Registre-se, nesse contexto, que o Sr. BRUNO intentou ação de reintegração de posse em junho de 2004 (fl. 279) e o Sr. ALCIDES adotou a mesma conduta na mesma data (fl. 290), alegando suposta invasão, quando apenas se tornaram proprietários em final de 2004 e em 2006, respectivamente.

Destarte, extrai-se dos autos que, na realidade concreta, não houve efetivamente destacamento das áreas em relação ao que foi dito remanescente, pois elas continuaram sendo utilizadas como unidade de exploração, homogeneamente. Ou seja, ainda que com matrículas novas, as áreas em consideração permaneceram constituindo uma unidade fática. Em precedente do STF, lê-se que a individualização das áreas se dá pela matrícula no cartório de registro de imóveis, de modo que “pouco importa a ausência de marcos físicos que exteriorizem seus limites”<sup>9</sup>. Entretanto, isso não significa que não se deva demonstrar a independência das parcelas de terreno. Assim, ainda que matriculadas e ainda que existam marcos físicos dos limites, as parcelas serão reputadas uma única área para fins de desapropriação, se destinadas em conjunto, como se não existissem matrícula ou marcos físicos separando-as, a uma única atividade exploratória.

Assim, não vislumbro qualquer mácula aos termos do decreto presidencial, haja vista não constar dos autos qualquer comprovação de que as áreas foram efetivamente destacadas do imóvel expropriando, apesar de contarem com nova matrícula, não se enquadrando, portanto, na ressalva do decreto expropriatório.

Deve-se, em relação a tais aspectos, considerar que, conforme reza o inciso I, do art. 4º, da Lei nº 4.504/64, a definição de imóvel rural contempla a noção de unidade da exploração econômica, apartando-se, portanto, da definição de propriedade rural, podendo, se for o caso, compreender várias propriedades rurais ligadas pela unicidade da exploração econômica. É o que está evidenciado *in casu*.

Nesse sentido, atente-se para o recente aresto do Supremo Tribunal Federal, tendo por Relator o Ministro Eros Grau:

---

<sup>9</sup> MS 23727/ES, Min. Rel. Maurício Corrêa. Unânime. DJ 20.09.2002.



EMENTA: CONSTITUCIONAL. AGRÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESAPROPRIAÇÃO. REFORMA AGRÁRIA. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA DE UM DOS CO-PROPRIETÁRIOS. INTIMAÇÃO DOS DEMAIS CONDÔMINOS POR EDITAL. ART. 2º, §§ 2º E 3º, DA LEI N. 8.629/93. VALIDADE. CONDOMÍNIO. AUSÊNCIA DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DE PARTES CERTAS. UNIDADE DE EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DO IMÓVEL RURAL. ART. 4º, I, DO ESTATUTO DA TERRA. VIABILIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO. ART. 184 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PRODUTIVIDADE DO IMÓVEL. DILAÇÃO PROBATÓRIA. APRECIÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Reputa-se válida a notificação prévia quando, intimado um dos co-proprietários por via postal, com aviso de recebimento, a comunicação aos demais condôminos é realizada mediante publicação de edital, na forma do art. 2º, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.629/93. 2. A existência de condomínio sobre o imóvel rural não impede a desapropriação-sanção do art. 184 da Constituição do Brasil, cujo alvo é o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social. Precedente [MS nº 24.503, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, DJ05.09.2003]. 3. O registro público prevalece nos estritos termos de seu conteúdo, revestido de presunção *iuris tantum*. Não se pode tomar cada parte ideal do condomínio, averbada no registro imobiliário de forma abstrata, como propriedades distintas, para fins de reforma agrária. Precedentes [MS nº 22.591, Relator o Ministro MOREIRA ALVES, DJ 14.11.2003 e MS nº 21.919, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, DJ06.06.97]. 4. O conceito de imóvel rural do art. 4º, I, do Estatuto da Terra, contempla a unidade da exploração econômica do prédio rústico, distanciando-se da noção de propriedade rural. 5. A impossibilidade de dilação probatória em mandado de segurança torna insuscetível de apreciação a questão relativa à produtividade do imóvel rural. Precedente [MS nº 24.518, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, DJ30.04.2004]. 6. Segurança denegada<sup>10</sup>.

Saliento ainda, a corroborar a concessão da medida suspensiva requestada, a ausência de prejuízo aos requeridos, tendo em vista que eventuais irregularidades do laudo avaliativo poderão ser suscitadas no bojo do processo expropriatório e verificadas por meio de perícias e/ou inspeções judiciais, conforme precon-

---

<sup>10</sup> STF: MS 24488/DF. Tribunal Pleno. Min. Rel. Eros Grau. DJ 03.06.2005.

za o § 1º do art. 9º da LC nº 76/1993, convertendo-se em perdas e danos, através de prévia e justa indenização.

Igualmente não merece acolhida a alegação de que, em função dos esbulhos possessórios ocorridos na propriedade, não poderia a área ser objeto de vistoria, haja vista a vedação do § 6º do art. 2º da Lei nº 8.629/93, pois, neste particular, milita em desfavor dos que advogam tal tese a suspeita de que tais esbulhos, em verdade, não ocorreram, pois das quatro ações de reintegração de posse intentadas, em apenas uma delas foram encontrados acampamentos de sem-terra na localidade. Ressalte-se, inclusive, o teor da certidão de fls. 306 dos autos, *in verbis*:

CERTIFICO – a pedido verbal de pessoa interessada que, revendo os livros de distribuição a cargo desta secretaria judicial única, deles verifiquei CONSTAR a existência de Ação de Interdito Proibitório – Processo nº 402.2006. 000129-6, ajuizada pela Usina Olho D'Água S/A contra o Movimento dos Trabalhadores Sem-Terra – MST, tendo como objetivo o Engenho Marimbondo, deste Município de Aliança/PE, constando no referido auto, às fls. 41v., certidão do Oficial de Justiça, declarando que, se dirigindo ao engenho Marimbondo, não encontrou acampamento ou aglomeração de integrantes do MST; que o Sr. Oficial de Justiça deixou de citar/intimar os integrantes do Movimento Sem-Terra, nas proximidades do engenho Marimbondo, em face de não existir acampamento nesta área; que, às fls. 65 e 65v, há parecer do Ministério Público opinando pela extinção do feito e conseqüente arquivamento dos autos; que atualmente o processo encontra-se concluso para sentença. O referido é verdade; dou fé. Aliança, 19 de abril de 2006. (Original sem grifos)

Demais disso, adoto para a hipótese *sub examine* a solução preconizada por prestigiada corrente pretoriana, notadamente do Supremo Tribunal Federal, a que me filio, que rechaça a incidência da vedação legal quando já vistoriado o imóvel rural. Nesse sentido, é caudalosa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AGRÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESAPROPRIAÇÃO. REFORMA AGRÁRIA. NOTIFICAÇÃO DO PROPRIETÁRIO. AVISO DE RECEBIMENTO. ASSINATURA. EMPREGADO COM PODERES OUTORGADOS POR PROCURAÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ESBULHO POSSESSÓRIO POSTERIOR À VISTORIA. INAPLI-

CABILIDADE DO ART. 2º, § 6º, DA LEI Nº 8.629/93. COMPOSIÇÃO NA AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DESCARACTERIZAÇÃO DA INVASÃO. PRODUTIVIDADE DO IMÓVEL. DILAÇÃO PROBATÓRIA. APRECIÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Reputa-se válida a notificação prevista no art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.629/93 quando o aviso de recebimento é assinado por empregado com poderes outorgados por instrumento de mandato. 2. A impossibilidade de dilação probatória em mandado de segurança torna insuscetível de apreciação, ante a documentação juntada pela impetrante, a questão relativa à assinatura do aviso de recebimento da notificação ao proprietário do imóvel. Precedente [MS nº 22.645, Relator o Ministro NÉRI DA SILVEIRA, *DJ* 24.08.2001]. 3. O esbulho possessório que impede a desapropriação [art. 2º, § 6º, da Lei nº 8.629/93, na redação dada pela Medida Provisória nº 2.183/01] deve ser significativo e anterior à vistoria do imóvel, a ponto de alterar os graus de utilização da terra e de eficiência em sua exploração, comprometendo os índices fixados em lei. Precedente [MS nº 23.759, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, *DJ* 22.08.2003]. 4. A composição das partes em ação de reintegração de posse, com a ocupação de área ínfima do imóvel pelos trabalhadores rurais em regime de comodato, não justifica a improdutividade da gleba. Precedente [MS nº 23.857, Relatora a Ministra ELLEN GRACIE, *DJ* 13.06.2003]. 5. A impossibilidade de dilação probatória em mandado de segurança torna insuscetível de apreciação a questão relativa à produtividade do imóvel rural. Precedente [MS nº 24.518, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, *DJ* 30.04.2004 e MS nº 25.351, Relator o Ministro EROS GRAU, *DJ* 16.09.2005]. 6. Segurança denegada<sup>11</sup>.

REFORMA AGRÁRIA - VISTORIA - NOTIFICAÇÃO. Válida é a notificação referente à vistoria do imóvel quando efetuados os trabalhos em data imediata, em data razoável, considerados os objetivos da ciência respectiva. REFORMA AGRÁRIA - INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 8/93 DO INCRA - PUBLICIDADE. Tratando-se de instrução interna, visando aos trabalhos administrativos, descabe a exigência de publicidade via Diário Oficial. REFORMA AGRÁRIA - AUDIÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA AGRÍCOLA - ARTIGO 11 DA LEI Nº 8.629/93. Relativamente aos ajustes periódicos alusivos à desapropriação, a ma-

---

<sup>11</sup> MS 25360/DF; Tribunal Pleno. Min. Rel. Eros Grau. *DJ* 25.11.2005.

nifestação do Conselho não é formalidade essencial, ante o ordenamento jurídico em vigor. REFORMA AGRÁRIA - AUDIÇÃO DAS ENTIDADES DE CLASSE - OBRIGATORIEDADE. A audiência das entidades representativas de classe bem como a ciência relativa à vistoria somente são pertinentes uma vez havendo indicação, por uma delas, do imóvel para efeito de reforma agrária. Precedentes: Mandados de Segurança nºs 23.889-5/MS, Relator Ministro Moreira Alves, 23.645-1/MS e 23.271-1/ES, relatados pelo Ministro Carlos Velloso, com acórdãos publicados, respectivamente, no Diário da Justiça de 22 de novembro de 2002, de 15 de março de 2002 e de 19 de dezembro de 2002. REFORMA AGRÁRIA - INVASÃO DO IMÓVEL. Ocorrendo o esbulho em data posterior à vistoria, surge desinfluyente quanto à aferição da produtividade. REFORMA AGRÁRIA - PRODUTIVIDADE DO IMÓVEL - MANDADO DE SEGURANÇA. O mandado de segurança não é o meio próprio a discutir-se, sob o ângulo do conteúdo, o laudo do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, no que conclusivo acerca da ausência de produtividade<sup>12</sup>.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. IMPROCEDÊNCIA DA PRELIMINAR DE IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. OCUPAÇÃO DA ÁREA DESAPROPRIANDA POR INTEGRANTES DO MST. VEDAÇÃO PREVISTA NO § 6º DO ARTIGO 2º DA LEI 8629/93: NÃO-OCORRÊNCIA. 1. A inexistência pura e simples de procuração (CPC, artigo 13), verificada de plano, não se confunde com a irregularidade de representação de pessoa jurídica (CPC, artigo 37), alegada pela parte contrária ou pelo Ministério Público, mas não suficientemente demonstrada. Hipótese em que se pode concluir pela legitimidade do representante da parte por qualquer meio de prova permitido em direito. 2. Esbulho praticado por integrantes do MST. Divergência entre as alegações da impetrante e as informações da autoridade coatora. Necessidade de dilação probatória incabível em mandado de segurança. Inexistência de direito líquido e certo. 3. A vedação prevista no § 6º do artigo 4º da Lei 8.629/93, com a redação dada pela MP 2109/01, alcança apenas as hipóteses em que a vistoria ainda não tenha sido realizada ou quan-

---

<sup>12</sup> STF: MS 25022/DF; Tribunal Pleno. Min. Rel. Marco Aurélio. DJ 16.12.2005.

do feitos os trabalhos durante ou após a ocupação. Segurança denegada<sup>13</sup>.

Igualmente não prospera a alegação de ofensa às garantias do contraditório e da ampla defesa, haja vista inexistir previsão legal tornando obrigatória a ciência prévia dos interessados do procedimento de avaliação do imóvel expropriando.

Por último, registro que não possui vinculação legal a determinação judicial que impôs ao requerente a obrigação de providenciar o esclarecimento aos trabalhadores sem-terra a respeito de quais áreas poderão ser ocupadas, razão pela qual não se sustenta. Com essas considerações, defiro o pedido de suspensão formulado pelo Instituto-requerente, para sustar os efeitos da decisão monocrática prolatada pelo MM. Juiz da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, até o trânsito em julgado da decisão definitiva, nos exatos moldes preconizados pelo § 9º do art. 4º da Lei nº 8.437/1992.

P.I. Comunicações urgentes.

Recife, 04 de maio de 2006.

Corroboro as razões de decidir lançadas no provimento judicial guerreado. Entretanto, diante dos elementos documentais trazidos pelos agravantes, importa reconsiderar o quadro fático.

Quando da vistoria inicial realizada em **novembro de 1998**, partiu-se de certidões cartorárias que definiam:

- a) Engenho Marimondo: 1.200 ha.;
- b) Engenho Cana Brava/Outeiro Alto: 200 ha.;
- c) Engenho Guararapes: 100 ha.;
- d) Área total registrada: 1.500 ha.;
- e) Área identificada: 1.097 ha.

Em **24 de maio de 2004**, foi expedido decreto expropriatório (publicado em **25 de maio de 2004**), em sede do qual se ressaltou: “Excluem-se ainda dos efeitos deste Decreto as áreas que porventura tenham sido destacadas dos imóveis relacionados nos incisos I a IV do art. 1º e na forma da legislação vigente transferidas para outras matrículas”. Publicação em 25 de maio de 2004.

---

<sup>13</sup> STF: MS 24136/DF; Tribunal Pleno. Min. Rel. Maurício Corrêa. DJ 08.11.2002.

Em laudo seguinte – de avaliação –, datado de **dezembro de 2005**, excluídas, segundo lá está dito, “as áreas adjudicadas, materializadas e matriculadas, cujos detentores e prepostos se identificaram junto à equipe”, apontou-se:

- a) Área total registrada: 1.600 ha.;
- b) Área medida: 731,4304 ha.;
- c) Área líquida: 716,3035 ha.**

O pedido de tutela antecipada na ação ajuizada por USINA CENTRAL OLHO D'ÁGUA S/A, GILBERTO CARVALHO TAVARES DE MELO, BRUNO TAVARES ALVES DE MELO e ALCIDES FERREIRA LIMA foi formulado nos seguintes termos, *verbis*: “sobretudo do Processo Administrativo nº 54140.0013331/99-87 com relação aos imóveis rurais dos autores, denominados MARIMBONDO, matrícula sob o nº R.2/1338, Livro 2R, fls. 81 [**127,29 ha. – certidão de fls. 157/157**], OITEIRO ALTO, matrícula nº 1.326, livro 2/R, fls 67 [**188,82 ha. – certidão de fls. 165/166**], CANA BRAVA II, matrícula nº R.2/1244, Livro 2Q, fls. 68 [**5,61 ha. – certidão de fls. 195/196**], CANA BRAVA XXIV, matrícula nº R.2/1285, Livro 2Q, fls. 92 [**21,19 ha. – certidão de fls. 180/181, mas na petição inicial estão referidos 19 ha., além do que o número de registro correto, segundo a certidão cartorária é 1265**], CANA BRAVA, matrícula nº R.2/1257, livro 2Q, fls. 60 [**4,53 ha. – certidão de fls. 190/191, mas o número do registro correto, segundo a certidão cartorária é 1237**], CANA BRAVA, matrícula nº R.2/1242, Livro 2Q, fls. 66 [**16,24 ha. – certidão de fls. 174/175 – não detalhado na petição inicial, mas constante do pedido de tutela antecipada**], OITEIRO ALTO, matrícula nº R.2/1330, Livro 2R, fls. 72 [**3,55 ha. – certidão de fls. 176/177, mas na petição inicial estão referidos 3,08 ha.**], OITEIRO ALTO, matrícula nº R.2/1331, Livro 2R, fls. 73 [**9,50 ha. – certidão de fls. 186/187**] e, finalmente, ÁREA MEDINDO 47 ha DESMEMBRADA DO ENGENHO CANA BRAVA, matrícula nº 1277, Livro 2-R, fls. 07 [**47 ha. – certidão de fls. 203/204**], todas do RGI da Comarca de Aliança-PE” (fls. 243/244). O pedido principal foi de que, “no mérito, seja anulado o Processo Administrativo de nº 51.140.001331/99-87, na parte que abrange os imóveis objeto desta ação e excluídos do Decreto Presidencial”.

Diga-se: o pedido de tutela antecipada foi feito com o arrolamento dos imóveis que deveriam ser beneficiados com a medida, sendo que alguns foram dimensionados com discrepância em relação às certidões cartorárias. **Não foi incluído no pedido de tutela antecipada o imóvel com 162,50 ha.**, de modo que ele não pode ser incluído na tutela antecipada, sob pena de prestação jurisdicional *extra petita*.

Diversamente, pois, do que conclui o Ministério Público, a área que não deveria ser alcançada pela imissão de posse não equivale a um total de **586,23 ha.**, como será visto mais adiante, em se adotando uma posição de conciliação de interesses (mantida a desapropriação, com exclusão, apenas, da imissão de posse, da área discutida).

Note-se que os autos foram informados com certidões cartorárias apresentadas pelo INCRA, que revelavam:

a) pela USINA CENTRAL OLHO D'ÁGUA S/A, a parte de terra adquirida em **24 de maio de 2005** – Engenho Marimbondo, com **127,29 ha.** –, sem quitação total, prevista apenas para 2007, e antes pertencente, segundo registros cartorários, à USINA PETRIBU S/A (aquisição em **13.07.2004**) e aos Srs. INOCÊNCIO GOMES DE OLIVEIRA e esposa, que procederam a remembramento de áreas relativas a outras matrículas em **13.07.2004** – fls. 157/158;

b) pelo Sr. GILBERTO (diretor-presidente da USINA CENTRAL OLHO D'ÁGUA S/A), a parte de terra adquirida em **06 de maio de 2004** –Outeiro Alto, com **188,82 ha.** –, comprada dos Srs. INOCÊNCIO GOMES DE OLIVEIRA e esposa (em 06.05.2004), tendo sido arrendada até 2015 à USINA CENTRAL OLHO D'ÁGUA S/A – fls. 165/166;

Importa consignar que nos documentos de fls. 157/158 e 165/166, não se faz referência às adjudicações determinadas pela Justiça do Trabalho.

c) pelo Sr. BRUNO,

c.1. a parte de terra adquirida em **10 de dezembro de 2004** – terra desmembrada do Engenho Cana Brava, com **16,24 ha.** –, comprada do Sr. EMÍDIO e do SINDICATO DOS TRA-

BALHADORES NAS INDÚSTRIAS DO AÇÚCAR E DO ÁLCOOL DO ESTADO DE PERNAMBUCO, que a adquirira em vista de adjudicação registrada em 15.08.2003, tendo sido antes pertencente a PESSOA DE MELLO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A – fls. 174/175;

- c.2. a parte de terra adquirida em **10 de dezembro de 2004** – terra desmembrada no Engenho Outeiro Alto, com **3,55 ha.** –, comprada do Sr. ANTÔNIO e esposa, sendo que o Sr. ANTÔNIO havia adquirido a terra, juntamente com o SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DO AÇÚCAR E DO ÁLCOOL DO ESTADO DE PERNAMBUCO, em virtude de adjudicação determinada pela Justiça do Trabalho, registrada em **25 de maio de 2004**, em desfavor de PESSOA DE MELLO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A – fls. 176/177. Ocorre que no documento de fls. 176/177, diversamente do documento de fls. 174/175, não consta a entidade sindical como vendedora;
- c.3. a parte de terra adquirida em **10 de dezembro de 2004** – terra desmembrada do Engenho Cana Brava, com **21,19 ha.** –, comprada do Sr. OTÁVIO e esposa, sendo que o Sr. OTÁVIO havia adquirido a terra em virtude de adjudicação determinada pela Justiça do Trabalho, registrada em 25.09.2003, em desfavor de PESSOA DE MELLO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A – fls. 180/181;
- c.4. a parte de terra adquirida em **10 de dezembro de 2004** – terra desmembrada do Engenho Outeiro Alto, com **9,5 ha.** –, comprada do Sr. SEVERINO, sendo que o Sr. SEVERINO havia adquirido a terra em virtude de adjudicação determinada pela Justiça do Trabalho, realizada em **25 de maio de 2004**, em desfavor de PESSOA DE MELLO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A – fls. 186/187;
- c.5. a parte de terra adquirida em **05 de novembro de 2004** – terra desmembrada do Engenho Cana Brava, com **4,53 ha.** –, comprada do SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DO AÇÚCAR E DO ÁLCOOL DO ESTADO DE PERNAMBUCO, sendo que a entidade sindical havia adquirido a terra em virtude de adjudicação determinada



pela Justiça do Trabalho, registrada em 01.08.2003, em desfavor de PESSOA DE MELLO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A – fls. 190/191;

c.6. a parte de terra adquirida em **10 de dezembro de 2004** – terra desmembrada no Engenho Cana Brava, com **5,61 ha.** –, comprada do Sr. JOÃO e esposa e do sindicato, sendo que o Sr. JOÃO havia adquirido a terra, juntamente com o SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DO AÇÚCAR E DO ÁLCOOL DO ESTADO DE PERNAMBUCO, em virtude de adjudicação determinada pela Justiça do Trabalho, registrada em 15.08.2003, em desfavor de PESSOA DE MELLO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A – fls. 195/196.

d) pelo Sr. ALCIDES,

d.1. a parte de terra adquirida em **03 de fevereiro de 2006** – terra desmembrada no Engenho Cana Brava, com **47 ha.** –, comprada do Sr. SEVERINO, sendo que o Sr. SEVERINO havia adquirido a terra em virtude de adjudicação determinada pela Justiça do Trabalho, registrada em 20.10.2003, em desfavor de PESSOA DE MELLO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A – fls. 203/204;

**d.2.** a parte de terra adquirida em **29 de setembro de 2005** – remembramento de área, concernente ao Engenho Cana Brava (parte 1-A), com **162,50 ha.** – fls. 205/206.

Total: **586,23 ha.** Subtraído da área líquida (**716,3035 ha.**): **130,0735 ha.** (remanescente).

Os aspectos realçados com negrito merecem consideração específica, em cotejo mesmo com a petição inicial da Ação Ordinária nº 2006.83.00.003367-6, proposta pelo ora requeridos e com a documentação que seguiu a petição do agravo. Na referida exordial, os autores salientaram que “os imóveis acima descritos e caracterizados foram desmembrados do imóvel maior denominado ENGENHO MARIMBONDO E OUTROS, cuja área total era de aproximadamente 1.790 hectares que, anteriormente a serem adquiridos pelos autores, nas partes acima especificadas e desmem-

bradas da gleba maior, pertenciam em sua totalidade à empresa PESSOA DE MELLO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A, consoante comprovam as certidões cartorárias [...]”.

**De início, sublinhe-se que a área total em desapropriação (envolvente do ENGENHO MARIMBONDO E OUTROS) nunca alcançou 1.790 ha., tendo sido constatado um máximo, registrado, de 1.600 ha. e líquido de 716,3035 ha. Os mencionados 1.790 ha. atinem a outros imóveis, também pertencentes à Usina Aliança (fl. 54), também em processo de desapropriação.**

Mantendo a mesma organização anterior, acompanhe-se:

- a) pela USINA CENTRAL OLHO D'ÁGUA S/A: trata-se de aquisição (considerado o remembramento – último ato informado naquela certidão – em 13.07.2004) realizada posteriormente à expedição do decreto expropriatório (25.05.2004), não havendo menção, na referida certidão cartorária, à aquisição via adjudicação determinada pela Justiça do Trabalho, não reportada também na petição inicial, que não se refere à empresa PESSOA DE MELLO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A como proprietária anterior; entretanto, às fls. 412/419, constam outras certidões, expedidas na mesma data da comentada, em que se apontam adjudicações realizadas em **datas anteriores à expedição do decreto expropriatório**;
- b) pelo Sr. GILBERTO: trata-se de aquisição anterior à expedição do decreto expropriatório, embora sem qualquer menção, na certidão cartorária juntada pelo INCRA, a adjudicações determinadas pela Justiça do Trabalho, estando elas, de outro lado, destacadas na petição inicial e confirmadas pelas certidões de fls. 436/449, com adjudicações efetivadas **anteriormente à expedição do decreto expropriatório**;
- c) pelo Sr. BRUNO,
  - c.1. trata-se de aquisição (adjudicação) **anterior** ao decreto;
  - c.2. trata-se de aquisição (adjudicação) na data da publicação do decreto**, além do que não consta a entidade sin-

dical como vendedora, embora em favor dela também tenha sido adjudicada;

c.3. trata-se de aquisição (adjudicação) **anterior** ao decreto;

**c.4. trata-se de aquisição (adjudicação) na data da publicação do decreto;**

c.5. trata-se de aquisição (adjudicação) **anterior** ao decreto;

c.6. trata-se de aquisição (adjudicação) **anterior** ao decreto.

d) pelo Sr. ALCIDES,

d.1. trata-se de aquisição (adjudicação) **anterior** ao decreto;

d.2. trata-se de área lembrada bem após a edição do decreto expropriatório, não constando da certidão cartorária referência a adjudicações, embora elas tenham sido detalhadas na petição inicial. Ademais, as certidões juntadas às fls. 468/475 comprovam as adjudicações **anteriores** ao decreto.

Frente a esses novos aspectos, penso que é possível reconsiderar apenas parcialmente a decisão que concedeu o pedido de suspensão.

De fato, em compasso parcial com a posição defendida pelo Ministério Público, com ouvida obrigatória em procedimentos deste jaez, é de ser reconsiderada parcialmente a decisão que deferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada, harmonizando os interesses público e privados envolvidos, apenas em relação às áreas constantes do pedido originário, delimitadas nas certidões do cartório de imóveis juntadas aos autos, desde que matriculadas antes da edição do decreto expropriatório, e apenas para preservar essas parcelas da imissão de posse do INCRA até o deslinde da ação de nulidade, sem prejuízo do prosseguimento da desapropriação em relação ao todo e da imissão de posse nela determinada quanto à área remanescente.

Dito de outro modo, é de ser mantida a suspensão da tutela antecipada, garantindo-se a continuidade do processo expropriatório, inclusive a correspondente imissão de posse, resguardando-se apenas dessa imissão de posse – mas não da desapropria-

ção – as áreas identificadas nos autos pelos ora agravantes, com exceção de três parcelas, pois uma delas (**162,50 ha.**) não foi referenciada no pedido de tutela antecipada – não se admitindo prestação jurisdicional *extra petita* – e duas delas (**3,55 e 9,50 ha.**) saíram da propriedade da expropriada apenas quando já publicado o decreto expropriatório, que fixou o estado do bem, além do que em relação a uma delas (3,55 ha) há dúvida sobre a regularidade da aquisição considerando a ausência de um dos proprietários na condição de vendedor.

Essa solução se compatibiliza, inclusive, com a determinação inicial fixada pelo Desembargador Relator do AGTR 67730/PE, interposto pelo INCRA concomitantemente com o pedido de suspensão, no sentido da intimação da parte para “comprovar que o destaque dos imóveis reclamados, com a abertura de outras matrículas, foi anterior à expedição do decreto expropriatório (24/05/2004)”.

No mais, reitero o entendimento de que não há como ser acatada a alegação de ocorrência de esbulhos possessórios impeditivos da desapropriação nas áreas pretendidas. A uma, porquanto não restou demonstrada a sua efetivação. Em certidão exarada por oficial de justiça consta, inclusive, que “não encontrou acampamento ou aglomeração de integrantes do MST”. Além disso, os próprios agravantes fazem referência a depoimento de dirigente do MST no qual ele declara que o movimento não tem intenção de ocupar a área do Engenho Marimbondo. A dois, porquanto a vistoria que concluiu pela improdutividade do imóvel foi realizada antes de qualquer notícia de invasão, de modo que deve ser aplicado o entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, no sentido de que “o esbulho possessório que impede a desapropriação [art. 2º, § 6º, da Lei nº 8.629/93, na redação dada pela Medida Provisória nº 2.183/01] deve ser significativo e anterior à vistoria do imóvel, a ponto de alterar os graus de utilização da terra e de eficiência em sua exploração, comprometendo os índices fixados em lei” (trecho da ementa do MS 25360/DF, do Tribunal Pleno, Relator Ministro Eros Grau, p. em *DJ* de 25.11.2005). Saliente-se que esse argumento já foi anteriormente discutido, nos autos da AC nº 325480/PE, interposta contra a sentença de improcedência do pedido de impedimento de desapropriação em fun-

ção de penhoras inicialmente existentes sobre a propriedade em comento, não tendo sido acolhido porquanto o diploma normativo era, como é, posterior às diligências administrativas realizadas.

Consigne-se que a lei não estabelece obrigação de notificação prévia dos interessados acerca da etapa de avaliação, já expedido e publicado o decreto expropriatório, que atribui ao Poder Público o direito de adentrar no imóvel para fins de medição. A notificação prévia obrigatória nos termos da lei para a vistoria preliminar foi realizada na pessoa que detinha, à época, a propriedade das áreas.

Por fim, diga-se que não têm respaldo legal as determinações feitas pelo Magistrado *a quo* no sentido de que o INCRA esclarecesse os trabalhadores sem terra ou providenciasse o seu deslocamento para áreas remanescentes, “dando ampla ciência do equívoco em que incorreu a sua equipe”, de modo que não se sustentam.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao agravo regimental para, garantindo-se a continuidade do processo expropriatório em relação ao todo (líquido de 716,3035 ha.), inclusive com a correspondente imissão de posse, resguardar apenas dessa imissão de posse – mas não da desapropriação – as áreas identificadas nos autos pelos ora agravantes, com exceção das parcelas dimensionadas nas certidões do cartório imobiliário em 3,55, 9,50 e 162,50 hectares, que deverão ser consideradas inclusive para efeito de imissão de posse.

Assim, tem-se 716,3035 ha. (área líquida) - 410,68 ha. (áreas adjudicadas em questão: 586,23 ha. - 3,55 ha. - 9,50 ha. - 162,50 ha.) = 305,6235 ha.

É como voto.

JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI

Presidente

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 332.747-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA  
Apelantes: WALDEMAR JOSÉ DA SILVA E CÔNJUGE  
Apeladas: BASE CONSTRUTORA LTDA. E UNIÃO  
Advs./Procs.: DRS. VERA LÚCIA DE ORANGE LINS DA FONSECA E SILVA E OUTROS (APTES.) E JOSÉ AIRTON GARRIDO DE VASCONCELOS E OUTRO (APDA.)

**EMENTA: DIREITO CIVIL. USUCAPIÃO. TERRENO DE MARINHA. BEM PÚBLICO DOMINICAL. DOMÍNIO ÚTIL. INEXISTÊNCIA DE AFORAMENTO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 17 DO TRF-5ª.**

**- Ação de usucapião onde se pretende seja reconhecida a prescrição aquisitiva de domínio útil de imóvel sito em terreno caracterizado como acrescido de marinha.**

**- A sentença julgou a pretensão improcedente em face de o bem em questão estar sendo utilizado sob o regime de ocupação.**

**- A impossibilidade jurídica do pedido não ocorre quando a pretensão não tem amparo legal, como afirma a peça recursal, mas quando o ordenamento jurídico expressamente veda sua dedução em Juízo, a exemplo do art. 814 do atual Código Civil.**

**- O fato de o imóvel estar inserido em loteamento ou inscrito no registro imobiliário não implica o reconhecimento de aforamento enfiteutico. Prevalece, in casu, a certidão emitida pela Delegacia de Patrimônio da União, onde se informa que o terreno em questão está sendo utilizado sob o regime de ocupação.**

**- "É possível a aquisição do domínio útil de bens públicos em regime de aforamento, via usucapião, desde que a ação seja movida contra particular, até então enfiteuta, contra quem se opera**

***rá a prescrição aquisitiva, sem abranger o domínio útil da União” (Súmula 17 deste Tribunal).  
- Apelação improvida.***

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 30 de novembro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Cuida-se de ação de usucapião de domínio útil de imóvel sito em terreno de marinha nesta capital.

Integraram a lide como réus a Base Construtora S.A. e a União.

A sentença julgou improcedente a pretensão porque o terreno em apreço se encontraria sendo utilizado sob o regime de ocupação, conforme documento emitido pela Delegacia do Patrimônio da União e trazido aos autos pelos próprios autores.

A apelação arguiu nulidade da sentença por não ter apreciado a preliminar de impossibilidade jurídica suscitada. Afirma que a decisão supera essa preliminar para depois reconhecê-la em sede de mérito, julgando improcedente o pedido. Aduz que, por isso, os fundamentos da sentença não levam à conclusão por ela adotada na parte dispositiva, faltando-lhe, assim, coerência lógico-jurídica. No mérito, alega que acostou certidão do cartório de imóveis afirmando que o bem em questão era da propriedade de Humberto Abdalla, o que indicaria que o domínio útil do imóvel não é da União e a existência de aforamento, uma vez que a simples ocupação não gera direito real passível de ser inscrito no Registro Imobiliário. Assevera que a área do terreno que se pretende usucapir o domí-

nio útil encontra-se inserida no Loteamento Jardim Continental, no bairro de Boa Viagem. Como o art. 1º do Decreto-Lei nº 58/37 exige que o loteador seja proprietário do imóvel que pretende alienar, sustenta que não poderia o terreno em apreço ter sido loteado e vendido por mero ocupante. Conclui que não pode o Juízo negar fé a um documento público emitido pelo competente cartório de imóveis.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

A impugnação da apelação refere-se à parte da sentença que assim afirma:

A preliminar de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido confunde-se com o mérito que passo agora a examinar.

Alegam os apelantes que o Juízo monocrático deveria, ao entender ser o caso de impossibilidade jurídica do pedido, ter extinguido o processo sem exame do mérito e não julgado a pretensão improcedente como ocorreu.

Eis os termos da apelação:

O notório equívoco operado no *decisum* denota-se, inclusive, pelo erro de arguição quanto à improcedência do pedido por falta de prova do aforamento, pela União Federal, quando o correto seria impossibilidade jurídica, pois, se a alegação é falta de amparo na lei para o pedido, isto é matéria de preliminar.

Entretanto, a impossibilidade jurídica do pedido não ocorre quando a pretensão não tem amparo legal, como afirma a peça recursal, mas quando o ordenamento jurídico expressamente veda sua dedução em Juízo. Um exemplo de impossibilidade jurídica do pedido se encontra no art. 814 do novo Código Civil, *in verbis*:

As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdedente é menor ou interdito.



A pretensão será juridicamente possível, embora improcedente, se lhe faltar amparo jurídico. Assim, o fato de a parte autora não ter o direito subjetivo reclamado implica a improcedência do pedido, como entendeu o julgador *in casu*.

Rejeito, portanto, a preliminar de nulidade da sentença.

Passo à análise do mérito.

Alegam os apelantes que a certidão do Cartório de Registro de Imóveis implica o necessário reconhecimento da existência de aforamento enfiteutico do terreno de cujo domínio útil se pretende ver reconhecida a aquisição. Isso porque não poderia ser registrada nesse cartório a simples ocupação, mas apenas a propriedade. Também asseveram que o fato de a área estar inserida no Loteamento Jardim Continental é prova do aforamento do bem, uma vez que o Decreto-Lei 58/37 exige que o loteador seja proprietário do imóvel que pretende alienar.

Essa matéria já foi apreciada por todos os órgãos julgadores desta Casa, restando assim firmada:

Acórdão

Origem: TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO

Classe: AC - Apelação Cível - 362986

Processo: 200505000196629 UF: PE

Órgão Julgador: Primeira Turma

Data da decisão: 18/08/2005

Documento: TRF500101622

Fonte: DJ - Data: 13/09/2005 - Página: 485 - Nº: 176

Relator(a): Desembargador Federal Francisco Wildo

Decisão: UNÂNIME

Ementa

CIVIL. CONSTITUCIONAL. USUCAPIÃO. DOMÍNIO ÚTIL. TERRENO DE MARINHA. AFORAMENTO. NÃO COMPROVAÇÃO.

- *Omissis*.

- É possível a aquisição, pela via da usucapião, de domínio útil de bem imóvel pertencente à União, não havendo violação a preceito constitucional, pois o usucapião, *in casu*, incide sobre o domínio útil. Todavia, o aforamento deve ser comprovado, não podendo ser presumido simplesmente pelo fato de o bem encontrar-se inscrito no registro imobiliário, como de "propriedade" da ocupante.

- Se há prova nos autos de que se trata de imóvel submetido às con-

dições próprias da ocupação, não há que se falar na possibilidade de usucapião de domínio útil.

- Apelação improvida.

Acórdão

Origem: TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO

Classe: AC - Apelação Cível - 332031

Processo: 200305000329499 UF: PE

Órgão Julgador: Segunda Turma

Data da decisão: 06/04/2004

Documento: TRF500083325

Fonte: DJ - Data: 25/05/2004 - Página: 671 - Nº: 99

Relator(a): Desembargador Federal Francisco Cavalcanti

Decisão: UNÂNIME

Ementa

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE USUCAPIÃO. NULIDADES (INCOERÊNCIA E OMISSÃO). INEXISTÊNCIA. TERRENO ACRESCIDO DE MARINHA. DOMÍNIO ÚTIL. AFORAMENTO. NÃO DEMONSTRADO. REGIME DE OCUPAÇÃO. COMPROVADO. IMPOSSIBILIDADE DE USUCAPIR. NULIDADE DE REGISTRO CARTORÁRIO. DESNECESSIDADE. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO.

1. Ação de usucapião ajuizada com espeque no art. 183, da CF/88, com vistas à aquisição de domínio útil de imóvel que estaria aforado.

2. Não configurada qualquer incongruência ou incompatibilidade lógica entre os fundamentos e a proclamação, tendo, o Magistrado *a quo*, apenas entendido que analisar a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido implicaria em adentrar no próprio mérito da demanda. Correção do posicionamento adotado pelo Julgador. A prefacial enseja discussões atinentes à natureza pública do bem, inclusive no que toca ao regime jurídico em que se encontra o imóvel, obstativa da usucapião. Não há que se falar em extinção do feito sem julgamento do mérito. Houve, explicitamente, análise do pedido deduzido.

3. Inexistiu omissão no julgado guerreado. Diante dos documentos coligidos aos autos, inclusive da certidão do cartório imobiliário, entendeu o Juízo de Primeiro Grau que restou comprovada a ocupação, não acolhendo, em decorrência, a pretensão. Cuidou-se, pois, de exercício interpretativo e de mensuração de provas.

4. Os terrenos de marinha e seus acrescidos pertencem à União, a teor do art. 20, VII, da CF/88, e do art. 1º do Decreto-Lei nº 9.760/46. Outrossim, apenas poderão ser objeto de usucapião se a pretensão aquisitiva visar apenas o domínio útil e correr contra anterior titular desse direito, sob regime de aforamento, não alcançando o domínio direto do ente público (dualidade dominial). Nesse sentido, inclusive,

foi editada, por esta Corte Regional, a Súmula nº 17.

5. O aforamento deve ser comprovado, não podendo ser presumido simplesmente pelo fato de o bem encontrar-se inscrito no registro imobiliário, como de “propriedade” da ocupante, sobretudo diante da asseveração constante da certidão cartorária, no sentido de que “o Cartório se vê na impossibilidade de certificar se houve assentamento de outras cessões, ou de qualquer outro ônus, referente ao Imóvel acima citado, posto que o livro 8, correspondente, acha-se danificado pelo decurso do tempo (...)”. Não se olvide que a enfiteuse de imóveis da União está sujeita a uma disciplina rigorosa – arts. 99-124 do Decreto-Lei nº 9.760, de 05.09.1946, e Lei nº 9.636, de 15.05.1998 –, dependendo, a sua existência, de autorização legal ou do poder público (“A utilização do terreno sob regime de aforamento dependerá de prévia autorização do Presidente da República, salvo se já permitida em expressa disposição legal”), o que, no caso, não restou evidenciado. Muito ao contrário, há prova nos autos de que se trata de imóvel submetido às condições próprias da ocupação.

6. Mostra-se desnecessária a declaração de nulidade do registro cartorário, quanto manifesto o regime de ocupação.

7. Cuidando-se de terreno de marinha acrescido em regime de ocupação, inadmissível a usucapião.

8. Pelo não provimento da apelação.

Acórdão

Origem: TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO

Classe: EIAC - Embargos Infringentes na Apelação Cível - 296.212/01

Processo: 20008300009835801 UF: PE

Órgão Julgador: Pleno

Data da decisão: 02/03/2005 Documento: TRF500096575

Fonte: DJ - Data: 08/06/2005 - Página: 1762 - Nº: 108

Relator(a): Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro

Decisão: UNÂNIME

Ementa

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO. AÇÃO DE USUCAPIÃO. REGIME DE OCUPAÇÃO. TERRENO DE MARINHA.

Pelo Decreto-Lei nº 9.760, de 05/09/46, os bens imóveis da União, podem ser objeto de utilização em serviço público, locação, aforamento enfiteutico, cessão, ocupação legal, não se há falar em domínio direto e domínio útil, pois somente é admitida essa dualidade dominial no aforamento enfiteutico.

No caso presente há loteamento e ocupação do imóvel sem existência de enfiteuse, situação que impede o deferimento do pleito de usu-

capião almejado pela parte autora.

O voto vencedor baseou-se no entendimento de que a simples indicação na escritura do imóvel que se trata de terreno de marinha já ensejaria a presunção da enfiteuse, posto que se de ocupação clandestina se tratasse não haveria registro imobiliário.

Embargos infringentes providos.

Acórdão

Origem: TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO

Classe: AC - Apelação Cível - 329913

Processo: 200305000303140 UF: PE

Órgão Julgador: Terceira Turma

Data da decisão: 05/08/2004 Documento: TRF500093779

Fonte: DJ - Data: 30/03/2005 - Página: 973 - Nº: 60

Relator(a): Desembargador Federal Manuel Maia

Decisão: UNÂNIME

Ementa

JULGAMENTO CONJUNTO DE PRELIMINAR E MÉRITO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. USUCAPIÃO DE DOMÍNIO ÚTIL. TERRENO ACRESCIDO DE MARINHA. INEXISTÊNCIA DE AFORAMENTO. REGIME DE OCUPAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

I - Inexiste nulidade na sentença que, em razão de confusão entre “preliminar” e mérito, julga improcedente o pedido autoral analisando conjuntamente tais aspectos.

II - Não há impedimento, constitucional ou legal, para aquisição de domínio útil de terreno de marinha e/ou acrescido por meio de usucapião, desde que o detentor de tal domínio não seja pessoa jurídica de direito público.

III - Sendo o imóvel usucapiendo utilizado por particular, sob o regime de ocupação, detém a União o domínio pleno do terreno e contra tal ente se dirige a pretensão de aquisição da propriedade.

IV - O regime de enfiteuse público ou aforamento é, assim como na extinta enfiteuse do direito privado, instituto que se constitui por meio de contrato solene, não se podendo presumir sua existência sem tal instrumento.

V - A inexistência de prova do aforamento, constatando-se, de outro modo, que o domínio pleno do terreno pertence à União, é inadmissível sua aquisição por usucapião, em decorrência do que prescreve o art. 183, parágrafo 3º, da Constituição Federal e o art. 200 do Decreto-Lei 9.760/46.

V - Recurso a que se nega provimento.

Destarte, o fato de o imóvel estar inserido em loteamento ou inscrito no registro imobiliário não implica o reconhecimento de aforamento enfiteutico. Prevalece, *in casu*, a certidão de fl. 6, emitida pela Delegacia de Patrimônio da União, onde se informa que o loteamento em questão está sob o regime de ocupação.

Como bens públicos não podem ser usucapidos, não há como reconhecer a prescrição aquisitiva do domínio útil do imóvel em questão, porque pertencente à União.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

### **APELAÇÃO CÍVEL Nº 353.664-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-  
LIANO

Apelantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL -  
INSS, SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MI-  
CROS E PEQUENAS EMPRESAS DE ALAGOAS -  
SEBRAE/AL E SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO  
(ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DO ESTADO DE  
ALAGOAS) - SESC/AL

Apelado: CENTRO DE NEFROLOGIA DE MACEIÓ S/C LTDA.  
CENEFRON

Repte.: PROCURADORIA DO INSS

Advs./Procs.: DRS. ANDRÉA LYRA MARANHÃO E OUTROS  
E GERALDO PIMENTEL DE LIMA E OUTRO  
(APTES.) E MARCELO HENRIQUE BRABO MAGA-  
LHÃES E OUTROS (APDO.)

**EMENTA: TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SO-  
CIAL PARA O SESC, SENAC E SEBRAE. EM-  
PRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS MÉDICOS  
E HOSPITALARES. PRELIMINARES. ILEGITIMI-  
DADE PASSIVA AD CAUSUM. SEBRAE/AL. LITIS-  
CONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. PRES-  
CRIPTION QÜINQUÊNAL. REJEITADAS. ART. 577  
DA CLT. EXIGIBILIDADE.**

**- O SEBRAE/AL, órgão interno dentro da divisão administrativa do SEBRAE, detém legitimidade para a defesa dos interesses ora em conflito, devendo integrar, juntamente com o INSS, órgão arrecadador e fiscalizador, o pólo passivo da lide. Não é pois o caso de litisconsórcio passivo necessário, seja com o SEBRAE nacional, seja com o SEBRAE das demais unidades federativas.**

**- É decenal e não quinquenal o prazo de prescrição do direito de pleitear a restituição de tributos e contribuições pagas indevidamente, por estarem, in casu, sujeitos a lançamento por homologação, a teor da interpretação sistemática dos arts. 150, § 4º, e 168, ambos do Código Tributário Nacional.**

**- O art. 577 da CLT foi recepcionado pela Nova Carta, reafirmando sua eficácia plena.**

**- As empresas prestadoras de serviços, possuindo natureza comercial, em face do moderno conceito de empresa, exercendo atividades organizadas com fins lucrativos, estão enquadradas no plano sindical da Confederação Nacional do Comércio, conforme a classificação disposta no art. 577 da CLT e seu Anexo II, mais especificamente, quanto às prestadoras de serviços médicos e hospitalares, no Grupo 5 (cinco) - (Hospitais, Clínicas e Casas de Saúde), incluídas, assim, entre as que devem recolher contribuição para o SESC/SENAC. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.**

**- O SEBRAE tem como objetivo o desenvolvimento das micro e pequenas empresas; todavia, a respectiva contribuição é recolhida, também, das empresas de médio e grande porte, por estarem todas ligadas a essa política de apoio, eis que participam todas do mesmo contexto econômico, fazendo parte do setor produtivo que se quer, afinal, proteger e implementar com vis-**

**tas ao desenvolvimento nacional.**

**- A contribuição ao SEBRAE foi instituída como adicional às contribuições devidas ao SENAI, SENAC, SESI e SESC, todas de arrecadação compulsória, sendo certo que a empresa, como contribuinte da Previdência Social, é também contribuinte de uma dessas entidades de que trata o art. 1º do DL 2318/86, estando, assim, sujeita ao pagamento da contribuição devida ao SEBRAE, posto que acessória. Apelações do SEBRAE/AL e do SESC providas.**

**- Apelação do INSS provida, em parte.**

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento às apelações do SEBRAE/AL e do SESC e, em parte, à apelação do INSS, 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 dezembro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Apelações interpostas pelo Instituto Nacional da Seguridade Nacional - INSS, SEBRAE/AL e SESC/AL contra CENEFRON - Centro de Nefrologia de Maceió S/C Ltda., em face da sentença que julgou procedente os pedidos de reconhecimento da ilegalidade da cobrança das contribuições devidas para o financiamento do SESC, SENAC e SEBRAE, por se tratar de empresa prestadora de serviços médicos, e não de estabelecimento comercial, não

filiada à entidade sindical submetida à Confederação Nacional do Comércio; não possuir natureza comercial, não sendo, portanto, contribuinte das exações destinadas para o SESC e SENAC, bem como para o SEBRAE. Foram rejeitadas as preliminares de ilegitimidade passiva do INSS e de prescrição.

Os réus foram condenados a restituir os valores indevidamente recolhidos como contribuições para o SESC e o SENAC, acrescidos de juros e de correção monetária, a partir do recolhimento indevido, ficando a restituição do INSS, órgão que arrecada e repassa as contribuições recolhidas, retendo 1% (um por cento) sobre os valores arrecadados, limitada à obrigação de restituir à autora/apelada, os valores referentes a tal percentual, retido ao instante da arrecadação e do repasse das contribuições aos beneficiários - SESC/SENAC.

Na apelação, a Autarquia Previdenciária, alega ter ocorrido a prescrição quinquenal, em face do disposto nos art. 1º do Decreto nº 20.910/1932, art. 2º do Decreto-Lei 4.597/1942, e art. 168, I, c/c o art. 165, I, ambos do Código Tributário Nacional - CTN.

No mérito, aduz, em síntese, que, a teor do disposto no art. 3º do Decreto-Lei nº 9.853/46 e no art. 4º do Decreto-Lei 8.621/46, as empresas prestadoras de serviços médicos – que desenvolvem, sim, atividades comerciais –, em face do moderno conceito de empresa, estão vinculadas às entidades sindicais subordinadas à Confederação Nacional do Comércio, de acordo com o quadro de atividades anexas ao art. 577 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, sendo, portando, legítima a exigência da contribuição da autora/apelada para o SESC/SENAC e, por corolário, a obrigação de contribuir para o SEBRAE.

Embargos declaratórios, com efeitos modificativos, interpostos pelo SEBRAE/AL às fls. 434/437, sob o argumento de ter havido omissão na sentença embargada, que não teria apreciado a preliminar de ilegitimidade passiva da embargante e o novo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça - STJ quanto à matéria discutida nos autos. Os embargos foram conhecidos e providos, em parte, para, em face do argumento de ser necessário o litisconsórcio do SEBRAE nacional com todas as demais unidades regionais, negar provimento (fls. 451/452), por considerar que o



SEBRAE/AL é pessoa jurídica de direito privado, detentora de patrimônio jurídico e obrigações próprias, e submete-se à jurisdição, em face da discussão do direito versado na presente lide.

Contra-razões do CENEFRON ao recurso de apelação interposto pelo INSS às fls. 466/480.

Na apelação interposta pelo SEBRAE/AL – fls. 483/501 –, aduz-se, em preliminar, a ilegitimidade passiva *ad causum* do apelante, por ser este apenas um ente de cooperação da União, que não cobra e não arrecada, e que recebe, apenas, pequena fração da verba oriunda da contribuição instituída pela União, e que é destinada ao SEBRAE nacional, que direciona, somente em um segundo momento, parte do montante, rateado entre os SEBRAE’S regionais.

Pediu-se que, caso assim não fosse entendido, que fosse formado o litisconsórcio passivo necessário entre o INSS, o SEBRAE nacional e os SEBRAE’S dos demais estados da Federação.

No mérito, pugnou-se pela legitimidade da contribuição destinada ao SEBRAE, com a possibilidade da cobrança da contribuição das empresas prestadoras de serviços.

O SESC também apelou – fls. 505/532. Contra-razões do CENEFRON à apelação interposta pelo SESC às fls. 541/557.

É o relatório. Dispensada a revisão.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Anoto, de início, no tocante à alegação do Serviço Brasileiro de Apoio às Micros e Pequenas Empresas de Alagoas - SEBRAE/AL, sobre a ilegitimidade passiva *ad causum*, e, caso assim não se entender, da necessidade da formação de litisconsórcio passivo necessário entre o INSS, o SEBRAE nacional, e os SEBRAE’S dos demais estados da federação, que cumpre ver que, em se tratando de recolhimento de contribuições destinadas à manutenção do SESC, do SENAC e do SEBRAE, o produto da arrecadação da exigência instituída pela União é recolhido pelo INSS, que o destina ao SEBRAE nacional; este, à sua vez, direciona, em

um segundo momento, parte do montante, rateando-o entre os SEBRAE'S regionais.

Assim, o SEBRAE/AL, órgão interno dentro da divisão administrativa do SEBRAE, reúne legitimidade para a defesa dos interesses ora em conflito, devendo integrar, juntamente com o INSS, órgão arrecadador e fiscalizador, o pólo passivo da relação processual, não sendo o caso, pois, de litisconsórcio passivo necessário, seja com o SEBRAE nacional, seja com o SEBRAE das demais unidades federativas.

No que tange ao argumento suscitado pela Autarquia Previdenciária – o da prescrição quinquenal do direito de pleitear a restituição das contribuições pagas indevidamente, a contar do pagamento –, é pacífico o entendimento, nos Tribunais pátrios, de cuidar-se de prazo decenal, e não quinquenal, por se cuidar de contribuições sujeitas a lançamento por homologação, consoante defluiu de interpretação sistemática do disposto nos arts. 150, § 4º, e 168, ambos do Código Tributário Nacional - CTN.

Neste sentido, e abrangendo as preliminares suscitadas, confira-se:

TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. PRELIMINARES. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. SEBRAE/PE. INSS. SESC. SENAC. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRESCRIÇÃO QÜINQUENAL. REJEITADAS. CONTRIBUIÇÃO PARA O SESC, SENAC E O SEBRAE. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. ART. 577 DA CLT E SEU ANEXO II. ATIVIDADES LUCRATIVAS. TEORIA DA EMPRESA. EXIGIBILIDADE.

**- A preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* do Sebrae/PE não merece guarida, uma vez que os Sebraes das unidades federativas são destinatários de 45% dos recursos advindos da contribuição, além de gerir, planejar e coordenar as ações desenvolvidas pelo Sebrae no âmbito de sua circunscrição territorial, conforme art. 9º da Lei nº 8.029/90 – segundo a orientação do C. Superior Tribunal de Justiça, a Autarquia Previdenciária, é parte legítima a figurar na qualidade de litisconsorte passivo necessário, por ser órgão arrecadador e fiscalizador da contribuição em tela (art. 94 da Lei nº 8.212/91).**

- Em relação à preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* suscitada pelo Sesc e o Senac em peça conjunta, essas entidades são as destinatárias da contribuição em tela, tendo, dessa forma, legitimidade para figurar na lide.  
(...)

- **Quanto à preliminar da prescrição, é cediço que, tratando-se de tributos sujeitos a lançamento por homologação, deve-se observar o disposto no parágrafo 4º do art. 150 do CTN. Somando-se este prazo àquele estabelecido no artigo 168 do CTN, temos que o direito a pleitear a restituição dos valores recolhidos indevidamente, a título das exações em comento, extingue-se em 10 anos.**

(...)

- Preliminares rejeitadas. Apelação a que se nega provimento. (Tribunal - Quinta Região. AMS - 200083000092800/PE, Segunda Turma, Decisão: 28/08/2003, DJ - Data: 27/10/2003. Página: 540. Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira ) - destaquei.

TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. PRELIMINARES. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DO INSS. PRAZO DECADENCIAL. REJEITADAS. CONTRIBUIÇÃO PARA O SESC E SENAC. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES. ART. 577 DA CLT E SEU ANEXO II. ATIVIDADES LUCRATIVAS. TEORIA DA EMPRESA. EXIGIBILIDADE.

- **Segundo a orientação do c. Superior Tribunal de Justiça, a Autarquia Previdenciária é parte legítima a figurar na qualidade de litisconsorte passivo necessário, por ser órgão arrecadador e fiscalizador da contribuição em tela (art. 94 da Lei nº 8.212/91).**

- **Quanto à preliminar de prescrição, é cediço que, tratando-se de tributos sujeitos a lançamento por homologação, deve-se observar o disposto no § 4º do art. 150 do CTN. Somando-se este prazo àquele estabelecido no artigo 168 do CTN, temos que o direito a pleitear a restituição dos valores recolhidos indevidamente, a título, das exações em comento, extingue-se em 10 anos.**

- Já dispunha a nossa legislação, Lei nº 8.934/94, conforme art. 2º, ser o lucro a causa determinante para que as empresas mercantis e atividades afins procedessem o seu

Registro Público, a dar importantes passos à introdução em nosso código civil da “Teoria da Empresa” e, por conseguinte, enfraquecer a ultrapassada dicotomia entre sociedades civis e sociedades mercantis que prevalecia na “Teoria dos Atos de Comércio”.

- As empresas prestadoras de serviços médico-hospitalares, entre outras atividades, estão sujeitas à cobrança da contribuição para os serviços sociais autônomos em tela, porque enquadradas no art. 577 da CLT e seu anexo II, vinculadas ao sistema sindical, recepcionados pelos supracitados diplomas constitucionais e, ainda, devido ao fato de auferirem lucro – por força de seus atos constitutivos –, à luz do conceito moderno de empresa.

- Com a entrada em vigor do novel Código Civil, Lei nº 10.406/2002, em seu art. 966 que tem por inspiração a Teoria da Empresa, resulta inelutável que as contribuições para os serviços sociais autônomos são exigíveis das sociedades que possuem fins lucrativos, como é o caso das apeladas, que se dedicam à prestação de serviços em caráter profissional, consideradas modernamente como mercantis.

- Preliminares rejeitadas.

- Remessa oficial e apelação providas. (Tribunal - Quinta Região, AMS - 200185000050061 /SE. Primeira Turma. Decisão: 06/11/2003. DJ - Data::17/02/2004 . Página: 440. Nº: 33. Desembargador Federal José Maria Lucena) -destaquei.

TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS, DO SEBRAE NACIONAL E DO SESC/SENAC. ILEGITIMIDADE DAS UNIDADES REGIONAIS DO SEBRAE PARA FIGURAR NO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA. CONDIÇÃO DE ASSISTENTE. CONTRIBUIÇÃO AO SESC, SENAC E SEBRAE. COOPERATIVA. EMPRESAS DE MÉDIO E GRANDE PORTE. EXIGIBILIDADE. SESCOOP. VERBA HONORÁRIA.

(...)

2. Competindo à Autarquia Previdenciária as atribuições de arrecadação, bem como sendo o SEBRAE destinatário da contribuição, consoante dispõe o art. 8º da Lei 8.029/90, configuram ambos partes legítimas no pólo passivo da demanda.

3. Sendo o SESC e o SENAC destinatários das contribui-

ções *sub judice* arrecadadas pelo INSS, são parte passiva legítima.

**4. Desnecessária a presença dos SEBRAE's regionais no feito, porquanto são meros desdobramentos do órgão central. Todavia, podem atuar como assistente litisconsorcial.**

(...)

11. Verba honorária fixada em R\$ 1.000,00 a favor de cada réu. (Tribunal - Quarta Região, AC - 200171020035077 / RS, Segunda Turma, Decisão: 27/09/2005, DJU Data:26/10/2005. Página: 487, Relator Dirceu de Almeida Soares) - destaquei.

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO/DECA-DÊNCIA DO INDÉBITO FISCAL. INSTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PARA O SEBRAE MEDIANTE LEI ORDINÁRIA. CONSTITUCIONALIDADE. LEGALIDADE DA COBRANÇA, TAMBÉM, DAS EMPRESAS DE MÉDIO E GRANDE PORTE. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO INSS, DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO FEDERAL E DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO SEBRAE DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL COMO LITIS-CONSORTES NECESSÁRIOS REJEITADAS.

(..)

**4. Os órgãos regionais do SEBRAE não são litisconsortes passivos necessários, tendo em vista que o produto da arrecadação da contribuição é recolhido pelo INSS ao SEBRAE nacional, e, a teor do que dispõe o art. 11 da Lei nº 8.154, de 28 de dezembro de 1990, compete ao Conselho Deliberativo do citado Serviço gerir as receitas, distribuindo-as aos órgãos dos Estados e do Distrito Federal.**

**5. Em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo quinquenal para pleitear a repetição de indébito, seja por via de devolução em espécie ou por compensação, deve ser contado da homologação, a qual, quando tácita, só ocorre 5 (cinco) anos após o pagamento indevido ou a maior, sendo ônus do Fisco demonstrar a data da eventual homologação expressa.**

(...)

8. Apelos do SEBRAE e do INSS e remessa, tida por in-

terposta, providos, em parte.

9. Apelo da autora não provido. (TRF - Primeira Região. AC - 199934000390064/DF. Sétima Turma. Decisão: 9/8/2005. *DJ* Data: 26/8/2005. Página: 84, Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva) - destaquei.

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. ART. 8º, § 3º DA LEI N. 8.029/1990. CONSTITUCIONALIDADE.

(...)

2.Devem integrar o pólo passivo o órgão arrecadador – INSS – e o órgão beneficiário da exação – SEBRAE – uma vez que ambos serão alcançados pela decisão, tratando-se de litisconsórcio passivo necessário, nos termos do artigo 47 do CPC.

**3. Desnecessária a citação do SEBRAE NACIONAL, do SEBRAE das demais unidades federativas – SEBRAE/UF e do Distrito Federal – SEBRAE/DF, pois o SEBRAE/SP detém legitimidade para a defesa dos interesses ora em conflito, sendo suficiente sua presença exclusiva, pois não é caso de litisconsórcio necessário como alegado.**

(...)

10. Preliminares Rejeitadas. Remessa oficial, tida por ocorrida, e apelações do INSS e do SEBRAE providas. Apelação da autora prejudicada. (Tribunal - Terceira Região. AC 200161200077903 /SP, Terceira Turma. Decisão: 03/11/2004. *DJU* Data: 17/11/2004. Página: 133. Juiz Márcio Moraes) - destaquei.

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO DO SEBRAE/MG. INEXISTÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PARA O SEBRAE. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. CONSTITUCIONALIDADE.

**1. A jurisprudência desta Corte vem entendendo ser dispensável a citação dos entes regionais do SEBRAE, em razão do disposto no art. 11 da Lei 8.154/90. (Nesse sentido: AMS 2001.38.00.007542-0/MG, Rel. Desembargador Federal Catão Alves, Rel. p/ Acórdão Desembargador Federal Tourinho Neto, Sétima Turma, *DJ* de 21/01/2005, p.15).**

(...)

4. Apelações e remessa oficial providas. (TRF - Primeira Região, AMS - 200038000133220 /MG, Oitava Turma, Decisão: 29/3/2005. *DJ Data*: 27/5/2005. Página: 48. Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Sousa) - destaquei

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. ART. 8º, § 3º DA LEI N. 8.029/1990. CONSTITUCIONALIDADE.

1. Cabível o reexame obrigatório, sendo inaplicável o art. 475, § 2º, do CPC, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 10.352/2001, considerando que o valor controvertido é superior a 60 (sessenta) salários mínimos.

**2. Devem integrar o pólo passivo o órgão arrecadador – INSS – e o órgão beneficiário da exação – SEBRAE –, uma vez que ambos serão alcançados pela decisão, tratando-se de litisconsórcio passivo necessário, nos termos do artigo 47 do CPC.**

**3. Desnecessária a citação do SEBRAE NACIONAL, do SEBRAE das demais unidades federativas – SEBRAE/UF e do Distrito Federal – SEBRAE/DF, pois o SEBRAE/SP detém legitimidade para a defesa dos interesses ora em conflito, sendo suficiente sua presença exclusiva, pois não é caso de litisconsórcio necessário como alegado.**

(...)

10. Preliminares rejeitadas. Remessa oficial, tida por ocorrida, e apelações do INSS e do SEBRAE providas. Apelação da autora prejudicada. (Tribunal - Terceira Região, AC 200161200077903 /SP. Terceira Turma. Decisão: 03/11/2004. *DJU Data*: 17/11/2004. Página: 133. Juiz Márcio Moraes) - destaquei.

Superados esses empecos de ordem processual, passo à análise do mérito. A pretensão do autor/apelado é no sentido de ver reconhecido o direito de não se submeter ao recolhimento das contribuições destinadas à manutenção do SESC, do SENAC e do SEBRAE.

Os Decretos-Leis nºs 9.853/46 e 8.621/46, em seus arts. 1º, ao atribuírem à Confederação Nacional do Comércio o encargo de

criar o SESC - Serviço Social do Comércio, tendo como finalidade planejar e executar medidas que contribuam para o bem-estar social e a melhoria do padrão de vida dos comerciários, e SENAC - Serviço Nacional de Aprendizagem, estabeleceu, ainda, em seus arts. 3º e 4º, respectivamente, que tal contribuição será devida pelos estabelecimentos comerciais enquadrados nas entidades sindicais subordinadas à Confederação Nacional do Comércio, nos termos do art. 577, da CLT.

Outrossim, as empresas prestadoras de serviços, possuindo natureza comercial, em face do moderno conceito de empresa, exercendo atividades organizadas com fins lucrativos, estão enquadradas no plano sindical da Confederação Nacional do Comércio, conforme a classificação disposta no art. 577 da CLT, e seu Anexo II, mais especificamente, quanto ao apelado, no Grupo 5 (cinco) - (Hospitais, Clínicas e Casas de Saúde), incluídas, assim, entre as que devem recolher contribuição para o SESC/SENAC.

Neste diapasão, nada impede que uma empresa, embora prestadora de serviços, mas, constituída sob a forma comercial, seja sujeito passivo da obrigação de recolher as contribuições para o SESC e o SENAC.

A primeira Seção do egrégio Superior Tribunal de Justiça sedimentou o mesmo entendimento acerca da matéria, conforme se observa no seguinte aresto:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O SESC E SENAC. ENTIDADE HOSPITALAR. ENTIDADE VINCULADA À CONFEDERAÇÃO CUJA INTEGRAÇÃO É PRESSUPOSTO DA EXIGIBILIDADE DA EXAÇÃO. RECEPÇÃO DO ART. 577, CLT E SEU ANEXO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONTRIBUIÇÃO COMPULSÓRIA CONCRETIZADORA DA CLÁUSULA PÉTREA DE VALORIZAÇÃO DO TRABALHO E DIGNIFICAÇÃO DO TRABALHADOR. EMPRESA COMERCIAL. AUTOQUALIFIFICAÇÃO, MERCÊ DOS NOVOS CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO DO CONCEITO. VERIFICAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA LEI À LUZ DO PRINCÍPIO DE SUPRADIREITO DETERMINANDO A APLICAÇÃO DA NORMA AOS FINS SOCIAIS A QUE SE DESTINA, À LUZ DE SEU RESULTADO, REGRAS MAIORES DE HERMENÊUTICA E APLICAÇÃO DO DIREITO.



**1 - As empresas prestadoras de serviços médicos e hospitalares estão incluídas dentre aquelas que devem recolher, a título obrigatório, contribuição para o SESC e para o SENAC, porquanto enquadradas no plano sindical da Confederação Nacional do Comércio, consoante a classificação do artigo 577 da CLT e seu anexo, recepcionados pela Constituição Federal (art. 240) e confirmada pelo seu guardião, o STF, a assimilação no organismo da Carta Maior.**

2 - Deveras, dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 240, que: “Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.”

3 - As contribuições referidas visam a concretizar a promessa constitucional insculpida no princípio pétreo da “valorização do trabalho humano” encartado no artigo 170 da Carta Magna, *verbis*: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, (...)”.

4 - Os artigos 3º do Decreto-Lei 9853, de 1946, e 4º do Decreto-Lei 8621/46 estabelecem como sujeitos passivos da exação em comento os estabelecimentos integrantes da Confederação a que pertence e sempre pertenceu a recorrente (artigo IAPC; DL 2381/40), conferindo “legalidade” à exigência tributária.

5 - Os empregados do setor de serviços dos hospitais e casas de saúde, ex-segurados do IAPC, antecedente orgânico das recorridas, também são destinatários dos benefícios oferecidos pelo SESC e pelo SENAC.

**6 - As prestadoras de serviços que auferem lucros são, inequivocamente, estabelecimentos comerciais, quer por força do seu ato constitutivo, oportunidade em que elegeram o regime jurídico próprio a que pretendiam se submeter, quer em função da novel categorização desses estabelecimentos, à luz do conceito moderno de empresa.**

7 - O SESC e o SENAC têm como escopo contribuir para o bem-estar social do empregado e a melhoria do padrão de vida do mesmo e de sua família, bem como implementar o aprimoramento moral e cívico da sociedade, benefi-

ciando todos os seus associados, independentemente da categoria a que pertençam.

8 - À luz da regra do art. 5º da LICC – norma supralegal que informa o direito tributário, a aplicação da lei, e nesse contexto a verificação se houve sua violação, passa por esse aspecto teleológico-sistêmico, impondo-se considerar que o acesso aos serviços sociais, tal como preconizado pela Constituição, é um “direito universal do trabalhador”, cujo dever correspectivo é do empregador no custeio dos referidos benefícios.

9 - Consectariamente, a natureza constitucional e de cunho social e protetivo do empregado das exações *sub judice* implica em que o empregador contribuinte somente se exonere do tributo quando integrado noutro serviço social, visando a evitar relegar ao desabrigo os trabalhadores do seu segmento, em desigualdade com os demais, gerando situação anti-isonômica e injusta.

10 - A pretensão de exoneração dos empregadores quanto à contribuição compulsória em exame recepcionada constitucionalmente em benefício dos empregados encerra arbítrio patronal, mercê de gerar privilégio abominável aos que através da via judicial pretendem dispor daquilo que pertence aos empregados, deixando à calva a ilegitimidade da pretensão deduzida.

11 - Recurso Especial improvido. (STJ, REsp 20020046 184-1/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 25/11/2002) - destaquei.

Outro não é o entendimento desta egrégia Corte Regional, conforme se pode depreender das ementas a seguir transcritas, confira-se:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS DESTINADAS AO SESC, SENAC E SEBRAE. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES. ENTIDADE VINCULADA À CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO. ART. 577 DA CLT. SEBRAE. NATUREZA JURÍDICA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. DESNECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR PARA A SUA INSTITUIÇÃO. EMPRESA COMERCIAL DE MÉDIO OU GRANDE PORTE. EXIGIBILIDADE.

**1. As empresas prestadoras de serviços médicos e hospitalares, em razão da classificação do quadro**

**anexo ao art. 577 da Consolidação das Leis do Trabalho, fazem parte do plano sindical da Confederação Nacional do Comércio, estando obrigadas a recolher as contribuições para o SESC e para o SENAC. 2. São considerados estabelecimentos comerciais as empresas prestadoras de serviços desde que auferam lucros em razão do moderno conceito de empresa.**  
(...)

7. Apelação do INSS e remessa oficial providas.

8. Apelações do SESC, SENAC e SEBRAE prejudicadas. (Tribunal - Quinta Região. AC - 200284000056314/RN, Segunda Turma. Decisão: 09/11/2004. DJ - Data: 23/02/2005. Página: 666. Nº: 36. Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima ) - destaquei

**TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O SESC, SENAC E SEBRAE. HOSPITAL. PRESTADORA DE SERVIÇOS. NOVOS CONCEITOS DA ATIVIDADE EMPRESARIAL. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA.**

1 - Trata-se de ação ordinária, onde se requer a repetição do indébito da contribuição a título de SEBRAE, sob o fundamento de que se trata de empresa estritamente civil, voltada para a prestação de serviços médicos e hospitalares e, portanto, não é beneficiária das ações empreendidas pelo SEBRAE.

**2 - A atividade de prestação de serviços, por se tratar de atividade empresarial, em consonância com os novos seguimentos do Direito Comercial, é caracterizada como sendo prática de ato de comércio, tendência esta que visa ao alargamento do perfil do antigo comerciante, em face da necessidade de se estudar tal perfil sempre ao lado dos novos conceitos da atividade empresarial.**

3 - “As prestadoras de serviços que auferem lucros são, inequivocamente, estabelecimentos comerciais, quer por força do seu ato constitutivo, oportunidade em que elegeram o regime jurídico próprio a que pretendiam se submeter, quer em função da novel categorização desses estabelecimentos, à luz do conceito moderno de empresa”. (STJ - REsp 431347/SC)

**4 - Portanto, são contribuintes do SESC, do SENAC e do SEBRAE as empresas prestadoras de serviços, dentre elas, os estabelecimentos hospitalares.**

5 - Apelação improvida, para manter a sentença. (Tribunal - Quinta Região, AC - 200083000199552 /PE, Segunda Turma, Decisão: 05/10/2004, DJ - Data: 25/11/2004 - Página: 434 - Nº: 226. Desembargador Federal Petrucio Ferreira) - destaquei.

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PARA O SESC, SENAC E SEBRAE. LEGALIDADE DA COBRANÇA ATUALMENTE PACIFICADA NO SEIO DO STJ. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA. TEORIA DA EMPRESA. ART. 966 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (LEI Nº 10.406/2002). AGRAVO DE INSTRUMENTO DO INSS PROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL AUTÁRQUICO PREJUDICADO.

1. As empresas prestadoras de serviços estão obrigadas ao recolhimento das contribuições sociais para o SESC, para o SENAC e para o SEBRAE, em conformidade com a Teoria da Empresa, inaugurada no ordenamento jurídico pátrio com a entrada em vigor do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002, art. 966). Precedentes do STJ (Recurso Especial nº 431.347 - SC - Primeira Seção), onde a legalidade de dita cobrança está atualmente pacificada.

**2. De acordo com a novel teoria em vigor, as contribuições para os serviços sociais autônomos (SESC, SENAC E SEBRAE) são exigíveis das sociedades que possuem fins lucrativos, como é o caso da impetrante, que se dedica à prestação de serviços médicos em caráter profissional, considerados modernamente como mercantis.**

(...)

4. Agravo de instrumento autárquico provido. Agravo regimental do INSS prejudicado. Decisão monocrática vergastada que se reforma. (Tribunal. Quinta Região, AG - 2002 05000288651/PB. Primeira Turma, Decisão: 17/06/2004. DJ - Data: 05/07/2004. Página: 871. Nº: 127, Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante) - destaquei

Quanto à exigibilidade da contribuição instituída como uma majoração às contribuições devidas ao SESC/SENAC, SESI/SENAI e SEST/SENAT, as empresas obrigadas ao recolhimento das contribuições devidas a essas entidades também estão obrigadas ao recolhimento da contribuição em favor do SEBRAE, consoante o disposto no art. 8º, § 3º, da Lei nº 8.029/90, com a redação dada

pela Lei nº 8.154/90, c/c o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.318/86.

Em que pese possuir o SEBRAE o objetivo do desenvolvimento das micro e pequenas empresas, não vislumbro qualquer óbice ao recolhimento da contribuição pelas empresas de médio e grande porte. Com efeito, a contribuição é exigida de todas as empresas justamente para que sejam alcançados os objetivos do próprio SEBRAE, de incentivo ao desenvolvimento de micro e pequenas empresas, pois não seria lógico que, com esse propósito, fosse exigir a exação somente do setor menos favorecido.

Entendo não ser relevante o fato de a empresa se enquadrar ou não no conceito legal de micro ou pequena empresa, eis que não se trata de contribuição de interesse de categoria econômica, que exija filiação, mas de contribuição de intervenção no domínio econômico, que dispensa contraprestação direta.

Por oportuno, revestem-se de caráter acessório as contribuições sociais para o SEBRAE, sendo irrelevante a sua destinação, finalidade e natureza, razão pela qual a circunstância de constituir, ou não, em contribuição parafiscal especial de intervenção no domínio econômico não tem o condão de afastar o seu caráter acessório, não se fazendo necessário, *in casu*, a existência de contraprestação.

Esforçado nessas razões, dou provimento às apelações do SEBRAE/AL e do SESC, e, em parte, à apelação do INSS, para reconhecer a legalidade da cobrança das contribuições devidas ao financiamento do SESC, SENAC e SEBRAE pelas empresas prestadoras de serviços médicos.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 365.398-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO CAVALCANTE  
Apelante: UNIÃO  
Apelada: RITA MARIA DE OLIVEIRA LIMA  
Adv./Proc.: DR. SÉRGIO ADRIANO RIBEIRO SOBREIRA (APDA.)

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. DESCONTO CONSIGNADO EM FOLHA DE PAGAMENTO. SUPRESSÃO DO DESCONTO SEM COMUNICAÇÃO AOS INTERESSADOS. CANCELAMENTO DO CONTRATO. DANO MATERIAL VERIFICADO. CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR.**

*- Apelação interposta contra sentença que condenou a União a indenizar a parte postulante pelo dano causado em decorrência de ato administrativo que suprimiu dos contracheques do servidor os descontos consignados referentes aos Contratos de Seguro firmados com a CAPEMI, resultando na exclusão do segurado dos referidos planos e, conseqüentemente, a perda do direito dos beneficiários aos prêmios dos seguros, quando da ocorrência do óbito do contratante, cuja indenização foi fixada no valor equivalente ao somatório das apólices de seguro CAPEMI (Contratos nºs 00037419298 e 00060183209) na data do sinistro (óbito do segurado).*

*- No caso dos autos, constata-se que a consignação firmada pelo de cujus, a CAPEMI e a parte ré vinha ocorrendo mensalmente através dos descontos efetuados nos contracheques até ulterior cancelamento pela Administração, que alegou ter suprimido tais descontos por força do Decreto nº 1.903/96, que estipulou a margem*

**consignável em até 30% (trinta por cento) dos vencimentos do servidor, sem, no entanto, fazer qualquer comunicação à consignatária CAPEMI, que cancelou os contratos de seguro, dada a inadimplência por mais de 90 (noventa) dias, nem ao servidor segurado, que teve seus contratos cancelados, suportando todo prejuízo do montante investido ao longo do tempo.**

**- Conforme asseverado pelo ilustre Magistrado a quo, poderia acontecer o cancelamento das consignações facultativas, tanto no interesse do servidor, quanto da consignatária ou da própria Administração, com base nas disposições do Decreto nº 1.903/96, vigente à época do fato em discussão, exigindo explicitamente que o cancelamento por parte do servidor ou da consignatária fosse mediante solicitação formal (pedido escrito). Dessa forma, antes da Administração proceder tal cancelamento seria necessária uma prévia comunicação formal aos interessados ou, no mínimo, ao servidor, oportunidade em que poderia optar pela supressão de outros descontos para se ajustar à margem consignável dos 30% (trinta por cento), sem que lhe resultassem sérios prejuízos, como ocorreu.**

**- Destarte, tendo sido comprovado o evento causador do dano material suportado pela parte demandante e o nexó de causalidade entre essas circunstâncias e a conduta praticada pelo agente público, é de se reconhecer que estão presentes os elementos justificadores da reparação civil pelos danos causados, cuja indenização arbitrada pelo Magistrado a quo apresenta-se razoável, proporcional ao dano sofrido.**

**- Não se aplica, ao caso, o disposto na MP nº 2.180-35 (24.08.2001), que acrescentou o art. 1º-F ao texto da Lei nº 9.494/97, fixando os juros de mora no percentual de 6% ao ano, tendo em vista que não se trata de condenação imposta à**

***Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores ou empregados públicos, mas de indenização decorrente da responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados por seus agentes, agindo nessa qualidade.***

***- Apelação e remessa oficial improvidas.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 9 de novembro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO CAVALCANTE - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO CAVALCANTE:

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta em face da sentença proferida às fls. 88/91, pelo MM. Juiz Federal Substituto da 10ª Vara/CE, Dr. Nagibe de Melo Jorge Neto, que julgou procedente o pedido deduzido na peça exordial, para condenar a União ao pagamento, a título de indenização pelo dano material suportado pela parte postulante, do valor equivalente ao somatório das apólices de seguro CAPEMI (Contratos nºs 00037419298 e 00060183209) na data do sinistro (óbito do segurado), acrescido da correção monetária e juros de mora fixados no percentual de 6% (seis por cento) ao ano, a contar da citação até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a partir de quando deverá incidir apenas a taxa SELIC, condenando, ainda, a parte demandada em honorários advocatícios fixados no percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação.



Nas razões de seu apelo, a parte apelante pugnou pela total reforma da sentença singular, argumentando, em síntese, que a mesma, da forma como foi proferida, contrariou a lei, a doutrina e a jurisprudência de nossos tribunais, uma vez que a cessação dos descontos referentes aos planos de previdência privada se deu em respeito ao princípio da legalidade do qual o administrador público não pode se afastar, ou seja, a suspensão dos descontos consignados em folha de pagamento ocorreu em razão da aplicação das disposições contidas no Decreto 1.903/96, que limitou a margem consignável em 30% (trinta por cento) dos vencimentos do servidor, alegando que referida suspensão foi aceita pelo servidor em vida, tendo em vista que diante da supressão dos descontos referentes aos seguros consignados de seus contra-cheques não compareceu à CAPEMI para dar continuidade ao seu plano de previdência privada. Ao final, requereu que, na eventualidade de improvimento de seu recurso, seja a sentença reformada para afastar a aplicação da taxa SELIC, por ser incabível ao caso.

Apresentadas as contra-razões.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO CAVALCANTE (Relator):

Consoante salientado no relatório, trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou procedente o pedido deduzido na peça exordial, para condenar a União ao pagamento, a título de indenização pelo dano material suportado pela parte postulante, do valor equivalente ao somatório das apólices de seguro CAPEMI (Contratos nºs 00037419298 e 00060183209) na data do sinistro (óbito do segurado), acrescido da correção monetária e juros de mora fixados no percentual de 6% (seis por cento) ao ano, a contar da citação até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a partir de quando deverá incidir apenas a taxa SELIC, condenando, ainda, a parte demandada em honorários advocatícios fixados no percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação.

A questão envolve a interpretação a ser dada ao artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que estabelece, *in verbis*:

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:

(...).

**§ 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.**

Alexandre de Moraes, na sua obra *Direito Constitucional* (Editora Atlas, 5ª edição, págs. 322/323), comentando o citado dispositivo constitucional, assim leciona:

(...).

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

O Supremo Tribunal Federal, em relação à responsabilidade civil do Poder Público, afirma:

*A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compre-*

*endem: (a) a alteridade do dano; (b) a causalidade material entre o eventus damni e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público; (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417).*

*O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que **admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima** (RDA 137/233 - RTJ 55/50). (Destaquei).*

Por sua vez, o Código Civil prevê:

**Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.**

No caso dos autos, verifica-se que a controvérsia posta à apreciação judicial consiste na indenização do Poder Público em decorrência de dano provocado por ato administrativo que suprimiu dos contracheques do servidor os descontos consignados referentes aos Contratos de Seguro nºs 00037419298 e 00060183209, resultando na perda do direito aos prêmios dos seguros contratados, quando da ocorrência do óbito do contratante.

Conforme consta dos autos e narrado pela sentença *a quo*, a consignação firmada pelo *de cuius* e a parte ré vinha ocorrendo mensalmente através dos descontos efetuados nos contracheques, até ulterior cancelamento pela Administração, que alegou ter suprimido tais descontos por força do Decreto nº 1.903/96, que estipulou a margem consignável em até 30% (trinta por cento) dos vencimentos do servidor, sem, no entanto, fazer qualquer comunicação à consignatária CAPEMI, que cancelou os contratos de se-

guro, dada a inadimplência por mais de 90 (noventa) dias, nem ao servidor segurado, que teve seus contratos cancelados, perdendo todo o investimento efetuado ao longo do tempo.

Analisando as disposições contidas no Decreto 1.903/96, para o deslinde da questão, o MM. Juiz *a quo*, com propriedade, assim se pronunciou, *verbis*:

*(...). Segundo o Decreto n° 1.903/96 vigente à época do fato em discussão, observa-se que o cancelamento das consignações facultativas poderia ocorrer, tanto no interesse do servidor, quanto da consignatária ou da Administração. Contudo, exige explicitamente o sobredito decreto que o cancelamento por parte do servidor ou da consignatária seja mediante solicitação formal (pedido escrito). Nesse contexto, é plausível asseverar que implicitamente estaria também a Administração obrigada a comunicar formalmente aos atingidos acerca do seu interesse ou obrigação legal de cancelamento das consignações facultativas. Aliás, o próprio senso comum aponta para necessária e prévia notificação dos interessados.*

*Portanto, evidencia-se que a Administração poderia, no seu interesse, cancelar a discutida consignação. Porém, antes de tal cancelamento, seria necessária uma prévia comunicação formal aos interessados ou, no mínimo, ao servidor.*

*Assim, revelam-se presentes os requisitos configuradores da responsabilidade objetiva do Poder Público por ato da Administração, uma vez que ocorreu o dano (privação dos beneficiários do estipulante ao recebimento do seguro de vida), o nexa causal (inadimplemento das contribuições à CAPEMI, por força do cancelamento da consignação facultativa, sem prévio aviso ao ex-servidor). Verificado o nexa de causalidade entre o fato e o dano dele decorrente, não há como negar-se a responsabilidade objetiva de indenizar a parte autora.*

*(...).*

Com razão o Magistrado *a quo*. À luz da Teoria do Risco Administrativo, a responsabilidade objetiva do Estado impõe a indenização, desde que verificado o nexa causal entre o evento danoso e a ação ou omissão do agente público, sem culpa da outra parte, pois houve a comprovação de um dano, o nexa de causalidade,

sendo causador o agente público, agindo nessa qualidade, caracterizada, portanto, a responsabilidade objetiva do Estado.

De outra parte, não guarda razoabilidade a tentativa da União de se eximir da responsabilidade pela sua negligência, a partir da alegação de que a culpa é exclusivamente da parte autora, uma vez que, quando comunicado o *de cuius* da supressão dos descontos dos seguros consignados, através de seus contracheques, o mesmo não esboçou qualquer manifestação contrária nem procurou dar continuidade aos pagamentos mensais, tendo em vista que não houve qualquer comunicação ao servidor quanto à suspensão dos descontos consignados, oportunidade em que poderia optar por qual ou quais descontos seriam cancelados, pois, se sua margem se encontrava além dos 30% (trinta por cento) permitidos, era porque havia a anuência da Administração, o que poderia ter sido ajustado sem causar prejuízo ao servidor.

Portanto, verificando-se a existência donexo causal, sem culpa da outra parte, resta caracterizada a responsabilidade objetiva do Estado, impondo-se o dever de indenizar o prejudicado.

A sentença está em conformidade com a jurisprudência a respeito da questão. Confirmam-se os seguintes julgados:

INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO CAUSADO A ALUNO POR OUTRO ALUNO IGUALMENTE MATRICULADO NA REDE PÚBLICA DE ENSINO. PERDA DO GLOBO OCULAR DIREITO. FATO OCORRIDO NO RECINTO DE ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL. CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO. INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL DEVIDA. RÉU NÃO CONHECIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL.

- A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva

do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público.

- Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417).

- O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 - RTJ 55/50). (...). (STF - RE109615 – UFRJ - Rel. Min. Celso de Mello - DJ02-08-1996 PP-25785);

ADMINISTRATIVO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. VEÍCULO PERTENCENTE À FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. PISTA MOLHADA. VELOCIDADE E DISTÂNCIA DE SEGURANÇA INCOMPATÍVEIS COM AS CONDIÇÕES DA VIA. AÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO DETERMINANTE EXCLUSIVA DA COLISÃO. NEXO CAUSAL DEMONSTRADO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR.

**1. A Constituição da República de 1988, em seu art. 37, § 6º, adotou a teoria da responsabilidade objetiva da Administração por atos de seus agentes.**

**2. Para caracterização da responsabilidade da Administração, deve o lesado demonstrar a ação/omissão administrativa, o dano e a existência de nexo causal entre um e outro, prescindindo-se da existência de elementos subjetivos por parte do agente público.**

3. (...)

6. Demonstrado o nexo causal entre a ação estatal e o dano material, acolhe-se o pedido e fixa-se a indenização em R\$ 3.060,00 (três mil e sessenta reais), referentes ao valor de mercado do veículo da apelante acrescido do reembolso das despesas com serviço de reboque.

7. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

8. Apelação provida. (TRF da 1ª Região: AC nº 1999.34.00.027267-0/DF - Relatora Desembargadora Federal Sele-  
ne Maria de Almeida - DJ de 12.05.2005) (destacado);

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. VEÍCULO DA MARINHA. DANOS MATERIAIS. INDENIZAÇÃO.

**1. Pela teoria da responsabilidade objetiva, art. 37, § 6º, da CF, disposição também prevista no art. 107 da Constituição de 1967, com a EC/69, vigente à época dos fatos, faz-se necessária tão-somente a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta do agente público, que esteja agindo nessa qualidade, e o evento danoso, abstraindo-se da apreciação de culpa.**

2. (...).

3. Apelação e remessa *ex officio* improvidas. (TRF da 1ª Região: AC nº 95.01.04935-3/DF - Relator Juiz Federal Jamil Rosa de Jesus (Convocado) - DJ de 19.12.2000).

Quanto aos juros de mora, não se aplica ao caso o disposto na MP nº 2.180-35 (24.08.2001), que acrescentou o art. 1º-F ao texto da Lei nº 9.494/97, fixando os juros de mora no percentual de 6% ao ano, tendo em vista que não se trata de condenação imposta à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores ou empregados públicos, mas de indenização decorrente da responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados por seus agentes, agindo nessa qualidade.

Diante do exposto e reportando-me aos argumentos e fundamentos utilizados na r. decisão *a quo*, retrotranscrita, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 369.368-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
Apelantes: COMPANHIA TÊXTIL PÉ DE SERRA E UNIÃO  
Apelados: OS MESMOS  
Advs./Procs.: DRS. EVANDRO FERREIRA DOS SANTOS E OUTROS

***EMENTA: CIVIL E ADMINISTRATIVO. PROJETO DE INTERESSE PARA O DESENVOLVIMENTO DO NORDESTE. FINANCIAMENTO DO FINOR. RESOLUÇÃO Nº 9.839/86. REPASSE DE VERBAS. SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES. MODIFICAÇÃO DA SISTEMÁTICA. SUBSCRIÇÃO DE DEBÊNTURES. DIREITO ADQUIRIDO AO REGIME ANTERIOR. INEXISTÊNCIA. ADESÃO DA PARTE BENEFICIÁRIA DE LIVRE E ESPONTÂNEA VONTADE. VÍCIO DE VONTADE (COAÇÃO) NÃO CARACTERIZADO. PERCENTUAL DE PARTICIPAÇÃO. TETO. CORREÇÃO MONETÁRIA.***

***- A Resolução nº 9839/86 considerou o projeto da empresa autora de interesse para o desenvolvimento do Nordeste e, portanto, merecedor da colaboração financeira do FINOR - Fundo de Investimentos do Nordeste. Tal normatização foi estabelecida nos moldes do Decreto-Lei nº 1.376/74, vigente à época, o qual, a despeito de prever que os recursos do FINOR seriam aplicados sob a forma de subscrição de ações e de participação societária (caput do art. 4º), também albergou a hipótese de se autorizar a aplicação de recursos desse fundo em debêntures conversíveis ou não em ações, em situações excepcionais.***

***- Após firmado o vínculo jurídico entre as partes, passou a vigorar a Lei nº 8.167/91, que modificou os critérios de liberação dos recursos de investimento emanados do FINOR, passando a prever a subscrição de debêntures emitidas pela***



**empresa beneficiária como única forma através da qual ocorreria o repasse de verbas/recursos pelo FINOR (art. 5º).**

**- Tais mudanças nas regras de repasse do FINOR são perfeitamente plausíveis e, portanto, aceitáveis, em razão do princípio basilar de proteção ao interesse público que move todas as vertentes da Administração Pública, e que, no caso em apreço, visa a garantir a exequibilidade e a manutenção do sistema.**

**- Ausência de coação por parte da Administração Pública para que a empresa se adequasse a essas novas determinações legais, pois a ela foi comunicada a alteração determinada por lei na forma de repasse dos investimentos do FINOR e lhe foi dada a possibilidade de escolher entre permanecer ao sistema vinculado ou dele sair e tentar outra maneira de obter recursos para concluir o seu projeto.**

**- Não há como garantir à empresa autora a manutenção do regime anterior (subscrição de ações nominativas sem direito a voto), sob o manto do direito adquirido, porque essa nova sistemática visou a munir o FINOR de garantias de retorno do dinheiro público investido em projetos de particulares, diminuindo as perdas e tornando o Fundo auto-sustentável, bem como porque a legislação anterior – Decreto-Lei nº 1.376/74 – já previa a possibilidade de a SUDENE eleger a subscrição de debêntures como forma de aplicação dos recursos do FINOR.**

**- A jurisprudência desta corte já se posicionou pela constitucionalidade da Lei 8.167/91, prescindindo-se da instauração do incidente de inconstitucionalidade, suscitado nos autos e na tribuna pelo ilustre advogado da Companhia Têxtil Pé de Serra.**

**- A Resolução nº 9.839/86 não estabeleceu um percentual fixo de investimentos do FINOR na-**

***quele projeto, mas apenas fixou um teto máximo dessa participação, que não poderia ultrapassar, “em nenhuma hipótese, a 49,1% das inversões totais consideradas pela SUDENE como necessárias à implantação do empreendimento” (item III).***

***- Desarrazoada se mostra a tentativa da União de se eximir do pagamento da atualização monetária incidente sobre as verbas destinadas pelo FINOR ao investimento da postulante, sob o argumento de a nova política econômica implantada pelo Plano Real ter atingido a estabilização da moeda nacional.***

***- A atualização monetária não consiste num acréscimo ao valor principal, mas, tão-somente, numa mera atualização do valor da moeda, sendo cabível, portanto, a sua aplicação independentemente da política econômica adotada pelo Governo Federal, até porque, ao não se agregar o valor da correção monetária ao montante principal, estar-se-á impingindo à parte beneficiária dos recursos do FINOR o ônus de recebê-los em parcelas fixas, passíveis de corrosão pelo desgaste inflacionário.***

***- Correção monetária pela TJLP - Taxa de Juros de Longo Prazo.***

***- Apelações e remessa obrigatória improvidas.***

## **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 à remessa obrigatória, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 30 de novembro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de ação ordinária promovida pela Cia. Têxtil Pé de Serra contra a União, no intuito de impugnar a alteração implementada na forma de aporte dos recursos a ela destinados pelo FINOR - Fundo de Investimentos do Nordeste, após a aprovação de seu projeto – empreendimento destinado à produção de fios de algodão para vestuário localizado em Araripina/PE – pela antiga SUDENE, através da Resolução nº 9.839, de 31 de outubro de 1986, que o considerou de interesse para o desenvolvimento do Nordeste e como merecedor da colaboração financeira daquele fundo.

Argumenta a empresa autora ter sido compelida a aceitar a nova sistemática de repasse dos recursos do FINOR ao seu empreendimento que, por força da Lei nº 8.167/91, passou a ser feita mediante a subscrição de debêntures, quando, nos moldes do que fora contratado inicialmente, deveria permanecer através da subscrição de ações nominativas sem direito a voto. Reclama, então, o respeito ao direito adquirido ao regime anterior.

Outras questões também são suscitadas pela empresa requerente na petição inicial, as quais foram geradas em razão da alteração das “cláusulas condicionantes” contidas na Resolução nº 9.839. E, com fulcro nessa modificação, pleiteia a empresa autora: a) que seja declarada a inconstitucionalidade do art. 22 da Lei nº 8.167/91 e do art. 26 do Decreto nº 101/91; b) que seja a ação julgada procedente para: anular as cláusulas contidas no Parecer Interno nº DAI/IND-II-062/91, que determinaram as mudanças na forma de aporte dos recursos do FINOR, ajustado através da Resolução nº 9.839, transmutando de participação societária para empréstimo, por meio da emissão de debêntures; como consequência disso, obrigar a União a subscrever ações preferenciais, de emissão da autora, em substituição às debêntures, nos moldes do art. 4º do Decreto-Lei nº 1.376/74; condenar a União a devolver à autora os valores que foram indevidamente retirados de sua conta para liquidação das parcelas e juros e resgate relativo às debêntures; declarar inaplicáveis às debêntures, em caso de

não se nulificarem as cláusulas contidas no Parecer Interno nº DAI/IND-II-062/91, a cobrança dos “custos básicos” adicionados pelo Parecer DAI/ATT-11/97 e que o *dies a quo* para o início da exigibilidade de obrigações relativas às debêntures seja a data da implantação do projeto; determinar que a União observe o percentual de participação do FINOR no repasse de recursos (49,05%) e que proceda à correção monetária; e, por fim, determinar que o saldo a que a empresa postulante tem direito de receber do FINOR até 31.08.2001 seja repassado à autora sob a forma de subscrição de ações preferenciais sem direito a voto, conforme preconizado pelo Decreto-Lei nº 1.376/74; além de condenar a União pelos danos causados à autora em função do descumprimento de cláusulas contratuais.

Ao julgar a lide, a ilustre Magistrada sentenciante acolheu parcialmente os pedidos para *condenar a ré a restituir à demandante os valores apurados a título de correção monetária dos recursos a ela enviados em razão do aditamento negocial realizado em 9/10/1997, considerando-se o termo final de tais repasses como sendo a última data de liberação de recursos do Fundo (29/9/1999)*. Entretanto, em relação ao demais pleitos, a ilustre juíza os considerou improcedentes.

Inconformada com a decisão meritória, a empresa promovente interpôs recurso de apelação reafirmando as razões contidas na petição inicial. Argumenta que **todas as normas vigentes antes da promulgação da Lei 8.167 apenas facultavam às empresas beneficiárias optarem pelo recebimento das aplicações dos recursos sob a forma de financiamento ou debêntures, estando, porém, o exercício deste direito condicionado a pedido formulado pela empresa beneficiária e o seu acatamento pela SUDENE** (o grifo é do original). Afirma que foi compelida a aceitar a nova sistemática de aportes de recursos do FINOR. Pugna, portanto, pela confirmação da sentença no tocante à correção monetária e à sua reforma em relação aos demais pontos para que: seja declarada a inconstitucionalidade do art. 22 da Lei nº 8.167/91 e do art. 26 do Decreto nº 101/91; seja decretada a nulidade das cláusulas que determinaram a mudança da forma de aporte dos recursos do FINOR, ajustada através da Resolução nº 9.839/86, para que volte o FINOR a subscrever ações preferenciais em subs-

tituição às debêntures; seja a União impelida a observar o percentual de participação do FINOR na mobilização de recursos em prol do empreendimento da apelante; e, por fim, que o saldo remanescente em favor da autora, a ser repassado pelo FINOR, seja aportado através da subscrição de ações preferenciais sem direito a voto, conforme estatuído no Decreto-Lei nº 1.376/74.

A União também apela para postular a reforma da sentença no tocante à sua condenação no pagamento de correção monetária à empresa requerente. Sustenta que a Resolução nº 9.839, em seu item IX, c, autorizava a Secretaria Executiva da SUDENE a ajustar o calendário de inversões e desembolso de recursos às reais necessidades do empreendimento. Assim, não haveria o alegado atraso na liberação dos recursos.

Contra-razões.

Relatei.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

A presente contenda tem como cerne a discussão acerca da possibilidade ou não de a Administração Pública, no caso a União, na qualidade de sucessora legal da SUDENE, implementar alterações no regime jurídico estabelecido a uma determinada empresa que, através da aprovação de projeto de viabilidade técnico-econômico-financeiro de determinado empreendimento, passa a contar com a colaboração financeira do FINOR - Fundo de Investimentos do Nordeste, sob a forma de participação societária.

Passo, então, ao exame da lide.

De fato, a Resolução nº 9.839/86 considerou o projeto da empresa autora – empreendimento destinado à produção de fios de algodão para vestuário em Araripina/PE – de interesse para o desenvolvimento do Nordeste e, portanto, merecedor da colaboração financeira do FINOR.

Nessa mesma resolução, foi estabelecido, no item III, que a participação inicial dos recursos advindos do FINOR não poderia ultrapassar, em hipótese alguma, a 49,1% das inversões totais

consideradas pela SUDENE como necessárias à implantação do empreendimento (fl. 63).

Tal normatização, criadora de um liame entre a empresa requerente e o Poder Público, foi estabelecida nos moldes do Decreto-Lei nº 1.376/74, vigente à época, o qual, a despeito de prever que os recursos do FINOR seriam aplicados sob a forma de subscrição de ações e de participação societária (*caput* do art. 4º), também albergou a hipótese de se autorizar a aplicação de recursos desse fundo em debêntures conversíveis ou não em ações, em situações excepcionais.

Assim, em respeito aos ditames legais vigentes à época, o regime instituído para a empresa autora, para fins de repasse de verbas provenientes do FINOR, foi o da subscrição de ações, através de participação societária.

Acontece que, após firmado o vínculo jurídico entre as partes envolvidas no presente feito, passou a vigorar a Lei nº 8.167/91, que modificou os critérios de liberação dos recursos de investimento emanados do FINOR. Segundo essa nova disciplina legal, a subscrição de debêntures emitidas pela empresa beneficiária passou a ser a única forma através da qual ocorreria o repasse de verbas pelo FINOR (art. 5º).

Essa novel diretriz terminou por abarcar a situação da empresa autora, quando o Conselho Deliberativo da SUDENE, através da Resolução nº 10.659, passou a enquadrá-la na nova sistemática de liberação de recursos.

Acontece, porém, que, diversamente do que alega a postulante, não houve coação por parte da Administração Pública para que a empresa Cia. Têxtil Pé de Serra se adequasse a essas novas determinações legais. Ao contrário, a ela foi comunicada a alteração, determinada por lei, na forma de repasse dos investimentos do FINOR, e lhe foi dada a possibilidade de escolher entre permanecer no sistema a que se encontrava vinculada ou dele sair e tentar outra maneira de obter recursos para concluir o seu projeto. Portanto, não há que se falar em vício no ato de vontade do representante da empresa requerente, ao aderir à nova forma de repasse de verbas – através da emissão de debêntures –, pois tal se deu de livre e espontânea vontade daquele (*sponte sua*).

A União, ao contestar, afirma que as empresas titulares de projetos incentivados pelo FINOR e cuja implantação se encontrava em curso quando da edição da Lei nº 8.167/91 tiveram opção de celebrar novo acordo de incentivos financeiros, adequando-se a essa nova realidade, ou de concluir o empreendimento utilizando-se de outras fontes de recursos.

Vale ressaltar que tais mudanças nas regras de repasse do FINOR são perfeitamente plausíveis e, portanto, aceitáveis, tendo-se em mente o princípio basilar de proteção ao interesse público que move todas as vertentes da Administração Pública, e que, no caso em apreço, visa a garantir a exequibilidade e a manutenção do sistema. Sobre esse fato, vale trazer a lume considerações expostas na contestação da União, que explicam o motivo da edição da Lei nº 8.167/91.

*Aliás, o grau de comprometimento das chances de retorno dos investimentos feitos pelo Fundo chegou a tal ponto, que, no ano de 1990, o Governo Federal pensou seriamente em encerrar definitivamente as atividades de fomento do FINOR.*

*(...)*

*Foi preciso um exercício bastante insistente de persuasão política por parte dos agentes interessados e da própria SUDENE, junto ao Poder Executivo Federal, para que fosse reativado o FINOR, por meio da Lei nº 8.167/91. Esta lei, com a nova sistemática de emprego dos recursos do Fundo que trouxe, foi objeto de ampla negociação entre toda a classe política, e o próprio empresariado com a Presidência da República.*

*(...)*

*Essas negociações culminaram na edição da Lei nº 8.167/91, que a autora inquina de inconstitucional, mas que, na realidade, nada fez senão revestir e cintar de maiores garantias e cautelas as operações com os dinheiros e recursos do FINOR, visando a dotar a SUDENE, gerenciadora do mesmo FINOR, de instrumentos capazes de garantir o retorno dos investimentos feitos, minorando as perdas com aplicações infrutíferas e tendo por fim último tornar o Fundo auto-sustentável, após alguns anos sob a nova modalidade de funcionamento.*

Importa ainda afirmar que, se a autora se sentiu lesada pelas

alterações implantadas na sistemática de repasse de verbas do FINOR, deveria ter, naquele momento, demonstrado a sua consternação em relação a esse novel disciplinamento e não ter a ele aderido, como de fato o fez, tendo, inclusive, emitido inúmeras debêntures, e, somente anos mais tarde – mais de dez anos após –, vir impugnar tal sistema, exatamente quando se mostrava próxima a conclusão do empreendimento.

Noutra vertente, não há como garantir à empresa autora a manutenção do regime anterior (subscrição de ações nominativas sem direito a voto), sob o manto do direito adquirido. Primeiro porque, como dantes visto, essa nova sistemática visou a munir o FINOR de garantias de retorno do dinheiro público investido em projetos de particulares, diminuindo as perdas e tornando o Fundo auto-sustentável, o que legitima a aplicação das novas regras aos projetos em andamento. Segundo porque a legislação anterior – Decreto-Lei nº 1.376/74 –, em vigor no momento da celebração do negócio jurídico em 1986, já previa a possibilidade de a SUDENE eleger a subscrição de debêntures como forma de aplicação dos recursos do FINOR.

A jurisprudência desta c. Corte de Justiça também alberga esse entendimento, conforme se infere das ementas adiante reproduzidas.

CIVIL. RECURSOS DO FINOR. DIREITO ADQUIRIDO À EMISSÃO DE AÇÕES. INEXISTÊNCIA. ACEITAÇÃO DAS NOVAS REGRAS.

- Quando, voluntariamente, a empresa beneficiária do empréstimo emite as debêntures, adequando-se à nova determinação legal, realiza novo negócio jurídico, que deve ser regido pela nova sistemática.

- Alegar genericamente que foi “constrangida” a emitir as debêntures não é suficiente a caracterizar a coação, defeito que poderia anular a nova manifestação de vontade.

- Apelação improvida.

(Tribunal - Quinta Região, AC - 223.486/PE. Primeira Turma. Decisão: 16/09/2004. DJ - Data: 15/10/2004 - Página: 641 - Nº: 199. Desembargador Federal Francisco Wildo).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PEDIDOS CUMULADOS. DESNECESSÁRIA APRECIACÃO DE PEDIDOS DERIVADOS DO PROVIMENTO DO PEDIDO PRIN-



CIPAL. RECURSOS DO FINOR. PROJETO APROVADO QUANDO EM VIGOR O DECRETO-LEI 1.376/74. APLICABILIDADE DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 8.167/91. DIREITO ADQUIRIDO À EMISSÃO DE AÇÕES. INEXISTÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 8.167/91.

I. Firmada convicção pela improcedência do pleito, desnecessário avaliar os pedidos que derivam do pedido principal. Preliminar de nulidade da sentença afastada.

II. O art. 4º do Decreto-Lei 1.376/74, na redação do Decreto-Lei nº 2.304/86, sob a égide dos quais foi adquirido o direito aos incentivos fiscais, já previa a possibilidade de emissão de debêntures, como uma de suas opções, não havendo que se falar em afronta ao direito adquirido, vez que a norma inserta no art. 22 da Lei 8.167/91 não veio a conflitar com o sistema anterior. Há entendimento pacificado, nesse Tribunal, que a Lei 8.167/91 não viola direito adquirido ao dispor sobre a nova forma de garantia do financiamento previsto pelo FINOR.

III. A jurisprudência desta corte já se posicionou pela constitucionalidade da Lei 8.167/91.

IV. Apelação improvida.

(Tribunal - Quinta Região, AC - 358259/PE. Quarta Turma. Decisão: 29/11/2005. DJ - Data: 12/01/2006 - Página: 589. Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho).

Por esses motivos, também não há como se acolher a tese da inconstitucionalidade do art. 22 da Lei nº 8.137/91 e do art. 26 do Decreto nº 101/91, prescindindo-se da instauração do incidente de inconstitucionalidade, suscitado nos autos e na tribuna pelo ilustre advogado da Companhia Têxtil Pé de Serra.

Portanto, as alterações imputadas à Resolução nº 9.839/86 se mostram legais e legítimas. A uma, porque realizadas com supedâneo na legislação então em vigor – Lei nº 8.167/91 – que implantou nova sistemática de repasse de verbas pelo FINOR. A duas, porque efetivadas com a concordância da empresa autora, a qual passou a emitir debêntures em favor daquele Fundo.

Outrossim, no que tange ao percentual de participação dos recursos do FINOR no empreendimento da empresa autora, o qual, segundo ela, deveria ser da ordem de 49,05%, tenho a dizer que a Resolução nº 9.839/86 não estabeleceu um percentual fixo de investimentos do FINOR naquele projeto, mas apenas fixou um teto

máximo dessa participação, que não poderia ultrapassar, *em nenhuma hipótese, a 49,1% das inversões totais consideradas pela SUDENE como necessárias à implantação do empreendimento* (item III) (fl. 63).

Por seu turno, a decisão da douta Magistrada, no tocante à correção monetária dos repasses realizados pela FINOR, também não merece reparos.

A empresa requerente afirma que o aditamento negocial realizado em 9 de outubro de 1997 (fls. 111 e seguintes) não teria previsto o critério de atualização monetária a incidir sobre as parcelas a ela repassadas para fazer face às obras relativas ao investimento contratado, em desrespeito à diretriz estabelecida na Resolução nº 9.839/86.

Realmente, tal documento não fixou o índice de correção monetária a incidir sobre os repasses do FINOR, a despeito dos termos anteriormente contratados pelas partes e de a Lei nº 9.126/95, em seus arts. 3º e 4º – antes da revogação pela Lei nº 10.177/2001 –, ter previsto a aplicação da TJLP - Taxa de Juros de Longo Prazo sobre os valores das parcelas repassadas pelo Fundo.

Destarte, mesmo tendo a União tentado se eximir do pagamento da atualização monetária incidente sobre as verbas destinadas pelo FINOR ao investimento da postulante, alegando que *não procedeu à utilização, como fatores de correção monetária, de indexadores, em vista da nova política econômica implantada pelo Plano Real, por meio do qual se atingiu a estabilização da moeda nacional, sobretudo para fins de controle das despesas públicas, contribuindo-se, assim, para o equilíbrio orçamentário* (fl. 336), o fato é que a atualização monetária não consiste num acréscimo ao valor principal, mas, tão-somente, numa mera atualização do valor da moeda, sendo cabível, portanto, a sua aplicação independentemente da política econômica adotada pelo Governo Federal. Até porque, ao não se agregar o valor da correção monetária ao montante principal, estar-se-á impingindo à parte beneficiária dos recursos do FINOR o ônus de recebê-los em parcelas fixas, passíveis de corrosão pelo desgaste inflacionário.

Portanto, é devida à postulante a correção monetária sobre os valores dos repasses do FINOR.

E se o e. STJ, em inúmeros julgados, entendeu cabível a utilização dessa espécie de taxa de juros como índice de correção monetária, nos casos em que as partes assim pactuarem, não vejo obstáculo algum a que esse mesmo indexador seja aplicado nas situações previstas em lei, como é o caso retratado nos presentes autos.

Nesse sentido colhem-se os julgados proferidos no AGREsp nº 712.847-PR e no AGREsp nº 680.342-RS, entre outros.

Em face do exposto, nego provimento às apelações e à remessa obrigatória para confirmar a sentença.

Assim voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 372.851-SE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA  
Apelante: PAULO HUMBERTO LOPES DE LACERDA  
Apelada: UNIÃO  
Adv./Proc.: DR. RAIMUNDO JOSÉ DO NASCIMENTO (APTE.)

**EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO PRINCIPAL. CONCURSO PÚBLICO. TÉCNICO DE INFORMÁTICA. CANDIDATO APROVADO PARA PROVIMENTO DE CARGO EFETIVO. VAGA DESTINADA À REMOÇÃO. PRINCÍPIO DA ANTIGUIDADE.**

**- O princípio constitucional que garante a convocação do candidato aprovado em concurso público anterior, com preferência sobre os novos concursados, é o mesmo que deve garantir aos servidores, por questão de antiguidade, a remoção para outras localidades onde haja claros de lotação, prioritariamente sobre os futuros servidores que ingressarão na respectiva carreira.**

**- É possível à Administração, antes da abertura de concurso público, promover processo de re-**

***moção interna, para relocação de servidores em outras localidades, disponibilizando depois as localidades destinadas a concurso público.***

***- A vaga surgida no Estado de Sergipe antes da abertura do concurso, destinada à movimentação interna de servidor, não garante a nomeação de candidato classificado para o Estado do Maranhão.***

***- Apelação improvida.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 7 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA:

Trata-se de ação ordinária ajuizada por Paulo Humberto Lopes de Lacerda, perante a 2ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária de Sergipe, contra a União, objetivando a nomeação do autor no cargo de Técnico em Informática Nível Médio, Classe A, Padrão 1, para o qual foi aprovado no Concurso Público objeto do Edital nº 26, de 24/03/2004, em face da vaga surgida na esfera da PRT-20ª Região, no Estado de Sergipe, que havia sido destinada à remoção de servidor - fl. 24.

Em ação cautelar preparatória a esta ação, foi deferida liminar suspendendo a nomeação do agravado para o cargo de Técnico de Informática na cidade de São Luis do Maranhão e impedindo que fosse preenchida por remoção a vaga surgida no Estado de Sergipe.

Na contestação, a União sustentou que a vaga surgida no Estado de Sergipe foi destinada ao preenchimento por conveniência

do serviço, na hipótese de remoção interna, a pedido ou de ofício, conforme permitido à Administração em seu poder discricionário.

Anexou cópia do Ofício nº 070/DRH do Ministério do Trabalho, de 14 de janeiro de 2005, segundo o qual “a vaga existente neste MPT, de Técnico de Informática no Estado de Sergipe, não foi oferecida para o concurso público regido pelo Edital ESAF nº 26, de 24/03/2004, publicado no *DOU* de 25/03/2004, por ser vaga decorrente de vacância, a partir de 26/07/2004, do ex-servidor Sílvio Márcio Santos Nery, através da Portaria nº 229, publicada no *DOU* de 09/08/2004” - fls. 90/96 e 132.

Na réplica, o apelante ressaltou que a vacância no cargo para o qual foi aprovado ocorreu antes da sua nomeação para São Luís do Maranhão. Argúi os princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, isonomia e da boa-fé - 144/148.

A sentença julgou improcedente o pedido, por entender que o pedido ia de encontro ao edital do concurso em epígrafe - fls. 154/155.

Apela o autor, sustentando que o cargo para o qual obteve aprovação no concurso é compatível com o de vacância ocorrida a partir de 26/07/2004, no quadro da Procuradoria Regional do Trabalho - 20ª Região, do Ministério Público do Trabalho, antes da sua nomeação para o mesmo cargo, em São Luís do Maranhão.

Invoca o art. 37, IV, da CF/88, o art. 10 da Lei 8.112/90 e o art. 41 da Lei nº 8.666/93, bem como a inexistência do direito de a União utilizar a vaga surgida para remoção de servidor. Alega o dever da União de observar a classificação dos candidatos aprovados no certame - fls. 158/173.

Contra-razões às fls. 176/181.

É o relatório. Dispensada a revisão, determino a inclusão do processo em pauta.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA (Relator):

O Ofício nº 070/DRH do Ministério do Trabalho, de 14/01/2005, informa que “a vaga existente neste MPT, de Técnico de Informáti-

ca no Estado de Sergipe, não foi oferecida para o concurso público regido pelo Edital ESAF nº 26, de 24/03/2004, publicado no *DOU* de 25/03/2004, por ser vaga decorrente de vacância, a partir de 26/07/2004, do ex-servidor Sílvio Márcio Santos Nery, através da Portaria nº 229, publicada no *DOU* de 09/08/2004”, destinando-se à remoção interna de servidor.

O princípio constitucional que garante a convocação do candidato aprovado em concurso público anterior, com preferência sobre os novos concursados, é o mesmo que deve garantir aos servidores, por questão de antiguidade, a remoção para outras localidades onde haja claros de lotação, prioritariamente sobre os futuros servidores que ingressarão na respectiva carreira.

Seria contra-senso privilegiar, com a opção por localidades preferenciais, quem sequer ainda é servidor, em detrimento daqueles que ingressaram no serviço mais remotamente.

Entendo que antes da abertura de concurso público deva ser, primeiramente, dada opção aos servidores de relocação em outras localidades, para, só depois, disponibilizar as localidades destinadas a concurso público, considerando que na remoção não há provimento de cargo, mas movimentação de servidores dentro do quadro de pessoal.

Aplico o entendimento retro à hipótese, pois a vacância deu-se em 26/07/2004, não obstante posterior à abertura do concurso público em comento (Edital ESAF nº 26, de 24/03/2004), cuja vaga a Administração destinou à remoção de servidor interno, no legítimo uso de seu poder discricionário.

Destaco o seguinte acórdão:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUDITOR FISCAL DO TESOUREIRO NACIONAL. CONCURSO DE REMOÇÃO. NÃO-HABILITAÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE VAGAS OFERTADAS A CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. PRIORIDADE DE OPÇÃO PELOS SERVIDORES MAIS ANTIGOS. CONTROLE JUDICIAL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RESPEITO AO CRITÉRIO DE ANTIGUIDADE. NOVA ORIENTAÇÃO DA TURMA.

1. Faz jus a remoção o servidor não habilitado em concu-

so para esse fim, quando, logo após, desconsiderando fortuitamente o critério de antigüidade, a Administração oferece vagas na localidade de seu interesse aos candidatos aprovados em concurso público, pois, embora seja ato discricionário a distribuição de vagas, a providência administrativa deve estar adstrita aos limites legais e orientada pelos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade para sempre guardar relação de pertinência entre os meios empregados e o fim almejado, sujeitando-se, nesse aspecto, ao controle judicial. (Cf. STJ, REsp 443.310/RS, Primeira Turma, Ministro Luiz Fux, *DJ* 03/11/2003; TRF1, AMS 2002.34.00.035228-5/DF, Quinta Turma, Desembargador Federal João Batista Moreira, *DJ* 25/11/2004; AMS 2000.01.00.009558-8/PI, Quinta Turma, Desembargador Federal João Batista Moreira, *DJ* 11/11/2004; TRF1, AMS 2000.01.00.037410-1/DF, Sexta Turma, Desembargador Federal Souza Prudente, *DJ* 06/11/2002; TRF1, AMS 2000.01.00.005869-6/DF, Sexta Turma, Juiz Daniel Paes Ribeiro, *DJ* 07/02/2002).

2. Apelação provida com inversão da distribuição do ônus da sucumbência. (TRF - 1ª Região, AMS nº 9601283773 - DF, Rel. João Carlos Costa Mayer Soares (Convocado), julg. 15.03.2005, publ. 07.04.2005).

Não há, também, ingerência do Judiciário sobre o poder discricionário da Administração, porque, conforme já ressaltado, o direito de remoção prefere ao da lotação do futuro concursado, em decorrência do princípio da antigüidade informado no art. 37, IV, da CF.

Entendo improcedente o pedido de nomeação do apelante, aprovado no cargo de Técnico em Informática Nível Médio, para a vaga oriunda de vacância, no mesmo cargo, surgida na Procuradoria Regional do Trabalho - 20ª Região, no Estado de Sergipe, em 26/07/2004.

Com essas considerações, nego provimento à apelação.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 373.289-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO  
Apelante: WASHINGTON SALDANHA DA SILVA  
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Repte.: PROCURADORIA DO INSS  
Advs./Procs.: DRS. FRANCISCO APRIGIO DA SILVA E OUTRO (APTE.)

**EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. CONTAGEM RECÍ-PROCA. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO A ÓRGÃO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE PROVA MATERIAL OU CERTIDÃO (§§ 2º E 3º, DEC. Nº 3.048/98). JUSTIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA. PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. INADMISSIBILIDADE. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. AEROVIÁRIO. AGENTE DE RESERVAS. NÃO CONFIGURAÇÃO DE SERVIÇO PRESTADO SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS. NÃO CUMPRIMENTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO OU DA IDADE MÍNIMA ADMITIDOS PARA APOSENTADORIA (ART. 9º, EC Nº 20/98).**

**- Em se cuidando de comprovação de tempo de serviço prestado junto aos órgãos públicos, estabelecem os parágrafos 2º e 3º do art. 130 do Dec. nº 3.048/98 que o setor competente do órgão federal, estadual ou municipal deverá promover o levantamento do tempo de contribuição à vista dos assentamentos funcionais do requerente, expedindo ao final a respectiva certidão.**

**- Não se configura como prestado em condições especiais o trabalho exercido por agente de reserva (aeroviário) desempenhado em prédio administrativo destinado ao setor de reserva de passagens, não estando o trabalhador sujeito a ruído ou a qualquer outro agente que lhe prejudicasse a saúde, circunstâncias que podem ser inferidas, in casu, à luz da natureza das ativida-**



***des desenvolvidas pelo apelante mediante prova nos autos.***

***- Apelação não provida.***

## **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 Segunda 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 à apelação, nos termos do voto do Relator.

Recife, 31 de outubro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

Washington Saldanha da Silva apela de sentença que julgou improcedente a sua pretensão de obtenção de aposentadoria pelo INSS, em ação ordinária distribuída à 1ª Vara da Seção Judiciária do Ceará.

Após sucinto histórico do pedido, alega que a causa de pedir bem como a pretensão resistida cinge-se em saber qual a verdadeira versão do laudo técnico e se a justificação judicial é ou não eficaz como comprovação de tempo de serviço, segundo a legislação que disciplina a matéria.

Alega que as razões de decidir extrapolam o princípio do livre convencimento do juízo e que a justificação judicial, *ex vi* do art. 143 do Dec. 3.048/99, tem força vinculativa para o INSS, ainda quando não houver início de prova material. Diz haver suficiente início de prova material, como seria o caso de carteira de contribuinte para o Instituto Previdenciário do Estado do Ceará, além da sua identificação funcional na polícia militar daquele estado.

Assevera que improcede a afirmação do Juiz sentenciante de que não teria ficado demonstrada a exposição do apelante a agentes nocivos e ao barulho quanto ao tempo de serviço como aeroviário, pois tais circunstâncias estariam demonstradas no laudo de fls. 15 e 67.

Afirma que a sentença é *extra petita*, por haver desconexão lógica entre as razões de decidir e a causa de pedir do apelante na inicial, sustentando a admissibilidade da justificação administrativa como meio de prova.

Contra-razões (fls. 220/222).

É o relatório.

### VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO (Relator):

O tempo de serviço que o apelante pretende ver reconhecido para aposentar-se divide-se, basicamente, em dois períodos. O primeiro prestado junto à Polícia Militar do Ceará como operador de rádio, período de 22/07/74 a agosto de 1979 (cf. fl. 21); o segundo refere-se ao tempo prestado como aeroviário nas empresas Transbrasil S/A linhas aéreas e na Vasp, nos períodos de 01/02/1978 a 01/10/1998 e 08/01/1999 a 29/08/00, respectivamente.

Com relação ao primeiro período, sustenta o apelante que a justificação judicial acostada aos autos seria suficiente à comprovação do tempo no período prestado.

Todavia, ao contrário do que afirma, a justificação judicial não vincula a Administração, pois nela não há apreciação de mérito da prova, tampouco decisão judicial a ser cumprida pelo ente público.

No caso, as três testemunhas arroladas não souberam precisar o período de tempo de serviço prestado pelo apelante no órgão apontado.

Não se pode perder de vista que o Dec. 3048/98 disciplina a forma de obtenção de certidão do tempo de serviço prestado junto aos órgãos públicos, no caso de contagem recíproca de tempo de contribuição prestado entre diferentes sistemas de previdência.

Em conformidade com o que estabelecem os parágrafos 2º e 3º do art. 130 do referido diploma normativo, o setor competente do órgão federal, estadual ou municipal deverá promover o levantamento do tempo de contribuição à vista dos assentamentos funcionais do requerente, expedindo ao final a respectiva certidão.

Não logrou produzir o requerente a referida prova nos autos, ou, pelo menos, a justificativa do órgão de não haver qualquer registro do requerente, o que poderia ser demonstrado mediante certidão expedida pelo próprio órgão, e não apenas por mera alegação.

Incide, pois, a regra de que, em se tratando de fato constitutivo do seu direito, o ônus da prova incumbe ao autor (CPC, art. 333, I).

Com relação às provas materiais aludidas, consistentes na cópia da carteira de contribuinte para o Instituto Previdenciário do Estado do Ceará e identificação funcional do apelado, tem-se que são sobremaneira frágeis, não podendo ser qualificadas como início razoável de prova apto à comprovação do tempo pretendido, delas não se inferindo, por exemplo, o início, o meio ou o final da prestação do tempo de serviço no período pretendido.

Logo, quanto ao primeiro período em questão, incide a vedação expressa no § 3º, art. 55, da Lei de Benefícios, segundo o qual não produzirá efeito a comprovação do tempo de serviço quando não baseada em início de prova material, ainda que realizada através de justificação administrativa ou judicial.

O segundo período refere-se ao tempo prestado junto à TRANSBRASIL e à VASP (01/02/1978 a 01/10/1998 e 08/01/1999 a 29/08/00).

Teria o apelante prestado serviço sob condições especiais, eis que exposto ao agente ruído durante todo o período prestado, segundo demonstrariam os documentos de fls. 67/70 (informações sobre atividades exercidas em condições especiais).

Porém, os próprios documentos trazidos pelo autor, ora apelante, revelam que não houve exposição ao agente ruído durante todo o período apontado.

Com relação ao tempo de serviço prestado na TRANSBRASIL (fl. 67), observa-se que no período de 01/02/1978 a 16/05/1993 o

trabalho era exercido no prédio administrativo, em sala privativa no setor de reserva, não estando o trabalhador sujeito a ruído ou a qualquer outro agente que lhe prejudicasse a saúde, o que pode ser inferido diante da própria natureza das atividades desempenhadas e ali descritas.

Destarte, quanto a esse período, não há direito ao acréscimo decorrente da conversão da atividade especial para comum, assegurado pela legislação previdenciária.

Assim, somente em relação ao período de 17/05 a 30/09/1993 é que tenho como demonstrado que o serviço foi prestado em condições especiais junto à TRANSBRASIL, que, juntamente com o tempo prestado junto à VASP (08/01/1999 a 29/08/00, cf. fls. 70), perfazem um tempo de serviço especial de apenas dois anos e quatro dias.

Logo, ainda que se opere a conversão do tempo de serviço especial para comum, e posteriormente se some ao tempo comum, não reúne o apelante o tempo de contribuição mínimo à concessão da aposentadoria requerida.

Ademais disso, não há olvidar, também, que o apelante não possui a idade mínima exigida ao benefício, nos moldes do art. 9º da EC nº 20/98, conforme fundamentou a Administração, ao indeferir o pedido.

Por outro lado, não há como sustentar que a decisão é *extra petita* e, por isso, seria nula, ao fundamento de que teria violado os arts. 460 e 128 do CPC.

A decisão cingiu-se ao objeto da demanda proposta pelo autor, não restando caracterizado que houve apreciação de causa diversa, hipótese em que caberia se falar em decisão *extra petita*. Afirme-se, ainda, que, ao apreciar o pedido autoral, não se encontra o órgão julgador adstrito à qualificação jurídica proposta pelo demandante quanto aos fatos narrados ou quanto às provas produzidas, não se vinculando o juiz à valoração da prova assumida pelo autor em face do princípio do livre convencimento motivado.

Ante essas razões, nego provimento à apelação, mantendo a decisão em todos os seus termos.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 375.006-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA  
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA  
Apelados: FLÁVIO NUNES MAGALHÃES E OUTROS  
Repte.: PROCURADORIA DO INCRA  
Advs./Procs.: DRS. VALQUÍRIA DE MOURA CASTRO FERREIRA E OUTROS (APDOS.)

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE NULIDADE DE REGISTRO PÚBLICO. PRELIMINARES. REJEITADAS. DESMEMBRAMENTO DE IMÓVEL RURAL MEDIANTE ESCRITURAS PÚBLICAS DE DOAÇÃO COM CLÁUSULA DE USUFRUTO E ADMINISTRAÇÃO VITALÍCIA E DESMEMBRAMENTO, PROCEDIDO APÓS OS 6 MESES DA NOTIFICAÇÃO DA VISTORIA. § 4º DO ART. 2º DA LEI 8.629/93, COM A REDAÇÃO DADA PELA MP 2.183-56/2001. OBSERVÂNCIA. SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO. OCORRÊNCIA. LEGISLAÇÕES ATINENTES AOS IMÓVEIS RURAIS. LEIS 4.947/66, 5.868/72, 7.433/85, DECRETO Nº 93.240/86 E LEI 10.627/2001. CÓDIGO DO REGISTRO DO IMÓVEL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO. ESCRITURAS PROCEDIDAS SEM AS FORMALIDADES EXIGIDAS PELA LEGISLAÇÃO APONTADA. OCORRÊNCIA. NULIDADE DAS ESCRITURAS E DOS REGISTROS PÚBLICOS. OCORRÊNCIA. VALIDADE DO DECRETO EXPROPRIATÓRIO NOS TERMOS EM QUE FORA EXPEDIDO.**

**- Cuida-se de apelação do INCRA, que se insurge contra a sentença que rejeitou as preliminares de inépcia da inicial, acolheu a preliminar de ilegitimidade ad causam argüida pelo Oficial de Registro, excluindo-o da lide, e no mérito julgou improcedente o pedido de declaração de nulidade.**

**de dos registros de desmembramento do imóvel denominado “Fazenda Lucena” (R-1-1970 e R-1-1971 do Livro 2 em 11.11.02) efetuados pelo único Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Porto de Pedras/AL.**

**- No caso presente, entendeu o Julgador que as provas constantes dos autos foram suficientes para firmar o seu convencimento, razão pela qual não há que se falar na necessidade de produção de outras provas a instruir o presente feito, restando perfeitamente possível o julgamento antecipado da lide, como assim ocorreu, sem que tal julgamento caracterize cerceamento de defesa, conforme alegado pelo INCRA. Preliminar de cerceamento do direito de defesa rejeitada.**

**- Quanto à ausência de pronunciamento do Ministério Público Federal, importa registrar que o Órgão Ministerial se pronunciou nos presentes autos nesta Instância, o que, por si só, supre e afasta qualquer nulidade processual porventura constatada quanto a tal questão.**

**- Quanto ao pedido de nulidade da sentença do primeiro grau e retorno dos autos à vara de origem para a sua adequada instrução, a partir da citação do Sr. Oficial de Registro, o mesmo não deve prevalecer, atendendo que, como bem observou o Julgador singular, o Oficial de Registro não participou da relação jurídica de direito, bem como não possui qualquer interesse jurídico na causa, vez que no exercício de suas atribuições age independentemente dos interesses de qualquer das partes.**

**- A princípio, inexistente qualquer óbice ao desmembramento do imóvel, procedido após os 6 meses contados da data da comunicação para levantamento de dados e informações de que tratam os §§ 2º e 3º do art. 2º da Lei 8.620/93, com a redação dada pela MP 2.183-56/2001, conforme ocorreu in casu.**

**- Não merece prosperar a alegação do INCRA de que o código utilizado para registro do imóvel encontra-se classificado como omissivo, porquanto o proprietário não procedeu ao devido cadastramento obrigatório ocorrido em 1992, o que levou o Setor de Cadastro do INCRA a lançá-lo no arquivo morto, não podendo, pois, ser utilizado em quaisquer transações imobiliárias enquanto não regularizada a situação, tal alegação não merece prosperar, atendendo, como bem observou o Julgador singular, que novas matrículas não são criadas por orientação do próprio INCRA, consoante se verifica no memorando acostado aos autos, que, em seu último parágrafo, informa o seguinte: “Quanto aos novos pedidos de cadastramento para as áreas desmembradas através de Escrituras de Doação, ainda não houve e se vier a ser solicitado será indeferido, pois a Escritura contém Cláusula de Usufruto Vitalício, permanecendo o cadastro em nome do Usufrutuário.”**

**- A Escritura Pública de Doação com Cláusula de Usufruto e Administração Vitalícia deve ser procedida com observância das exigências legais, no caso, as Leis 4.947/66 e 5.868/72 e 7.433/85, inclusive, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.627/2001.**

**- No caso presente, consta expressamente das Escrituras Públicas de Doação com Cláusula de Usufruto e Administração Vitalícia e Desmembramentos acostadas às fls. 62/63 e 70/71 que “Os documentos exigidos pela Lei 7.433/85 serão apresentados no ato do registro”, sem, no entanto, de acordo com o exigido em tal dispositivo legal, constar consignada em tal escritura a apresentação de tais documentos ao notário, consignação esta exigida por lei, conforme acima transcrito.**

**- Inegável, por outro lado, que o registro de tal escritura perante o cartório de registro de imóveis, de modo, inclusive, a viabilizar nos termos da lei a transmissão da propriedade, que operar-se-á tão-só e mediante tal registro, não poderia ser levado a efeito sem que respeitada exigência de condição de validade para a transcrição da escritura perante o tabelionário de notas.**

**- Tem-se, como consequência, que, não se apresentando válida a escritura lavrada perante o tabelião de notas de tal desmembramento, não poderia tal escritura ser lavrada no registro de imóveis, não havendo, pois, como se levar a efeito a transmissão de tal imóvel, por força de um desmembramento que efetivamente, por violação à legislação que a regulamenta, não há de ser considerado válido, pura e simplesmente, por a hipótese cuidar de nulidade absoluta, à inexistência de um ato formal necessário – a consignação nos termos da escritura pública da apresentação dos documentos exigidos especificamente no § 1º do art. 22 da Lei 4.947/66; no art. 3º da Lei 5.868/72 no § 2º do art. 1º da Lei 7.433 e no art. 1º, III, b, do Decreto nº 93.240/86.**

**- Tendo-se como invalidada a Escritura de Desmembramento do Imóvel Fazenda Lucena, para efeito do decreto expropriatório, e, conseqüentemente, dos registros de números R-1-1970 e R-1-1971, no Livro 2, efetuados pelo Cartório Único de Registro de Imóveis da Comarca de Porto de Pedras/AL, tal propriedade é a considerada no próprio decreto, em sua totalidade, independente de quem prove, por outros documentos, que não a escritura inválida de tal desmembramento, a propriedade de tal imóvel.**

**- Preliminares rejeitadas.**

**- Apelação e remessa oficial providas.**



## ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, rejeitar as preliminares e dar provimento à apelação 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, 9 de janeiro de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

Cuida-se de apelação do INCRA, que se insurge contra a sentença da lavra do Exmo. Juiz Federal Frederico Wildson da Silva Dantas, da 7ª Vara/AL, que rejeitou as preliminares de inépcia da inicial, acolheu a preliminar de ilegitimidade *ad causam* argüida por Ednaldo Almeida Costa, excluindo-o da lide, e, no mérito, julgou improcedente o pedido de declaração de nulidade dos registros de desmembramento do imóvel denominado “Fazenda Lucena” (R-1-1970 e R-1-1971 do Livro 2 em 11.11.02) efetuados pelo único Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Porto de Pedras/AL e condenou, por fim, o INCRA no pagamento dos honorários advocatícios fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

O INCRA sustenta em suas razões de apelo, em síntese, que:

- o Julgador singular, ao proferir julgamento antecipado da lide, feriu os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, cerceando assim o direito de defesa do autor no que pertine à produção de provas;

- não obstante o despacho de fl. 87, que determinou a intimação do Ministério Público Federal para acompanhar o feito, tal não ocorrera ao longo do processo, o que acarreta uma nulidade processual;

- em não acolhendo o Julgador singular o pedido de citação do Sr. Oficial de Registro formulado à fl. 143, no caso, o Sr. Car-

los Otávio Santos Costa, em substituição ao Sr. Oficial de Registro anteriormente citado, incorreu o Julgador em mais um equívoco, atendendo que sua presença nos autos se faz imperiosa, sobretudo porque o ato de registro lhe é afeto e contempla interesse público e não da parte ré;

- a sentença não poderia ter considerado válida a transcrição e registro de doação com cláusula de usufruto e administração vitalícia procedidas sem as exigências legais, por ferir as Leis 4.947/66 e 5.868/72, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.627/2001, que exige a apresentação do novo Código de Cadastramento de Imóvel Rural - CCIR (242101 030589-9) e não o CCIR original (245070 253987-3), como ocorreu *in casu*, por não corresponder este ao código que consta no Sistema Nacional de Cadastro Rural do INCRA - SNCR;

- o código utilizado para registro do imóvel encontra-se classificado como omissivo, porquanto o proprietário não procedeu ao devido recadastramento obrigatório ocorrido em 1992, o que levou o Setor de Cadastro do INCRA a lançá-lo no arquivo morto, não podendo, pois, ser utilizado em quaisquer transações imobiliárias enquanto não regularizada a situação. Assim, se somente com o CCIR atualizado é possível levar a efeito a transação envolvendo o imóvel rural, não se poderia considerar perfeitos os atos de registros praticados pelo Cartório.

- requer, ao final, o acolhimento e provimento do recurso para anular a sentença do primeiro grau, retornar os autos à vara de origem para a sua adequada instrução, a partir da citação do Sr. Oficial de Registro requerida à fl. 143, e posterior julgamento, ou, no mérito, seja a r. sentença reformada, determinando-se a anulação do registro e desmembramento do imóvel rural denominado Fazenda Lucena.

Contra-razões apresentadas.

Parecer do representante do Ministério Público Federal às fls. 205 a 211, pugnano pelo conhecimento e improvemento da apelação do INCRA.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator):

Cuida-se de apelação do INCRA, que se insurge contra a sentença da lavra do Exmo. Juiz Federal Frederico Wildson da Silva Dantas, da 7ª Vara/AL, que rejeitou as preliminares de inépcia da inicial, acolheu a preliminar de ilegitimidade *ad causam* argüida por Ednaldo Almeida Costa, excluindo-o da lide, e, no mérito, julgou improcedente o pedido de declaração de nulidade dos registros de desmembramento do imóvel denominado “Fazenda Lucena” (R-1-1970 e R-1-1971 do Livro 2 em 11.11.02) efetuados pelo único Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Porto de Pedras/AL.

Sustenta o INCRA em suas razões de apelo, em síntese, que:

- o Julgador singular, ao proferir julgamento antecipado da lide, feriu os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, cerceando assim o direito de defesa do autor no que pertine à produção de provas;
- não obstante o despacho de fl. 87, que determinou a intimação do Ministério Público Federal para acompanhar o feito, tal não ocorrera ao longo do processo, o que acarreta uma nulidade processual;
- em não acolhendo o Julgador singular o pedido de citação do Sr. Oficial de Registro formulado à fl. 143, no caso, o Sr. Carlos Otávio Santos Costa, em substituição ao Sr. Oficial de Registro anteriormente citado, incorreu o Julgador em mais um equívoco, atendendo que sua presença nos autos se faz imperiosa, sobretudo porque o ato de registro lide é afeto e contempla interesse público e não da parte ré;
- a sentença não poderia ter considerado válida a transcrição e registro de doação com cláusula de usufruto e administração vitalícia procedida sem as exigências legais, por ferir as Leis 4.947/66 e 5.868/72, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.627/2001, que exige a apresentação do novo Código de Cadastramento de Imóvel Rural - CCIR (242101 030589-9) e não o CCIR original (245070 253987-3), como ocorreu *in*

*casu*, por não corresponder este ao código que consta no Sistema Nacional de Cadastro Rural do INCRA - SNCR;

- o código utilizado para registro do imóvel encontra-se classificado como omissivo, porquanto o proprietário não procedeu ao devido recadastramento obrigatório ocorrido em 1992, o que levou o Setor de Cadastro do INCRA a lançá-lo no arquivo morto, não podendo, pois, ser utilizado em quaisquer transações imobiliárias enquanto não regularizada a situação. Assim, se somente com o CCIR atualizado é possível levar a efeito a transação envolvendo o imóvel rural, não poderiam ser tidos como perfeitos os atos de registros praticados pelo Cartório.

- requer, ao final, o acolhimento e provimento do recurso para anular a sentença do primeiro grau, retornar os autos à vara de origem para a sua adequada instrução, a partir da citação do Sr. Oficial de Registro requerida à fl. 143, e posterior julgamento, ou, no mérito, seja a r. sentença reformada, determinando-se a anulação do registro e desmembramento do imóvel rural denominado Fazenda Lucena.

Primeiramente, analiso os argumentos trazidos pelo INCRA em suas razões de apelo, segundo o qual, o Juiz, ao proferir julgamento antecipado da lide, feriu os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, cerceando assim o direito de defesa do autor no que pertine à produção de provas.

Não se pode olvidar que as provas são produzidas para o julgador, que as avaliará de acordo com o seu convencimento.

No caso presente, entendeu o Julgador que as provas constantes dos autos foram suficientes para firmar o seu convencimento, razão pela qual não há que se falar na necessidade de produção de outras provas a instruir o presente feito, restando perfeitamente possível o julgamento antecipado da lide, como assim ocorreu, sem que tal julgamento caracterize cerceamento de defesa, conforme alegado pelo INCRA.

Quanto à ausência de pronunciamento do Ministério Público Federal, importa registrar que o Órgão Ministerial se pronunciou nos presentes autos nesta Instância, o que, por si só, supre e afas-

ta qualquer nulidade processual porventura constatada quanto a tal questão.

Por fim, quanto ao pedido de nulidade da sentença do primeiro grau e retorno dos autos à vara de origem para a sua adequada instrução, a partir da citação do Sr. Oficial de Registro, o mesmo não deve prevalecer, atendendo que, como bem observou o Julgador singular, o Oficial de Registro não participou da relação jurídica de direito, bem como não possui qualquer interesse jurídico na causa, vez que no exercício de suas atribuições age independentemente dos interesses de qualquer das partes.

Superadas, pois, as nulidades argüidas, passo à análise do mérito.

No caso presente, o imóvel denominado Fazenda Lucena, de propriedade do Sr. Flávio Nunes Magalhães, sofreu desmembramento após os 6 meses da notificação de vistoria procedida pelo INCRA, mediante Escrituras Públicas de Doação com Cláusula de Usufruto e Administração Vitalícia e Desmembramento, datadas de 08.11.2002 (fls. 62/63 e 70/71), lavrada junto ao Cartório de Notas e Registros de Porto Calvo/AL, com posteriores registros datados de 11.11.2002, sob os números R-1-1970 e R-1-1971, no Livro 2, efetuados pelo Cartório Único de Registro de Imóveis da Comarca de Porto de Pedras/AL (fls. 61 e 69).

Especificamente no tocante à propriedade, o vigente Código Civil, em seu Título II, da Propriedade, capítulo II, da Aquisição da Propriedade Imóvel, Sessão II, que trata da aquisição pelo registro do Título, em seus artigos 1.245 a 1.247, textualmente estabelece:

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

§ 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

Art. 1.246. O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo.

Art. 1.247. Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule.  
Parágrafo único. Cancelado o registro, poderá o proprietário reivindicar o imóvel, independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente.

A forma de aquisição da propriedade é feita, pois, pelo registro da escritura no Cartório Imobiliário. Assim, o registro do título no Cartório imobiliário é ato, portando, constitutivo do direito de propriedade.

No que se refere à alteração da Lei 8.629/93 pela MP 2.183-56, já me posicionei no AGTR 56025, julgado pela e. 2ª Turma, na sessão de 24.05.2005, que, à unanimidade de votos, deu provimento ao agravo de instrumento interposto pelo ora apelado Flávio Nunes Magalhães e outros, razão pela qual transcrevo, de ora, a decisão monocrática por mim proferida, onde se lê:

Antes da edição da Lei 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, tanto a LC 76/93 (art. 2º e seu § 2º), quanto o Decreto-Lei 3.365/41 (art. 7º), de modo explícito, estabeleciam que o processo expropriatório para fins de reforma agrária era precedido pela declaração de utilidade pública do imóvel a partir do qual as autoridades administrativas estavam autorizadas ao ingresso no imóvel para a competente vistoria.

É de importância observar que, fundado o ato expropriatório para fins de reforma agrária em norma Constitucional, que exige que a propriedade atenda aos interesses sociais, legitima o Estado à expropriação se a propriedade não atende a tal vocação.

Com a edição da MP 2.183-56, de 24.08.2001, que alterou a Lei 8.629/93, verifica-se que, de um modo mais lógico, partindo exatamente de que a intervenção do Estado no domínio particular nasce, exatamente, de um fato concreto – o não atendimento da propriedade à sua função social –, nada mais lógico que, do ponto de vista cronológico e preparatório, a fundamentar tal expropriação, o Estado tenha que, por primeiro, examinar *in loco* a propriedade questionada, em termos dos titulares de seu domínio, das condições do uso desta e da própria dimensão da mesma, antecedendo, pois, ao decreto de utilidade pública, exatamente, esta vistoria.

Partindo-se, pois, do princípio de que, em termos preparatórios ou precedentes ao próprio decreto de utilidade pública está tal vistoria, inobstante não exista prazo para o seu início, no momento em que o particular é notificado pela Administração de que procederá tal vistoria, tem-se que:

- para o particular – durante os 6 meses a partir da notificação para tal vistoria, encontra-se o mesmo inibido *ex vi legis* a proceder qualquer modificação que resulte em alterar o *status quo ante* da propriedade, em termos de seu domínio, dimensão e condições de uso (§ 4º do art 2º da Lei 8.629/93, com a redação dada pela MP 2.183-56/2001).  
- para a Administração – não editado o decreto de utilidade pública até 6 meses da notificação de que cuida o § 4º do art. 2º da referida Lei 8.629/93, qualquer vistoria que tenha sido levada a efeito fora daqueles 6 meses ou qualquer decreto que tenha sido expedido já vencido referido prazo para efeito de bancos de dados terá de levar em consideração as modificações que tenham ocorrido na propriedade quanto ao domínio, dimensão e condições de uso, após o vencimento daqueles 6 meses, isto porque, sendo também norma constitucional o respeito à propriedade, e não podendo perpetuar-se a disponibilidade do Estado sobre o bem particular, é que a MP nº 2.183-56/2001 não só agiu com logicidade, fazendo anteceder ao decreto de utilidade a vistoria, de modo a constatar, ou não, situação fática objetiva a autorizar a intervenção Estatal, como também, de um modo correto e coerente, estabeleceu para o próprio Estado um prazo preclusivo que, na verdade, mais do que inibi-lo de desapropriar um imóvel particular, restaurou em plenitude, ao titular da propriedade desaproprianda, o direito do exercício pleno da propriedade, em termos do *jus utendi, abutendi, fruendi*.

Nesse sentido, atente-se à recente jurisprudência do STF:

“O Tribunal deferiu mandado de segurança para anular decreto presidencial que declarara de interesse social, para fins de reforma agrária, imóvel rural das impetrantes, tendo em conta o seu desmembramento, mediante doação da proprietária às suas filhas, em duas propriedades menores, insusceptíveis de desapropriação, em data anterior à publicação do decreto expropriatório. O Tribunal, salientando a impossibilidade de se averiguar, em sede de man-

dado de segurança, a ocorrência da alegada fraude no desmembramento, entendeu incidir na espécie o disposto no § 4º do art. 2º da Lei 8.629/93, na redação dada pela Medida Provisória 2.183/2001, uma vez que o desmembramento e a doação dos imóveis ocorrera dois dias após o término do prazo de 6 meses da data da comunicação (§ 4º: 'Não será considerada, para os fins desta lei, qualquer modificação, quanto ao domínio, à dimensão e às condições de uso do imóvel, introduzida ou ocorrida até seis meses após a data da comunicação para levantamento de dados e informações de que tratam os §§ 2º e 3º)'. (MS 24.171 - DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 20.08.2003)

Por outro lado, no tocante ao Decreto Expropriatório e seus efeitos, há de atentar-se constituir o mesmo como ato a consubstanciar a projeção da vontade do Estado formalmente expresso em direção à aquisição de tal imóvel para fins de reforma agrária, não se confundindo, nas lições de José Cretella Júnior, com a própria desapropriação, no quanto, tão-somente, é indicação da necessidade pública, da utilidade pública ou do interesse social, ato-condição nas lições de Léon Duguit e Gaston Jéze que precede a concretização do traslado do bem para o domínio do Estado, e como Ato Administrativo, dotado dos atributos que caracterizam aquele ato, dentre eles a auto-executoriedade, donde conclui-se que com sua publicação começa a gerar os seus efeitos a projetarem-se no mundo jurídico e fático, efeitos estes que na lição ainda do mesmo José Cretella Júnior, embora atingindo o domínio do imóvel expropriando, não transfere para o poder expropriatório, deixando intocável até efetivação da própria desapropriação, em relação ao expropriando o direito de propriedade, o qual, inclusive, poderá, em tese, até aliená-lo, caso em que, por outro lado, não afetando tal alienação o ato administrativo legalmente presumido que é o Decreto Expropriatório, se não revogado pela Administração, ou anulado pelo Poder Judiciário, produzirá, com a efetivação da expropriação, os seus efeitos em plenitude, havendo, apenas, uma sub-rogação no tocante ao titular do crédito indenizatório, sendo ainda de observar-se, no tocante às benfeitorias realizadas após a edição de tal decreto, só contar para tal efeito as necessárias, indispensáveis, pois, à própria existência do imóvel, vez que, enquanto as voluptuárias não



ensejam qualquer indenização, serão indenizáveis as úteis, se expressamente autorizadas pelo poder expropriante. Em uma correspondência entre o próprio instituto da expropriação, a natureza e as conseqüências do Decreto Expropriatório e os efeitos incidentes sobre os próprios atos que antecedem a expropriação decorrentes da Lei 8.629/93, com a redação dada pela MP 2.183-56/2001, se, mesmo após os 6 meses após proceder-se a vistoria prévia, procedeu-se modificação de modo a alterar o *status quo ante* da propriedade exproprianda, mas não se laborou no sentido de, fazendo-se valer o estabelecido no § 4º do art. 2º da referida Lei, qualquer iniciativa judicial visando atacar o próprio ato expropriatório, no sentido de torná-lo inexistente, não há como negar-se a subsistência do mesmo em todos os seus efeitos, inclusive, a permitir, em termos de ultimar o ato expropriatório, ajuíze o poder expropriante a competente ação expropriatória, que terá como característica natural a imissão *initio litis* do poder expropriante sobre o imóvel expropriando e que não poderá ser obstado em razão de qualquer medida requerida ou deferida no corpo da própria ação expropriatória, onde a parte exproprianda tem limitado o seu poder de resposta a discutir o *quantum* indenizatório.

A princípio, pois, não haveria qualquer óbice ao desmembramento do imóvel, que se deu em 08.11.2002, portanto após os 6 meses contados da data da comunicação para levantamento de dados e informações (ocorrida em abril/2002) de que tratam os §§ 2º e 3º do art. 2º da Lei 8.620/93, com a redação dada pela MP 2.183-56/2001, conforme ocorreu *in casu*, posto que, conforme acima já restou fundamentado, qualquer vistoria que tenha sido levada a efeito fora daqueles 6 meses ou qualquer decreto que tenha sido expedido já vencido referido prazo para efeito de bancos de dados, terá de levar em consideração as modificações que tenham ocorrido na propriedade quanto ao domínio, dimensão e condições de uso.

No que se refere à escritura pública e ao registro, importa verificar, primeiramente, o que dispõe a legislação sobre a matéria.

Os serviços notariais e de registro encontram-se previstos na CF/88, especificamente em seu art. 236, em cujo dispositivo se lê:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

A Lei 8.935, de 18.11.1994, regulamentou o mencionado artigo 236 da CF, definindo, em seus arts. 1º a 4º, a natureza e finalidades dos serviços notariais e de registro, nos seguintes termos:

Art. 1º. Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

Art. 2º (Vetado)

Art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

Art. 4º Os serviços notariais e de registro serão prestados, de modo eficiente e adequado, em dias e horários estabelecidos pelo juízo competente, atendidas as peculiaridades locais, em local de fácil acesso ao público e que ofereça segurança para o arquivamento de livros e documentos.

Aos Tabeliães dos serviços notariais e aos oficiais de registros ou registradores compete, respectivamente, nos termos dos arts. 6º, 7º, 12 e 13 da mesma lei acima referida:

Art. 6º Aos notários compete:

- I - formalizar juridicamente a vontade das partes;
- II - intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo;
- III - autenticar fatos.

**Art. 7º Aos tabeliães de notas compete com exclusividade:**

- I - lavrar escrituras e procurações públicas;
- II - lavrar testamentos públicos e aprovar os cerrados;
- III - lavrar atas notariais;
- IV - reconhecer firmas;
- V - autenticar cópias.

Parágrafo único. É facultado aos tabeliães de notas realizar as gestões e diligências necessárias ou convenientes

ao preparo de atos notariais, requerendo o que couber, sem ônus maiores que os emolumentos devidos pelo ato.

Art. 12. Aos oficiais de registro de imóveis, de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas, civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas compete a prática dos atos relacionados na legislação pertinente aos registros públicos, de que são incumbidos, independentemente de prévia distribuição, mas sujeitos os oficiais de registro de imóveis e civis das pessoas naturais às normas que definirem as circunscrições geográficas.

Art. 13. Aos oficiais de registro de distribuição compete privativamente:

I - quando previamente exigida, proceder à distribuição equitativa pelos serviços da mesma natureza, registrando os atos praticados; em caso contrário, registrar as comunicações recebidas dos órgãos e serviços competentes;

II - efetuar as averbações e os cancelamentos de sua competência;

III - expedir certidões de atos e documentos que constem de seus registros e papéis.

Acerca da função notarial, destaco excerto do artigo de autoria de Alexandre Rezende Pellegrini, intitulado *Algumas Linhas Sobre a Atividade Notarial*, publicado na Revista de Direito Imobiliário nº 54, ano 26, janeiro-junho de 2003, do qual destaco:

Diz que a função notarial é uma função pública. Sem dúvida que é. Mas pública porque é dirigida a todos, exercida *erga omnes*, e não exercitada por servidores públicos em nome e sob a responsabilidade do Estado. O notário exerce sua atividade de maneira totalmente independente no setor privado sob sua conta e risco, fiscalizado pelo Poder Judiciário (art. 37, Lei 8.935/94), sem estar subordinado ao Poder Público. Embora exerça função pública, é um técnico e integra a cadeia dos técnicos, executando com independência as atribuições técnicas.

Os registros públicos, por sua vez, encontram-se disciplinados pela Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, cujas atribuições encontram-se disciplinadas no art. 167.

Estabelece a Lei 6.015/1973, em seus arts. 1º e 2º, *verbis*:

Art. 1º Os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei.

§ 1º Os registros referidos neste artigo são os seguintes:

- I - o registro civil de pessoas naturais;
- II - o registro civil de pessoas jurídicas;
- III - o registro de títulos e documentos;
- IV - o registro de imóveis.

§ 2º Os demais registros reger-se-ão por leis próprias.

Art. 2º Os registros indicados no § 1º do artigo anterior ficam a cargo dos serventuários privativos nomeados de acordo com o estabelecido na Lei de Organização Administrativa e Judiciária do Distrito Federal e dos Territórios e nas Resoluções sobre a Divisão e Organização Judiciária dos Estados, e serão feitos:

- I - o do item I, nos ofícios privativos, ou nos cartórios de registro de nascimentos, casamentos e óbitos;
- II - os dos itens II e III, nos ofícios privativos, ou nos cartórios de registro de títulos e documentos;
- III - o do item IV, nos ofícios privativos, ou nos cartórios de registro de imóveis.

Especificamente, quanto aos imóveis rurais, importa apontar, primeiramente, a Lei 4.947/66, que fixou normas de Direito Agrário, dispôs sobre o Sistema de Organização e Funcionamento do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária, dando outras providências, em seu Capítulo V - Disposições Gerais, que, em seu art. 22 e § 1º, se lê:

Art. 22 - A partir de 1º de janeiro de 1967, somente mediante apresentação do **Certificado de Cadastro**, expedido pelo IBRA e previsto na Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964, poderá o proprietário de qualquer imóvel rural pleitear as facilidades proporcionadas pelos órgãos federais de administração centralizada ou descentralizada, ou por empresas de economia mista de que a União possua a maioria das ações, e, bem assim, obter inscrição, aprovação e registro de projetos de colonização particular, no IBRA ou no INDA, ou aprovação de projetos de loteamento.

**§ 1º - Sem apresentação do Certificado de Cadastro, não poderão os proprietários, a partir da data a que**

**se refere este artigo, sob pena de nulidade, desmembrar, arrendar, hipotecar, vender ou prometer em venda imóveis rurais.**

A Lei 7.433, de 18 de Dezembro de 1985, estabelece os requisitos para a lavratura de escritura pública, nos seguintes termos:

Art. 1º - Na lavratura de **atos notariais**, inclusive os relativos a imóveis, além dos documentos de identificação das partes, somente serão apresentados os documentos expressamente determinados nesta Lei.

§ 1º - O disposto nesta lei se estende, onde couber, ao instrumento particular a que se refere o art. 61 da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, modificada pela Lei nº 5.049, de 29 de junho de 1966.

§ 2º - o tabelião consignará **no ato notarial**, a apresentação do documento comprobatório do pagamento do Imposto de Transmissão inter vivos, **as certidões fiscais**, feitos ajuizados, e ônus reais, ficando dispensada sua transcrição.

§ 3º - Obriga-se o Tabelião a manter, em Cartório, os documentos e certidões de que trata o parágrafo anterior, no original ou em cópias autenticadas.

O Decreto nº 93.240/86, que regulamenta a Lei nº 7.433, de 18 de dezembro de 1985, e dispõe sobre os requisitos para a lavratura de escrituras públicas e dá outras providências, assim estabelece:

Art. 1º **Para a lavratura de atos notariais**, relativos a imóveis, **serão apresentados os seguintes documentos e certidões:**

I - os documentos de identificação das partes e das demais pessoas que comparecerem na escritura pública, quando julgados necessários pelo Tabelião;

II - o comprovante do pagamento do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos a eles relativos, quando incidente sobre o ato, ressalvadas as hipóteses em que a lei autorize a efetivação do pagamento após a sua lavratura;

**III - as certidões fiscais, assim entendidas:**

a) em relação aos imóveis urbanos, as certidões referentes aos tributos que incidam sobre o imóvel, observado o disposto no § 2º, deste artigo;

**b) em relação aos imóveis rurais, o Certificado de Cadastro emitido pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, com a prova de quitação do último Imposto Territorial Rural lançado ou, quando o prazo para o seu pagamento ainda não tenha vencido, do Imposto Territorial Rural correspondente ao exercício imediatamente anterior; (...).**

O Sistema Nacional de Cadastro Rural foi criado pela Lei 5.868, de 12 de dezembro 1972, que estabelece em seu art. 3º:

Art. 3º - O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA fornecerá o Certificado de Cadastro de Imóveis Rurais e o de Arrendatários e Parceiros Rurais, na forma prevista nesta Lei.

Parágrafo único. Os documentos expedidos pelo INCRA, para fins cadastrais, não fazem prova de propriedade ou de direitos a ela relativos.

A Lei nº 10.267/2001, por conseguinte, em seu art. 2º, alterou os arts. 1º (excluindo o parágrafo único e acrescentando-lhe os parágrafos 1º a 4º), 2º (alterando a redação do § 3º) e 8º (alterando a redação do § 3º) da Lei 5.868/72, que passaram, respectivamente, a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1º - É instituído o Sistema Nacional de Cadastro Rural, que compreenderá:

I - Cadastro de Imóveis Rurais;

II - Cadastro de Proprietários e Detentores de Imóveis Rurais;

III - Cadastro de Arrendatários e Parceiros Rurais;

IV - Cadastro de Terras Públicas.

V - Cadastro Nacional de Florestas Públicas. (Incluído pela Lei nº 11.284, de 2006)

§ 1º As revisões gerais de cadastros de imóveis a que se refere o § 4º do art. 46 da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, serão realizadas em todo o País nos prazos fixados em ato do Poder Executivo, para fins de recadastramento e de aprimoramento do Sistema de Tributação da Terra - STT e do Sistema Nacional de Cadastro Rural - SNCR.

§ 2º Fica criado o Cadastro Nacional de Imóveis Rurais - CNIR, que terá base comum de informações, gerenciada

conjuntamente pelo INCRA e pela Secretaria da Receita Federal, produzida e compartilhada pelas diversas instituições públicas federais e estaduais produtoras e usuárias de informações sobre o meio rural brasileiro.

§ 3º A base comum do CNIR adotará código único, a ser estabelecido em ato conjunto do INCRA e da Secretaria da Receita Federal, para os imóveis rurais cadastrados de forma a permitir sua identificação e o compartilhamento das informações entre as instituições participantes.

§ 4º Integrarão o CNIR as bases próprias de informações produzidas e gerenciadas pelas instituições participantes, constituídas por dados específicos de seus interesses, que poderão por elas ser compartilhados, respeitadas as normas regulamentadoras de cada entidade.

Art. 2º - Ficam obrigados a prestar declaração de cadastro, nos prazos e para os fins a que se refere o artigo anterior, todos os proprietários, titulares de domínio útil ou possuidores a qualquer título de imóveis rurais que sejam ou possam ser destinados à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal ou agroindustrial, como definido no item I do art. 4º do Estatuto da Terra.

§ 1º - (...)

§ 2º - (...)

§ 3º Ficam também obrigados todos os proprietários, os titulares de domínio útil ou os possuidores a qualquer título a atualizar a declaração de cadastro sempre que houver alteração nos imóveis rurais, em relação à área ou à titularidade, bem como nos casos de preservação, conservação e proteção de recursos naturais.

Art. 8º - Para fins de transmissão, a qualquer título, na forma do art. 65 da Lei número 4.504, de 30 de novembro de 1964, nenhum imóvel rural poderá ser desmembrado ou dividido em área de tamanho inferior à do módulo calculado para o imóvel ou da fração mínima de parcelamento fixado no § 1º deste artigo, prevalecendo a de menor área.

§ 3º São considerados nulos e de nenhum efeito quaisquer atos que infringjam o disposto neste artigo não podendo os serviços notariais lavrar escrituras dessas áreas, nem ser tais atos registrados nos Registros de Imóveis, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e criminal de seus titulares ou prepostos.

A mesma Lei nº 10.267/2001, igualmente alterou o §§ 6º, 7º e 8º do art. 22 da Lei 7.433/85, onde se lê:

§ 6º Além dos requisitos previstos no art. 134 do Código Civil e na Lei nº 7.433, de 18 de dezembro de 1985, **os serviços notariais são obrigados a mencionar nas escrituras os seguintes dados do CCIR:**

**I - código do imóvel;**

II - nome do detentor;

III - nacionalidade do detentor;

IV - denominação do imóvel;

V - localização do imóvel.

§ 7º Os serviços de registro de imóveis ficam obrigados a encaminhar ao INCRA, mensalmente, as modificações ocorridas nas matrículas imobiliárias decorrentes de mudanças de titularidade, parcelamento, desmembramento, loteamento, remembramento, retificação de área, reserva legal e particular do patrimônio natural e outras limitações e restrições de caráter ambiental, envolvendo os imóveis rurais, inclusive os destacados do patrimônio público.

§ 8º O INCRA encaminhará, mensalmente, aos serviços de registro de imóveis, os códigos dos imóveis rurais de que trata o § 7º, para serem averbados de ofício, nas respectivas matrículas.

Quanto à alegação do INCRA de que o código utilizado para registro do imóvel encontra-se classificado como omissivo, porquanto o proprietário não procedeu ao devido recadastramento obrigatório ocorrido em 1992, o que levou o Setor de Cadastro do INCRA a lançá-lo no arquivo morto, não podendo, pois, ser utilizado em quaisquer transações imobiliárias enquanto não regularizada a situação, tal alegação não merece prosperar.

É que, conforme bem observou o Julgador singular, “compulsando os autos, pode-se verificar que o desmembramento da fazenda Lucena em três imóveis distintos não se fez acompanhar do desdobramento de matrículas. Ocorre que o desmembramento se deu em decorrência de Doação com Cláusula de Usufruto e Administração Vitalícia. Em razão dessa particularidade, novas matrículas não são criadas por orientação do próprio INCRA, consoante se verifica no Memorando acostado à fl. 55, que, em seu último parágrafo, informa o seguinte: ‘Quanto aos novos pedidos de cadastramento para as áreas desmembradas através de Es-



crituras de Doação, ainda não houve e se vier a ser solicitado será indeferido, pois a escritura contém Cláusula de Usufruto Vitalício, permanecendo o cadastro em nome do Usufrutuário.”

Entretanto, independentemente do entendimento de que o código do imóvel apresentado para fins da lavratura das Escrituras Públicas se encontra sem qualquer vício, conforme acima se fez ver, em face das legislações apontadas, a Escritura Pública de Doação com Cláusula de Usufruto e Administração Vitalícia deve ser procedida com observância das exigências legais, no caso, as Leis 4.947/66 e 5.868/72 e 7.433/85, inclusive, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.627/2001.

No caso presente, consta expressamente das Escrituras Públicas de Doação com Cláusula de Usufruto e Administração Vitalícia e Desmembramentos, acostadas às fls. 62/63 e 70/71, que **“Os documentos exigidos pela Lei 7.433/85 serão apresentados no ato do registro”**, sem, no entanto, de acordo com o exigido em tal dispositivo legal, constar consignada em tal escritura a apresentação de tais documentos ao notário, consignação esta exigida por lei, conforme acima transcrito.

Inegável, por outro lado, que o registro de tal escritura perante o cartório de registro de imóveis, de modo, inclusive, a viabilizar nos termos da lei a transmissão da propriedade, que operar-se-á tão-só e mediante tal registro, não poderia ser levado a efeito sem que respeitada exigência de condição de validade para a transcrição da escritura perante o tabelião de notas.

Tem-se, pois, como conseqüência, que não se apresentando válida a escritura lavrada perante o tabelião de notas de tal desmembramento, não poderia tal escritura ser lavrada no registro de imóveis, não havendo, pois, como se levar a efeito a transmissão de tal imóvel, por força de um desmembramento que efetivamente, por violação da legislação que a regulamenta, não há de ser considerado válido, pura e simplesmente por a hipótese cuidar de nulidade absoluta, à inexistência de um ato formal necessário – a consignação nos termos da escritura pública da apresentação dos documentos exigidos especificamente no § 1º do art. 22 da Lei 4.947/66; no art. 3º da Lei 5.868/72, no § 2º do art. 1º da Lei 7.433, e no art. 1º, III, b, do Decreto nº 93.240/86.

Diante do exposto, tendo-se como invalidada a Escritura de Desmembramento do Imóvel Fazenda Lucena, para efeito do decreto expropriatório, e, conseqüentemente, dos registros de números R-1-1970 e R-1-1971, no Livro 2, efetuados pelo Cartório Único de Registro de Imóveis da Comarca de Porto de Pedras/AL, tal propriedade é a considerada no próprio decreto, em sua totalidade, independente de quem prove, por outros documentos, que não a escritura inválida de tal desmembramento, a propriedade de tal imóvel.

Por tais razões, dou provimento à apelação e à remessa.

É o meu voto.

### **APELAÇÃO CÍVEL Nº 379.733-SE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA  
Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF  
Apelada: GLORIZABEL LOBÃO MACIEL  
Advs./Procs.: DRS. JORGE SOUZA ALVES FILHO E OUTROS (APTE.) E REGES COELHO CORREIA E OUTRO (APDA.)

***EMENTA: CIVIL. SFH. CONTRATO. INCIDÊNCIA DA TR (LEI Nº 8.177/91). JUROS. CAPITALIZAÇÃO. AMORTIZAÇÃO DAS PARCELAS. COEFICIENTE DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL (CES) - PREVISÃO CONTRATUAL.***

***- Nas ações relativas a financiamentos regidos pelo SFH, apenas a CEF é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação.***

***- Desnecessidade de produção de prova pericial sobre juros compostos; limitação da taxa de juros; incidência da TR - Taxa Referencial e amortização do saldo devedor nos contratos regidos pelo SFH.***

***- A TR (Taxa Referencial) pode ser utilizada como fator de atualização monetária de prestações e saldo devedor de contrato de financiamento re-***

**gido pelo SFH celebrado antes do advento da Lei nº 8.177/91. O que não é possível, nos termos da decisão do STF, é a substituição de índices previstos em contrato pela TR.**

**- A Taxa Referencial (TR) é indexador válido para contratos posteriores à Lei nº 8.177/91, desde que pactuada. Súmula 295 do eg. STJ. Caso em que o contrato não impede a aplicação da TR.**

**- Capitalização de juros. Vedada a prática do anatocismo. Precedentes do eg. STJ.**

**- Atualização do saldo devedor antes da dedução das parcelas do financiamento. Legalidade. Jurisprudência do eg. TRF-5ª Região.**

**- O adicional do Coeficiente de Equivalência Salarial é aplicável nos cálculos do financiamento regido pelo SFH, havendo previsão contratual.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento, em parte, à apelação, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 14 de dezembro de 2006 (data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA:

A Caixa Econômica Federal interpôs apelação contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 3ª Vara/SE, que, em ação ordinária, julgou procedente, em parte, o pedido de revisão contratual de financiamento regido pelo SFH.

A CEF argumenta, em suma: a) a ilegitimidade passiva *ad causam*, sendo da EMGEA a responsabilidade para responder aos termos da ação, considerando a cessão de crédito imobiliário; b) nulidade da sentença por ser *extra petita*, considerando que a ini-

cial não contempla pedido de substituição da TR pelo INPC aos cálculos da correção monetária das prestações e saldo devedor; c) necessidade de produção de prova da capitalização de juros; d) legalidade da capitalização de juros; e) pugna pela correção monetária do saldo devedor antes da amortização das parcelas pagas; f) defende a legalidade da incidência da TR- Taxa Referencial; g) ressalta a legalidade da aplicação do Coeficiente de Equivalência Salarial - CES.

Houve contra-razões.

É o relatório.

Dispensada a revisão, peço dia.

### **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA (Relator):

A CEF suscita preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, alegando ser da EMGEA a legitimidade para figurar no pólo passivo da ação, em razão da cessão do crédito imobiliário.

A jurisprudência do eg. STJ, através da Primeira Turma, firmou o entendimento de que “em virtude da cessão do crédito imobiliário discutido nos autos e dos seus acessórios à Empresa Gestora de Ativos - EMGEA, não deve prosperar a pretensão da recorrente, porquanto, nas ações relativas a financiamentos imobiliários pelo SFH, esta Corte já firmou o entendimento de que apenas a CEF é parte legítima para figurar no pólo passivo”. (REsp 815226; julgado em 28.03.2006; Rel. Ministro José Delgado)

Rejeito a preliminar.

Entendo desnecessária a produção de prova pericial sobre os juros; incidência da TR - Taxa Referencial e amortização do saldo devedor nos contratos regidos pelo SFH.

A sentença condenou a CEF a substituir a TR pelo INPC para o reajuste do saldo devedor, sem pedido nessa direção. Trata-se de julgamento *ultra petita*, devendo a sentença ser reduzida aos limites do pedido, e declarada sua nulidade nessa parte. Provido o recurso, nessa parte.

O col. STF, ao julgar a ADIN nº 493-0 - DF, não declarou a inconstitucionalidade da utilização da TR como indexador de correção monetária, mas, apenas, da sua aplicação em substituição a índice estipulado no contrato firmado anteriormente à sua criação, em infringência ao ato jurídico perfeito.

Inexiste qualquer inconstitucionalidade na utilização da TR (Taxa Referencial) como fator de atualização monetária de prestações e saldo devedor de contratos de financiamento regidos pelo SFH, pactuados posteriormente à Lei nº 8.177/91, que instituiu a Taxa Referencial, sendo admissível sua aplicação nos contratos firmados antes do advento da Lei nº 8.177, desde que vinculem expressamente a correção monetária à remuneração das cadernetas de poupança.

A esse respeito, é pacífica a jurisprudência. Eis os precedentes:

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. UTILIZAÇÃO DA TR COMO ÍNDICE DE INDEXAÇÃO.**

I - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIns 493, Relator o Sr. Ministro Moreira Alves, 768, Relator o Sr. Ministro Marco Aurélio, e 959-DF, Relator o Sr. Ministro Sydney Sanches, não excluiu do universo jurídico a Taxa Referencial, TR, vale dizer, não decidiu no sentido de que a TR não pode ser utilizada como índice de indexação.

O que o Supremo Tribunal decidiu, nas referidas ADIns, é que a TR não pode ser imposta como índice de indexação em substituição a índices estipulados em contratos firmados anteriormente à Lei 8.177, de 01.03.91. Essa imposição violaria os princípios constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. CF, art. 5º, XXXVI.

II - No caso, não há falar em contrato em que ficara ajustado um certo índice de indexação e que estivesse esse índice sendo substituído pela TR. É dizer, no caso, não há nenhum contrato a impedir a aplicação da TR.

III - RE não conhecido.

(RE 175.678, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 04.08.95)

**EMENTA: DEPÓSITO JUDICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. TAXA REFERENCIAL. ATO DA CORREGEDORIA.**

1. Na linha da jurisprudência desta Corte, os depósitos judiciais devem ser atualizados de acordo com os provimen-

tos administrativos do órgão judiciário competente. No presente caso, determinada a utilização dos índices da caderneta de poupança, tem-se como legal a incidência da Taxa Referencial, que serve de base para aquela.

1. Recurso especial não conhecido.

(REsp 142.447/MG; Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito; *DJ* de 14.12.1998)

No mesmo sentido, as decisões proferidas no REsp 229590/SP-1999; Rel. Min. Eduardo Ribeiro; *DJ* de 18.05.2000; REsp 228.031/RS; Rel. Min. Barros Monteiro; *DJ* 19.03.2001).

Quanto à aplicabilidade da TR (Taxa Referencial) aos contratos firmados após a Lei nº 8.177/91, a questão encontra-se sumulada nestes termos:

Súmula 295. A Taxa Referencial (TR) é indexador válido para contratos posteriores à Lei nº 8.177/91, desde que pactuada.

No caso em exame, o contrato foi assinado em 1990 e prevê expressamente a atualização monetária do saldo devedor do financiamento habitacional pelos mesmos índices utilizados para a correção das cadernetas de poupança, sendo legal a incidência da TR (Taxa Referencial). Provido o recurso, nessa parte.

A capitalização de juros poderia ser admitida nos cálculos dos contratos se houvesse expressa disposição legal, a exemplo das cédulas de crédito comercial, industrial e rural. Nesse sentido a Súmula nº 93 do col. STJ:

A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros.

Nos demais casos, fora do permissivo legal, a capitalização de juros viola o preceito da Súmula nº 121 do col. STF:

É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.

É iterativa a jurisprudência do eg. STJ vedando a prática do anatocismo, nestes termos:

EMENTA: COMERCIAL. CONFISSÃO DE DÍVIDA. FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS Nº 282 E 356-STF. CA-

PITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS REMUNERATÓRIOS. VEDAÇÃO. LEI DE USURA (DECRETO Nº 22.626/33). INCIDÊNCIA. SÚMULA Nº 121 - STF. CORREÇÃO MONETÁRIA. TR. FALTA DE PREVISÃO CONTRATUAL. INAPLICAÇÃO.

I. Inadmissível recurso especial em que é debatida questão federal não objetivamente enfrentada no acórdão *a quo*. Nos contratos de mútuo firmados com instituições financeiras, ainda que expressamente acordada, é vedada a capitalização mensal dos juros remuneratórios, somente admitida nos casos previstos em lei, hipótese diversa dos autos. Incidência do art. 4º do Decreto nº 22.626/33 e da Súmula nº 121-STF.

II. Inobstante não haja vedação legal para utilização da TR como indexador de contrato de crédito bancário, deve ser ela pactuada, o que não ocorreu no caso dos autos. E, inexistindo outro índice alternativo contratualmente previsto, prevalece, na omissão, o IGP-M, como estabelecido pelo Tribunal estadual.

III. Recurso especial conhecido e improvido.

(REsp - 450.822 - STJ. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior. DJ 16.12.2002)

No mesmo sentido, as decisões proferidas no REsp 31.805/RS, DJ 07.06.1993; REsp 39.323/RS, DJ de 07.02.94.

Dessa forma, é ilegal a capitalização de juros nos contratos de financiamento regidos pelo SFH. Deve o recurso ser improvido, nessa parte.

A sentença decidiu que a fórmula de cálculo para a atualização do saldo devedor é a disposta no art. 6º, alínea c, da Lei nº 4.380/64, que instituiu a correção monetária nos contratos imobiliários e o Sistema Financeiro para aquisição da casa própria, orientando que:

ao menos parte do financiamento, ou do preço a ser pago, seja amortizado em prestações mensais sucessivas, de igual valor, antes do reajustamento, que incluam amortizações e juros.

A CEF discorda da forma de amortização do saldo devedor, defendendo a atualização monetária da dívida antes da dedução das parcelas quitadas, e não, após o pagamento das prestações.

O citado dispositivo legal foi revogado pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 19/66, ensejando a edição das Resoluções nº 1.446/88 e 1980/93 (art. 20) do Banco Central do Brasil, que preconizam:

XXIII - O Banco Central do Brasil fica autorizado a baixar as normas, a adotar as medidas necessárias à execução do disposto nesta Resolução, bem como a disciplinar as operações de financiamento do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, inclusive no que diz respeito aos seguintes aspectos:

(...)

e) regime de amortização empregado.

Resolução nº 1.980/93 - Art. 20. A amortização decorrente do pagamento de prestação deve ser subtraída do saldo devedor do financiamento depois de sua atualização monetária, ainda que os dois eventos ocorram na mesma data.

A interpretação jurisprudencial deste eg. Tribunal, através do Pleno, firmou-se no sentido de que a atualização do saldo devedor deve preceder a amortização das parcelas, nestes termos:

EMBARGOS INFRINGENTES. CONTRATO DE MÚTUO. SFH. AMORTIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR. SALDO RESIDUAL CORRIGIDO PELOS ÍNDICES DE REMUNERAÇÃO DA POUPANÇA. TR. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. PRÁTICA ILEGAL DE ANATOCISMO. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO.

1. Nos contratos de financiamento da casa própria pelo Sistema Financeiro da Habitação, corrige-se o saldo devedor para depois se amortizar a prestação quitada. Precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça: Primeira Turma, Resp 601445/SE, Segunda Turma, Resp nº 425794/SC, Terceira Turma - AgRg no Resp 684354-DF, e Quarta Turma - REsp 576688/RS; Relatores, respectivamente, Ministros Teori Albino Zavascki, Eliana Calmon, Nancy Andrighi e Fernando Gonçalves.

2. Havendo previsão contratual expressa de que a atualização do saldo devedor do imóvel se daria pelo índice de correção da poupança e sendo o contrato firmado posteriormente à Lei 8.177/91, é cabível a aplicação da TR, por observância ao princípio do *pacta sunt servanda*. Súmula nº 295 do STJ. (*Idem*-jurisprudência)

3. A capitalização dos juros é proibida (Súmula 121/STF),



somente aceitável quando expressamente permitida em lei, o que não acontece no SFH.

4. Embargos Infringentes conhecidos e: a) parcialmente providos para afastar a capitalização dos juros; b) improvidos para manter a sistemática de amortização das prestações e incidência da TR sobre o saldo devedor. (EIAC - Embargos Infringentes na Apelação Cível 281.211/01. Pleno. Relator Des. Federal Hélio Sílvio Ourem Campos. Julgado em 15/12/2005)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. CONTRATO DE MÚTUO. SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR.

1. Nos financiamentos habitacionais, nada obsta que a amortização decorrente do pagamento de prestações seja subtraída do saldo devedor do financiamento depois de sua atualização monetária.

2. “Precedente da Corte consagra que o sistema de prévio reajuste e posterior amortização do saldo devedor não fere comutatividade das obrigações pactuadas no ajuste, uma vez que, de um lado, deve o capital emprestado ser remunerado pelo exato prazo em que ficou à disposição do mutuário, e, de outro, restou convencionado no contrato que a primeira parcela será paga apenas no mês seguinte ao do empréstimo do capital”. (STJ, REsp nº 467.440/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* de 17/05/04).

3. Improvimento dos embargos infringentes.

(EIAC - Embargos Infringentes na Apelação Cível 300.034/02; Rel. Des. Federal Joana Carolina Lins Pereira; *DJ* de 15/12/2005)

Não há previsão contratual sobre a fórmula de cálculo de amortização das prestações, se antes ou depois da atualização do saldo devedor, constando apenas a periodicidade da atualização da dívida, no dia correspondente ao da assinatura do contrato.

Dessa forma, acompanho o posicionamento do Pleno deste Tribunal para acolher a fórmula de evolução do saldo devedor, com dedução da parcela após a correção da dívida do financiamento, utilizada pelo agente financeiro. Nesse ponto, dou provimento ao recurso.

A recorrente ataca a sentença na parte que excluiu o CES - Coeficiente de Equiparação Salarial dos cálculos do contrato de financiamento habitacional.

José Maria Aragão, em engenhoso estudo sobre o Sistema Financeiro da Habitação, esclarece que o Coeficiente de Equiparação Salarial - CES era “um multiplicador aplicado à prestação inicial refletindo a relação salário-mínimo/UPC e que variava em função do mês de assinatura do contrato e da previsão de variação da ORTN até o próximo reajuste, o que equivalia a um prognóstico sobre a evolução futura da inflação. O CES, na realidade, era um adicional à prestação, que se destinaria a reforçar o FCVS, ao qual caberia a responsabilidade de liquidar o saldo devedor ao final do prazo contratual (...)”.

O referido autor explicita que a “disparada das taxas de inflação, a partir de 1979, combinada com a política de achatamento salarial das classes médias observada a partir daquele ano, tornaria tais reajustamentos de todo insuficientes para impedir o acúmulo de responsabilidade do FCVS em valores muito superiores aos de suas disponibilidades”. (Sistema Financeiro da Habitação - Editora Juruá, 1ª edição-2ª tiragem-2000/ pág. 190)

O Coeficiente de Equiparação Salarial - CES tem, assim, a finalidade de corrigir eventuais distorções entre os reajustes salariais do mutuário e a correção monetária aplicável nos financiamentos habitacionais.

A aplicação do CES incidiria por força dos normativos infralegais editados pelo BNH-Banco Nacional da Habitação ou pelo BACEN- Banco Central do Brasil.

Com o advento da Lei nº 8.692, de 28.07.1993, o CES passou a integrar a legislação relativa ao PES e ao Plano de Comprometimento de Renda-PCR, nestes termos:

Art. 8º No Plano de Equivalência Salarial o encargo mensal, conforme definido no parágrafo único do art. 2º, desta Lei, acrescido do Coeficiente de Equivalência Salarial - CES, será reajustado no mesmo percentual e na mesma periodicidade dos aumentos salariais da categoria profissional do mutuário, aplicável no mês subsequente ao de competência do aumento salarial.

No caso, o contrato prevê a cobrança do Coeficiente de Equiparação Salarial-CES, sendo legal sua incidência nos cálculos das prestações do financiamento habitacional. Nesse ponto, dou provimento ao recurso.

A CEF discorda da forma de amortização do saldo devedor, defendendo a atualização monetária da dívida antes da dedução das parcelas quitadas, e não após o pagamento das prestações.

O citado dispositivo legal foi revogado pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 19/66, ensejando a edição das Resoluções nº 1.446/88 e 1980/93 (art. 20) do Banco Central do Brasil, que preconizam:

XXIII - O Banco Central do Brasil fica autorizado a baixar as normas, a adotar as medidas necessárias à execução do disposto nesta Resolução, bem como a disciplinar as operações de financiamento do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, inclusive no que diz respeito aos seguintes aspectos:

(...)

e) regime de amortização empregado.

Resolução nº 1.980/93 - Art. 20. A amortização decorrente do pagamento de prestação deve ser subtraída do saldo devedor do financiamento depois de sua atualização monetária, ainda que os dois eventos ocorram na mesma data.

A interpretação jurisprudencial deste eg. Tribunal, através da Primeira Turma, firmou-se no sentido de que a atualização do saldo devedor deve preceder a amortização das parcelas, nestes termos:

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO-SFH. CASA PRÓPRIA. CONTRATO DE MÚTUO. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CDC AOS CONTRATOS DO SFH. POSSIBILIDADE DE USO DA TR COMO FATOR DE ATUALIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR.

I - O SFH possui regras e princípios próprios, caracterizando, com efeito, um regime especial, sobre o qual não incidem as regras do CDC.

II - Inexistindo óbice legal ao uso da TR como fator de correção do saldo devedor, mantém-se a vontade das partes consolidada na avença. O SFH capta seus recursos

das cadernetas de poupança e do FGTS.

Se esses recursos na origem são corrigidos pela TR, modificar tal critério de correção implicaria inadmissível desequilíbrio da operação financeira.

III - Restou evidenciado nos autos o desrespeito às regras do PES/CP, razão pela qual o valor das parcelas do contrato deve ser revisto para que não seja majorado acima do reajuste concedido à categoria profissional do autor.

IV - O coeficiente de equiparação salarial não se presta a reajustar o valor do encargo mensal, porquanto a utilização do mesmo não está prevista no contrato celebrado.

V - A atualização do saldo devedor deve anteceder a amortização, pois, do contrário, o principal estaria sendo pago sem a devida correção monetária, o que implicaria depreciação do montante e conseqüente prejuízo para o detentor do capital.

VI. Apelação parcialmente provida. (TRF 5ª Região. Primeira Turma. AC Nº 282220-RN. Rel. Margarida Cantarelli. DJ de 01.08.2002)

Não há previsão contratual sobre a fórmula de cálculo de amortização das prestações, se antes ou depois da atualização do saldo devedor, constando apenas a periodicidade da atualização da dívida, no dia correspondente ao da assinatura do contrato.

Dessa forma, acompanho o posicionamento da eg. Primeira Turma deste Tribunal para acolher a fórmula de evolução do saldo devedor, com dedução da parcela após a correção da dívida do financiamento, utilizada pelo agente financeiro. Nesse ponto, dou provimento ao recurso.

Sucumbência recíproca. As partes devem arcar com os honorários de seus advogados.

Isso posto, dou provimento, em parte, à apelação da CEF.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 389.124-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO  
Apelante: MINÉRIOS DE BOM JARDIM S/A  
Apelados: MINERAÇÃO COTO COM/ IMP/ E EXP/ LTDA.,  
DNPM - DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL E ANTENOR ROCHA PINTO  
Repte.: PROCURADORIA DO DNPM  
Advs./Procs.: DRS. EUCLIDES DIAS MARTINS E OUTROS (APTE.) E CARLOS ANDRÉ COELHO MAGALHÃES MELO E OUTROS E IRAPONIL SIQUEIRA SOUSA (APDOS.)

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. DIREITO MINERÁRIO. PRESCRIÇÃO. ALEGAÇÃO EM CONTRA-RAZÕES. POSSIBILIDADE. ART 219, PARÁGRAFO 3º, DO CPC C/C ART. 193 DO CCIV. EFEITO TRANSLATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA DE ALVARÁS DE PESQUISA MINERÁRIA. PRESCRIÇÃO ÂNUA. ART. 66, PARÁGRAFO 3º, DO CÓDIGO DE MINAS (DL 227/67); ART. 103, PARÁGRAFO 3º, DO REGULAMENTO MINERÁRIO (DEC. 62.934/68).**

**- A prescrição é matéria de ordem pública e pode ser decretada de ofício pelo Juiz (art. 219, parágrafo 3º, do CPC), em qualquer grau de jurisdição (art. 193 do CCiv.), bem como argüida pela parte a quem aproveita, inclusive em sede de contra-razões apelatórias, segundo lição do Des. Federal Petrucio Ferreira (TRF5, AC 369.169/SE, DOU 01.09.06, p. 883).**

**- O efeito recursal translativo permite que as matérias de ordem pública, tal como a prescrição, sejam apreciadas de ofício pelo órgão julgador ad quem, ocasião em que não se pode falar em julgamento extra, ultra ou infra petita, nem mesmo em reformatio in pejus.**

**- A regulação da prescrição, em Direito Minerário,**

***encontra disciplina específica no Código de Mineração (DL 227/67), razão pela qual deve ser afastada a aplicabilidade das normas gerais de Direito Administrativo, bem como das normas de Direito Privado sobre o instituto.***

***- Nos termos do art. 66, parág. 3º, do Código de Mineração e do art. 103, parág. 3º, do Decreto Minerário, o ajuizamento de ação postulatória de nulidade do Alvará de Pesquisa prescreve no prazo de um ano.***

***- Se fosse comum o prazo prescricional, no caso das atividades na área de mineração, ter-se-ia a realização de vultosos recursos financeiros e técnicos em clima de absoluta insegurança jurídica ou precariedade, em face do longo tempo para questionamento da iniciativa minerária.***

***- Processo extinto em razão da prescrição; apelação prejudicada.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AC 389.124-PB, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em acolher a preliminar de prescrição, extinguindo o processo, nos termos do art. 269, inc. IV, do CPC, restando prejudicada a apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Custas na forma da lei.

Recife, 6 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO:

1. Cuida-se de apelação cível interposta por Minérios de Bom Jardim S/A contra sentença proferida nos autos da Ação Ordinária 2004.82.00.000406-9 (fls. 854/871), pelo Juízo Federal da 1ª Vara da SJ/PB, que julgou improcedentes os pedidos formulados na exordial pela ora apelante, que pretendia a anulação de 40 Alvarás de Pesquisa expedidos pelo Departamento Nacional de Produção Mineral-DNPM em favor da ora apelada, Mineração Coto, Comércio, Importação e Exportação Ltda.

2. Nas razões de seu recurso apelatório, Minérios de Bom Jardim S/A alega o seguinte: (A) preliminarmente, invoca a nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa, uma vez que o Juízo *a quo* indeferiu todas as provas requeridas, por entender que a matéria probatória é basicamente documental; (B) no mérito, contraria os fundamentos postos na sentença apelada, aduzindo:

(a) que Antenor Rocha Pinto (proprietário dos direitos minerários sobre onze áreas minerárias administrativamente demarcadas no Estado da Paraíba) firmou com Minérios de Bom Jardim S/A (ora apelante) um *contrato de cessão de direitos minerários atemporal*, ou seja, sem prazo determinado, e não um contrato de autorização de pesquisa, com prazo de 3 meses, como está registrado na sentença;

(b) que o contrato de cessão de direitos minerários da Minérios de Bom Jardim S/A é válido, pois não depende de prévia autorização do DNPM, ao contrário, a apresentação ao DNPM para averbação deve ser posterior;

(c) que a venda dos direitos minerários por Antenor Rocha Pinto à apelada Mineração Coto (nov/96) não é válida, pois foi efetuada posteriormente à cessão dos mesmos direitos realizada em favor da ora apelante (set/94);

(d) que ambos os contratos foram protocolados perante o DNPM na mesma data, porém, em função do horário, Minérios de Bom Jardim S/A protocolou em primeiro lugar, desse modo, a apelante possui prioridade para a transferência dos direitos minerários, consoante determina o Código de Mineração;

(e) que Antenor Rocha Pinto enviou para o DNPM um falso recibo de rescisão do contrato de venda de direitos minerários firmado com a apelante, o que causou a paralisi-

sação da análise de seus requerimentos de pesquisa;

(f) finalmente, pugna pela condenação da apelada em danos morais e materiais, perdas e danos e lucros cessantes, afirmando ser evidente o prejuízo causado em conluio pelos apelados.

Ao contra-arrazoar, Mineração Coto aduziu, em breve suma: (A) em preliminar, alega ter ocorrido a prescrição da ação de impugnação dos Alvarás de Pesquisa, consoante o disposto no art. 66, parág. 3º, do Código Minerário; (B) no mérito, afirma que:

(a) não houve cerceamento de direito de defesa, pois a divergência instaurada na presente lide remete à titularidade de direitos objeto de instrumentos contratuais e atos administrativos acostados aos autos, sendo despicienda qualquer dilação probatória;

(b) que o contrato realizado entre Minérios de Bom Jardim S/A e Antenor Rocha Pinto em set/94 não operou a transferência de direitos minerários para a apelante, pois estava sujeito a condição suspensiva (positivação das pesquisas), o que não se realizou;

(c) esclarece, ainda, que o aludido contrato previa a criação da empresa Santa Luzia Mineração Ltda. que viria a ser constituída pela Minérios de Bom Jardim S/A e Antenor Rocha Pinto, que dela participaria com 40% das cotas por ele subscritas e integralizadas mediante os ora disputados direitos minerários;

(d) diante disso, ratifica que, se Antenor Rocha Pinto se comprometera em integralizar seus direitos minerários em capital de sociedade futura, é lógico que não os transferiu à Minérios de Bom Jardim S/A;

(e) alega, também, que a Instrução Normativa 2, de 22.10.97, do DNPM não traz nenhum alento à tese da apelante, pois a mesma exige apresentação de documento válido e vigente a ser submetido à vênua federal, a tanto não se prestando o contrato firmado entre a Minérios de Bom Jardim S/A e Antenor Rocha Pinto; assim, não dispondo a Minérios de Bom Jardim S/A de título hábil à pretendida cessão de direitos, não lhe poderiam ser concedidos os direitos à pesquisa da área vindicada;



(f) afirma que o documento apontado pela apelante como falso (recibo de rescisão contratual) não tem nenhuma repercussão jurídica no presente processo, pois o contrato de cessão de direitos minerários firmado entre Minérios de Bom Jardim S/A e Antenor Rocha Pinto foi rescindido em 31.05.95, com o advento de um contrato de prestação de serviços incompatível com o primeiro ajuste e, por isso, responsável pela revogação do primeiro;

(g) observa que a apelante não se desincumbiu do ônus da prova, pois, apesar de fundamentar sua tese de defesa na precedência de seu pedido de averbação, não colacionou aos autos o requerimento de averbação de seu contrato perante o DNPM;

(h) que os Alvarás de Autorização de Pesquisa outorgados à Mineração Coto pelo DNPM são inteiramente válidos, tendo sido absolutamente regular a sua expedição;

(i) quanto ao Ofício 2/98-SAC, expedido pelo DNPM, que, em cumprimento à Lei Federal 9.314/96, determinou a Antenor Rocha Pinto a redução de suas áreas de pesquisa de granito ao limite legal, aduz a apelada que não há qualquer ilegalidade, pelo contrário, o que houve foi o estrito cumprimento da lei;

(j) que não há como se deferir judicialmente a averbação das onze áreas pretendidas pela Minérios de Bom Jardim S/A, que não reúne nenhuma das condições exigidas por lei para a recepção dos direitos sobre as áreas minerárias em litígio;

(k) relativamente ao pedido de indenização, alega que a Mineração Coto agiu conforme a lei, inexistindo ilícito a consumir prejuízo à apelante.

3. O Departamento Nacional de Produção Mineral-DNPM apresentou contra-razões à apelação, aduzindo, em apertada síntese:

(a) que os títulos minerários cuja anulação se pretende tiveram preenchidos, para seus deferimentos, todas as exigências legais previstas no art. 16 do Código de Mineração; desse modo, a concessão dos Alvarás de Pesquisa foi realizada em estrita consonância com os limites da lei;

(b) que os técnicos do 15° DS-Paraíba concluíram que os requerimentos de autorização de pesquisa estavam *completos e convenientemente instruídos*, ou seja, cumpriram todas as exigências prefixadas na legislação minerária, especialmente no art. 16 do Código de Mineração.

4. Relativamente ao termo prescricional para ajuizamento da presente ação anulatória, o DNPM deixou de se manifestar.

5. Este é o relatório.

### **VOTO PRELIMINAR (PRESCRIÇÃO DA AÇÃO)**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (Relator):

1. Antes que se proceda ao exame do mérito do presente recurso, mister se faz que se analise a questão preliminar argüida pela ora apelada, Mineração Coto, tanto em sede de contestação (fls. 362/393), como em suas contra-razões à apelação (fls. 940/980), referente à prescrição da ação de anulação dos Alvarás de Pesquisa ora censurados.

2. Neste momento, é importante salientar que a prescrição da ação é **matéria de ordem pública**, podendo e mesmo devendo ser conhecida de ofício pelo órgão julgador.

3. A este respeito, convém transcrever a nova redação do art. 219, parág. 5°, do CPC, introduzida pela Lei 11.280/06, com vigência a partir de 17.05.06, passando a vigor da seguinte forma:

Art. 219 - (...).

Parág. 5° - O Juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.

4. No mesmo sentido, não se pode olvidar o disposto no art. 193 do Código Civil, que assim dispõe:

Art. 193 - A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita.

5. De redação bastante clara, o referido dispositivo legal do CPC é imperioso em afirmar a possibilidade, melhor dizendo, o poder-dever de o Magistrado conhecer a prescrição *de ofício*, ou seja, sem a necessidade de provocação da parte interessada.

6. Em verdade, cuida-se de verdadeira **inovação no ordenamento jurídico brasileiro**, sendo irrelevante a questão de tratar-se, ou não, de direitos patrimoniais, *somente se exigindo a verificação da ocorrência do instituto*.

7. Ao meu ver, o referido dispositivo do CPC autoriza que a prescrição possa ser decretada imediatamente pelo órgão julgador de qualquer instância, ainda que não tenha sido argüida nas instâncias precedentes.

8. Nesse mesmo sentido colhe-se decisão do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. **PRESCRIÇÃO. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. ART. 219, PARÁG. 5º, DO CPC (REDAÇÃO DA LEI 11.280/2006)**. DIREITO SUPERVENIENTE E INTERTEMPORAL.

(...);

5. Porém, com o advento da Lei 11.280, de 16.02.06, com vigência a partir de 17.05.06, o art. 219, parág. 5º, do CPC, alterando, de modo incisivo e substancial, os comandos normativos supra, passou a vigor com a seguinte redação: “O Juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”.

6. *Id est*, **para ser decretada a prescrição de ofício pelo Juiz, basta que se verifique a sua ocorrência, não mais importando se se refere a direitos patrimoniais ou não**, e desprezando-se a oitiva da Fazenda Pública. Concedeu-se ao magistrado, portanto, a possibilidade de, ao se deparar com o decurso do lapso temporal prescricional, declarar, *ipso facto*, a inexigibilidade do direito trazido à sua cognição.

7. **Por ser matéria de ordem pública, a prescrição há de ser decretada de imediato, mesmo que não tenha sido debatida nas instâncias ordinárias.** *In casu*, tem-se direito superveniente que não se prende a direito substancial, devendo-se aplicar, imediatamente, a nova lei processual.

8. Tratando-se de norma de natureza processual, tem aplicação imediata, alcançando inclusive os processos em curso, cabendo ao juiz da execução decidir a respeito da sua incidência, por analogia, à hipótese dos autos (REsp 814.696/RS, 1ª T, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 10/04/2006).

9. Execução fiscal paralisada há mais de 5 (cinco) anos. Prescrição intercorrente declarada.

10. Recurso não provido. (REsp 843.557, Rel. Min. José Delgado, *DJU* 20.11.06, p. 287).

9. Nessa linha de entendimento, interessa mencionar a ocorrência do chamado efeito translativo no presente recurso apelatório, o que encontra guarida nos arts. 515, parágs. 1º e 2º, e 516 do CPC, que autorizam a translação das questões de ordem pública na apelação.

10. O efeito translativo autoriza o órgão *ad quem* a julgar fora do que consta das razões ou contra-razões do recurso, ocasião em que não se pode falar em julgamento *extra, ultra* ou *infra petita*, nem mesmo em *reformatio in pejus*. Isto ocorre normalmente com as *questões de ordem pública*, que devem ser conhecidas de ofício pelo Juiz, a cujo respeito não se opera a preclusão.

11. Assim, no meu modesto sentir, sendo a prescrição matéria de ordem pública, cognoscível de ofício pelo Juiz, opera-se, a seu respeito, o efeito translativo, que remete a matéria ao Tribunal, ainda que a mesma não tenha sido questionada pela parte interessada em sua petição recursal ou em momento processual anterior.

12. Nesta esteira é possível colacionar farta jurisprudência das Cortes Regionais do País:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITO TRANSLATIVO. APLICABILIDADE. EMBAIXADA DA TUNÍSIA. ESTADO ESTRANGEIRO. AÇÃO CONSIGNATÓRIA. CABIMENTO DE RECURSO ORDINÁRIO PARA O STJ. APELAÇÃO INCABÍVEL.

**1. Em razão do efeito translativo, pode o órgão julgador do recurso interposto manifestar-se sobre matéria de ordem pública, mesmo que não suscitada pelas partes, não se configurando julgamento *extra petita* ou *reformatio in pejus*.**

(...). (TRF1, EDAC 2000.01.00.095887-6/DF, Rel. Des. Federal João Batista Moreira, *DOU* 28.06.04, p. 10).

PROCESSUAL CIVIL. SE A DECISÃO RECORRÍVEL CONTIVER MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA PODE SER REVISTA PELO TRIBUNAL SUPERIOR *EX OFFICIO*.

NÃO INCIDÊNCIA DA PRECLUSÃO. EFEITO TRANSLATIVO PLENO.

**1. O exame das questões de ordem pública, ainda que não decididas pelo Juízo *a quo*, fica transferida ao tribunal destinatário do recurso por força do efeito translativo autorizado pelo art. 515 do CPC.**

**2. É lícito, pois, ao Tribunal, apreciando apelação apenas do autor contra sentença de mérito que lhe fora desfavorável, ou parcialmente desfavorável, extinguir o processo sem julgamento do mérito, entendendo ser o recorrente carecedor do direito de ação.**

3. O exame das condições da ação deve ser feito *ex officio* pelo Juiz, e a cujo respeito não se opera a preclusão.

4. Apelação a que se nega provimento. (TRF2, AC 123.294/RJ, Rel. Des. Federal Wanderley de Andrade Monteiro, DJU30.10.02, p. 579).

13. Com estas considerações, entendo que a matéria referente à prescrição é devolvida ao Juízo *ad quem*, **independentemente de requerimento das partes**, por se tratar, repise-se, de matéria de ordem pública, cognoscível de ofício pelo órgão julgador.

14. Todavia, no caso em análise, **a prescrição foi alegada pela parte apelada**, Mineração Coto, que, em suas contra-razões à apelação, aduziu estar prescrita a ação anulatória dos Alvarás de Pesquisa (fls. 940/980).

15. A este respeito, é importante lembrar o já citado art. 193 do Código Civil, que autoriza à parte interessada alegar a prescrição em qualquer grau de jurisdição; com esse dispositivo legal, verifica-se a *desnecessidade da parte apelada interpor recurso adesivo* tão-somente para invocar a prescrição, já que o Código Civil autoriza que a parte interessada alegue a prescrição em qualquer instância jurisdicional, podendo fazê-lo, como neste caso, em sede de contra-razões.

16. Neste sentido, é de se concluir que em certos casos, e excepcionalmente, o atual ordenamento jurídico autoriza a modificação da sentença definitiva de mérito por requerimento da parte apelada, e, como já visto, sem que isso importe em *reformatio in pejus*.

17. Nessa mesma linha de entendimento, é a lição do eminente Des. Federal Petrucio Ferreira, ilustríssimo integrante desta 2ª Turma do TRF5:

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DA RMI. PRESCRIÇÃO PROGRESSIVA ARGÜIDA DE OFÍCIO NA SENTENÇA RECORRIDA. ART. 219, PARÁGRAFO 5º, DO CC, SEMA ALTERAÇÃO DA LEI 11.280/06. IMPOSSIBILIDADE. **PE-DIDO DE MANUTENÇÃO DA APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO PROGRESSIVA EM CONTRA-RAZÕES. POSSIBILIDADE. ART. 162 DO CC.** ANÁLISE DO MÉRITO POR FORÇA DA REMESSA OFICIAL. ATUALIZAÇÃO MONE-TÁRIA. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. IRSM/IBGE DE 39,67%. DEVIDO. PRECEDENTES DO STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR REDUZIDO.

1. *Prima facie*, não assiste razão ao julgador singular, ao argüir de ofício a prescrição quinquenal, ao fundamento de que, em sendo a presente discussão de direito público, tal caráter público se sobreporia à natureza patrimonial. Em assim se entendendo, toda e qualquer ação intentada contra a Fazenda Pública imporia, de plano, o reconhecimento da prescrição quinquenal em benefício da Fazenda Pública, o que não ocorre, em face de ausência de dispositivo legal à época da prolação da sentença, e diante do disposto no art. 219, parágrafo 5º, do CC que não faz qualquer ressalva aos valores devidos pela Fazenda Pública.

**2. Entretanto, no caso presente, tendo o INSS, em suas contra razões, pugnado pela manutenção da sentença, especificamente no que tange ao reconhecimento da prescrição quinquenal, tal manifestação há de ser reconhecida e acolhida, com fundamento no art. 162 do CC, que textualmente estabelece que a prescrição pode ser alegada em qualquer instância pela parte a quem aproveita.**

(...).

8. Apelação do particular improvida.

9. Remessa oficial parcialmente provida, tão-somente para reduzirem-se os honorários advocatícios. (AC 369.169/SE, *DOU*01.09.06, p. 883).

18. À vista destas ponderações, e sendo a prescrição matéria de ordem pública, a cuja análise não se pode furtar o órgão julgador, entendo ser primordial seu exame, antes de adentrar no mérito

to do presente recurso apelatório, seja por ser tal instituto cognoscível de ofício, seja por ter sido invocado pela parte apelada, em suas contra-razões.

19. A regulamentação da aludida prescrição encontra *disciplina específica* no Código de Mineração (DL 227/67), razão pela qual deve ser afastada a aplicabilidade das normas gerais de Direito Administrativo, bem como das normas de Direito Privado sobre o instituto em foco.

20. Este egrégio Regional, em diversas oportunidades, tem-se manifestado no sentido de que os dispositivos legais de caráter geral não prevalecem sobre as normas de natureza especial:

ADMINISTRATIVO. ANISTIADO POLÍTICO. VEREADOR. MANDATO GRATUITO. TEMPO DE SERVIÇO. FINS PREVIDENCIÁRIOS. ART. 8º, PARÁGRAFO 4º, ADCT. ART. 2º, XIII, PARÁGRAFO 1º, DA LEI Nº 10.559/02. **PRIMAZIA DE NORMA ESPECIAL SOBRE NORMA GERAL.** (AC 366.139-CE, REL. DES. FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA, DJU 07.03.06, P. 455).

21. Assim, a prescrição da ação de anulação de Alvarás de Autorização de Pesquisa Minerária deve ser analisada à luz do Código Minerário (DL 227/67), que, em seu art. 66, parág. 3º, dispõe:

Art. 66 - **São anuláveis os Alvarás de Pesquisa ou Decretos de Lavra** quando outorgados com infringência de dispositivos deste Código.

(...)

Parág. 3º - A nulidade poderá ser pleiteada judicialmente em ação proposta por qualquer interessado **no prazo de 1 (hum) ano**, a contar da publicação do Decreto de Lavra no Diário Oficial da União.

22. Do dispositivo legal acima transcrito se colhe que o legislador estabeleceu, tanto para os Decretos de Lavra como para os Alvarás de Pesquisa, a possibilidade de qualquer interessado pleitear a sua nulidade judicialmente, no prazo de um ano, a contar de sua publicação no *Diário Oficial da União*.

23. Na mesma esteira, o Regulamento do Código de Mineração (Decreto 62.934/68) reproduz o disposto no Código Minerário,

no que diz respeito à prescrição ânua da ação anulatória de Alvarás de Pesquisa ou Decretos de Lavra:

Art. 103 - São anuláveis as **Autorizações de Pesquisa ou as Concessões de Lavra** outorgadas com infringência de dispositivos do Código de Mineração ou deste Regulamento.

(...).

Parág. 3º - A nulidade poderá ser pleiteada judicialmente em ação proposta por qualquer interessado, **no prazo de 1 (um) ano**, a contar da publicação do Alvará de Pesquisa ou do Decreto de Lavra no Diário Oficial da União.

24. No caso dos autos, **todos os Alvarás de Pesquisa impugnados foram publicados no DOU entre 10.09.98 e 16.11.98** (fls. 219/226), enquanto a presente ação, proposta com o intuito de declarar sua nulidade, foi ajuizada em **20.01.04**; resta, portanto, evidenciado o decurso do prazo prescricional, ao que se pode perceber.

25. Ainda que se considere a interposição pela apelante de recurso hierárquico perante o Ministro de Estado das Minas e Energia contra a decisão que deferiu à Mineração Coto a expedição dos Alvarás de Pesquisa Minerária, tem-se por consumada a prescrição; isto porque **o despacho ministerial (fls. 413) foi publicado no DOU em 30.07.02** e, repita-se, **a presente ação anulatória só veio a ser proposta em 20.01.04**; decorrido, portanto, o lapso prescricional anual.

26. Relativamente ao Mandado de Segurança ajuizado pela Minérios de Bom Jardim S/A contra o Diretor do Departamento Nacional de Produção Mineral perante a Seção Judiciária do Distrito Federal (MS 1999.34.00.000.212-0), o mesmo restou extinto sem julgamento de mérito, conforme notícia a sentença de fls. 462/465, havendo **certificação de trânsito em julgado do decisum data de 31.03.00**; assim, uma vez mais se observa que o prazo prescricional decorreu *in albis*, pois a presente demanda só foi ajuizada em **20.01.04**.

27. A tabela abaixo colacionada demonstra de maneira bastante clara que o prazo legal para o ajuizamento de ação anulatória dos Alvarás de Pesquisa expedidos pelo DNPM em favor da Mine-



ração Coto está prescrito, independentemente de qual marco inicial venha a ser considerado:

ATOS	INÍCIO DO PRAZO PRESCRICIONAL	TÉRMINO DO PRAZO PRESCRICIONAL ANUO	AJUIZAMENTO DA AÇÃO
Alvarás de Pesquisa	Última publicação no <i>DOU</i> : 16.11.98	16.11.99	20.01.04
Despacho Ministerial	Publicação no <i>DOU</i> : 30.07.02	30.07.03	20.01.04
Mandado de Segurança	Trânsito em Julgado: 31.03.00	31.03.01	20.01.04

28. Em que pese a logicidade do raciocínio acima desenvolvido, a douda sentença apelada rejeitou a preliminar de prescrição, com as seguintes razões:

*23.2 - (...): rejeito a alegação de prescrição da pretensão do A. de anular os Alvarás de Autorização de Pesquisa Mineral que lhe foram concedidos pelo DNPM (fls. 51/52), pois o prazo de um ano é contado do Decreto de Lavra, segundo o Código de Mineração, art. 66, parág. 3º, e a R. não trouxe a lume tal ato do DNPM (fls. 863/864).*

29. Entretanto, observa-se que a douda sentença atacada não realizou uma interpretação congruente do dispositivo legal sob enfoque. O que se verifica é que o Juízo *a quo* analisou apenas a literalidade do parág. 3º do art. 66 do Código Minerário, sem levar em conta o contexto em que referido dispositivo encontra-se inserido, deixando de ponderar até mesmo o texto posto no próprio *caput* do art. 66.

30. Nesse ponto, peço vênua para constatar que o doudo Juízo *a quo* laborou em equívoco ao efetuar uma interpretação hermética e gramatical do parág. 3º do art. 66 ora questionado.

31. Ora, o aplicador do Direito não pode olvidar que a interpretação gramatical é tão-somente um ponto de partida para o intérprete, e que este deve atuar em busca do *sentido contextual* da norma. Trata-se da interpretação lógica e sistemática. Cada artigo

de uma norma situa-se num capítulo e seu valor depende da sua colocação sistemática no texto.

32. Assim, no meu modesto sentir, a interpretação puramente gramatical perde relevo no Direito Moderno, devendo-se, sim, interpretar os dispositivos legais de acordo com seu valor lingüístico, mas, principalmente, sem perder de vista a sua função no texto, buscando com isso, através da semântica textual, uma interpretação sistemática do dispositivo legal.

33. Diante disso, mostra-se equivocada a interpretação de que a prescrição ânua disciplinada no parág. 3º do art. 66 do Código Minerário se aplica somente aos Decretos de Lavra, isto porque o texto do aludido parág. 3º foi inserido pelo próprio legislador no art. 66, dispositivo este que trata da anulação de **Alvarás de Pesquisa ou Decretos de Lavra**.

34. Corroborando esse entendimento, tem-se o Decreto Presidencial 62.934/68, que regulamenta o Código de Minas, que, no já transcrito art. 103, parág. 3º, *dispõe textualmente que o prazo anual de prescrição se aplica tanto aos **Alvarás de Pesquisa quanto aos Decretos de Lavra***.

35. O disposto nesse Regulamento, ao meu ver, fortalece a interpretação lógico-sistemática aqui defendida, tornando irrefutável a conclusão anteriormente alcançada de que o parág. 3º do art. 66 deve ser interpretado de acordo com o contexto de seu *caput*, de modo a preceituar o prazo prescricional de um ano para o ajuizamento de ação anulatória de Alvará de Pesquisa ou Decreto de Lavra.

36. A prescrição, como é sabido, é regida pelo princípio da *actio nata*, sendo a perda do direito de ação **inércia por certo lapso de tempo** do titular de um direito subjetivo violado em buscar a sua recomposição; a sua fluência se inicia tão logo haja a lesão do direito. Se uma autorização, concessão, permissão, licença ou figura assemelhada viola direito subjetivo, o titular deve se valer dos meios que a ordem jurídica coloca à sua disposição para a recomposição de seu patrimônio jurídico. E, tão-logo nascido o direito de ação pela lesão ou ameaça do direito, tem início a fluência do lapso prescricional.

37. Se assim não fosse, no caso das atividades na área de mineração, ter-se-ia a realização de vultosos recursos financeiros e técnicos em clima de absoluta insegurança jurídica ou precariedade, em face do longo tempo (se fosse o prazo comum) para questionamento da iniciativa minerária.

38. Assim, no meu entender, é de ser reconhecida a prescrição, cujo princípio informador é da mais alta relevância, a própria estabilidade das relações jurídicas.

39. Forte nestes fundamentos, uma vez postulada, judicialmente, a nulidade dos Alvarás de Pesquisa de fls. 219/226, depois de expirado o prazo de um ano previsto no art. 66, parág. 3º, do DL 227/67 e no art. 103, parág. 3º, do Dec. 62.934/68, **acolho a preliminar de prescrição** e julgo extinto o processo, nos termos do art. 269, inc. IV, do CPC, restando prejudicada a apelação.

40. É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL N° 390.273-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO  
Apelantes: MARIA VITÓRIA GOMES PEREIRA (INCAPAZ) E UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE - UFRN  
Apeladas: AS MESMAS  
Reptes.: MARIA DA PIEDADE GOMES E PROCURADORIA DA UFRN  
Advs./Procs.: DRS. KARIZA HEINE DE DEUS SOUZA E OUTROS

**EMENTA: CIVIL. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO. HOSPITAL PÚBLICO. RECÉM-NASCIDA. OMISSÃO DO AGENTE PÚBLICO. DERRAMAMENTO DE MEDICAÇÃO. NECROSE DE PARTE DO COURO CABELUDO DA MENOR. NEGLIGÊNCIA E IMPRUDÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO. DANO MORAL, ESTÉTICO E MATERIAL. CONFIGURAÇÃO.**

**- A melhor doutrina tem se posicionado no sentido de que a teoria da responsabilidade objetiva**

**só se aplica aos atos comissivos praticados pelo poder público. Em se tratando de ato omissivo, aplica-se a responsabilidade subjetiva do Estado onde se exige, além da prova do dano e o respectivo nexo de causalidade, a demonstração da culpa por negligência, imprudência ou imperícia no serviço estatal que ocasionou o dano ou o próprio dolo, ou seja, deve-se provar que o Estado, através de seus agentes, tinha o dever de atuar de maneira a impedir a ocorrência do dano.**

**- No caso dos autos, segundo laudo pericial médico e laudo complementar, a auxiliar de enfermagem que integra o corpo médico do Hospital Escola Januário Cicco da UFRN foi negligente e imperita quando permaneceu inerte enquanto a menor prematura, internada naquela unidade hospitalar, estava sendo lesionada por substâncias químicas que extravasaram na sua derme em razão do emprego irregular do escalpe em sua veia, uma vez que tinha o dever legal de agir para retirá-lo e não de aguardar a troca de plan-tão.**

**- Inexistência de comprovação de culpa exclusiva ou concorrente da vítima, em especial da genitora da recém-nascida, que enseje a exclusão ou diminuição do montante fixado a título de indenização.**

**- O dano estético consiste na lesão da integridade física da criança quando teve parte de seu couro cabeludo necrosado em virtude do derramamento indevido de medicamento. Já o dano moral cinge-se ao abalo psíquico por ter que conviver com essas marcas permanentes, uma vez que se trata de fase delicada da vida, onde possivelmente poderá passar por constrangimentos e preconceitos diante das demais crianças de sua idade. Quanto aos danos patrimoniais, estes correspondem às despesas relativas às intervenções cirúrgicas, remédios, tratamento**

***médico-hospitalar e gastos com acompanhamento psicológico.***

***- Manutenção da indenização fixada em R\$ 30.000,00, a título de danos morais e estéticos.***

***- Apelações e remessa improvidas.***

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 14 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de remessa oficial e de duas apelações interpostas por Maria Vitória Gomes Pereira, representada por sua genitora Sra. Maria da Piedade Gomes, e pela UFRN - Universidade Federal do Rio Grande do Norte contra sentença que condenou a referida autarquia a realizar na menor Maria Vitória Gomes Pereira cirurgia reparadora de implante de cabelos, na área afetada de seu couro cabeludo, por intermédio de competente unidade hospitalar integrante de sua estrutura, e, após o período de internação e recuperação, oferecer tratamento psicológico por profissional especialista, bem como pagar indenização por danos morais e estéticos fixada no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), corrigidos monetariamente, acrescidos de juros de mora de 0,5% (meio por cento), computados a partir do evento danoso, nos moldes da Súmula 54 do STJ.

Aduz a autora, ora apelante, que a menor Maria Vitória Gomes Pereira, por ter nascido prematura, foi internada no Hospital Escola Januário Cicco para tratamento médico que resultou em grave

dano estético, em virtude de vazamento da medicação no instante em que esta foi injetada no couro cabeludo da recém-nascida, o que provocou sérias queimaduras na derme do couro capilar. Por conseguinte, pleiteia a majoração da indenização fixada na sentença por entender ser insuficiente diante da extensão e gravidade do dano.

Já a UFRN alega que o corpo médico do hospital universitário utilizou o procedimento adequado aos nascidos prematuramente e que as queimaduras ocasionadas na menor são conseqüências do risco inerente ao tratamento empregado, o que é absolutamente normal e provável de acontecer, portanto, entende que resta afastada eventual responsabilização.

Assevera, ainda, a culpa concorrente da genitora da menor, ao passo que não procurou os serviços de acompanhamento pós-parto que a Maternidade oferece aos recém-nascidos, bem como o serviço de cirurgia plástica reparadora o qual é prestado no Hospital Universitário Onofre Lopes, sem ônus. Por fim, rechaça o pedido de majoração da indenização arbitrada e requer a improcedência da ação. Segundo o princípio da eventualidade, requer a redução do montante fixado a título de indenização, como também dos honorários advocatícios.

Contra-razões da autarquia (fls. 247/252).

Contra-razões da autora (fls. 254/260).

Parecer da Procuradoria Regional da República pelo conhecimento e improvimento das apelações, para manter, *in totum*, os termos da sentença vergastada (fls. 268/274).

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Percebe-se, inicialmente, que há um fato incontroverso: a lesão sofrida pela menor.

Verifica-se, segundo farta documentação constante nos autos, em especial, o laudo pericial médico (fls. 131/136) e laudo

complementar (fls. 163/164), que a UFRN, através do corpo médico que integra o Hospital Escola Januário Cicco, não tomou as devidas cautelas ao empregar o tratamento que normalmente é dispensado aos nascidos prematuramente, tendo ocasionado graves queimaduras no couro cabeludo da recém-nascida Maria Vitória Gomes Pereira, em virtude de vazamento da medicação que lhe foi aplicada.

De acordo com o laudo da experta (fls. 131/136), a lesão provocada não faz parte do risco natural do procedimento e que, mesmo havendo a possibilidade do extravasamento do medicamento, o natural deveria ser o cuidado na realização do ato, principalmente quando se trata de nascido prematuro, o que denota a imperícia e negligência da autarquia apelante, ao passo que tomou conhecimento de que havia um erro no escalpe colocado na veia da menor e não procedeu a sua imediata retirada.

Em resposta aos quesitos complementares (fls. 163/164), a perita esclarece que houve imprudência da auxiliar de enfermagem, pois a mesma deveria ter tirado o escalpe, principalmente após ter reconhecido que tinha cometido um ato falho, mesmo assim não tomou a atitude correta.

Portanto, não resta dúvida de que houve culpa do corpo médico que integra o hospital da UFRN, uma vez que a auxiliar de enfermagem, de forma imperita, permaneceu inerte enquanto a menor estava sendo lesionada por substâncias químicas que extravasaram na sua derme em razão do emprego irregular de medicação.

Esta também foi a conclusão do *Parquet* Federal, senão veja-se:

A prova dos autos revela, de forma incontestada, a culpa da autarquia apelante em não ofertar os recursos de que dispunha, em tempo certo. Primeiramente, revelando-se displicente quando ao sofrimento impingido à criança, quando, ao receber o medicamento de forma irregular, estava sendo lesionada duramente por substâncias químicas que, na verdade, estavam produzindo escoriações e queimaduras; secundamente, revelando-se imperita pois, conforme relato da experta designada pelo Magistrado *a quo*, no lau-

do pericial, a auxiliar deveria ter retirado o escalpe imediatamente, após ter reconhecido a prática de um ato falho e não esperar a substituição do plantão para poder agir.

Assim, é incontestável que houve dano à esfera física e moral da menor, conforme se pode observar nas fotos colacionadas nos autos (às fls. 80/82), no teor dos prontuários médicos (fls. 60/79 e fl. 83), no laudo pericial médico (fls. 131/136) e no laudo complementar (fls. 163/164).

Desse modo, a melhor doutrina tem se posicionado no sentido de que a teoria da responsabilidade objetiva só se aplica aos atos comissivos praticados pelo poder público. Em se tratando de ato omissivo, aplica-se a responsabilidade subjetiva do Estado onde se exige, além da prova do dano e o respectivo nexo de causalidade, a demonstração da culpa por negligência, imprudência ou imperícia no serviço estatal que ocasionou o dano ou o próprio dolo, ou seja, deve-se provar que o Estado, através de seus agentes, tinha o dever de atuar de maneira a impedir a ocorrência do dano. Portanto, resta claro, mediante as provas colacionadas nos autos, que os danos causados à menor resultaram da conduta omissiva da agente que integra o corpo médico do Hospital Escola Januário Cicco que, de forma imperita e negligente, não procedeu à imediata retirada do escalpe colocado na veia da menor quando tinha o dever de agir, o que provocou sérias queimaduras na derme da criança em razão de vazamento da medicação.

Sobre o tema leciona Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1</sup> que a teoria da responsabilidade subjetiva deve ser aplicada:

quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funciona tardia ou ineficientemente). Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo. Não bastará, então, para configurar-se a responsa-

---

<sup>1</sup> Cf. "Curso de Direito Administrativo". São Paulo, Malheiros Editores, 17ª ed., 2004, pp. 895-896.



bilidade estatal, a simples relação entre a ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido.

Com efeito: inexistindo obrigação legal de impedir um certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente), seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico. Cumpre que haja algo mais: a culpa por negligência, imprudência ou imperícia no serviço, ensejadoras do dano, ou então o dolo, intenção de omitir-se, quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo um certo padrão de eficiência capaz de obstar ao evento lesivo. Em uma palavra: é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível.

No mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - LEGITIMIDADE PASSIVA DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO - OFERECIMENTO DE CURSO DE MESTRADO NÃO RECONHECIDO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO - REQUISITOS DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA COMPROVADOS.

1. A Instituição de Ensino Superior, sendo a entidade responsável pelo credenciamento e regularização, perante o Ministério da Educação, dos cursos que ministra, é legitimada para figurar no pólo passivo do feito. Preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* que se afasta.

**2. A doutrina atual orienta no sentido de que a responsabilidade do Estado somente é objetiva quanto ao ato comissivo praticado pelo seu preposto, sendo que, em relação à sua conduta omissiva, para que se caracterize sua responsabilidade, é necessário que se demonstre, além do dano causado à vítima e o respectivo nexa causal, o dolo ou culpa do agente público que tinha o dever de agir de modo a impedir a ocorrência do evento danoso (falta do serviço). Precedentes jurisprudenciais.**

3. Presentes os requisitos necessários à configuração do dever de indenizar,substanciados no ato omissivo da instituição de ensino, no nexo de causalidade resultante da relação contratual e, ainda, o dano causado em decorrência da falta do credenciamento do curso perante o Ministério da Educação, resta incontestado a responsabilidade subjetiva da FUB em reparar os danos sofridos pela aluna.
4. Tendo em vista os prejuízos financeiros suportados pela autora, bem como o abalo em sua esfera psíquica, não tendo sido comprovada nos autos a ocorrência de danos de maior repercussão em sua vida pessoal e profissional, o valor da indenização em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) melhor se adequa às peculiaridades da causa.
5. Apelação da FUB e remessa oficial parcialmente providas. (TRF 1ª R. - AC 1999.34.00.004690-2/DF - 5ª T. - Rel. Des. Fed. Fagundes de Deus - *DJU* 20.04.2006) (sem grifo no original)

Por outro lado, não há que se falar em culpa concorrente da genitora em função da mesma não ter comparecido, após quatro sessões, à Maternidade Escola, para o devido acompanhamento do quadro evolutivo da criança, eis que não há prova nos autos de que a mãe da menor tenha sido cientificada de tal necessidade e, até porque, já havia efetivamente ocorrido o dano. Em vista disso, não tendo a UFRN demonstrado a existência da culpa concorrente da genitora da menor, na forma do art. 333, II, do CPC, descabe o pleito de redução do montante indenizatório quanto a esse argumento.

No que pertine aos danos causados à criança, entendo que a mesma sofreu lesão à sua integridade física (dano estético) quando teve parte de seu couro cabeludo necrosado em virtude do derramamento indevido de medicamento, como também abalo psíquico (danos morais) por ter que conviver com essas marcas permanentes, uma vez que se trata de fase delicada da vida onde possivelmente poderá passar por constrangimentos e preconceitos diante das demais crianças de sua idade, agravado, como bem frisado pelo douto representante do MPF, pelo sexo da menor, posto que certamente para uma mulher tais marcas causarão maior aflição.

Para corroborar o juízo de valor acima esposado, transcrevo decisão do colendo STJ:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO ESTÉTICO. VERBA AUTÔNOMA. PENSÃO. DIREITO COMUM. VERBA INDEPENDENTE DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

**1. É possível, em tese, que um mesmo fato dê origem à reparação por dano estético independentemente da indenização por dano moral.** Não é esse, porém, o

caso dos autos, em que a lesão sofrida pelo autor não é de molde a causar desgosto para quem a possua ou veja.

2. A indenização por ato ilícito é autônoma em relação a qualquer benefício que a vítima receba do ente previdenciário. Fica afastada, contudo, a possibilidade de verificar nesta instância o tipo de lesão sofrida pelo recorrente e a extensão dos danos, determinando o pensionamento se cabível, vez que o acórdão recorrido não trata da matéria e, apesar da oposição de aclaratórios, não foi alegada violação ao art. 535 do Código de Processo Civil.

3. Recurso especial não conhecido.

(STJ - REsp 200500807374 - (750667 RJ) - 4ª T. - Rel. Min. Fernando Gonçalves - DJU 03.10.2005 - p. 00281) (grifo nosso)

Este foi o entendimento do Ministério Público Federal:

Embora tenha julgado o Magistrado *a quo* sob o único aspecto, o dano estético se distingue do dano moral. O dano estético está voltado para fora, pois vulnera e macula o corpo, desfigurando a silhueta e a beleza, correspondendo à integridade física. O dano moral é intrínseco, está voltado para dentro, pois afeta a alma, os sentimentos, a emoção e o equilíbrio. *In casu*, o dano estético é o rosto atingido frontalmente com a necrose do couro cabeludo, o dano moral é a tristeza da criança vitimada que seguirá ao longo de sua vida, as angústias por que passará por sua peculiar condição de criança em desenvolvimento físico e psíquico, sem contar o sexo, haja vista que para uma mulher será ainda mais doloroso conviver com tais marcas.

Com relação ao *quantum* indenizatório fixado a título de danos morais e estéticos, penso que a quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) arbitrada pelo juiz *a quo* se encontra dentro dos padrões da razoabilidade, considerando o esclarecimento da perita no sentido

de que a cicatriz no couro cabeludo da criança impede o nascimento de cabelos na área afetada e que a menor precisará de acompanhamento psicológico em razão da sua idade, considerando, ainda, a capacidade econômica da autora e da ré, aliada à potencialidade do ato danoso, tenho que o referido valor é proporcional ao dano causado. Portanto, deve ser mantida a quantia fixada na sentença a título de indenização por danos morais e estéticos.

No que pertine aos danos materiais, *in casu*, estes correspondem às despesas relativas às intervenções cirúrgicas, remédios, tratamento médico-hospitalar e gastos com acompanhamento psicológico.

Manutenção da verba honorária fixada em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), eis que uma eventual redução implicaria a configuração de valor ínfimo que desprestigia o labor dos causídicos.

Ante o exposto, nego provimento às apelações e à remessa oficial para manter a sentença incólume.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 396.359-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO  
Apelante: AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO - ANP  
Apelada: SOUSA PETRÓLEO E SERVIÇOS LTDA.  
Repte.: PROCURADORIA DA ANP  
Advs./Procs.: DRS. LUIZ EDUARDO MAIA TIGRE E OUTRO (APDA.)

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO (ANP). AUTO DE INFRAÇÃO. ESTOCAGEM DE GLP FORA DOS PADRÕES ESPECIFICADOS PELA PORTARIA Nº 27/96 DO DNC. PREVISÃO DE MULTA NA MP Nº 1.670/98. LEGALIDADE DO AUTO. TUTELA ANTECIPADA. ABSTENÇÃO DE INSCRIÇÃO NA DÍVIDA ATIVA E/OU COBRANÇA DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE.**

**- Reconhece-se às agências regulamentadoras, dentro dos marcos regulatórios previamente estabelecidos pelo Estado, no momento de sua criação, atribuições quase-legislativas e quase-jurisdicionais, quando atua como árbitro, não se podendo identificar a regulação com a atividade de regulamentação, subalterna à lei.**

**- No caso dos autos, tem-se que a Agência Nacional de Petróleo (ANP) lavrou, em 10/08/1999, o Auto de Infração sob nº 57005 com base na infringência do disposto no § 7º, b, III, do art. 4º, da Portaria nº 27 da ANP, de 16 de setembro de 1996, que prevê as medidas mínimas para o acesso a área de estocagem de GLP (gás de cozinha) como medida de segurança para a população.**

**- Embora a Lei nº 9.847, que prevê multa mínima de R\$ 20.000,00 para os infratores das normas de segurança relativas à estocagem de combustíveis, só tenha entrado em vigor em 26/10/1999, já havia previsão legal à época da lavratura do referido auto de infração, eis que estava em vigor uma das reedições da Medida Provisória que ensejou a promulgação da Lei nº 9.847/99. Assim, como a primeira edição foi datada de 24/06/1998 (MP nº 1.670) e o Auto de Infração apenas foi lavrado em 10/08/1999, não há que se cogitar em ausência de previsão legal, que amparasse a atividade da referida agência reguladora.**

**- A multicitada agência reguladora aplicou multa prevista na legislação em vigor à época da infração, mas optou pelo valor mais favorável ao infrator ora apelado, uma vez que o valor mínimo previsto no aludida Medida Provisória é R\$ 100.000,00 e a quantia aplicada foi a prevista na Lei 9.847/99, ou seja, de R\$ 20.000,00.**

**- Não se pode questionar que a ANP não poderia normatizar as atividades relacionadas com a estocagem e o abastecimento nacional de combustíveis, eis que a regulação, autorização e fis-**

***calização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo é justamente a sua finalidade institucional, nos termos do art. art. 8º, XV, da Lei nº 9.478, de 06/08/1997.***

***- Segundo a melhor doutrina, o alcance do poder normativo atribuído às agências reguladoras se limita a aspectos estritamente técnicos, que estes, sim, podem, na forma da lei, providenciar providências subalternas, o que é o caso dos autos.***

***- Ausente o requisito da prova inequívoca da verossimilhança da alegação, no que pertence à alegada ausência de previsão legal para lavratura do auto e da respectiva cominação de multa, revela-se indevida a manutenção da tutela antecipada no sentido de que a ANP se abstenha de proceder à inscrição do nome da apelada na dívida ativa e/ou à cobrança da mencionada multa.***

***- Apelação provida.***

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 23 de novembro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de apelação interposta por ANP - Agência Nacional do Petróleo contra sentença que declarou a nulidade do Auto de Infração nº 57005 e do Procedimento Administrativo nº 48610.

005851/99-73 e, em consequência, extinguiu a obrigação fiscal dele decorrente, concedendo a antecipação de tutela para determinar à ANP que se abstinhasse de proceder à inscrição do nome da empresa Sousa Petróleo e Serviços Ltda. e/ou a cobrança da multa no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) originada do Auto de Infração nº 57005, sob a justificativa de que o referido auto, de 10 de agosto de 1999, foi lavrado com base em Portaria, uma vez que a Lei 9.847, que validamente prevê a infração, somente entrou em vigência no dia 26 de outubro de 1999.

Alega a ANP que o poder regulador não tem atribuição de complementar a lei, mas sim de regular a atividade econômica ou o serviço público. Sendo assim, não fere o princípio da legalidade, uma vez que inexistente lei anterior que necessite ser complementada.

Aduz, ainda, que, à época da infração, ou seja, em 10/08/1999, estava em vigor uma das reedições da MP que culminou na promulgação da mencionada Lei nº 9.847/99, sendo que a primeira edição (a de nº 1.670), datada de 24/06/1998, antecede a data da infração, portanto, não há que se falar em violação ao princípio da legalidade.

Contra-razões às fls. 178/182.

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

A controvérsia da presente demanda consiste em verificar se no momento da lavratura do auto de infração pela Agência Nacional de Petróleo - (ANP) havia ou não previsão legal acerca da suposta infração cometida por Sousa Petróleo e Serviços Ltda.

Inicialmente, vê-se, às fls. 60 e 60v, que a ANP, em 10/08/99, lavrou Auto de Infração sob nº 57005 contra a revendedora de combustíveis Sousa Petróleo e Serviços Ltda. por não estocar GLP (gás de cozinha) na forma prevista pela legislação, nos seguintes termos:

Não possuir acesso através de uma ou mais aberturas de no mínimo, 1,20 m de largura e 2,10 m de altura que abram de dentro para fora.

O aludido Auto de Infração aponta que tal conduta constitui infração ao parágrafo 7º, letra *b*, inciso VII, do art. 4º da Portaria nº 27 do Departamento Nacional de Combustíveis - DNC, de 16 de setembro de 1996, senão veja-se o seu inteiro teor:

Art. 4º O armazenamento de qualquer quantidade de GLP superior àquela prevista no artigo anterior necessitará de instalação compatível com a quantidade de GLP e será limitado pela capacidade nominal total dos recipientes transportáveis, cheios, parcialmente utilizados ou vazios, com as seguintes denominações e características:

VII - Área de Armazenamento Especial:

b) área de armazenamento – admissível somente em bases de GLP, conforme normas a serem indicadas pelo Departamento Nacional de Combustíveis - DNC.

§ 7º. A área de armazenamento classe II deve possuir acesso através de uma ou mais aberturas de, no mínimo, 1,20 m de largura e 2,10 m de altura que abram de dentro para fora. (Sem grifo no original).

Diante da lavratura do Auto de Infração nº 57005, a ANP instaurou processo administrativo sob nº 48610.005851/199-19 que ensejou a aplicação de multa no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), nos termos do art. 3º, VIII, da Lei nº 9.847/99.

O Magistrado de primeira instância declarou a nulidade do auto de Infração nº 57005 e do Procedimento Administrativo nº 48610.005851/99-73, sob o argumento de que o mencionado auto, de 10 de agosto de 1999, foi lavrado com base em ato normativo inadequado (Portaria), eis que a Lei 9.847, que validamente prevê a infração, somente entrou em vigência no dia 26 de outubro de 1999.

Observo que a decisão guerreada foi pronunciada sob uma perspectiva inadequada, que não se compadece com o regime da regulação administrativa, matéria ainda recente em nosso direito e facilmente identificada com a regulamentação – atividade subalterna à lei, prevista no art. 84, IV, da CF/88 – em razão do que C. A. Bandeira de Mello assentou, com a ênfase que lhe é própria: “Vale



dizer, não lhe (à Administração, esclareço) é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coartar a liberdade dos administrados, salvo se, *em lei* (grifo do original), já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar”<sup>1</sup>.

Para bem se compreender porque essas atribuições das agências reguladoras não discrepam dos princípios vigentes em nosso ordenamento jurídico, onde repugna a existência do regulamento administrativo autônomo, tem-se que conhecer melhor o funcionamento dessas agências, eliminando concepções que a elas não se ajustam, como a de que se torna difícil enquadrar a obrigatoriedade do cumprimento das normas por elas baixadas, em razão do princípio da legalidade entre nós existente<sup>2</sup>.

As agências reguladoras expedem regulamentos jurídicos, que não se identificam com os regulamentos administrativos, de natureza jurídica, até então existentes. Esses regulamentos se distinguem dos anteriores porque têm por função muito mais regular do que regulamentar, no sentido burocrático de dizer como se deve proceder para executar uma lei. Aqui, a regulação atua em virtude da lei, antes de dizer como deve ser executada ou cumprida a lei. O novo desenho do Estado torna superada a idéia iluminista da lei, de corte racional, formalmente manifestada pelos órgãos legislativos. No Estado moderno, opera-se a regulática – fenômeno resultante da pluralidade de centros de poderes correspondente ao surgimento de uma poliarquia – em que a norma não é encarada como demasiadamente geral, cabendo o apelo à discricionariedade administrativa, em muitos casos.

Diogo Figueiredo Moreira Neto observa, a propósito, que – nesse fenômeno da regulática – *a lei deve ter uma dimensão menor, mais precisa, mais adequada e deve ser formulada com oportuni-*

---

<sup>1</sup> - Cf. “Curso de Direito Administrativo”, Ed. Malheiros, São Paulo, 1993, 4ª ed. revista, ampliada e atualizada do livro “Elementos de Direito Administrativo”, p. 5.

<sup>2</sup> - Tal como o faz Vanessa Vieira de Mello, “Regime Jurídico da Competência Regulamentar”, Ed. Dialética, São Paulo, 2001, p. 91.

*dade, à medida que os novos conflitos vão surgindo*<sup>3</sup>, o que não se compadece com a atividade legislativa clássica.

Essas regulações das agências se realizam com consulta prévia do destinatário da norma, ao público eficiente, no caso os interessados no exercício da atividade econômica a ser desenvolvida. Procede-se a uma profunda transformação no sentido da democracia, pois que esta passa a ter mais sentido de participação do que de representação. Exerce-se, pois, uma função quase-legislativa. Por outro lado, essas agências exercem função mediadora que se desenvolve com a mediação, ou mais precisamente – a arbitragem. Como se sabe, a arbitragem é atividade já existente entre nós, já tendo o STF entendido não ser inconstitucional, pois, a Lei que introduziu essa forma de composição de conflitos de interesse (V. Lei 9.307/96) se ajusta ao texto constitucional<sup>4</sup>.

Diversamente da jurisdição – que tem natureza interpretativa, voltada para o passado –, a arbitragem, notadamente nas agências reguladoras, desenvolve uma natureza interpretativa ativa e prospectiva. Já se acentuou que a nova ordem institucional institucionalizou-se pelos mecanismos constitucionais próprios – emendas constitucionais e legislação infraconstitucional própria, com

---

<sup>3</sup> - Cf. participação no “2º Seminário Jurídico Sobre Mercado de Distribuição de Combustíveis”, nº 24-26, organizado e com revista publicada sob a responsabilidade do Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás, nº 24-26, p. 76.

<sup>4</sup> - O STF apreciou, incidentalmente, a constitucionalidade da Lei nº 9.307/96 e a rejeitou, por maioria. Em julgamento realizado em 12.12.2001, de que foi Relator o Min. Sepúlveda Pertence, no curso de Agravo Regimental manifestado naquela Corte, no julgamento destinado à homologação de sentença arbitral estrangeira, em que o Relator – Ministro Sepúlveda Pertence sustentava a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da referida lei, por haver-se atribuído poderes jurisdicionais ao árbitro, foi vencido pelo votos dos demais Ministros que acompanharam o entendimento do ministro Nelson Jobim de que era constitucional, por considerar a validade da cláusula compromissória, celebrada no momento da formação do contrato, sem que isso vulnerasse a garantia do monopólio da jurisdição. Acompanharam o voto do Ministro Nelson Jobim os ministros Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Marco Aurélio e Celso de Mello e Ellen Gratie Northfleet. Cf. “informativo do STF”, nº 254, Brasília 10 a 14 de dezembro de 2001.

fuste no mercado e na livre concorrência – descabendo qualquer discordância que não seja através das mesmas instâncias<sup>5</sup>.

Edita-se, com a colaboração dos agentes econômicos, uma norma a ser seguida e, com a arbitragem, procede-se a reajustamentos no sistema. A arbitragem serve de retroalimentação do sistema. Essas agências exercem função quase-normativa porque criam normas para regular a atividade sujeita a sua fiscalização e essas normas são criadas não para ordenar condutas, mas visando a obter resultados, e são fruto do consenso dos participantes, no mercado. Não se diga que esse poder de regulação maltrata o princípio de separação dos poderes ou que seria antidemocrático porque essa disciplina não resultaria de leis criadas pelos legítimos representantes do povo.

A regulação que permite uma atividade quase-normativa a essas agências deriva da concessão expressa do próprio texto constitucional quando, no art. 174, estabeleceu:

Art. 174 - Como agente normativo e *regulador* (o original está sem grifo) da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Bem por isso, Leila Cuéllar, arrimando-se em Caio Tácito, observou:

Se o poder regulamentar é em princípio e predominantemente exercido pelo Presidente da República, em razão de sua competência constitucional, nada impede – antes, em determinadas circunstâncias, aconselha – possa a lei habilitar outras autoridades à prática do poder normativo<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> - Cf. Luís Roberto Barroso, “Natureza Jurídica e Funções das Agências Reguladoras de Serviços Públicos. Limites da Fiscalização a ser Desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado”, parecer publicado na Revista Trimestral de Direito Público, nº 25, p. 73-81.

<sup>6</sup> - Cf. “As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo, Ed. Dialética, São Paulo, 2001, p. 177. Faz-se remissão à obra de Caio Tácito “Comissão de Valores Mobiliários. Poder Regulamentar”, *In* “Temas de Direito Público”, vol. 2, Rio de Janeiro, 1997, p. 1079.

Como bem explicou Marçal Justen Filho: “Ou seja, o Estado reduz sua atuação direta, em nome próprio, nos setores econômicos e de prestação de serviço. Deixa campo livre à iniciativa privada, incentivando o desenvolvimento do mercado. Mas, em contrapartida, o Estado impõe forte regulação sobre as atividades dos particulares. Essa “regulação” (aspas do original) consiste em restrição à autonomia privada das escolhas acerca dos fins e dos meios. Isso equivale a afirmar que a situação jurídica das empresas privadas não é idêntica àquela existente no modelo anterior. Na concepção prévia, a forma primordial de o Estado buscar a obtenção de certos resultados consistia na sua atuação material direta, em nome próprio. Os particulares dispunham de margem de autonomia muito mais ampla. No modelo regulatório, o Estado cessa sua atuação direta e incentiva a ampliação da atividade privada. Mas o regime jurídico da atividade privada não é mais o mesmo. A liberdade anterior é restringida. Poder-se-ia dizer que os particulares são autorizados a atuar com maior amplitude **quantitativa** (grifo do original), mas com menor liberdade **qualitativa** (novo grifo do original). Os particulares tornam-se, em certa medida, instrumentos da realização dos fins públicos específicos. A regulação estatal se orienta a imprimir à atividade privada a realização de objetivos compatíveis e necessários ao bem comum. Enfim, surgem constrangimentos à atividade privada que não existiam no modelo anterior”<sup>7</sup>.

Nesse sentido, pois, inteiramente correto o escólio de Marcos Juruena Villela Souto, na obra “Direito Administrativo Regulatório”, Ed. Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2002, p. 172, transcrito à fl. 161 dos autos, que se volta a expressar:

“Em virtude de lei” (expresso no art. 5º, II, da CF/88, esclareço) não significa que apenas a lei é a fonte das obrigações. Como dito, os órgãos reguladores, dentro de um marco regulatório, atuam especialmente, pela edição de normas, que explicitam conceitos jurídicos indeterminados dentro de cada segmento regulado, orientando a atua-

---

7 - Cf. “o Direito Regulatório”, artigo publicado na revista “Fórum Administrativo - Direito Público”, pela Editora Forum, Belo Horizonte, março de 2006, nº 61, pp. 6941-6953, mais precisamente p. 6945.

ção dos agentes de mercado com vistas ao atendimento do interesse público (o fazem “em virtude de lei”).

Ainda que não se tenha esse entendimento, no entanto, não é possível manter-se a douda sentença.

É que, *data vênia*, o juízo de opinião ali esposado partiu de premissa equivocada, uma vez que à época da lavratura do referido auto de infração estava em vigor uma das reedições da Medida Provisória que ensejou a promulgação da Lei nº 9.847, de 26/10/1999. Assim, como a primeira edição foi datada de 24/06/1998 (MP nº 1.670) e o auto de infração apenas foi lavrado em 10/08/1999, não há que se cogitar em ausência de previsão legal, em observância à transcrição das legislações citadas:

MP 1670, de 24/06/1998

Art. 2º Os infratores das disposições desta Medida Provisória e demais normas pertinentes ao exercício de atividades relativas à indústria do petróleo, ao abastecimento nacional de combustíveis, ao Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e ao Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis ficarão sujeitos às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil e penal cabíveis:

**I - multa;**

Art. 3º A pena de multa será aplicada na ocorrência das infrações e nos limites seguintes:

VIII - deixar de atender às normas de segurança previstas para o comércio ou estocagem de combustíveis, colocando em perigo direto e iminente a vida, a integridade física ou a saúde, o patrimônio público ou privado, a ordem pública ou o regular abastecimento nacional de combustíveis:

Multa - de **R\$ 100.000,00** a R\$ 1.000.000,00;

Lei 9.847, de 26/10/1999:

Art. 2º Os infratores das disposições desta Lei e demais normas pertinentes ao exercício de atividades relativas à indústria do petróleo, ao abastecimento nacional de combustíveis, ao Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e ao Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis ficarão sujeitos às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil e penal cabíveis:

**I - multa;**

Art. 3º A pena de multa será aplicada na ocorrência das infrações e nos limites seguintes:

VIII - deixar de atender às normas de segurança previstas para o comércio ou estocagem de combustíveis, colocando em perigo direto e iminente a vida, a integridade física ou a saúde, o patrimônio público ou privado, a ordem pública ou o regular abastecimento nacional de combustíveis: Multa - de **R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)** a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais);

Como demonstrado, ao tempo da lavratura do auto de infração já havia previsão legal de incidência de multa em caso de infração às normas de segurança no que pertine à estocagem de combustíveis. Note-se, contudo, que a penalidade prevista na aludida Medida Provisória ainda é mais severa do que a aplicada pela Administração, pois, enquanto a MP nº 1.670/98 prevê multa mínima de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a Lei 9.847/99 fixa a quantia mínima de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) no caso de desatendimento às normas de segurança previstas para a estocagem de combustíveis. Portanto, a agência reguladora aplicou multa prevista na legislação em vigor à época da infração, mas optou pelo valor mais favorável ao infrator, ora apelado.

Além do mais – como já se demonstrou – não se pode questionar que a ANP não poderia normatizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, uma vez que a regulação, autorização e fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo é justamente a sua finalidade institucional, nos termos do art. 8º, XV, da Lei nº 9.478, de 06/08/1997, *in verbis*:

Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe:

XV - regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

Na verdade, embora a doutrina discuta o alcance acerca do poder normativo atribuído às agências reguladoras, penso que essa normatividade é perfeitamente possível quando se restringe ao âmbito técnico de atuação das referidas agências, uma vez que a regulação nunca poderá estabelecer situação jurídica nova, mas

tão-somente atuar no plano da eficácia, auxiliando na execução dos dispositivos legais (regulamentos).

No caso dos autos, o Departamento Nacional de Combustíveis - DNC sucedido pela ANP normatizou, mediante o exercício de seu poder regulador, a forma de estocagem do GLP como medida de segurança para a população, limitando-se apenas ao âmbito exclusivamente técnico da questão, ao passo que estabeleceu, através da Portaria nº 27/1996, as medidas mínimas de acesso à área de armazenamento do combustível (gás de cozinha).

Este entendimento é abalizado pela doutrina de Celso Antônio Bandeira de Melo, que estabelece que “o verdadeiro problema com as agências reguladoras é o de se saber o que e até onde podem regular algo sem estar, com isto, invadindo competência legislativa. Em linha de princípio, a resposta não é difícil. Dado o princípio constitucional da legalidade, e conseqüente vedação a que atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica, resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades não de se cifrar a *aspectos estritamente técnicos*, que estes, sim, podem, na forma da lei, provir de providências subalternas”<sup>8</sup>.

Para Luiz Roberto Barroso, a grande dificuldade que envolve a discussão sobre o poder normativo das agências reguladoras, portanto, diz respeito ao seu convívio com o princípio da legalidade. É preciso determinar os limites dentro dos quais é legítima a sua flexibilização, sem que se perca sua identidade como uma norma válida e eficaz. É neste território que se opera a complexa interação – ainda não totalmente equacionada – entre a reserva legal, de um lado, e fenômenos afetos à normatização de condutas, como o poder regulamentar, a delegação legislativa e a polêmica figura da deslegalização, entendida como a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei, para atribuí-las à disciplina das agências<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> - Cf. “Curso de Direito Administrativo”, São Paulo, Malheiros Editores, 15ª ed., 2003, pg. 159.

<sup>9</sup> - Cf. “Agências Reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Jus Navigandi*”. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3209>

Trago precedente do TRF da 1ª Região para corroborar o entendimento retroesposado:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. "INDÚSTRIA DO PETRÓLEO". INTELIGÊNCIA DOS PRECEITOS DOS ARTS. 170, 177 (§ 2º) E 238 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI DO PETRÓLEO (LEI Nº 9.478, DE 06.08.1997). FINALIDADES INSTITUCIONAIS DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO (ANP) E SEU PODER REGULATÓRIO. DISTRIBUIÇÃO, TRANSPORTE E COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. REGULAÇÃO E COORDENAÇÃO DAS ATIVIDADES DOS AGENTES ECONÔMICOS DO SETOR. COMPATIBILIDADE LEGAL (*LATO SENSU*) DAS NORMAS REGULATÓRIAS EDITADAS PELO MME E PELA ANP. (...)

10. A Portaria não extrapolou os limites fixados pela Lei nº 9.478/97, preservando, com a sua sistemática, a garantia do fornecimento de derivados de petróleo em harmonia e com respeito ao princípio da livre concorrência.

Assim, ficou claramente evidenciado que a Agência Nacional de Petróleo tem o poder de regular as atividades de distribuição, transporte e revenda de derivados de petróleo e álcool; de fiscalizar o adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e o cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, de que trata o art. 4º da Lei nº 8.176/91; autorizar a prática das atividades de refinação, processamento, transporte, importação e exportação, na forma estabelecida nesta Lei e sua regulamentação; A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, cabendo-lhe: I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo e gás natural, contida na política energética nacional, nos termos do Capítulo I desta Lei, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo em todo o território nacional e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos.

11. Apelação e remessa oficial, providas<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> - Cf. TRF - 1ª Região. Classe: AMS - 200001000172634. Processo: 2000 01000172634. UF: DF. Órgão Julgador: 5ª Turma. Data da decisão: 10/5/2006. Documento: TRF100230001. DJU Data: 1/6/2006 p. 46. Decisão Unânime. Des. Fed. Selene Maria de Almeida)



Diante do exposto, dou provimento à apelação para declarar a legalidade do Auto de Infração nº 57005 e de seu respectivo Processo Administrativo sob nº 48610.005851/99-73 e, em consequência, manter a aplicação da multa no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Revogo a antecipação de tutela concernente à abstenção da ANP de efetuar a inscrição do nome da empresa Sousa Petróleo e Serviços Ltda. e/ou a cobrança da multa no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) originada do Auto de Infração nº 57005 em razão da inexistência da verossimilhança da alegação da recorrida, conforme acima exposto.

Tendo em vista que não houve condenação por se tratar de rejeição de ação anulatória, fixo os honorários advocatícios em R\$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Custas na forma da lei.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 396.848-PE**

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI

Apelantes: CIA/ DE TRÂNSITO E TRANSPORTE URBANO DE RECIFE/PE - CTTU, FRANCISCO MAURICIO RABELO DE ALBUQUERQUE SILVA E OUTROS E MUNICÍPIO DO RECIFE - PE

Apelados: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, FAZENDA NACIONAL E CIDADE DO RECIFE TRANSPORTES S/A - CRT

Repte.: PROCURADORIA DO INSS

Advs./Procs.: DRs. CARLOS EDUARDO GOMES PUGLIESI E OUTROS, ANTÔNIO VENÂNCIO DE SOUSA E OUTROS E RAUL PEREIRA DA CUNHA NETO (APTES.)E GUSTAVO DE FREITAS CAVALCANTI COSTA E OUTROS (3ª APDA.)

***EMENTA: TRIBUTÁRIO. SUCESSÃO DE EMPRESAS CARACTERIZADA. AQUISIÇÃO DO FUNDO DE COMÉRCIO E MANUTENÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL DA ANTECESSORA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DA SUCESSORA.***

***- O patrimônio, o pessoal e o passivo tributário da CTU - Companhia de Transportes Urbanos que prestava serviço de transporte de passageiros na Cidade do Recife, foram transferidos para a CTUR - Companhia de Transportes Urbanos do Recife, subsidiária que passou a ser responsável por direitos e obrigações da antiga empresa, em face de sua insolvência, resultando ainda desse processo a criação da CTTU - Companhia de Trânsito e Transportes do Recife, todas sociedades de economia mista.***

***- A CTUR - Companhia de Transportes Urbanos do Recife foi posteriormente alienada à CRT - Cidade do Recife Transportes S/A, que passou a***

***operar a atividade empresarial da antiga CTU, ou seja, o transporte de passageiros na capital pernambucana.***

***- Ainda que nesse processo parte do patrimônio e do pessoal da antiga CTU não haja se transferido integralmente para a CRT, ficando sob a titularidade provisória da CTTU, evidencia-se que isso se deve à preservação do interesse público na manutenção do controle de parte dos imóveis outrora pertencentes ao Poder Público, até como forma de garantia da execução contratual.***

***- Idêntica situação ocorre no que tange à manutenção, por parte da CTTU, de parcela do pessoal da CTU, fato que se deve ao interesse na preservação dos empregos dos ex-funcionários daquela entidade.***

***- Demonstram as provas dos autos que, apesar de não ter havido a tradição integral do patrimônio da empresa extinta, fato que deve se consolidar com o tempo, até em face da expressa disposição contratual nesse sentido, fica caracterizada a sucessão da CTU pela CRT, que continuou a explorar as atividades empresárias da primeira, e adquiriu dela o fundo de comércio.***

***- Remessa oficial e apelações da CTTU e do Município do Recife providas. Apelação dos advogados da CRT prejudicada.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em dar provimento à remessa oficial e às apelações da CTTU e do Município do Recife e julgar prejudicada a apelação dos advogados da CRT, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 14 de novembro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI -  
Relatora

## RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trago estes autos em mesa para julgamento, em função de que na sessão de 24 de outubro de 2006 restou pendente de apreciação por esta egrégia Turma a remessa oficial em favor do Município do Recife/PE, fato que pode ser corrigido de ofício, nos termos do artigo 463 do CPC.

Adoto, por isso, o relatório e o voto do eminente Desembargador Federal convocado Ivan Lira de Carvalho, que aqui me substituí na ocasião.

A CTTU - Companhia de Trânsito e Transportes Urbanos do Recife e o Município do Recife/PE ajuizaram a presente ação ordinária, com vistas a que seja declarada a responsabilidade da CRT - Cidade do Recife Transportes S/A pelos débitos tributários da antiga CTU - Companhia de Transportes Urbanos.

Aduziram que a vetusta empresa fora sucedida pela CTUR - Companhia de Transportes Urbanos do Recife, que, na qualidade de subsidiária, lhe incorporou todos os recursos materiais e humanos, assim como o passivo.

Em seguida, a CTUR fora sucedida pela CRT, que lhe adquiriu o patrimônio e passou a operar a sua atividade econômica. Nesse processo, foi criada a CTTU, a quem coube apenas operar a regulação do trânsito na capital pernambucana.

O INSS, por seu turno, afirmou inexistir sucessão tributária na hipótese, evidenciando-se, na verdade, cisão empresarial, donde se concluiria pela responsabilidade solidária de ambas as empresas - CTTU e CRT.

A sentença encartada nos autos acolhe a tese da autarquia previdenciária, sob entendimento de que não foi integralmente transferido o fundo de comércio da antiga CTU para a CRT.

Em recursos de apelação, a CTTU e o Município do Recife/PE veiculam basicamente os mesmos argumentos, louvando-se em parecer do eminente Professor Souto Maior Borges, que vislumbra a efetiva caracterização da sucessão tributária na espécie, tendo em vista que a Cidade do Recife Transportes S/A foi quem efetivamente deu continuidade à atividade empresarial que era mantida pela devedora do INSS, a extinta CTU.

Asseveram, ainda, que a referida CRT também adquiriu totalmente o patrimônio da CTU, que apenas não lhe foi totalmente transferido de direito para preservação do interesse público no cumprimento de todas as disposições contratuais por parte da adquirente.

Por sua vez, os advogados da CRT também interpõem recurso apelatório, pleiteando a majoração da condenação em honorários advocatícios.

Após contra-razões, subiram os autos a este Tribunal, sendo-me conclusos por distribuição.

Peço a inclusão do feito em pauta para julgamento.

É o relatório.

## **VOTO**

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

A questão aqui apresentada diz respeito à definição da responsabilidade tributária pelo pagamento de contribuições previdenciárias que eram devidas pela antiga CTU - Companhia de Transportes Urbanos, tradicional e conhecida nesta Cidade do Recife.

A referida empresa, mantida pelo Poder Público Municipal, foi criada por determinação da Lei Municipal nº 4.983/57 e entrou em operação em 15 de junho de 1960, na forma de sociedade de economia mista, como demonstram os assentamentos às fls. 51/64.

Durante longo período aquela empresa prestou o serviço de transporte de passageiros nesta Capital, mas findou por cair na insolvência. A respeito do assunto, reproduzo o Editorial do nosso Jornal do Commercio, datado de 19 de junho de 1999, que repercutia a controvérsia que precedeu a privatização da CTU:

*O transporte público urbano está novamente na ordem do dia, com a privatização da CTU e queixas contra insegurança, maus serviços. Aliás, trata-se de uma questão que merece atenção constante, dos usuários, das autoridades, da imprensa.*

*(...)*

*No Recife, o regime de concessão tem sido comum desde os tempos dos bondes da Pernambuco Tramways, quando a cidade não passava de meio milhão de habitantes. Infelizmente, o serviço foi sucateado, a partir das dificuldades financeiras provocadas pela 2ª Guerra Mundial.*

*(...)*

*A cidade foi crescendo e vieram os ônibus, cômodos e rápidos, da Pernambuco Autoviária Ltda. A empresa foi levada à falência por causas que não ficaram muito claras. Surgiram outras, mas a qualidade dos serviços foi se deteriorando. Até que, em 1959, o então prefeito Pelópidas Silveira instituiu a empresa municipal CTU, cujo objetivo era melhorar o nível dos serviços de transporte de massa, introduzindo uma novidade, os ônibus elétricos (trolleybus), rápidos, não poluentes, por não usarem, como combustível, óleo diesel nem gasolina. Foi mantido, porém, paralelamente o regime de concessões.*

*(...)*

*Nas décadas seguintes, a má administração e o sucateamento continuaram até se chegar ao ponto crítico em que estava a empresa às vésperas de sua alienação pela PCR. Uma curiosidade: os primeiros ônibus elétricos americanos, da Marmon-Herrington, que Pelópidas adquiriu para a pioneira CTU, ainda rodam, hoje, 40 anos depois, apesar da quase nenhuma manutenção. A tentativa de criar uma boa empresa pública, que servisse de modelo às concessionárias privadas desse serviço público, fracassou.*

*Isso não quer dizer que o objetivo perseguido por antigos prefeitos esteja fora de cogitação. A PCR está se livrando de um pesado fardo para poder cuidar melhor desse serviço à população. Temos que reconhecer que ele não está nada bom. Ao contrário do que ocorre em qualquer cidade do porte do Recife, em países de melhor organização, o usuário não pode confiar na frequência, na rapidez nem na qualidade dos nossos ônibus. Não tem nem certeza se vai chegar a seu destino, pois pode ser vítima de assalto*

*ou, numa hipótese menos sombria, o veículo ficar no meio do caminho, por falta de manutenção. Os ônibus são mal dirigidos e quase sempre com uma lotação incompatível com a dignidade de cidadãos.*

*Dado esse estado de coisas, grande parte da classe média e as camadas financeiramente mais altas da população há muito abandonaram o hábito, civilizado e cosmopolita, de usar o transporte coletivo para ir ao trabalho, às compras, deixando seus carros particulares para o lazer, passeios de fim de semana, viagens para fora da cidade. Isso faz com que se multipliquem os engarrafamentos que tanto enervam e prejudicam o recifense. Livre da deteriorada CTU, o prefeito Roberto Magalhães certamente vai poder aplicar mais sua atenção a esse grave problema, de solução urgentíssima.*

Essa referência histórica eu a faço por entender que não se pode resolver essa controvérsia sem observar que não se está discutindo aqui uma simples questão de sucessão de empresas particulares, a reclamar unicamente a incidência das normas de direito empresarial e societário para seu deslinde.

Na verdade, a CTU foi criada pelo Município do Recife, como refere o edital suso transcrito, para prestar serviços de transporte à população, numa época em que as empresas multinacionais se afastaram da prestação desse serviço, em face da conjuntura econômica internacional do pós-guerra, que demandava investimentos nos países atingidos pelo recém-findo conflito bélico, em especial na Europa.

Por isso que o Poder Público investiu em aquisição de equipamentos e contratação de pessoal para pôr em funcionamento a empresa, que a partir daí passou a buscar sustentação no valor que recebia no pagamento de passagens pelos usuários do serviço.

O mecanismo funcionou até que as crises do petróleo da década de 70 e a constante necessidade de novos investimentos, que se apresentavam elevadas para a parca receita advinda dos passageiros e os recursos propiciados pelo combalido orçamento municipal, levaram à bancarrota a empresa.

Diante desse colapso, a solução dos problemas administrativos da CTU passou a ser uma medida de interesse público, para salvar o patrimônio que o Recife nela inverteu, o sustento dos funcionários que a ela eram vinculados e o serviço de necessidade extrema que era prestado aos seus usuários.

Então não se pode aqui tratar essa questão da mesma maneira que se cuida de uma sucessão entre empresas particulares, as quais muitas vezes encobrem interesses escusos de sonegar tributos.

Assim é que a Assembléia Geral dos Acionistas da CTU findou por deliberar no sentido de efetuar a sua venda parcial, autorizando a constituição de uma subsidiária integral da empresa, denominada de CTUR - Companhia de Transportes Urbanos do Recife, sociedade de economia mista que manteria a operação do transporte de passageiros na cidade, assumiria as receitas e despesas da CTU, criando-se ainda na oportunidade uma outra entidade, de igual natureza jurídica, que ficou com a parte não comercializável do patrimônio da CTU, a CTTU - Companhia de Trânsito e Transportes Urbanos do Recife, responsável pelo gerenciamento e disciplinamento do trânsito na capital pernambucana. Tudo isso está bem descrito à fl. 66 destes autos.

Apenas mais tarde, em fevereiro de 2000 (fl. 259), foram alienadas as ações da CTUR para empresa privada constituída na forma de sociedade por cotas (fl. 269), que passou a operar o transporte de passageiros em Recife.

Nesse processo, ficou a CTTU com parte do patrimônio da antiga CTU, é verdade, mas o certo é que a manutenção da atividade empresarial da entidade que originou o débito em discussão nos autos ficou a cargo do ente privado que adquiriu as ações da CTUR, a hoje conhecida Cidade do Recife Transportes S/A.

É em função disso que os fatos mencionadas na r. sentença recorrida, no que tange à não-integralidade da tradição do patrimônio da antiga CTU para a CRT - Cidade do Recife Transportes S/A, não constituem o ponto central para a solução do litígio.

No caso, se não foram transferidos documentalmente os bens imóveis da CTU para a CRT, e se a CTTU recebe aluguéis daquela



empresa pelo seu uso, isso foi feito, evidentemente, para facilitar o resgate pela alienante, a Prefeitura do Recife, dos haveres em questão no caso de inadimplência contratual por parte do adquirente, que anuiu com essa condição.

Note-se, inclusive, que o fato de não haver ainda sido transferido o patrimônio para a CRT não significa que a tempo e a modo, mais tarde, tal fato não venha a ocorrer, até porque assim estipula o contrato.

Do mesmo modo ocorre com a questão relativa à manutenção de parte dos funcionários da CTU nos quadros da CTTU. Claro está que se assim foi feito foi para evitar que viessem a perder seus empregos na transferência para a iniciativa privada, que não tinha obrigação de mantê-los.

Já em relação às concessões para a operação das linhas de ônibus da antiga CTU, não se olvide que era impossível a cessão direta, uma vez que necessitava da intervenção do Estado de Pernambuco, através da EMTU - Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos, a quem cabe a gestão do transporte de passageiros na RMR.

Questões como essas, que no campo do direito societário indicariam uma cisão na empresa originária, com a sua continuidade através das duas resultantes, CTTU e CRT, não se aplicam no caso concreto, vez que há situações anômalas que surgiram necessariamente no processo de alienação, para preservação de interesses pessoais.

Na verdade, penso que a solução do caso deve ser buscada à luz das atividades praticadas pelas entidades que resultaram ao final do processo de privatização.

Assim, vejo que a CTTU, embora de fato mantenha patrimônio e pessoal advindos da CTU, não mantém as atividades empresariais que eram desenvolvidas por aquela empresa.

Cuida a CTTU, como explicita o seu estatuto e é de conhecimento público – especialmente de todos quantos algum dia já foram multados aqui no Recife –, unicamente de disciplinar o trânsito na cidade.

Trata-se de uma atividade que sequer era permitida aos Municípios na época em que funcionava a CTU, e apenas passou a ser possível com a edição da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código Brasileiro de Trânsito), que conferiu aos entes federados municipais a disciplina das questões envolvendo parada, circulação e estacionamento de veículos, podendo aplicar as penalidades e medidas administrativas previstas no caso de infrações.

Por sua vez, a exploração do transporte remunerado de passageiros, que era feita pela CTU e que gerou o débito tributário em questão, ficou a cargo da CRT, empresa de ônibus que adquiriu o patrimônio da primeira e passou a operar as linhas que a ela pertenciam, por delegação do poder público.

Do ponto de vista do passivo tributário, a operação em comento encontra regulação nos artigos 132 e 133 do Código Tributário Nacional, que prescrevem:

Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de 6 (seis) meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

Note-se que a norma em comento não cuida de atribuir a responsabilidade tributária, no caso, apenas pela situação formal cri-

ada com a modificação do *status* jurídico da empresa sob a qual foi verificada a ocorrência do fato gerador. A caracterização dessa responsabilidade advém, principalmente, da constatação da existência de continuidade da atividade de exploração econômica exercida pela empresa nova em relação à extinta, e quem hoje transporta os passageiros que antes eram levados pela CTU é a CRT.

Note-se, por outro lado, que além de um patrimônio de quase quinze milhões de reais – mesmo que não totalmente transferido, ainda –, a CRT herdou também a receita advinda da venda de passagens.

Por tudo isso, entendo que, cabe à CRT - Cidade do Recife Transportes S/A, como empresa que atualmente continua a atividade de exploração do transporte de passageiros no Recife, servindo-se do patrimônio e das linhas que eram operados pela CTU - Companhia de Transportes Urbanos, a responsabilidade pelo passivo tributário desta última empresa.

Assim sendo, dou provimento à remessa oficial e às apelações da CTTU e do Município do Recife e julgo prejudicada a apelação dos advogados da CRT.

É como voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL N° 4.752-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES  
Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E SEBASTIÃO LOPES DE SOUZA  
Apelados: OS MESMOS, JOSÉ FERREIRA GOMES, GERALDO JOSÉ DA SILVA, JOSIVAN GOMES DA SILVA, GERALDO DE SOUSA MENDES E JOSÉ INALDO PEREIRA DE SOUSA  
Advs./Procs.: DRS. ALBERTO HÉLIO PEREIRA SIMÕES E OUTRO (APTE.)

**EMENTA: PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PECULATO. FRENTE PRODUTIVA DE TRABALHO.**

**PAGAMENTO A TRABALHADORES NÃO INSCRITOS NO PROGRAMA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE CITAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE RESPOSTA PRÉVIA. PROCESSO JUDICIAL PRECEDIDO DE INQUÉRITO POLICIAL. INDEMONSTRADO PREJUÍZO PARA A DEFESA. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE. PRESCRIÇÃO. PENDÊNCIA DE RECURSO DA ACUSAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE CAUSA EXTINTIVA DE PUNIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PARA O CRIME DE PECULATO. AÇÃO TÍPICA, ANTIJURÍDICA E CULPÁVEL. IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO DO RÉU.**

- *Agente que concorre para desvio de finalidade.*
- *Culpabilidade demonstrada.*
- *Provimento parcial do recurso do Ministério Público Federal.*

### **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento à apelação do réu Sebastião Lopes de Souza e dar parcial provimento à apelação do Ministério Público 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, 12 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuidam os autos de apelações interpostas pelo Ministério Público Federal e por Sebastião Lopes de Souza, irrisignados com a

sentença da lavra do Dr. Arthur Napoleão Teixeira Filho, MM. Juiz Federal da 17ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco que, entendendo provadas a materialidade e autoria do crime de peculato apenas em relação a Sebastião Lopes de Souza, condenou-o a dois anos de reclusão em regime aberto e multa, substituindo, ao final, a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, consubstanciadas na prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas e a uma pena de multa.

O Ministério Público Federal sustenta em seu recurso que restou provada a participação de outros réus nos fatos ilícitos, reque-rendo o provimento da apelação para também condená-los por peculato. Afirma ainda que houve continuidade delitiva, pugnando pela aplicação dessa majorante em relação a todos os agentes.

Sebastião Lopes de Souza afirma, preliminarmente, que hou-ve nulidade processual por ofensa ao disposto no artigo 514 do Código de Processo Penal. Afirma também que extinta está a pu-nibilidade pela prescrição.

No mérito, sustenta que deve ser aplicado ao caso o princípio da insignificância, já que os valores, em tese desviados, seriam de pouca monta.

Afirma ainda que realizou os pagamentos a quem de fato tra-balhou nas frentes de trabalho, pouco importando que a destina-ção original dos créditos fosse para outrem.

Por fim, a par de afirmar que houve apenas irregularidade ad-ministrativa e não penal, requereu sua absolvição, por entender que a fragilidade da prova testemunhal contra si é insuficiente para embasar um decreto condenatório.

Em parecer da lavra do Dr. Rogério Tadeu Romano, a douta Procuradoria Regional da República opinou pelo provimento do recurso do Ministério Público Federal e pelo improvimento do re-curso do réu.

É o relatório.

À revisão regimental.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

As preliminares levantadas pelo réu não merecem guarida.

Em primeiro lugar, só se admite declarar nulidade em processo penal se restar indubitavelmente provado o prejuízo, para a acusação ou para a defesa.

No caso presente, afirma o réu que a ausência de pronunciamento prévio acerca da denúncia, previsto no artigo 514 do Código de Processo Penal, é causa de nulidade.

No entanto, além de restar indemonstrado o prejuízo para a defesa, percebe-se que a denúncia foi precedida de inquérito policial, onde o réu foi ouvido e teve ciência de todos os fatos narrados na inicial acusatória. Em casos como este, não há nulidade por ausência de notificação para resposta prévia.

Nesse mesmo sentido já se pronunciou o egrégio Superior Tribunal de Justiça, consoante se percebe nas ementas a seguir transcritas:

PENAL. PROCESSUAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA. OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO CPP, ART. 514. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NO TOCANTE À DOSIMETRIA DA PENA. FALTA DE INTIMAÇÃO DO DEFENSOR CONSTITUÍDO PARA A PRÁTICA DE ATOS DA DEFESA. VIOLAÇÃO AO CPP, ART. 384.

1. Quanto à falta de intimação do advogado constituído para a prática de atos da defesa, verifica-se dos autos que o acusado por nenhum momento ficou sem defensor. Ademais, por se tratar de nulidade processual, há de ser aplicado o princípio do *pas de nullité sans grief*, cabendo à parte supostamente prejudicada a demonstração do prejuízo.

2. Ante a perfeita correlação entre o fato imputado ao paciente na denúncia e a sentença, a alteração da definição jurídica pelo Juiz encontra-se totalmente respaldada na permissão prevista no Código de Processo Penal, art. 383.

3. Inviável o conhecimento das demais questões, sob pena

de supressão de instância, eis que não analisadas pelo Tribunal *a quo*.

4. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, indeferido.

(HC 12922 / RS ; Relator: Ministro Edson Vidigal; Órgão Julgador: Quinta Turma; Data do Julgamento: 03/05/2001; Data da Publicação/Fonte: *DJ* 25.06.2001 p. 209)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO DE *HABEAS CORPUS*. CRIME IMPUTADO A FUNCIONÁRIO PÚBLICO. LEI 9.099/95. ART. 61. PROCEDIMENTO ESPECIAL. NOTIFICAÇÃO. ART. 514 DO CPP. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.

I - O crime praticado por funcionário público, sujeito a procedimento especial, constitui exceção à regra contida no art. 61 da Lei 9.099/95.

II - A ausência de notificação prévia, prevista no art. 514 do CPP, não constitui nulidade, se não demonstrado prejuízo à defesa.

(RHC 8191 / SP ; Relator: Ministro Felix Fischer; Órgão Julgador: Quinta Turma; Data do Julgamento: 18/02/1999; Data da Publicação/Fonte: *DJ* 19.04.1999 p. 150)

RECURSO ESPECIAL. PECULATO. AÇÃO PENAL PRECEDIDA DE INQUÉRITO POLICIAL. DESNECESSIDADE DA DEFESA PRELIMINAR, PREVISTA NO ART. 514 DO CPP. INTIMAÇÃO, CONTUDO, DO PRÓPRIO ACUSADO, PARA APRESENTÁ-LA. PRESCINDIBILIDADE DE IDENTICA PROVIDÊNCIA QUANTO AO SEU DEFENSOR.

1. Sendo a ação penal, nos casos de crimes funcionais, precedida de inquérito policial, não há necessidade de defesa preliminar, prevista no art. 514 do CPP. Precedentes do STF e STJ.

2. Se, no entanto, por excesso de zelo, e intimado o próprio funcionário, não há necessidade de igual providência quanto ao seu defensor, ainda que já constituído na fase investigatória.

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp 116824 / RS ; Relator: Ministro Anselmo Santiago; Órgão Julgador: Sexta Turma; Data do Julgamento: 17/02/1998; Data da Publicação/Fonte: *DJ* 23.03.1998 p. 183)

Em segundo lugar, no que pertine à extinção da punibilidade pela prescrição, percebe-se que os fatos ilícitos ocorreram entre

os anos de 1993 e 1994 com primeira causa interruptiva da prescrição ocorrida em 1999. A sentença condenatória foi de 2006, mas houve recurso da acusação, com pedido de majoração da pena, de modo que não se pode ainda falar em prescrição, já que não houve trânsito em julgado para a acusação.

Quanto à aplicação do princípio da insignificância, já que o montante desviado, no afirmar do réu, “causou (supostamente) menos prejuízo ao Erário do que os servidores públicos causam, mensalmente, quando resolvem utilizar para fins particulares a internet ou as linhas telefônicas (*sic*) das repartições em que são lotados, ou mesmo quando imprimem na repartição documentos pessoais” (fl. 782), tal não se aplica ao crime pelo qual foi condenado. É que no peculato, o bem protegido não é só de natureza material, mas a própria Administração Pública.

A jurisprudência desta Corte também assim se posiciona:-

PENAL E PROCESSUAL PENAL. PECULATO. PRESTADORA DE SERVIÇO DA CEF. APROPRIAÇÃO DE NUMERÁRIOS RELATIVOS AOS PROGRAMAS DO GOVERNO FEDERAL.

- Prática peculato, na forma continuada, funcionária de empresa prestadora de serviços à Caixa Econômica que se apropria, por diversas vezes, de numerários relativos aos programas do Governo Federal. Inteligência dos arts. 312 c/c 71 e parágrafo 1º do art. 327 do Código Penal.

- Inaplicabilidade do Princípio da Insignificância nos delitos de peculato, pois não só o bem patrimonial é atingido, mas principalmente o aspecto da probidade e zelo para com a Administração Pública.

- O fato da acusada estar passando por sérias dificuldades financeiras não possibilita a apropriação de numerários que sabe não lhe pertencerem. Descaracterizada a inexigibilidade de conduta diversa.

- É de se reconhecer a isenção do pagamento das custas à acusada beneficiária da assistência judiciária gratuita.

(ACR 3833/PE; Órgão Julgador: Quarta Turma; Relator: Desembargador Federal Marcelo Navarro; Data Julgamento 26/07/2005; Publicações: Fonte: *Diário da Justiça* - Data: 14/09/2005 - Página: 1122 - Nº: 177 - Ano: 2005; Decisão: Unânime)



CONSTITUCIONAL E PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PECULATO (ART. 312, *CAPUT*, DO CP). PRELIMINAR DE NULIDADE DE SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA. NEGATIVA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. INFRATOR FUNCIONÁRIO DA ECT. APROPRIAÇÃO DE QUANTIAS PROVENIENTES DE VALES POSTAIS. CRIME CONTINUADO. ALEGAÇÃO DE ESTADO DE NECESSIDADE. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APELO INTERPOSTO PELA DEFESA CONHECIDO MAS IMPROVIDO.

1. A concisão da sentença não implica negativa da prestação jurisdicional, cerceamento de defesa ou falta de fundamentação se os pontos básicos do pedido e da contestação foram abordados.

2. Não há como justificar a conduta sob comento ante a violação ao bem tutelado, que constitui o patrimônio e a moral da Administração Pública. Dever do funcionário público de fidelidade e de zelar pelo interesse público.

3. Para caracterizar o estado de necessidade, necessário se faz preencher os requisitos previstos no art. 24 do Código Penal pátrio.

4. Inexiste a descriminante se o risco ainda não se instalou, é apenas possível ou mesmo provável em um futuro remoto ou que já tenha sido ultrapassado.

5. O crime de forma continuada é incompatível com o estado de necessidade.

6. O princípio da insignificância incide sobre os “crimes de bagatela”, acarretando a desconsideração de certas infrações penais consideradas leves.

7. Por se tratar o crime de peculato de delito contra a Administração Pública, independentemente de prejuízo pecuniário ocasionado por tal conduta, não se pode tratar crimes dessa natureza como insignificantes, já que refletem indiretamente na sociedade como um todo.

8. Inaplicável, *in casu*, o princípio da insignificância, visto que o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora é mais amplo.

9. Apelo interposto pela defesa conhecido mas improvido. Sentença *a quo* mantida incólume.

(ACR 3411/PB. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante. Data

Julgamento 30/06/2005. Publicações: Fonte: *Diário da Justiça*. Data: 29/08/2005. Página: 660. Nº: 166. Ano: 2005. Decisão: Unânime)

O crime em que condenado o apelante, qual seja, o peculato, está assim descrito no Código Penal:

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

Admitindo o próprio réu que não pagou a quem de direito, mas a outrem, as parcelas remuneratórias destinadas às frentes de trabalho, e sabendo-se que era ele o servidor responsável por efetuar o regular pagamento, tem-se perfeitamente caracterizado o crime de peculato, não havendo que se falar em ilícito administrativo apenas.

Quanto às provas, além do testemunho de co-réu, o próprio apelante dá conta de que não procedeu como devia, argumentando em seu favor que pagava a quem realmente realizava os trabalhos, e não a quem eram destinados os recursos.

Além de, materialmente, confirmar o ilícito, é de todos sabido que não é dado ao servidor público fazer diferente do que manda a lei, nem mesmo sob o pretexto de que a lentidão na esfera administrativa não permite a pronta exclusão de trabalhadores e a nova inclusão de outros.

Esse proceder, a toda vista, fere a própria Constituição Federal (princípio da legalidade estrita) e é conduta típica de ilícito penal.

Por essas razões, rejeito as preliminares e, no mérito, nego provimento à apelação de Sebastião Lopes de Souza.

Apela também o Ministério Público Federal pedindo a condenação de outros dois réus e a aplicação da causa de aumento pela continuidade delitiva. Leia-se:

*Consta dos autos que José Ferreira Gomes auxiliava Sebastião na distribuição dos cheques-salário, atestando que quem recebia o contracheque era o seu destinatário. O próprio réu, quando depôs perante a autoridade policial, afirma que:*

*“era uma das pessoas responsáveis pelo visto no contracheque que indicava se a pessoa cujo nome constava nele era a que recebia o mesmo; que com os contracheques que sobravam o Sebastião Lopes de Souza efetuava o pagamento a outras pessoas não alistadas” (fl. 81).*

*De fato, este réu tinha ciência do desvio, mesmo que sua conduta tenha sido efetuada a mando de Sebastião, que era o presidente da comissão. Ainda assim, de forma consciente e voluntária, aderiu à prática criminosa de Sebastião e reteve contracheques para que, posteriormente, fossem distribuídos a terceiros estranhos ao programa.*

*As diversas testemunhas são unânimes em afirmar que tais condutas eram do conhecimento de todos em Afrânio/PE, uma vez que eram rotinas repetidas diversas vezes, e que quem cometia tais desvios eram os componentes da comissão, quais seja, Sr. Sebastião Lopes de Souza e Sr. José Ferreira Gomes.*

*Inclusive os próprios denunciados, quando de seus interrogatórios, confirmam os crimes, embora tentem justificar as condutas.*

*Quanto ao réu José Anaildo Pereira de Sousa, ficou provado que o mesmo recebeu de Sebastião cheque-salário que não lhe pertencia. José Anaildo efetivamente integrou a comissão municipal, em substituição de um outro integrante, na qualidade de auxiliar de Sebastião e José Ferreira, com a incumbência de distribuir os contracheques, de acordo com as ordens do presidente da comissão (fls. 100 e 359/360), além de, quinzenalmente, datilografar relatórios da comissão municipal. Os contracheques por ele recebidos representam, sim, um desvio de numerário público, uma vez que foi dada à verba destinação diversa da qual deveria ser. (Fl. 767).*

A esse respeito, assim se pronunciou a Procuradoria Regional da República:

*José Ferreira Gomes auxiliava Sebastião Lopes de Sousa na distribuição dos cheques-salário, atestando que quem*

*recebia o contracheque era o seu destinatário (folha 81). Agindo desta forma, tinha consciência do desvio, aderindo à prática criminosa.*

*José Anaildo Pereira de Sousa, consoante acentua a acusação, recebeu de Sebastião Lopes de Sousa cheque-salário que não lhe pertencia.*

*(...)*

*É caso, pois, de reforma da sentença, acrescentando-se à pena imposta a Sebastião Lopes de Sousa o acréscimo de continuidade delitiva e reconhecendo-se a participação delituosa de José Ferreira Gomes e José Anaildo Ferreira de Sousa (fl. 808).*

Merece provimento, em parte, o recurso do Ministério Público Federal.

José Ferreira Gomes era o auxiliar direto do réu condenado, Sebastião Lopes da Silva. Nessa condição, atestava como verídico fato não ocorrido, ou seja, atestava que a pessoa que recebeu o pagamento era a pessoa alistada na frente de trabalho (fl. 81).

Mas, quanto a José Anaildo Pereira de Sousa, não há prova de que tenha cometido ilícito, visto que as declarações constantes dos autos dão conta apenas de que recebera cheque-salário em seu nome, e não em nome de outrem.

O pagamento a pessoas não alistadas na frente de trabalho em Afrânio/PE não foi ato único, ao contrário, a instrução demonstrou a reiteração da mesma conduta (fls. 228/231; 232/233; 234/235; 236/237 e numeração da Polícia Federal fls. 24; 40/41; 44/45; 58/62; 65; 67; 82; 92).

Desse modo, restou caracterizada a reiteração da mesma ação, sendo o caso de se aplicar a agravante prevista no artigo 61 do Código Penal aos réus José Ferreira Gomes e Sebastião Lopes da Silva.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso do Ministério Público Federal para condenar José Ferreira Gomes como incurso nas penas do artigo 312 c/c 327 e 61 do Código Penal e para aplicar a agravante prevista no artigo 61 do Código Penal à pena de reclusão de Sebastião Lopes da Silva.

Considerando o grau leve de culpabilidade de José Ferreira

Gomes, conduta social boa e personalidade não voltada para o crime, os motivos relativos à sua condição de precariedade financeira e as circunstâncias de suas ações, bem como a morosidade da administração-vítima em detectar os fatos, entendo como necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime fixar a sua pena-base no mínimo legal, ou seja, em dois anos de reclusão.

Não vislumbro circunstâncias atenuantes, mas detecto a agravante pela reincidência, pelo que aumento a sua pena em um sexto, alterando-a para dois anos e quatro meses de reclusão.

Não há causas de aumento ou diminuição, pelo que torno as penas de reclusão definitivas dos réus em dois anos e quatro meses.

Mantenho a pena de multa de Sebastião Lopes da Silva e fixo o mesmo montante, qual seja, quarenta dias-multa, correspondendo cada dia-multa a um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos, para o réu José Ferreira Gomes.

Por fim, verifico que estão presentes os requisitos para a substituição das penas de reclusão por penas restritivas de direitos, de modo que a mantenho em relação a Sebastião Lopes da Silva, observando-se o novo quantitativo da pena de reclusão.

Em relação a José Ferreira Gomes, substituo a pena de reclusão por duas penas restritivas de direitos, a serem fixadas no juízo da execução.

É como voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 4.811-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO  
Apelantes: YOUNG MAN JONG, KWANG CHUL LIM E EDUARDO SANTANA GARZON  
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Def. Público: DR. SERGIO LUÍS DA SILVEIRA MARQUES (1º E 2º APTE.S.)  
Adv./Proc.: DR. FRANCISCO CLAUDIO BEZERRA DE QUEIROZ (3º APTE.)

***EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. CRIMES DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTE E ASSOCIAÇÃO PARA A PRÁTICA DELITUOSA (ARTS. 12 E 14, C/C 18, I, DA LEI Nº 6.368/76). TRANSPORTE DE CERCA DE 1 (UMA) TONELADA DE COCAÍNA ACONDICIONADA EM BARCO PESQUEIRO PROCEDENTE DO SURINAME. ROTA DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS E ARMAS. CARGA ESTIMADA EM U\$ 24.000.000,00 (VINTE E QUATRO MILHÕES DE DÓLARES). APREENSÃO NO LITORAL DO ESTADO DO CEARÁ. TRIPULAÇÃO DE ORIGEM CHINESA E COLOMBIANA. UTILIZAÇÃO DE TELEFONE CELULAR “SATELITAL”. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O VOLUME, VALOR E RISCO DA OPERAÇÃO DE TRANSPORTE DA COCAÍNA APREENDIDA COM A ALEGADA INOCÊNCIA, OU MESMO INEXPERIÊNCIA, DOS ALIENÍGENAS, ORA APELANTES. AUSÊNCIA DE COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL SUPOSTAMENTE ESTABELECIDADA ENTRE OS AGENTES. DESAVENÇAS E VIAS DE FATO ENTRE OS RÉUS, NO INTERIOR DA EMBARCAÇÃO, QUE NÃO ILIDEM A PRETÉRITA E ORIGINÁRIA COMUNHÃO DE DESÍGNIOS. ADESÃO LIVRE E ESPONTÂNEA DOS APELANTES À PRÁTICA DELITUOSA. REJEIÇÃO DE PRELIMI-***

**NAR DE NULIDADE, VEZ QUE A DENÚNCIA FOI RECEPCIONADA ATRAVÉS DE PRONUNCIAMENTO EXPLÍCITO, FUNDAMENTADO E FIRMADO APÓS AUDIÊNCIA PRELIMINAR.**

**- Autoria e materialidade delituosas comprovadas à saciedade.**

**- Pacto criminoso de percepção de vantagem pecuniária para transporte de cocaína, com provável destino ao Senegal ou África do Sul.**

**- Comunicação, por um dos tripulantes, do conteúdo da carga às autoridades estrangeiras, que se revelou extemporânea e incapaz de infirmar a imputação.**

**- Primariedade comprovada dos apelantes.**

**- Apelos providos, em parte, tão-somente para diminuição das apenações, conforme, inclusive, orientação do Parquet, dada a exasperação identificada no cômputo da pena-base. Pena de multa que se mantém nos moldes fixados no decisum, tanto pela ausência de prova cabal da hipossuficiência do apelante pleiteante, quanto pelo acerto do cálculo da reprimenda pecuniária.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento, em parte, às apelações, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 6 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Cuida-se, em síntese, de julgamento das apelações interpostas por Kwang Chul Lim e Young Man Jong, ambos de nacionalidade

de chinesa, e, também, oferecida por Eduardo Santana Garzon, este nascido na Colômbia, quanto à apenação dos mesmos, que entendem injustas, determinada pela sentença de fls. 140/146 da lavra do MM. Juiz Federal da 11ª Vara do Ceará, Dr. Danilo Fontenelle Sampaio, proferida em 09.06.06, através da qual os ora apelantes restaram condenados às penas de 14 (catorze) anos e 7 (sete) meses de reclusão (os chineses) e de 9 (nove) anos e 9 (nove) meses de reclusão, para o réu colombiano, respectivamente, além da fixação de pena de multa para cada um dos sentenciados, porquanto incursos nas penalidades previstas, principalmente, nos arts. 12 c/c 14, 18, I, e 35, todos da Lei nº 6.368/76.

Também por força de comando expresso no *decisum* condenatório, não foi reconhecido aos ora apelantes o direito de recorrer em liberdade, pelo que lhes foi determinada a sua permanência à prisão, recolhimento outrora determinado quando da audiência de produção antecipada de provas (fl. 56).

Depreende-se, em suma, do teor da peça acusatória de fls. 03/10, trazida a juízo em 18.10.05, recebida em 28.11.05 (fls. 11/12), que, em data de 26.09.05 e em companhia do sul-coreano Seong Hee Nam (processo desmembrado), os três apelantes foram abordados por integrantes da Polícia Federal do Ceará, já nas proximidades do Porto de Mucuripe, a 18 Km da costa cearense, transportando **mais de 1 (uma) tonelada de substância entorpecente (cocaína)**, a bordo do barco pesqueiro Dong Hee, de bandeira do Suriname, exclusivamente tripulado pelos quatro alienígenas, procedente do aludido país e com provável destino ao Senegal ou África do Sul, sendo também encontrado, em seu interior, telefone celular satelital, no que restaria, assim, segundo entendimento do *Parquet*, configurada a prática criminosa do tráfico internacional de drogas. Registre-se, todavia, que apenas o réu Eduardo Santana Garzon foi preso em flagrante delito, restando inicialmente liberados os demais denunciados, presos *a posteriori*, quando de suas oitivas em juízo (audiência antecipada de provas), conforme antes dito, tendo o réu Seong Hee Nam deixado o país, sendo considerado revel em processo criminal autônomo.

Assim, defendem, em preliminar, os recorrentes Kwang Chul Lim e Young Man Jong, por intermédio das razões de apelação expendidas por órgão da Defensoria Pública da União, de fls. 169/



193, a nulidade absoluta deste processo criminal, por alegada violação a preceito específico que determina a fundamentação da decisão que recebeu a denúncia contra os apelantes, visto entender verificada tal hipótese ante a ausência, no pronunciamento judicial inicial, de pormenorização suficiente a ensejar a *persecutio*, conforme entende disciplinado pelo § 4º do art. 38 da Lei nº 10.409/02.

Quanto às razões do mérito mesmo do aludido apelo de fls. 169/193, são tecidas considerações várias, de ordem fático-jurídica, voltadas, primordialmente, à tentativa de demonstrar que o veredicto ora impugnado restou de todo prejudicado pela recorrente deturpação dos fatos e das provas pelo Magistrado sentenciante, a partir da versão dos acontecimentos estabelecida casuisticamente pelo órgão ministerial, em sentido contrário aos reais elementos probatórios trazidos aos autos, inclusive pelo próprio inquérito policial que subsidiou a denúncia. Conferiu-se ênfase, também, à ocorrência de coação moral irresistível, a militar em favor dos ora apelantes, como causa de excludente de suas culpabilidades, dado que teriam sido coagidos a efetivar o transporte da droga na embarcação que capitaneavam: *“(...) configurou-se, sim, a coação moral irresistível, que só cessou quando os orientais constataram que os traficantes não mais os seguiam à distância. A partir de então, exatamente por que jamais aquiesceram na proposta de transportar droga, numa atitude corajosa e de alto risco, os orientais tomaram o telefone móvel satelital do colombiano e acionaram as autoridades, redundando na interceptação da embarcação”*. (Fl. 179)

Ainda na seqüência do apelo de Kwang Chul Lim e Young Man Jong, cogitou-se em violação ao art. 386, VI, do Código de Processo Penal, dada a inexistência de provas irrefutáveis capazes de alicerçar o decreto condenatório em desfavor dos apelantes, firmado que fora tão-somente amparado em deturpação dos principais elementos probantes carregados aos autos e precisamente indicados pelos apelantes. Por derradeiro, em sendo acaso ultrapassadas todas as razões de absolvição elencadas, essência do pedido de reforma da sentença, insiste a apelação em apontar inúmeras ilegalidades ocorridas quando da fixação da pena, no que teria importado em injusta exasperação do *quantum* da apenação

fixada na sentença de fls. 140/146, cabendo, pois, a reavaliação da dosimetria ali estabelecida, através da reforma do *decisum* mais de vez postulada.

Às fls. 221/235, foram oferecidas as razões do recurso do réu Eduardo Santana Garzon, objetivando salientar a importante contribuição do mesmo para a elucidação do crime apurado na presente *actio*, pelo que propugnou a diminuição da pena-base estipulada na sentença ao seu mínimo legal, com total observância a todas as circunstâncias preconizadas pelo art. 59 do CPB, que entende “(...) *Ihe são favoráveis, impedindo a exasperação da mínima legal*” (fl. 229). Também houve insurgência quanto ao reconhecimento, na sentença ora recorrida, da conduta típica prevista no art. 14 da Lei nº 6.368/76, dado inexistir, *in casu*, prova da vontade efetiva do apelante em associar-se com os demais para a prática do ilícito reprimido pela sentença em comento findo, “(...) *pois nem sequer os conhecia, além de não falar a língua deles, impedindo a sua comunicação com os mesmos*” (fl. 233). Propugnou-se, ainda, pela redução da pena de multa, dada a condição de hipossuficiente do apelante. Ao final, reconhecendo a participação do mesmo apenas no delito tipificado no art. 12 da Lei nº 6.368/76, postulou a reforma da sentença, para o fim de ser revisto o *quantum* da sua pena para patamares mínimos, mantendo-se, outrossim, o benefício da delação premiada estabelecido no veredicto de fls. 140/146.

Às fls. 207/213 e 237/242, o órgão ministerial ofereceu suas contra-razões aos apelos formulados pelos réus Kwang Chul Lim e Young Man Jong, além de Eduardo Santana Garzon, opinando pelo improvimento (fls. 207/213), bem como pelo provimento, em parte (fls. 237/242), respectivamente, dos aludidos recursos.

O Ministério Público Federal ofereceu, nesta instância, o parecer de fls. 246/251, entendendo comprovadas a materialidade e autoria delitivas em desfavor dos três apelantes. Opinou, contudo, pela reforma da sentença, apenas quanto à desconsideração da presunção de não-primariedade dos réus, dado efetivamente existir prova nos autos de serem os mesmos tecnicamente primários. Eis, pois, a ementa que acompanhou a formulação do parecer ministerial, *verbis*:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTE E ASSOCIAÇÃO PARA A PRÁTICA DE TAL DELITO (ARTS. 12 e 14, C/C O 18, I, DA LEI Nº 6.368/76). PENA-BASE. DECRETO CONDENATÓRIO FUNDAMENTADO. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL NÃO CONFIGURADA. PROVIMENTO PARCIAL DOS RECURSOS APELATÓRIOS.

- O convencimento do MM. Juiz, quanto à responsabilidade penal dos recorrentes, resultou das declarações dos apelantes, bem assim, dos demais elementos probatórios, estando a sentença devidamente fundamentada.

- Para que se configure a coação moral irresistível é indispensável que a coação seja inevitável, insuperável, que haja uma força de que o coacto não possa se subtrair.

- Consideradas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, notadamente no que diz respeito à vultosa quantidade de cocaína apreendida (mais de uma tonelada) e sua potencialidade lesiva, deve, todavia, a pena-base ser reduzida, no tocante à presunção de não primariedade dos apelantes.

- Pelo parcial provimento dos recursos.

É o relatório. À douta Revisão.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Passo, a seguir, à análise, primeiramente, das razões do recurso de apelação oferecido pela defesa dos réus Kwang Chul Lim e Young Man Jong.

Contudo, ao adentrar no exame da questão preliminar de nulidade absoluta, suscitada no apelo dos réus Kwang Chul Lim e Young Man Jong, sobre haver o Magistrado de primeiro grau, quando do recebimento da denúncia contra os mesmos, não apontar, de forma pormenorizada, as razões de admissibilidade da inicial acusatória, tenho que tal consideração desmerece prosperar, porquanto formulada em descompasso com o teor da decisão judicial proferida e transcrita em sede do próprio apelo, *verbis*: “(...) tendo em vista os elementos constantes nos autos e a denúncia satisfazer os requisitos legais exigidos, havendo indícios de autoria e materialidade do crime ali descrito, recebo a denúncia”. (Fls.11/12)

Observe-se, ainda, que dito juízo de admissibilidade, longe de se apresentar descolado do cenário formado pelos inúmeros elementos de provas, já naquele momento processual constantes dos autos, ao contrário, fora emitido após audiência específica (fls. 11/12), como até salientado no apelo, apresentadas que foram as respectivas defesas preliminares, identificadas, pois, naquela solenidade, as condições fáticas e legais para iniciar-se a *persecutio*, sem que a defesa dos réus logre, agora, comprovar qualquer dano efetivamente existente, porventura decorrente da tão-somente aventada inobservância, pelo juízo de primeiro grau, do princípio da ampla defesa e do contraditório, o que, cabe aqui o necessário registro, inorcorreu em todo o *iter* processual em tela.

Assim, como bem asseverado pelo órgão ministerial, em parecer emitido nesta instância, fl. 249, “(...) *não se trata, in casu, de decisão sem fundamentação, mas de decisão concisa, inexistindo alegada violação ao princípio encartado na citada norma constitucional (fundamentação de decisão judicial), e, conseqüente nulidade processual*”. **Preliminar, portanto, que ora se rejeita.**

Acerca da participação dos réus Kwang Chul Lim e Young Man Jong no episódio já descrito no relatório deste voto, concluiu o douto Magistrado sentenciante pela efetiva integração voluntária dos mesmos à empreitada criminosa que se traduziu no transporte de mais de 1 (uma) tonelada de cocaína através de embarcação pesqueira procedente do Suriname e apreendida nas proximidades do Porto de Mucuripe, no litoral cearense, em data de 26.09.05.

Seguem as considerações quanto à responsabilização penal dos apelantes Kwang Chul Lim e Young Man Jong, da lavra do Magistrado *a quo*, extraídas da sentença de fls. 140/146 e em parte aqui ora transcritas:

*11 - O réu KWANG CHUL LIM afirmou, às fls. 17/20, versão aproximada, narrando que foi contratado pelo comandante do navio por mil dólares e que dito barco era pesqueiro de camarão, sendo que, quando estavam em alto mar ao lado de um outro barco, apareceu um avião e jogou a carga apreendida, tendo a tripulação, inclusive o depoente e os demais réus, recolhido os fardos e acondicionado no barco, ocasião em que tomou conhecimento de que se tratava de carga de cocaína, aceitando a oferta de US\$*

25.000,00 para continuar na viagem, sendo que afirma ter se sentido ameaçado pelo comandante, afirmando:

*“(...) que o comandante era quem sabia o destino, sendo este desconhecido do depoente; que o depoente ia ganhar mil dólares, mas, após a entrega, iria ganhar vinte e cinco mil dólares, assim como o outro tripulante, sendo que o comandante ganharia cinqüenta mil dólares; que não sabe a função do colombiano Eduardo (...) que Eduardo permanecia sem função específica no barco, apenas se comunicando através de um celular via satélite (...)” - fl. 18*

*12 - O réu Young Man Jong confirmou a versão apresentada pelo seu compatriota (fls. 21/24).*

*13 - Percebe-se que as versões dos réus não são logicamente sustentáveis, seja porque no barco apreendido não existiam armas nem outras pessoas a não ser os próprios réus (se fosse o caso de embate físico, seria Eduardo contra os outros três), seja porque nenhum traficante iria colocar mais de uma tonelada de cocaína (mais valorizada que o próprio ouro e cerca de U\$ 24.000.000,00 - vinte e quatro milhões de dólares) nas mãos de pessoas inexperientes, sem prévio acordo e forte convicção de entrega regular.*

*14 - Outrossim, verifica-se que, se realmente os réus não concordassem desde o início com a empreitada criminosa, poderiam, assim que se viram sozinhos com a droga, arremessá-la ao mar e tomar qualquer rumo desejado mas não, recolheram a droga do mar (aceitando-se a versão do aparecimento do avião) e seguiram ao destino previamente combinado sendo que, nas proximidades de águas brasileiras, desenvolveu-se uma discussão a respeito do pagamento contratado e, ante o impasse, resolveram os réus, sem comunicar ao réu Eduardo, aportarem em Fortaleza, colocando toda a responsabilidade neste. Valeram-se os réus Seong Hee Nam, Kwang Chul Lim e Young Man Jong da posse do celular satelital e de conversas com a embarcada coreana, montando a esdrúxula versão de que “desconfiavam” estar transportando drogas, simulando uma aparente colaboração com as autoridades brasileiras. Tal simulação acabou por convencer, inicialmente, as autoridades policiais brasileiras, tanto que só prenderam em flagrante o réu Eduardo. Observe-se, ainda, que quando ouvidos em sede de inquérito policial, os réus chineses foram auxiliados por intérprete coreano enviado pela Embai-*

*xada Coreana, daí seus depoimentos não conferirem com os prestados em juízo em audiência antecipada, ocasião em que foram presos.*

*15 - Não ocorreram, portanto, nem coação irresistível nem arrependimento eficaz, posterior ou desistência voluntária, conforme decidido por nossos Tribunais:*

*(...)*

*16 - Concluo, diversamente dos ilustres defensores, não restar dúvidas quanto à ciência e participação dos réus nos fatos criminosos, servindo todos à trama criminosa anteriormente preparada.*

Saliente-se restar incontroversa a materialidade delituosa, ante a constatação, descrita no definitivo Laudo de Exame em Substância, de fls. 99/101 do inquérito policial em anexo, subscrito por peritos do Dept<sup>o</sup>. de Polícia Federal do Ceará, de ser substância entorpecente a encontrada na embarcação, precisamente **cocaína**, em torno de mais de **1 (uma) tonelada** da droga, acondicionada nas dependências do barco pesqueiro, tripulado pelos três réus, ora apelantes, além de Seong Hee Nam, sendo aqui irrelevante tecer maiores detalhes acerca da suposta “hierarquização” (comandante, cozinheiro, operador de máquinas, etc.), acaso estabelecida na condução e “organização interna” do navio.

Por mais que se pretenda, como se conduziu a defesa dos réus Kwang Chul Lim e Young Man Jong, produzida neste apelo, desconstruir, a todo o custo, o firme e livre convencimento do Magistrado, quando da prolação do veredicto aqui atacado, este, aliás, inteira e juridicamente fundamentado, entremostra-se totalmente desnecessário o uso, pelos recorrentes, para tanto, de censuráveis colocações de ordem não necessariamente jurídica, consoante inúmeras expressões desairosas relacionadas ao ofício do julgador *a quo*, a exemplo de “*nenhuma atenção debruçou à prova dos autos*” (fl. 171); “*não houve uma apreciação do contido nos autos, sequer das argumentações da defesa*” (fl. 171); “*que só viu aquilo que quis enxergar*” (fl. 171); “ *mascarar uma falsa análise do caso*” (fl. 171); “*ausência de debruce sobre o caso*” (fl.172); “*o Magistrado a quo não examinou os argumentos constantes da defesa preliminar e das alegações finais – por sinal, não dedicou um linha sequer a elas – (...), para bem demonstrar, ao final, o*

*absurdo judiciário cometido em detrimento dos apelantes” (fl. 174); “elucubração completamente desarrazoada e destoante do contido nos autos” (fl. 174); “a inocência dos orientais ficou turva pela subjetiva e deturpada visão do Ministério Público Federal, cegamente assimilada pelo juiz singular” (fl. 177); “essa assertiva do magistrado denota sua pouca atenção ao contido nos autos” (fl. 179); “absurda e incompreensível é a atitude do magistrado que, tentando respaldar suas íntimas convicções, até deturpa o depoimento prestado em juízo” (fl. 182); “denota visão preconceituosa e, por que não dizer, um despreparo para conhecer e julgar o caso” (fl. 185); “quem assim pensa, tem isenção de julgar?” (fl. 185); “o juiz singular confunde-se todo, chegando a conclusões absurdas a partir das presunções ou conjecturas sem qualquer relação lógica entre si” (fl. 190); “o juiz singular cometeu diversos impropérios na fixação da pena” (fl. 192).*

A utilização de tais expressões deixa equivocadamente parecer que a essência do processo penal acusatório foi conspurcada, interrompendo-se o desenvolvimento da livre dialética processual, em detrimento de uma somente suposta e desarrazoada preponderância de interesses antagônicos (*in casu*, os exclusivamente sustentados pelo MPF) capazes, por si sós, de interferir no livre convencimento judicial. Mas não foi isso o que aconteceu.

O equilíbrio conferido pelo Magistrado sentenciante, no cotejo analítico dos argumentos e acervos probatórios levados aos autos de parte a parte, bem revelou-se, repita-se sempre, na condução do *iter* processual, culminando com uma sentença que não se resente de nenhum elemento técnico essencial/material, nem sequer formal, ao deslinde da *quaestio*. Aliás, nunca é demais lembrar que no processo penal não existe supremacia de prova, formando o juiz a sua convicção pela livre apreciação do conteúdo probatório (CPP, art. 157) : “*Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, ex vi legis, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência*” (Exposição de Motivos, item VII).

Afigura-se frágil o intento construído no apelo em questão, visando hipervalorizar o relatório firmado pela autoridade policial, em detrimento do que fora apurado em juízo, olvidando-se que somente na esfera judicial restaram decretadas as prisões dos apelantes, à exceção do sul-coreano SEONG HEE NAM, que já deixou este país justamente por não vislumbrar dita autoridade, erroneamente, culpa alguma em tal alienígena, quando em verdade se tratava do comandante originário da embarcação Dong Hee.

Fato é que, aqui novamente analisados todos os depoimentos dos réus e testemunhas, inúmeras vezes transcritos nas manifestações da defesa e do *dominus litis*, inclusive salientados trechos na própria sentença, antes já reproduzidos neste voto, além de verificados, *de per se*, o amplo acervo documental trazido à baila, avultam, à saciedade, os mesmos aspectos criminalizantes indicadores da responsabilidade penal dos apelantes no episódio em tela, despiciendo, portanto, novas alusões a passagens textuais.

À luz de todos esses elementos, salta aos olhos a irrefutável culpabilidade dos orientais no transporte da droga – em torno de (1) uma tonelada de cocaína –, desde o Suriname até à costa litorânea cearense, após navegação de tão longo percurso, por vários dias em alto-mar, dado o esforço empreendido pelos mesmos para o bom acondicionamento da “mercadoria” na embarcação apreendida, importando na plena ciência do conteúdo dos pacotes, conforme, inclusive, registrado em depoimento de um dos apelantes e, frise-se, não haveria como ser diferente, num cenário composto por apenas quatro tripulantes de pequena embarcação, a desconhecer o que efetivamente transportavam.

A forma do ingresso da droga na embarcação dos apelantes, através da fantasiosa versão do seu despejo em alto-mar por avião de grande porte, e com auxílio de integrantes de outro navio que já se encontrava pronto para servir ao criminoso traslado, nem de longe importou no desvio, pelo Magistrado *a quo*, da necessidade de criminalização das condutas dos envolvidos.

Por vezes, foi muito acertadamente ressaltada pelo Ministério Público, com posterior acatamento pelo Julgador de primeiro grau, a impossibilidade fática de o também apelante Eduardo Santana



Garzon impor, sozinho e desarmado, seu poder de mando em relação aos três tripulantes originários da embarcação apreendida, não restando efetivamente provada pelos réus a perseguição pela tripulação de outra embarcação até o real destino da droga, até mesmo pelo fato de o barco que se prestaria a tal escolta poder, imagino, efetuar autonomamente o trajeto previsto para o destino da carga e, se não fez, foi por conta do acerto pecuniário entabulado com os apelantes para a condução da cocaína, negócio este salientado recorrentemente nos autos.

Como concluiu em mais de uma oportunidade a representação ministerial, a título de demonstrar a inocorrência da excludente de culpabilidade de coação moral irresistível, que ora tomo como fundamentação deste pronunciamento, veja-se, à fl. 249:

As declarações de Kwang Chul Lim (fls. 17/20) convencem da inexistência de mencionada causa de exclusão da culpabilidade:

*“(...) que seguiu as ordens do comandante coreano do outro navio, bem como do comandante do navio do depoente; que, naquele momento, o depoente pensou tratar-se de cocaína, tendo em vista que um dos fardos rompeu-se, deixando à mostra pequenos pacotes de tamanho característico; que, mesmo sabendo tratar-se de droga, não teve outra opção a não ser aceitar a oferta de vinte e cinco mil dólares do comandante de seu navio, vez que tinha de obedecer a seu comandante (...).”*

Não há como se cogitar que, pelo panorama descrito por todos os tripulantes, sem armas ou violência no interior da embarcação, os apelantes Young Man Jong e Kwang Chul Lim estariam sendo coagidos pelo recorrente Eduardo Santana.

Entendo, também, não haver logrado êxito algum a vã tentativa da defesa dos apelantes Young Man Jong e Kwang Chul Lim, no sentido de conferir uma conotação heróica ao episódio da **extemporânea** comunicação da tripulação do barco, apreendido com mais de uma tonelada de cocaína em seu interior, com as autoridades do continente, em busca de orientações quanto ao procedimento de atracação, objetivando a preservação da segurança de todos os tripulantes. Nesse sentido, colha-se o posicionamento ministerial produzido à fl. 208, *verbis*:

*A Polícia Federal do Brasil foi noticiada acerca da existência da referida carga no barco, através de uma ligação telefônica inusitada do coreano Seong Hee Nam, que era comandante do barco, dando sua localização e pedindo providências contra o acusado Eduardo Garzon, que, segundo relatou na Polícia, seria o único responsável pelo transporte daquela droga.*

Antes, à fl. 97, enfatizou o órgão do MPF:

*(...) embora aleguem que foram obrigados a fazer o transporte da droga, os fatos não revelam ter havido coação irresistível, mais denotando a aceitação de negócio escuso e rentável, pelo qual receberiam cerca de 25 mil, cada um deles. É certo que não houve coação irresistível, já que os chineses aderiram ao plano criminoso do comparsa.*

Não há, portanto, ressalva alguma a se produzir na sentença objeto deste apelo, quanto ao reconhecimento da procedência da imputação descrita na denúncia, em relação aos ora apelantes, Young Man Jong e Kwang Chul Lim. Todavia, quanto a aspectos voltados à dosimetria penal, entendo por necessária a produção de algumas retificações que ao final serão devidamente assinaladas.

Pois bem. Melhor sorte não milita em prol do também recorrente Eduardo Santana Garzon, quanto à identificação de sua condição de autor dos delitos apurados, havendo o representante ministerial bem delineado seu agir criminoso nos fatos ensejadores da reprimenda judicial de primeiro grau. Assim, veja-se a síntese de fls. 94/95, produzida em sede de alegações finais:

*O acusado Eduardo Santana Garzon, ao ser interrogado, confessou que, inicialmente, teria acompanhado um tal de Jog, em um barco, com destino ao Suriname, onde este iria adquirir um barco para usar no transporte de mantimentos para o garimpo; que, no meio da viagem, em pleno mar aberto, teria havido o encontro com um outro barco, ocupado pelos outros 3 acusados, e os comandantes teriam travado algum diálogo sobre o transporte da droga, mas houve uma discussão sobre o pagamento desse transporte; que um avião teria jogado ao mar os fardos da droga e recolhidos para o barco dos chineses; o acusado Eduardo Santana Garzon teria, então, a incumbência de moni-*

*torar os outros 3 (três) acusados para o correto destino da droga, recebendo, para isso, um celular das mãos do Jog. No que interessa à sua participação, Eduardo Santana Garzon confessou que “o acusado passou para o barco dos chineses, atendendo o acordo com Jog de que o depoente seguiria com os chineses até o destino desconhecido pelo depoente, tendo Jog entregue um celular de satélite para se comunicar com ele por cerca de doze dias, apenas para confirmar que tudo estava indo bem; que, para isso, o depoente ganharia dez mil dólares, a serem pagos quando o depoente regressasse; que o depoente concordou, percebendo que ambos os barcos conduziam drogas.” (Fl. 15).*

*A confissão do acusado é eloqüente, pois detalhou que tinha conhecimento de que a carga era de cocaína, receberia um certo valor pelo transporte e que já foi preso por tráfico em seu país (fl. 15).*

Em seu apelo de fls. 221/235, intenta a defesa de Eduardo Santana Garzon, após assumir sua participação no episódio criminoso em questão, ressaltar sua importante colaboração com a justiça, no sentido de haver apontado a necessidade de se promover a responsabilidade penal dos demais envolvidos na trama. Dita apelação restringe-se, exclusivamente, a propor a minoração de sua reprimenda, mormente em relação à fixação da pena-base, nos moldes que especificou.

Ainda com relação à questão da autoria delituosa, registre-se importante passagem articulada pelo representante do Ministério Público nesta instância recursal, produzida à fl. 251:

*(...) não convence que os apelantes Young Man Jong e Kwang Chul Lim são apenas meros funcionários subalternos do comandante da embarcação, ou que Eduardo Santana Garzon é um simples agricultor e que, num dia qualquer, resolveram lhes confiar o transporte de tão vultosa e valiosa carga de cocaína pelo oceano afora. **Fazem eles parte, sim, de uma verdadeira organização criminosa internacional de tráfico de entorpecentes.** (Sem grifos no original).*

Assim, ausentes vícios de julgamento, **reconheço o total acerto da sentença ora recorrida quanto à responsabilização penal dos três apelantes**, porquanto muito bem amparada nas

provas coligadas nos autos e igualmente referenciadas na fundamentação do veredicto, provadas que foram a autoria e materialidade delituosas, valendo ressaltar, ainda, na esteira da manifestação ministerial de fl. 212: *“Ademais, importante considerar que, um produto estimado em cerca de U\$ 24.000.000,00 (Vinte e quatro milhões de dólares), fosse colocado nas mãos de pessoas que não sabiam ao menos o que estavam transportando. Pelo valor estimado da droga, percebe-se que são pessoas experientes e certamente estavam convictas do material que tinham em seu poder.”*

Ressalto que, ao tempo da confecção deste voto, foi publicada importante matéria jornalística em revista de ampla circulação nacional (Revista “Veja”, ed. Abril, edição 1990, ano 40, nº 1, 10.01.07, pág. 74/75.), acerca da temática do tráfico internacional de drogas, que é bem o caso dos autos, a partir, justamente, do Suriname, país de origem da embarcação de pesca Dong Hee, e que apesar de certo teor de incorreção política, o qual não subscrevo, entendo merecer a transcrição que segue, tão-somente a título ilustrativo, senão vejamos:

*Suriname, o “Paraguai do Norte”, “a ex-colônia holandesa tornou-se grande fornecedora de armas para os bandidos brasileiros, que trocam a mercadoria por drogas”. Independente há apenas três décadas, o Suriname é conhecido, entre as autoridades policiais brasileiras, como o “Paraguai do Norte”. O apelido não se deve ao fato de os países compartilharem alguma qualidade – pelo contrário. Além de ser uma das bases de narcotráfico internacional, segundo o último relatório da Organização das Nações Unidas para a América Latina, a ex-colônia holandesa é, como o Paraguai, um dos principais fornecedores de armas ilegais para bandidos brasileiros. Assim como as munições, elas vêm de países como Líbia, Rússia e China. Chegam ao Brasil trocadas por cocaína.*

Entendo, por fim, ante os argumentos expendidos tanto pelos recorrentes, quanto pelo Ministério Público, este em duas oportunidades (fls. 240/242 e 250/251), ser realmente necessário imprimir certa minoração na reprimenda estabelecida no *decisum* de fls. 140/146, dada, principalmente, a exasperação com que se houve calculada a pena-base imposta aos apelantes.

Com efeito, sendo idêntica a pena mínima atribuída, em abstrato, aos delitos previstos nos arts. 12 e 14 da Lei nº 6.368/76, em 3 (três) anos de reclusão, torna-se por demais gravosa a sua fixação, *in casu*, no patamar originariamente estabelecido para o art. 12 na sentença recorrida, em 7 (sete) anos, mormente em razão de haver sido desprezada a circunstância judicial, formalmente comprovada, da primariedade dos apelantes, razão pela qual sigo em direção à diminuição, tão-somente, da pena-base relativa ao art. 12, doravante fixando-a em 4 (quatro) anos de reclusão, remanescendo todos os demais parâmetros dosimétricos utilizados pelo juízo *a quo*, na esteira do entendimento defendido pelo representante ministerial nesta instância, de fl. 251: “Assim, comprovadas materialidade e autoria delitivas dos ora apelantes, pela prática dos delitos dos arts. 12 e 14, c/c 18, I, da Lei 6.368/76, o Parecer é no sentido de serem providos os recursos, reformando-se a sentença, apenas para que seja desconsiderada, na fixação da pena-base, a circunstância judicial da presunção de não-primariedade dos apelantes.”

Com a minoração da reprimenda sugerida, coerentemente, pelo MPF e pelos respectivos apelantes, impõe-se redefinir a novel situação do *quantum* da apenação dos sentenciados, a saber:

1) **KWANG CHUL LIM e YOUNG MAN JONG**, fixadas, doravante, a pena-base, quanto à imputação dos arts. 12 e 14 da Lei nº 6.368/76, em 4 (quatro) anos de reclusão, para cada tipificação (4 + 4 = 8), considerando, ainda, o aumento previsto no art. 18, I, da dita lei, fixado em 1/3 (2 anos e 8 meses), **perfazendo o total, em definitivo, de 10 (dez) anos e 8 (meses)**, mais a pena de multa fixada pelo juízo *a quo* (667 dias-multa, à razão de 1 SM p/dia), aqui inalterada. Resultado da diminuição da pena de reclusão: 3 anos e 11 meses.

2) **EDUARDO SANTANA GARZON**, fixada, doravante, a pena-base, quanto à imputação dos arts. 12 e 14 da Lei nº 6.368/76, em 04 (quatro) anos de reclusão, para cada tipificação (4 + 4 = 8), considerando, ainda, o aumento previsto no art. 18, I, da dita lei, fixado em 1/3 (2 anos e 8 meses), mantendo-se, por fim, a diminuição de 1/3 (art. 32, § 3º, da Lei nº 10.409/02), **perfazendo o total, em definitivo, de 7 (sete) anos**, mais a pena de multa fixada pelo juízo *a quo* (445 dias-multa, à razão de 1 SM p/dia), aqui

inalterada, ante a indemonstrabilidade cabal de sua condição de hipossuficiência econômica, consoante argumentou o órgão do *Parquet*: “(...) o apelante não apresenta prova de pobreza que justifique a redução da condenação em pena de multa. Não havendo elementos hábeis para a redução, é caso de levar a matéria ao juízo da execução penal, para avaliar a questão, a seu tempo”. Resultado da diminuição da pena de reclusão: 2 anos e 9 meses.

Com essas considerações, dou provimento, em parte, às apelações dos réus Kwang Chul Lim, Young Man Jong e Eduardo Santana Garzon, exclusivamente para imprimir necessária reforma dosimétrica, minorando, assim, a quantificação de suas respectivas penalidades, na forma e no cômputo antes explicitado, remanescendo, pois, todos os demais termos e comandos da sentença de fls. 140/146.

É como voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 4.888-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO AZEVEDO (CONVOCADO)  
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Apelados: LUCIANO DE CARVALHO SANTOS E RODRIGO LINS COSTA MELO  
Adv./Proc.: DR. ANTÔNIO PEREIRA DE ANDRADE FILHO (2º APDO.)

**EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. DESCA-MINHO. ART. 334, § 1º, D, DO CÓDIGO PENAL. COMÉRCIO DE APARELHOS CELULARES DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO LEGAL. USO DE NOTAS FALSAS. APELADOS COMERCIANTES. CONHECIMENTO DA ILICITUDE. DOLO CONFIGURADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR PENA RESTRITIVA DE DIREITO. ART. 44, § 2º, DO CP. OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO.**  
**- Demonstra o conhecimento da prática ilícita as**

***notas fiscais em branco, prática sabidamente irregular, mercadorias adquiridas de firma desconhecida pelos apelantes, que depois da apreensão veio a se saber que era de comerciante de gêneros alimentícios (fls. 208/217). Não diligenciaram em saber da origem de tais documentos, acomodando-se com a vantagem auferida.***

***- Destarte, a prática comercial de exigir notas fiscais é a principal prova da propriedade do produto, ainda que o comerciante não pague os impostos, desconsiderando o aspecto fiscal.***

***- Entendo haver no fato dolo na conduta dos apelantes, e os fortes indícios cominados com os dados fáticos apontam que tinham consciência da falsidade ou imprestabilidade das notas fiscais que acompanhavam as mercadorias, que também sabiam serem ilegais.***

***- Considerando o quantum da pena de reclusão, o que torna possível a aplicação do art. 44, § 2º, do Código Penal, substituo a pena de reclusão por pena restritiva de direito, a ser designada pelo Juízo da Execução Criminal.***

***- O fato antijurídico imputado aos apelados na denúncia data de 21 de fevereiro de 2001 e, tendo sido esta recebida em 3 de julho de 2005 (fl. 321), segue que medeia, entre a data do fato e a da recepção referida, quatro anos e quatro meses, mais que o prazo necessário à prescrição, enquadrando-se na prescrição retroativa prevista nos parágrafos do art. 110 do Código Penal.***

## **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 Segunda 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, em dar provimento à

apelação e reconhecer a extinção da punibilidade pela ocorrência de prescrição retroativa, nos termos do voto do Relator.

Recife, 13 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO AZEVEDO -  
Relator Convocado

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

O Ministério Público Federal apela da sentença que, nos autos da Ação Criminal nº 2005.80.00.003725-7 (fls. 467/478), julgou improcedente a pretensão punitiva, absolvendo os réus Luciano de Carvalho Santos e Rodrigo Lins Costa Melo da prática dos crimes previstos no art. 334, § 1º, alínea *d*, em concurso material com o art. 304 c/c 298, do Código Penal Brasileiro.

Narram os autos (fl. 04) que diligências empreendidas pela Polícia Federal para apurar a origem de mercadorias apreendidas no Posto da Polícia Rodoviária Militar em Barra Nova culminaram com a descoberta e apreensão, em 21 de fevereiro de 2001, na loja Star Cell, de propriedade dos apelados, de mercadorias de procedência estrangeira consistentes em diversos telefones celulares e acessórios desacompanhados de notas fiscais, como também de notas fiscais em branco em nome da pessoa jurídica Maria do Anjos Barbosa (fls. 09/144).

A sentença absolveu os réus sob o argumento de que não ficou comprovada uma elementar do tipo penal do art. 334, § 1º, *b*, do CP sobre o conhecimento dos apelados sobre a falsidade das notas fiscais, não se desincumbindo o Ministério Público de trazer prova, extreme de dúvida, que indicasse o dolo, aplicando-se o princípio do *in dubio pro reo*.

O recorrente alega, em síntese, que os réus adquiriram, em proveito próprio e no exercício de atividade comercial, mercadoria de procedência estrangeira juntamente com documentação falsa e que, por serem comerciantes, deveriam saber o procedimento fiscal a ser seguido na compra e venda de mercadorias, não po-



dendo alegar que não tinham consciência do delito. Requerendo, ao final, a reforma da sentença com a condenação dos apelados nos crimes previstos no art. 334, § 1º, d, c/c 304 e 298 do Código Penal (fls. 486/494).

Nas contra-razões apresentadas os réus afirmam que não há qualquer elemento capaz de provar que houve o dolo exigível à concretização do crime de descaminho, faltando-lhes o *animus* (fls. 496/506).

A Procuradora Regional da República em sua promoção opinou pela reforma da sentença e pela condenação dos apelados por estarem comprovadas a autoria e materialidade.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO AZEVEDO (Relator Convocado):

As provas materiais do ilícito criminal estão demonstradas nos autos, como se vê às fls. 03/138 do IPL anexo. Tais documentos revelam que os apelados adquiriram e vinham comercializando mercadorias, telefones celulares e acessórios de procedência estrangeira, como revela o laudo merceológico (fls. 135/138).

Juntamente com as mercadorias foram encontradas notas fiscais que no decorrer da instrução penal veio saber-se serem falsas (fls. 06/1237/129).

Está também bem delineada a autoria, como se verifica dos depoimentos a seguir transcritos:

Do apelado Luciano de Carvalho Santos na Polícia Federal (fls. 165/166 do IPL):

QUE o próprio interrogado apresentou as notas fiscais que se vêem nestes autos às fls. 06/133; QUE na seqüência os policiais arrecadaram os aparelhos celulares e acessórios, descritos no Auto de Apreensão de fls. 03/05 dos autos; QUE inicialmente o interrogado vendia aparelhos celulares de origem nacional, esclarecendo que está nesse ramo há dois anos, mas, no final do ano passado/começo deste ano, começaram a surgir propagandas no rá-

dio e televisão, principalmente da loja PLANET CELL, oferecendo aparelhos celulares e acessórios a preços abaixo do mercado; QUE o interrogado começou a se inteirar no meio comercial as razões pelas quais estavam vendendo celulares por preços abaixo do mercado, chegando até a pessoa de CLÁUDIO (fone: 9309-4052), que possui as seguintes características: moreno claro, estatura mediana, cabelo castanho-escuro baixo, compleição média, aparentando uns 25 anos, possuidor de um FIAT ELBA preto, residente na Av. Rotary, três ruas antes da Panificação Nossa Senhora Aparecida, sentido Av. Fernandes Lima/Barro Duro, pessoa esta ligada a um comerciante de Recife no ramo de telefonia celular, conhecido por “MANOELITO”, que tem um sócio de nome ROBERTO, e ambos possuem loja no mesmo ramo; QUE CLÁUDIO também forneceu ao interrogado as notas fiscais em nome da pessoa jurídica MARIA DOS ANJOS BARBOSA, fornecendo inclusive um talão dessa firma com algumas notas contendo selos fiscais da Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco, com a finalidade de que quando o interrogado adquirisse equipamentos, já fosse preenchida a nota fiscal; QUE as demais notas que aparecem nessa apreensão referem-se a distribuidores nacionais que comercializam seus produtos para a Empresa STARCELL; (...) QUE o interrogado não sabe dizer a origem desses equipamentos; (...). (Sem os grifos no original)

Posteriormente em juízo (fl. 344):

Às perguntas do Juiz, respondeu: que está ciente dos termos da acusação; que, tendo-lhe sido lido o conteúdo das declarações prestadas à autoridade policial, às fls. 171/172 dos autos, confirmou o seu inteiro teor; que confirma que os aparelhos apreendidos eram de procedência estrangeira; que estes aparelhos eram fornecidos por Cláudio; que Cláudio deixou o talão de notas fiscais com o acusado, porém eram preenchidas por Cláudio; que também comprava celulares a Miranda em uma loja de Recife; que Cláudio vendia os celulares ao acusado, servindo de intermediário da empresa de Recife, de propriedade de Manuelito; que Cláudio nunca apresentou documentação de importação; que conhecia apenas de nome os patrões de Cláudio, sendo um deles de nome Manoelito, e um ou-

tro, de cujo nome não se recorda; que não tinha conhecimento de que os aparelhos entravam no país irregularmente; que gostaria de salientar que a empresa não mais pertence ao acusado, tendo sido vendida em 2001; que os novos proprietários são pessoas idôneas, sendo inclusive os irmãos do interrogado. Às perguntas do Procurador da República, respondeu: que não conhece Maria dos Anjos; que não tem conhecimento de nenhuma relação entre Cláudio e Maria dos Anjos; que sabia que Cláudio era representante da firma de Manuelito; que não tem nenhuma idéia de quem seja a Sra. Maria dos Anjos. Oportunizada à defesa a solicitação de perguntas ao acusado, houve expressa declinação (...). (Sem os grifos no original)

Do apelado Rodrigo Lins Costa Melo à Polícia Federal (fls. 171/172 do IPL):

QUE os aparelhos foram trazidos até esta Superintendência com a finalidade de que fossem periciados e confirmada ou não a procedência estrangeira; QUE, no começo deste ano, o interrogado percebeu que os meios de comunicação de Maceió estavam anunciando algumas lojas vendendo aparelhos celulares da marca NOKIA nos modelos apreendidos nos autos, a preços abaixo do mercado, o que inviabilizava o comércio do interrogado; QUE, em contatos com outros lojistas, seu sócio LUCIANO chegou até a pessoa de CLÁUDIO, cujo telefone não se lembra, residente na Av. Rotary, nesta capital, apresentando as seguintes características: moreno claro, estatura mediana, cabelos castanho-escuro curto, compleição média, aparentando uns 25 anos, possuidor de um FIAT Elba preto; QUE, segundo consta, CLÁUDIO trabalha para um lojista de Recife, no mercado de celulares, conhecido por MANOELITO; QUE CLÁUDIO também forneceu ao sócio do interrogado, LUCIANO, as notas fiscais em nome da empresa MARIA DOS ANJOS BARBOSA, com a finalidade de que, à medida em que as mercadorias fossem vendidas para a STAR CELL, imediatamente seria extraída uma nota fiscal; QUE, anteriormente, a START CELL comercializava com produtos totalmente nacionais, conforme se vê em algumas notas fiscais apreendidas nos autos, só passando a vender esses produtos de origem estrangeira após conhecerem o CLÁUDIO; (...). (Sem os grifos no original)

E depois na Justiça Federal (fl. 346):

Às perguntas do Juiz, respondeu: que está ciente dos termos da acusação; que, tendo-lhe sido lido o conteúdo das declarações prestadas à autoridade policial, às fls. 177/178 dos autos, confirmou o seu inteiro teor; que não saberia identificar se os bens em questão teriam ingressado regularmente no território nacional; que comprou os celulares no mercado interno; que Cláudio deixou as notas fiscais em branco junto com os acusados por uma questão de conveniência, para não ter de trazê-las sempre junto com os aparelhos, mas que emitia as notas fiscais à medida que entregava os aparelhos; que não estranhou os preços a que lhe eram vendidos os celulares por Cláudio, uma vez que os preços dos aparelhos em Recife eram praticados bem abaixo dos de Maceió. Às perguntas do Procurador da República, respondeu: que não conheceu Maria dos Anjos Barbosa; que não sabe informar de nenhuma relação entre Maria dos Anjos Barbosa e Cláudio; que, inclusive, Cláudio dizia que trabalhava para uma empresa cujo proprietário era outra pessoa que não Maria dos Anjos Barbosa; que as notas fornecidas por Cláudio eram sempre da empresa Maria dos Anjos Barbosa. Às perguntas da defesa, respondeu: que o nome de fantasia de empresa era outro e não Maria dos Anjos Barbosa, mas não se recorda do nome; que Cláudio trabalhava para a empresa Maria dos Anjos Barbosa; que essa empresa da qual eram adquiridos os celulares era de Recife. (Sem os grifos no original)

Ocorre que o MM. Juiz entendeu não existir dolo direto, por haver dúvida quanto ao conhecimento dos apelados sobre a idoneidade das notas fiscais, como assim revela o seguinte excerto (fl. 476):

Não se pode afirmar com segurança que os acusados tenham sido ingênuos e foram enganados pelo indivíduo conhecido como CLÁUDIO, fornecedor das mercadorias. Também não se pode dizer, com certeza, que os réus desconheciam a origem ilícita da mercadoria, mesmo porque havia motivos para desconfiar da ilicitude, nomeadamente quando os produtos estavam ofertados em valor inferior ao do mercado. Mas, por outro lado, não se pode afirmar com exatidão que os réus tinham plena consciência dessas

circunstâncias, ou ainda, que eles adquiriram as mercadorias convictos de que as notas fiscais apresentadas eram falsas. **Admite-se hipoteticamente a possibilidade de que os réus suspeitassem da origem da mercadoria, mas, ainda assim, não soubessem de fato que os documentos fiscais eram falsos.** Em boa verdade, aos olhos deste julgador, com base nos elementos constantes dos autos, não se pode chegar a nenhuma conclusão quanto a esses fatos que seja isenta de dúvidas ou incertezas, qualquer dedução possível será sempre uma conjectura baseada em indícios.

A respeitável argumentação contida no édito condenatório, não se convencendo de que os apelantes sabiam do vício que maculava as notas fiscais apreendidas, optou por entender haver dúvidas quanto ao dolo direto e assim os absolveu.

Entretanto, esta não é melhor solução. Primeiro porque em face do próprio conjunto de provas que apontam que os apelantes agiam regularmente de forma destoante dos usos e costumes do comércio, na grande vantagem auferida na aquisição das mercadorias, por preços muito baixos em relação ao mercado local, devendo existir o mínimo de suspeita sobre a lisura das transações.

Outra face a demonstrar o conhecimento da prática ilícita é quanto às notas fiscais em branco, prática sabidamente irregular, mercadorias adquiridas de firma desconhecida pelos apelantes, que depois da apreensão veio a se saber que era de comerciante de gêneros alimentícios (fls. 208/217).

Não diligenciaram em saber da origem de tais documentos, acomodando-se com a vantagem auferida.

Também não comporta razoabilidade a fundamentação da sentença de que, suspeitando da origem das mercadorias, não soubessem da falsidade dos documentos (fl. 475, 3º parágrafo): "(...) Se os réus sabiam que as notas fiscais eram falsas, porque iriam guardar consigo, em local exposto, um bloco inteiro de notas falsas em branco?". Aqui, ocorre exatamente o contrário, deixaram os documentos sabidamente ilegais junto com as mercadorias de procedência duvidosa, justamente para se alegar o desconhecimento da falsidade.

Demais disso, sabiam da irregularidade das notas e trabalhavam com estas, pois emitiam durante as transações. As transcrições dos depoimentos assim demonstram.

Arrematando o entendimento sobre o conhecimento da ilicitude, o que configura o dolo dos apelantes, às fls. 142/145 consta que os apelados são comerciantes, tendo devidamente registrados os seus assentos, entretanto, a realidade dos atos comerciais mostram um quadro completamente diferente do pintado na sentença.

Desnecessário dizer que não existe comerciante ingênuo, bobo, néscio, e os que não têm uma certa dose de sagacidade e malícia, configurada no denominado *dolus* bônus, não sobrevivem.

Destarte, a prática comercial de exigir notas fiscais é a principal prova da propriedade do produto, ainda que o comerciante não pague os impostos, desconsiderando o aspecto fiscal.

Neste caso, a despeito das negativas dos apelantes, são fortes os indícios que militam contra eles.

É assente que a prova indiciária somente é bastante para a condenação quando formadora de uma cadeia concordante de indícios sérios e graves, unidos por um nexo de causa e efeito, afastadas as hipóteses favoráveis ao acusado.

O manejo dos indícios é previsto no Código de Processo Penal, art. 239: “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

Sabendo-se que no processo penal todas as provas são relativas, não havendo prova de valor absoluto, nem mesmo a antes considerada a “rainha das provas”, a confissão, o que vai nortear a decisão não é a quantidade de provas, mas a qualidade e a harmonia entre elas. Destarte, nada obsta que havendo apenas prova indiciária a amparar a denúncia seja prolatada sentença condenatória, a característica de ser prova chamada indireta não lhe retira o vigor e a credibilidade compartilhada pelas denominadas provas diretas.

Portanto, entendo haver de fato dolo na conduta dos apelan-

tes, e os fortes indícios cominados com os dados fáticos apontam que tinham consciência da falsidade ou imprestabilidade das notas fiscais que acompanhavam as mercadorias, que também sabiam ser ilegais.

No concernente à possibilidade do concurso material do crime de descaminho do art. 334, § 1º, *d*, do CP com as falsidades documentais previstas nos arts. 298 e 304 do mesmo diploma, como pretende o Ministério Público Federal, entendo não ser possível.

Em relação ao concurso com o crime do art. 298, falsificação de documento particular, não há provas nos autos para a condenação, pelo que deve ser rejeitado este tópico do recurso.

Quanto ao concurso do crime de descaminho, art. 334, 1º, com o do art. 304, uso de documento falso, do mesmo diploma, tenho que a conduta deste é absorvida por aquele, segundo a aplicação do princípio da consunção.

Nesse diapasão, de acordo com a doutrina:

Ocorre relação consuntiva, ou absorção, quando um fato definido por uma norma incriminadora é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, como quando constitui conduta anterior ou posterior do agente, cometida com a mesma finalidade prática atinente àquele crime. Nesses casos, a norma incriminadora que descreve o meio necessário, a normal fase de preparação ou execução de outro crime, ou a conduta anterior ou posterior, é excluída pela norma a este relativa (...).<sup>1</sup>

Se o agente se utiliza de documentos falsos para a prática do delito definido no art. 334, parágrafo 1º, alínea *d*, a falsidade documental ou ideológica somente será imputada, no caso, ao terceiro que lhe entregou tais documentos.<sup>2</sup>

Definida a responsabilidade penal dos apelados pela conduta inserta no art.334, § 1º, *d*, passo à fixação da pena.

---

<sup>1</sup> Damásio Evangelista de Jesus, *in* Direito Penal, Parte Geral, 1º volume, São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, 2ª ed., p. 114.

<sup>2</sup> Luiz Regis Prado, *in* Curso de Direito Penal Brasileiro - Parte Especial, volume 4, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª ed. rev. e ampl., p. 772.

A pena prevista no referido artigo é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. Considerando, à vista das certidões (fls. 322/323 e 337/338), que os apelados são primários, de bons antecedentes, fixo a pena-base no mínimo legal, em 1 (um) ano, que se mantém em face da ausência de circunstâncias agravantes e atenuantes.

Não se verificando, também, a presença de causas de aumento ou de diminuição, mantenho a pena em 1 (um) ano de reclusão, tornando-a definitiva.

Considerando o *quantum* da pena de reclusão, o que torna possível a aplicação do art. 44, § 2º, do Código Penal, substituo a pena de reclusão por pena restritiva de direito, a ser designada pelo Juízo da Execução Criminal.

No caso, o fato antijurídico imputado aos apelados na denúncia data de 21 de fevereiro de 2001 e, tendo sido esta recebida em 3 de julho de 2005 (fl. 321), segue que medeia, entre a data do fato e a da recepção referida, quatro anos e quatro meses, mais que o prazo necessário à prescrição, enquadrando-se na prescrição retroativa prevista nos parágrafos do art. 110 do Código Penal.

Tecidas essas considerações, voto por reconhecer a ocorrência da prescrição retroativa.

É como voto.

## **APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 95.043-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA  
Apelante: FEDERAL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.  
Apelada: FAZENDA NACIONAL  
Advs./Procs.: DRS. PATRÍCIA FREIRE CALDAS HERÁCLIO DO REGO E OUTROS (APTE.)

**EMENTA: TRIBUTÁRIO. PARCELA DE PREÇO  
ESPECÍFICA - PPE. ART. 4º DA PORTARIA  
INTERMINISTERIAL Nº 149/99 DO MINISTÉRIO DA  
FAZENDA E DO MINISTÉRIO DAS MINAS E**



**ENERGIA. TRIBUTO DISFARÇADO. PRECEDENTES. AC 331.757/PE. APROVEITAMENTO DOS CRÉDITOS DECORRENTES DO RECOLHIMENTO A MAIOR DE PIS E DE COFINS EM FACE DA INCLUSÃO INDEVIDA DA PPE NAS BASES DE CÁLCULO DESSAS CONTRIBUIÇÕES. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO.**

**- O mandado de segurança é uma das vias processuais adequadas para se obter o direito pleiteado, na forma da Súmula 213 do Superior Tribunal de Justiça.**

**- A PPE - Parcela de Preço Específica é um tributo disfarçado e foi instituído e aumentado através de Portarias, violando, portanto, os princípios da reserva legal e da tipicidade cerrada, insculpidos no art. 150, I, da CF/88.**

**- Possibilidade do aproveitamento dos créditos decorrentes do recolhimento a maior de PIS e de COFINS em face da inclusão indevida da PPE - PARCELA DE PREÇO ESPECÍFICA nas bases de cálculo dessas contribuições.**

**- As distribuidoras de gasolina (salvo gasolina de aviação), contribuía diretamente o PIS/COFINS antes da Lei nº 9.718/98; após o advento dessa lei, as refinarias passaram a ser contribuintes substitutas das distribuidoras. O regime de substituição tributária não foi abolido pela MP nº 1.991-18 e/ou pela Lei nº 9.990/2000, tendo em vista o que dispõe a MP nº 2.158-35/2001, em seus arts. 4º e 92, I.**

**- O PIS e a COFINS são tributos diretos, ou seja, são suportados pelo contribuinte, não importando se o recolhimento será feito por ele próprio (antes do advento da Lei 9.718/98) ou pelo regime de substituição tributária (após a Lei 9.718/98).**

**- O entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça é o de que, na repetição de**

***indébito ou na compensação, com o advento da Lei 9.250/95, a partir de 1º de janeiro de 1996, os juros de mora passaram a ser devidos pela taxa SELIC, a contar do recolhimento indevido, não mais tendo aplicação o art. 161 c/c o art. 167, parágrafo único, do CTN.***

***- Quanto à possibilidade de serem compensados os créditos postulados neste mandamus a título de recolhimento a maior de PIS e de COFINS com débitos da própria apelante, penso que não existe razão para que se obstaculize ou indefira pedido de compensação. Tal compensação pode ser feita, após o trânsito em julgado do presente mandamus, com débitos do próprio PIS e da COFINS, bem como com outros tributos arrecadados e/ou administrados pela Secretaria da Receita Federal.***

***- Apelação parcialmente provida.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Terceira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, dar parcial provimento à apelação, vencido o Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, e, em parte, o Desembargador Federal Geraldo Apoliano, nos termos dos votos e notas taquigráficas constantes dos autos que integram o presente julgado.

Recife, 11 de janeiro de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato a ser praticado pelo Ilmo. Sr. Delegado da Receita Federal no Cabo de Santo Agostinho/PE, cujo objetivo é assegurar “à impetrante o direito líquido e certo ao aproveitamento dos créditos de PIS e

*COFINS, no período de agosto de 1998 a dezembro de 2001, relativos aos recolhimentos indevidos em virtude da inserção, na base de cálculo daquelas contribuições, da PPE inconstitucional; garantindo a utilização desses créditos a que faz jus, na forma do que dita o art. 66 da Lei nº 8.383/91 e 74, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.430/96, ou seja: imediatamente com débitos relativos a quaisquer tributos arrecadados e/ou administrados pela Secretaria da Receita Federal de sua responsabilidade, isto é, débitos de sua matriz, filiais e/ou ligadas (coligadas, controladora e/ou controladas); observando-se a devida correção monetária integral (UFIR e expurgos, até dez/1995; e SELIC, a partir de jan/1996), afastando-se as inconstitucionais vedações veiculadas nos artigos 170-A do CTN e 4º da Lei nº 11.051/04, sem prejuízo do poder/dever de fiscalização do Fisco quanto aos valores envolvidos”.*

O MM. Juiz *a quo* indeferiu o pedido de liminar.

A apontada autoridade coatora prestou informações alegando, em suma: a) sua ilegitimidade passiva; b) ausência de direito líquido e certo ante a falta de critérios definidores da extensão do direito invocado; c) decadência em relação aos recolhimentos efetuados há mais de 5 anos da propositura da ação; d) a proibição de compensação antes do trânsito em julgado, bem como com débitos de terceiros; e) que a PPE tinha natureza de preço; e, f) que, a partir da MP nº 1.991-18 e da Lei nº 9.990/2000, as contribuições para o PIS/COFINS passaram a ser devidas pela refinaria, tendo sido extinto o regime de substituição tributária.

O MM. Juiz singular reconheceu a ilegitimidade *ad causam* da apelante e extinguiu o processo sem exame do mérito.

A Federal Distribuidora de Petróleo Ltda. apela da sentença, requerendo a sua reforma e aduzindo ser parte legítima para figurar no pólo ativo da lide, bem como renovando os argumentos suscitados na peça de ingresso.

A Fazenda Nacional, regularmente intimada, não apresentou contra-razões ao recurso interposto.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

**Primeira preliminar** - Da ilegitimidade passiva *ad causam* da apelante.

A sentença recorrida extinguiu o processo sem julgamento do mérito, ante a falta de legitimidade ativa *ad causam* da empresa apelante.

A questão de mérito da presente ação mandamental baseia-se, fundamentalmente, no reconhecimento de crédito relativo à indevida inclusão da Parcela de Preço Específica - PPE na base de cálculo das contribuições para o PIS e a COFINS.

De ressaltar que a PPE possui incontestável natureza tributária, vez que é compulsória; não podendo ser confundida com preço público, que é sempre decorrente de contrato firmado voluntariamente pelas partes. Neste particular, outro não foi o entendimento do douto Juiz sentenciante, ao reconhecer a natureza de tributo da PPE enquadrando-a no espectro normativo do art. 3º do CTN.

Contudo, o MM. Juiz monocrático entendeu que “*o contribuinte da PPE é somente a refinaria de petróleo vendedora de combustível*”, sendo esta a contribuinte de direito do tributo. Por isso, faleceria, no seu entender, legitimidade ativa *ad causam* à apelante para pleitear o creditamento dos valores recolhidos indevidamente.

Não comungo deste entendimento, razão pela qual desacolho a preliminar de extinção do processo sem resolução do mérito, conforme demonstrarei adiante.

Com efeito, a argumentação trazida à baila na r. sentença farpeada aponta para o fato da refinaria ser o contribuinte de direito da própria PPE. Todavia, no presente *writ of mandamus* não se busca créditos de PPE, mas sim de PIS e de COFINS que foram recolhidos a maior por força da inclusão indevida da PPE nas respectivas bases de cálculo.

Ademais, é cediço que o PIS e a COFINS constituem-se tributos diretos, cujo ônus é suportado inclusive pelo contribuinte substituído, caso da apelante. Neste sentido, anatem-se os seguintes

arestos do colendo Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOBRE COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. COMERCIANTES VAREJISTAS. LEGITIMIDADE *AD CAUSAM*.

A contribuição social instituída pela Lei Complementar nº 70/91 é devida pelos distribuidores de derivados de petróleo e álcool etílico hidratado para fins carburantes, a título de substituição dos comerciantes varejistas.

**O substituto tributário vem sofrendo o ônus da imposição fiscal, tem interesse de agir e legitimidade *ad causam* para discutir judicialmente a exigência tributária que sobre ele recai.** (STJ, REsp nº 140.204-PR, 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, decisão unânime, DJ 14/12/98, sem grifos)

TRIBUTÁRIO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMERCIANTES VAREJISTAS DE COMBUSTÍVEIS. LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. VALORES RECOLHIDOS A TÍTULO DE PIS, FINSOCIAL E COFINS.

1. É firme a jurisprudência do STJ de que, no regime de substituição tributária, os comerciantes varejistas de combustíveis são legitimados para discutir em juízo valores recolhidos a título de PIS, FINSOCIAL e COFINS, pois, na condição de substituídos, são eles que suportam o ônus econômico da tributação. (STJ, Resp nº 252667-PR, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 16/08/2004)

Entendo, portanto, que a apelante é parte legítima para figurar no pólo ativo deste mandado de segurança.

Preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* da apelante rejeitada.

Registre-se, por oportuno, que, em prestígio ao Princípio da Maturação, estampado no art. 515, § 3º, do CPC, o presente recurso pode, desde logo, ter o seu mérito apreciado, eis que a matéria agitada nos autos revela-se eminentemente de direito, encontrando-se o feito devidamente instruído para tanto.

Passo, então, a analisar as demais questões que permeiam esta demanda.

**Segunda preliminar** - Da ilegitimidade passiva *ad causam* da autoridade coatora

A indigitada autoridade coatora sustenta que seria parte ilegítima para figurar no pólo passivo do presente *mandamus*, porquanto jamais administrou os valores relativos à PPE, tarefa que, segundo entende, era da Agência Nacional do Petróleo - ANP. Sendo assim, a SRF não teria condições de conferir a exatidão dos valores a título de PPE que indevidamente foram inseridos na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Tal argumento não prospera. Já se viu que o objeto do presente *mandamus* é o creditamento de valores recolhidos à guisa de PIS e de COFINS, contribuições que, sem sombra de dúvidas, são administradas pela Receita Federal do Brasil. Ou seja, ainda que a PPE não fosse arrecadada/administrada pela SRF, mas as contribuições para o PIS e COFINS o são.

Logo, resta patente a legitimidade passiva *ad causam* do Ilmo. Sr. Delegado da Receita Federal no Cabo de Santo Agostinho.

Preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* levantada pela nomeada autoridade coatora rejeitada.

**Terceira preliminar** - Da ausência de direito líquido e certo por falta de critérios definidores da extensão do direito invocado.

O direito líquido e certo é aquele que se evidencia, desde o início, por intermédio de prova pré-constituída, dispensando a realização de outras provas. Este, por certo, é o caso dos autos, cujas questões trazidas a lume são meramente de direito.

De ressaltar que a apelante necessitaria demonstrar de plano a sua qualidade de contribuinte do PIS e da COFINS, bem como a inclusão da PPE nas correspondentes bases de cálculo, fatos esses devidamente comprovados pelos documentos acostados aos autos.

Ademais, o exame desta preliminar se confunde com o próprio mérito do mandado de segurança. Rejeito-a, pois.

**Questão prejudicial de mérito. Decadência.**

A apelada aduz que haveria de se reconhecer a decadência dos créditos anteriores a cinco anos da impetração.

Também não prospera tal argumento.

Em primeiro lugar, é preciso dizer que não se trata de decadência, mas de prescrição dos créditos postulados pela apelante. Isso porque as contribuições em tela sujeitam-se ao lançamento por homologação, não havendo que se falar em extinção do crédito tributário acaso não ocorra a autuação administrativa.

Tratando-se de lançamento por homologação, o pagamento antecipado pelo contribuinte extingue o crédito tributário sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento (§1º do art. 150 do CTN). Portanto, inexistente crédito tributário antes da homologação do lançamento pela autoridade fiscal. Desta forma, não havendo homologação expressa, a prescrição somente ocorrerá após o decurso do prazo de cinco anos, a partir do pagamento antecipado (homologação tácita), acrescido de mais cinco anos, a contar da homologação do lançamento.

Precedentes deste Órgão Fracionário (AC 215.998-PB, Rel. Des. Federal Ridalvo Costa; AC 375.356-SE, Rel. Des. Federal Paulo Gadelha). Vejamos:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. VEÍCULO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PROVA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INOCORRÊNCIA.

- Em ação de repetição de indébito tributário é imprescindível a prova do efetivo recolhimento do tributo, a qual, no entanto, pode ser obtida por qualquer meio previsto em lei, inclusive por presunção.

**- Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional da ação de repetição ou compensação do indébito começa a fluir da data da homologação expressa do pagamento realizado pelo contribuinte ou, na ausência desta, da homologação tácita decadencial de cinco anos outorgada à Fazenda Pública para a constituição de seu crédito (art. 150, § 4º, do CTN), ultimando-se, assim, na última hipótese, 10 (anos) após a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.**

- É inconstitucional o empréstimo compulsório instituído pelo Decreto-Lei nº 2.288/86. Legitimidade passiva da União para a causa. (Súmula nº 12 - TRF-5ª. Região). (AC nº 215.998-PB, Rel. des. Ridalvo Costa, destaquei).

Para colmatar, consigne-se que a alteração imposta pela Lei Complementar nº 118/2005 não tem o condão de retroagir para atingir créditos anteriores à sua vigência. Este foi o entendimento sufragado pela 1ª Seção do colendo Superior Tribunal de Justiça, ao referendar a tese dos 5 mais 5, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. TESE DOS CINCO MAIS CINCO. LEI COMPLEMENTAR Nº 118, DE 9 DE FEVEREIRO DE 2005. JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DISSENSO JURISPRUDENCIAL SUPERADO. SÚMULA 168/STJ. INCIDÊNCIA.

1. É cediço na Corte que: “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado” (Súmula 168/STJ).

**2. A Primeira Seção reconsolidou a jurisprudência desta Corte acerca da cognominada tese dos cinco mais cinco para a definição do termo a quo do prazo prescricional das ações de repetição/compensação de valores recolhidos indevidamente a título de tributo sujeito a lançamento por homologação, desde que ajuizadas até 9 de junho de 2005 (EResp 327.043/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 27.04.2005).**

**3. Deveras, naquela ocasião restou assente que: “[...] a Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, aplica-se, tão-somente, aos fatos geradores pretéritos ainda não submetidos ao crivo judicial, pelo que o novo regramento não é retroativo, mercê de interpretativo. É que toda lei interpretativa, como toda lei, não pode retroagir. Outrossim, as lições de outrora coadunam-se com as novas conquistas constitucionais, notadamente a segurança jurídica da qual é corolário a vedação à denominada “surpresa fiscal”. Na lúcida percepção dos doutrinadores, “em todas essas normas, a Constituição Federal dá uma nota de previsibilidade e de proteção de expectativas legitimamente constituídas e que, por isso mesmo, não podem ser frustradas pelo exercício da atividade estatal” (ÁVILA, Humberto. “Sistema Constitucional Tributário”. 2004, p. 295 a 300) (voto-vista proferido por este Relator nos autos do EResp 327.043/DF).**



4. Conseqüentemente, o prazo prescricional para a repetição ou compensação dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, nas demandas ajuizadas até 9 de junho de 2005, começa a fluir decorridos 5 (cinco) anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio computado desde o termo final do prazo atribuído ao Fisco para verificar o *quantum* devido a título de tributo.

5. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg-ED-REsp 640.785/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 14/08/2006)

*In casu*, a regra dos 5 anos mais 5 tem plena aplicabilidade uma vez que a demanda foi ajuizada em 7 de junho de 2005, ou seja, dois dias antes da entrada em vigor da LC 118/2005.

Considerando que os créditos vindicados neste *writ* dizem respeito ao período de agosto/98 a dezembro/2001, inexistente prescrição a ser declarada, porquanto o pedido encontra-se adstrito ao lapso decenal anterior à propositura da ação.

Assim, rejeito a prejudicial de mérito em destaque.

#### **Do mérito propriamente dito do presente *mandamus*.**

A questão meritória que envolve esta impetração é de fácil deslinde e a pretensão recursal merece acolhida.

Como assinalado, a apelante busca a chancela judicial para aproveitamento dos créditos decorrentes do recolhimento a maior de PIS e de COFINS em face da inclusão indevida da PPE nas bases de cálculo dessas contribuições. De logo, cumpre dizer que o mandado de segurança é uma das vias processuais adequadas para se obter o direito pleiteado, na forma da Súmula 213 do Superior Tribunal de Justiça.

É imperioso esclarecer que a ora apelante já obteve o reconhecimento judicial da ilegalidade da PPE por ela suportada, em julgado proferido por esta egrégia Terceira Turma na **AC 331.757-PE**.

Entendeu essa egrégia Turma ser a PPE um tributo disfarçado e que foi instituído e aumentado através de Portarias, violando, portanto, os princípios da reserva legal e da tipicidade cerrada, insculpidos no art. 150, I, da CF/88.

Pois bem. Assentada a ilegalidade da PPE, não sobejam dúvidas de que sua inclusão nas bases de cálculo do PIS e da COFINS ocasionaram recolhimento a maior por parte dos contribuintes, aí inserida a apelante.

Antes da Lei nº 9.718/98, as distribuidoras de combustíveis e derivados de petróleo – caso da apelante – recolhiam diretamente as contribuições para o PIS e COFINS. Após o advento da referida Lei, as refinarias passaram a recolher ditas contribuições em substituição às distribuidoras, a teor da norma hospedada em seu art. 4º. Tal procedimento foi robustecido pelo art. 2º da IN SRF 06/99.

Para se analisar com mais vagar o regime de substituição tributária é preciso verificar a redação originária do art. 4º da Lei nº 9.718/98, *verbis*:

Art. 4º. As refinarias de petróleo, relativamente às vendas que fizerem, ficam obrigadas a recolher, na condição de contribuintes substitutos, as contribuições a que se refere o art. 2º, devidas pelos distribuidores e comerciantes varejistas de combustíveis e derivados de petróleo, inclusive gás.

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo a contribuição será calculada sobre o preço da venda da refinaria, multiplicando por quatro.

Posteriormente, com o advento da Medida Provisória nº 1.991-18/2000 e da Lei nº 9.900/2000, modificou-se o citado art. 4º da Lei nº 9.718/98, que passou a ostentar a seguinte redação:

Art. 4º. As contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS devidas pelas refinarias de petróleo serão calculadas, respectivamente, com base nas seguintes alíquotas: (...).

Por meio dessa alteração legislativa, aparentemente, os contribuintes do PIS/COFINS deixariam de ser os distribuidores e os comerciantes varejistas e passariam a ser as refinarias. Diz-se “aparentemente” porque foi editada a Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, que devolveu aos distribuidores e comerciantes varejistas de gasolina (exceto de gasolina de aviação).

ção) a condição de contribuintes do PIS/COFINS, restabelecendo-se o regime de substituição tributária imposto pela redação original do art. 4º da Lei nº 9.718/98.

E a própria MP nº 2.158/2001 estabeleceu em seu art. 92 que os seus efeitos retroagiriam aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de julho de 2000, ou seja, retirou do mundo jurídico qualquer eficácia porventura produzida pelas alterações impostas pela Lei nº 9.900/2000 ao art. 4º da Lei nº 9.718/98, que pretendia acabar com o regime da substituição tributária. A propósito, confira-se a dicção dos arts. 4º e 92 da MP nº 2.158/2001:

Art. 4º. O disposto no art. 4º da Lei nº 9.718, de 1998, em sua versão original, aplica-se, exclusivamente, em relação às vendas de gasolina, exceto gasolina de aviação, óleo diesel e gás liquefeito de petróleo - GLP.

Parágrafo único. Nas vendas de óleo diesel ocorridas a partir de 1º de fevereiro de 1999, o fator de multiplicação previsto no parágrafo único do art. 4º da lei nº 9.178, de 1998, em sua versão original, fica reduzido de quatro para três inteiros e trinta e três centésimos.

Art. 92. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos:

(...)

II - no que se refere à nova redação dos arts. 4º a 6º da Lei nº 9.718, de 1998, e ao art. 42 desta Medida Provisória, em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de julho de 2000, data em que cessam os efeitos das normas constantes dos arts. 4º a 6º da Lei nº 9.718, de 1998, em sua redação original, e dos arts. 4º e 5º desta Medida Provisória; (...).

Como se percebe, as distribuidoras de gasolina (salvo gasolina de aviação), contribuíam diretamente para o PIS/COFINS antes da Lei nº 9.718/98; após o advento dessa lei, as refinarias passaram a ser contribuintes substitutas das distribuidoras. O regime de substituição tributária não foi abolido pela MP nº 1.991-18 e/ou pela Lei nº 9.990/2000, tendo em vista o que dispõe a MP nº 2.158-35/2001, em seus arts. 4º e 92, I, acima transcritos.

E, tal como explicitado anteriormente, o PIS e a COFINS são tributos diretos, ou seja, são suportados pelo contribuinte, não importando se o recolhimento será feito por ele próprio (antes do

advento da Lei 9.718/98) ou pelo regime de substituição tributária (após a Lei 9.718/98). Tanto é assim que as distribuidoras têm legitimidade ativa *ad causam* para pleitear a compensação dos valores que recolheram indevidamente.

No que toca ao argumento de que o parágrafo único do art. 4º da Lei nº 9.718/98 – versão original – indicaria iliquidez da impetração, também não merece acolhida. Ora, é certo que tal dispositivo determina que o valor a ser recolhido a título de PIS/COFINS deve ser multiplicado por quatro, não sendo este fator de multiplicação fixado de modo aleatório. E, ademais, neste *mandamus* não se discute valores exatos, de modo que a quantificação dos créditos vindicados será feita na seara própria, ou seja, na esfera administrativa.

Relativamente à correção monetária do indébito tributário, transcrevo a Súmula nº 46 do extinto TFR, cuja dicção é a seguinte:

**Nos casos de devolução do depósito efetuado em garantia de instância e de repetição do indébito tributário, a correção monetária é calculada desde a data do depósito ou do pagamento indevido e incide até o efetivo recebimento da importância reclamada.**

Se a atualização monetária não for feita, a Administração Pública estaria, em função disso, a se locupletar, o que, seja sob angulação estritamente jurídica, seja sob os influxos da lógica (formal e deôntica), não se pode admitir.

O entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça é o de que, na repetição de indébito ou na compensação, com o advento da Lei 9.250/95, a partir de 1º de janeiro de 1996, os juros de mora passaram a ser devidos pela taxa SELIC, a contar do recolhimento indevido, não mais tendo aplicação o art. 161 c/c o art. 167, parágrafo único, do CTN. A propósito, transcrevo recente decisão daquela Corte:

TRIBUTÁRIO. FINSOCIAL. COFINS E CSSL. PRECLUSÃO LÓGICA. PIS. COMPENSAÇÃO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a atualização monetária não se constitui em um *plus*, mas, tão-somente, a reposição do valor real

da moeda, sendo o IPC o índice que melhor reflete a realidade inflacionária.

2. Os índices a serem utilizados para correção monetária, em casos de compensação ou restituição, são o IPC, no período de março/90 a janeiro/91, o INPC, de fevereiro/91 a dezembro/91, a UFIR, de janeiro/92 a 31.12.95, e, a partir de 1º.01.96, a taxa SELIC.

**3. A partir de 1º de janeiro de 1996, os juros de mora são devidos pela taxa SELIC a partir do recolhimento indevido, não tendo aplicação o art. 167, parágrafo único, do CTN, a teor do disposto no art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95. Tese consagrada na Primeira Seção, com o julgamento dos EREsp's 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC em 14.05.2003. Precedentes.**

4. A taxa SELIC é composta de taxa de juros e taxa de correção monetária, não podendo ser cumulada com qualquer outro índice de correção.

5. Falta interesse de agir da recorrente no tocante ao pedido de compensação do FINSOCIAL com a COFINS e a CSSL, visto que o acórdão recorrido reconheceu o pleito nesse sentido, portanto, operada a preclusão lógica.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido. (STJ, REsp 659585, Rel. Min. Castro Meira, DJ04/04/2005)

No particular, os créditos objeto da impetração devem ser atualizados monetariamente pela taxa SELIC.

Quanto à possibilidade de serem compensados os créditos postulados neste *mandamus* a título de PIS e de COFINS com débitos da própria apelante, penso que não existe razão para que se obstaculize ou indefira pedido de compensação. Tal compensação pode ser feita com débitos do próprio PIS e da COFINS, bem como com outros tributos arrecadados e/ou administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Corroborando esse entendimento, transcrevo decisão do Superior Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. COMPENSAÇÃO. PIS X PIS, COFINS E CSL. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 66, de 29/08/2002 (ART.

## 21).POSSIBILIDADE. PRECEDENTE.

1 - Agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento ao Recurso Especial ofertado pela parte agravante, para fins de manter a compensação dos valores recolhidos indevidamente a título de PIS com valores do próprio PIS, da COFINS e da CSL.

**2 - Vinha entendendo, face à posição firmada pela egrégia 1ª Seção, que a compensação só poderia ser utilizada, nos termos da Lei nº 8.383/91, entre tributos da mesma espécie, isto é, entre os que tiverem a mesma natureza jurídica e uma só destinação orçamentária. No entanto, a legislação que rege o tema sofreu alterações ao longo dos anos, mais ainda por intermédio da recente Medida Provisória nº 66, de 29/08/2002, que, em seu art. 49, alterou o art. 74, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.430/96.**

**3 - O referido art. 74 passou a expor: “o sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão”.**

**4 - Disciplinando o citado dispositivo, a Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa nº 210, de 1º/10/2002, cujo art. 21 estatui: “o sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob administração da SRF”.**

**5 - *In casu*, apesar de o PIS envergar espécime diferente e natureza jurídica diversa da COFINS e da CSL, todos com destinações orçamentárias próprias, não há mais que se impor limites à compensação, em razão da nova legislação que rege a espécie, podendo, dessa forma, ser compensados entre si ou com quaisquer outros tributos que sejam administrados/arrecadados pela SRF.**

**6 - Precedente da 1ª Turma (AgREg no REsp nº 449978/SP, julgado em 12/11/2002).**

7 - Agravo regimental não provido. (STJ, AgREg no REsp

nº 463600, Rel. Min. José Delgado, *DJ* 10.03.2003). (Grifo nosso)

Por fim, no tocante à aplicabilidade do art. 170-A do CTN em casos como o ora posto em mesa, tenho uma posição divergente da maioria da Turma, máxima vênia *concessa*, conforme restou demonstrado no julgamento da AC 331.757-PE, o qual, ao reconhecer a ilegalidade da cobrança da PPE, condicionou a compensação das parcelas recolhidas indevidamente com a CIDE após o trânsito em julgado do *decisum*.

Mantenho, portanto, o entendimento da não aplicação, para o presente caso, do art. 170-A do CTN. Contudo, no tocante aos créditos constituídos após o advento da Lei Complementar 104/2001, a compensação somente poderá ser levada a efeito após o trânsito em julgado desta decisão.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação, para conceder a segurança, nos termos acima expostos.

## **APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 95.682-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES  
Apelante: BOM GOSTO REFEIÇÕES LTDA.  
Apelada: UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL  
Repte.: PROCURADORIA DA UFAL  
Lit. Passivo: PRUDENTE REFEIÇÕES LTDA.  
Advs./Procs: DRS. CHRISTIANO MACHADO DE CASTRO (LIT. PASS.) E LUCIANA MARIA MINERVINO LERNER (APTE.)

***EMENTA: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. NULIDADE DO PREGÃO ELETRÔNICO. APELAÇÃO PROVIDA.***

***- Possibilidade de o pregoeiro rejeitar o recurso, encaminhando-o, após a manutenção da decisão, à autoridade competente. Ausência de ferimento aos princípios do contraditório e da***

**ampla defesa.**

**- Recurso administrativo apreciado e devidamente fundamentado pelo Procurador Geral.**

**- Procedimento licitatório interrompido por falha na comunicação da Internet. Necessidade de retornar o pregão exatamente no ponto em que foi suspenso. Desatendimento ao art. 24 do Decreto nº 5.450/05, no que tange ao prazo aleatório.**

**- Desconsideração do erro de digitação informado oportunamente via comunicação eletrônica direta (chat). Violação aos princípios da razoabilidade e da isonomia, haja vista a oportunidade dada à outra parte para correção de erro de digitação.**

**- Impossibilidade de adjudicação, em face da existência de recurso.**

**- Alteração ilegal da Ata do Pregão Eletrônico.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação para conceder a segurança, acolhendo o pedido de anulação do pregão, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 7 de novembro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de apelação contra sentença que denegou a segurança, por não vislumbrar qualquer ilegalidade praticada pelo Sr. Presidente da Comissão Permanente de Licitação do Hospital Universitário da Universidade Federal de Alagoas - UFAL.



A recorrente sustenta que ocorreram diversas ilegalidades no procedimento licitatório, na modalidade Pregão Eletrônico, quais sejam:

1. Após a abertura do prazo aleatório, houve perda de acesso à *Internet* por parte do pregoeiro, fato que perdurou pelo restante do dia, e, no dia seguinte, este, ao invés de continuar o pregão do ponto em que parou (restabelecendo assim o prazo para oferecimento de lances), simplesmente encerrou a etapa competitiva do certame, impedindo que ambas as empresas abajassem ainda mais o valor de suas propostas.

2. Que, havendo digitado erroneamente o último lance (omitindo um zero), e retomado o certame, o pregoeiro questionou a confirmação da proposta de preços, no valor de R\$ 119.500,00, ocasião em que a apelante imediatamente respondeu que o valor da proposta era de R\$ 1.195.000,00. Todavia, apesar da comunicação, o pregoeiro declarou que a mesma havia informado, via *chat*, a supressão do número, cometendo equívoco que ocasionou a recusa da proposta. Não bastasse isto, o pregoeiro, informando que passaria à análise da proposta subsequente, que também era da apelante, deixou de considerá-la e passou a examinar a proposta da outra empresa, que estava em quatro posições atrás da proposta desclassificada. Argumenta que a seqüência continuada e decrescente de lances ofertados pela apelante não deixa margem de dúvidas quanto a sua real intenção de ofertar a proposta de R\$ 1.195.000,00, uma vez que seria, obviamente, o próximo valor a seguir o decréscimo de preços que vinha sendo oferecido pelo contrato. Não obstante o óbvio erro de digitação, foi inadmitida qualquer retificação, a fim de aproveitar melhor proposta para a Administração Pública, esta no valor de R\$ 1.195.000,00, inferior à proposta da outra empresa que foi de R\$ 1.199.999,00.

3. Argumenta que foi ferido o Princípio da Isonomia, no momento em que foi oportunizado à outra empresa a retificação de valores por seis vezes.

4. Que houve ilegalidade no indeferimento da intenção de recurso, haja vista que o requerimento estava suficientemente fundamentado, bem como pelo fato de o art. 26 do Decreto nº 5.450/05, como também o Item 10 do Edital, não preverem a possibilida-

de de rejeição sumária do recurso, inclusive com a concessão do prazo de 3 (três) dias para apresentar razões. Sustenta também que o Procurador Geral, na análise do recurso administrativo preferiu decisão sem fundamentação, referindo-se apenas ao acolhimento das contra-razões do recorrido.

5. Aduz que a adjudicação e a homologação do pregão eletrônico, no caso da existência de recurso administrativo, desta feita admitido pelo Procurador Geral da UFAL, deveria ser realizada pela Administração Superior da UFAL, conforme o item 11 do Edital, e não pelo pregoeiro, portanto, o ato está eivado de ilegalidade.

6. Que houve alteração ilegal da ata, visto que na primeira versão desta constava a adjudicação do serviço pelo pregoeiro, contudo a referida adjudicação foi excluída na segunda versão.

7. Afirma, ainda, que, como se pode verificar na documentação anexa, o Sr. Pregoeiro enviou ofício à Reitoria solicitando homologação do pregão, todavia foi publicado no *DOU* o Termo de Homologação, onde se constata que foi o mesmo quem homologou a adjudicação

Contra-razões apresentadas pela Prudente Refeições Ltda. e pela Universidade Federal de Alagoas.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

O Pregão Eletrônico nº 015/2005, promovido pela Universidade Federal de Alagoas - UFAL, foi realizado com o fito de contratar empresa especializada na prestação de serviços de preparo e distribuição diários de refeições, fórmulas lácteas, complementos e dietas enterais para a coletividade sadia e enferma do Hospital Prof. Alberto Antunes, daquela instituição de ensino.

A empresa Bom Gosto Refeições Ltda. impetrou o presente mandado de segurança contra o Presidente da Comissão Permanente de Licitação do Hospital Universitário e a Reitora da Universidade Federal da Alagoas, pretendendo obter prestação jurisdicional que decreta a nulidade do referido Pregão ou, alternativamente, a nulidade da fase de lances do certame ou, por fim, a

declaração de vencedora do certame, sendo-lhe reconhecido o direito líquido e certo à adjudicação do objeto da licitação.

Primeiramente, registro que não identifique irregularidade no que concerne à intenção de recurso proposta pela apelante. Muito embora reconheça que o requerimento estava devidamente fundamentado, é atribuição do pregoeiro rejeitá-lo, conquanto envie o recurso à autoridade competente quando mantiver a decisão, *in verbis*:

Art. 11. Caberá ao pregoeiro, em especial:

**VII - receber, examinar e decidir os recursos, encaminhando à autoridade competente quando mantiver sua decisão.**

O recurso foi apreciado pelo Procurador Geral, autoridade hierarquicamente superior ao pregoeiro, em 10/01/06, o qual lhe negou provimento por concordar, *in totum*, com as contra-razões apresentadas pela recorrida. Desta forma, o devido processo legal não foi vilipendiado, tendo sido resguardado, por seu turno, o princípio do contraditório e da ampla defesa.

De outra parte, o fato de o Procurador Geral haver se reportado às razões da parte adversa não invalida a sua decisão, sob o argumento de falta de fundamentação.

Já no que se refere às demais irresignações, faço as seguintes ponderações.

Conforme se verifica no teor da Ata de Realização do Pregão Eletrônico nº 15/2005 (fls. 55/61), os lances estavam sendo dados regularmente até às 10:55:08h do dia 28/11/05, ocasião em que a empresa apelante omitiu um zero e ficou constando como último lance o valor de R\$ 119.500,00, em vez de R\$ 1.195.000,00. Ocorre que às 10:53:35h houve a batida iminente, e às 11:18:58h o item foi encerrado. O pregoeiro, então, perdeu a conexão da internet, retomando o procedimento no dia seguinte. Logo de início, às 12:37:35h, o pregoeiro declarou a recusa da proposta da empresa Bom Gosto Refeições Ltda., porquanto esta informara, através de mensagens enviadas via *chat*, que cometeu um equívoco, deixando de acrescentar um zero no valor da proposta e passou a examinar a proposta subsequente. Transcrevo o teor da comunicação via *chat*.

Pregoeiro - 29/11/05 - 10:38:24h - Para Bom Gosto Refeições Ltda. - Prezado Licitante, solicitamos a Vossa Senhoria a confirmação de sua Proposta de Preços, no valor de R\$ 119.500,00, enviada no dia 28.11.2005, às 10:55:08 horas (horários de Brasília - DF), a fim de que possamos realizar a fase de Aceitação da Proposta.

Pregoeiro - 29/11/05 - 10:41:18 - Para Bom Gosto Refeições Ltda. - Prezado Licitante, ficamos no aguardo de vossa resposta até às 11:10 horas (horário de Brasília).

Licitante - 29/11/05 - 11:22:05h - não senhor pregoeiro, foi digitado faltando o nº zero.

Licitante - 29/11/05 - 11:23:23h - o valor da proposta seria R\$ 1.195.000,00

Licitante - 29/11/05 - 11:23:56h - e não da maneira como foi digitado.

Pregoeiro - 29/11/05 - 11:41:35h - Para BOM GOSTO LTDA. - Prezado Licitante, em face da não confirmação de sua Proposta de Preços, no valor de R\$ 119.500,00, informamos que outra decisão não poderíamos tomar a não ser a de recusar a sua proposta, de acordo com o Edital e a Legislação em vigor.

Destaco aqui duas irregularidades cometidas nesta parte do processo licitatório. A primeira diz respeito ao fato de o pregoeiro, no dia seguinte, não ter recommençado o procedimento de onde parou, ou seja, após informado o fechamento iminente dos lances, segundo determina o Decreto nº 5.450/05, haveria um período aleatório de cerca de 30 minutos até findar os lances, o que, na hipótese, seria plenamente recomendável, haja vista que houve a suspensão do procedimento em virtude da desconexão da internet. Senão vejamos:

Art. 24. Classificadas as propostas, o pregoeiro dará início à fase competitiva, quando então os licitantes poderão encaminhar lances exclusivamente por meio do sistema eletrônico.

§ 7º O sistema eletrônico encaminhará aviso de fechamento iminente dos lances, após o que transcorrerá período de tempo de até trinta minutos, aleatoriamente deter-

minado, findo o qual será automaticamente encerrada a recepção de lances.

A segunda irregularidade se perfez no momento em que o pregoeiro desconsiderou, por completo, a comunicação efetuada via *chat* com a empresa, onde esta esclareceu, oportunamente, o ocorrido. Aqui lhe faltou atender ao princípio da razoabilidade, conforme preceitua o citado diploma legal:

Art. 5º A licitação na modalidade de pregão é condicionada aos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como aos princípios correlatos da **razoabilidade**, competitividade e proporcionalidade.

Parágrafo único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da administração, **o princípio da isonomia**, a finalidade e a segurança da contratação.

Destaco, ainda, quanto a esta atitude do pregoeiro que, mais adiante, houve ferimento ao princípio da isonomia, no instante em que este permitiu por seis vezes que a outra empresa corrigisse valores. Tanscrevo a primeira tentativa de correção de valores:

30/11/05 - 15:49:05h - Recusa da proposta. Fornecedor: Prudente Refeições Ltda., CNPJ/CPF (...), Menor lance: 1199999,0000. Motivo: Estamos recusando a proposta da Prudente Refeições Ltda., para aceitá-la posteriormente, **em razão de termos cometido um equívoco na digitação do valor** negociado, apesar de termos colocado o valor correto na justificativa da Aceitação da Proposta. O valor corrtio é R\$ 1.191.998,79.

30/11/05 - 15:56:15h - Aceita individual da proposta. Fornecedor: Prudente Refeições Ltda., CNPJ/CPF (...), Menor lance: 1199999,0000, Valor Neg: 1.191.998,79. Motivo: Estamos aceitando a Proposta de Preços da Empresa Prudente Refeições Ltda., **após a devida correção do Valor Negociado**, onde o valor correto é R\$ 1.191.998,79 (hum milhão, cento e noventa e um mil, novecentos e noventa e oito reais e setenta e nove centavos).

No Termo de Homologação do Pregão Eletrônico nº 15/2005, acostado à fl. 75, está assim declarado:

Adjudicado para: Prudente Refeições Ltda., pelo menor lance de R\$ 1.199.999,0000, com valor negociado a R\$ 1.191.998,7900.

Homologado em 01/12/05, 12:39:41h.

Neste ato, constata-se que o pregoeiro não poderia homologar a adjudicação, na pendência de recurso, a teor do art. 11, IX, do mencionado Decreto:

Art. 11. Caberá ao pregoeiro, em especial:

**IX - adjudicar o objeto, quando não houver recurso.**

A alteração da Ata restou demonstrada, haja vista que na primeira consta “Situação: Adjudicado” e na segunda “consta “Aceito para: Prudente Refeições Ltda., pelo menor lance de R\$ 1.199.999,0000 com valor negociado a R\$ 1.191.998,7900. Não fosse pelo quadro que aqui se apresentou tal fato poderia ser considerado como mera falha técnica, todavia, revestiu-se, no contexto geral, como irregularidade, haja vista que o pregoeiro não poderia adjudicar o objeto do Pregão, em face do recurso interposto pela apelante.

Assim, identificadas as irregularidades no processo licitatório, dou provimento à apelação, para conceder a segurança e declarar a nulidade do Pregão Eletrônico nº 15/2005, realizado pela Universidade Federal de Alagoas.

É como voto.

**APELAÇÃO EM MANDADO  
DE SEGURANÇA N° 95.826-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE  
Apelante: TRANSPORTADORA BEBERIBE LTDA. - TRANS-BEBE  
Apelada: FAZENDANACIONAL  
Advs./Procs.: DRS. ANDRÉ DOS PRAZERES E OUTROS (APTE.)

**EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. COFINS E PIS. BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO. RECEITA BRUTA. LEI N° 9.718/98. EC N° 20/98. INCONSTITUCIONALIDADE. REPETIÇÃO. LOCAÇÃO BENS MÓVEIS. PRESCRIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. TAXA SELIC.**

**- “Uniforme na 1ª Seção do STJ que, no caso de lançamento tributário por homologação e havendo silêncio do Fisco, o prazo decadencial só se inicia após decorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, a partir da homologação tácita do lançamento. Estando o tributo em tela sujeito a lançamento por homologação, aplicam-se a decadência e a prescrição nos moldes acima. Não há se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da Resolução do Senado. Aplica-se o prazo prescricional conforme pacificado pelo STJ, id est, a corrente dos cinco mais cinco”. (STJ - 1ª Turma - AgRg no Ag 744.710/MT; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2006/0028353-0 - J. em 04.05.2006 - DJ 29.05.2006 - p. 184 - Rel. Min. José Delgado)**

**- Quanto à LC nº 118/2005, a 1ª Seção do STJ, no julgamento dos EREsp nº 327.043/DF, finalizado em 27/04/2005, posicionou-se, à unanimidade, contra a nova regra prevista no art. 3º da referida**

**Lei Complementar. Decidiu-se que a LC inovou no plano normativo, não se acatando a tese de que a mencionada norma teria natureza meramente interpretativa, restando limitada a sua incidência às hipóteses verificadas após a sua vigência, em obediência ao princípio da anterioridade tributária: “o art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a ‘interpretação’ dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal. Tratando-se de preceito normativo modificativo, e não simplesmente interpretativo, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência” (REsp nº 327.043/DF, Min. Teori Albino Zavascki, voto-vista). Assim, fica valendo o prazo de “cinco mais cinco” até 9 de junho de 2005. Somente para as ações ajuizadas após esta data poderá ser aplicado o prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto no art. 3º da LC 118/2005, o que não ocorreu na espécie, aplicando-se-lhe a prescrição decenal. Prejudiciais de decadência/prescrição quinquenal que restam rejeitadas.**

**- Quanto ao mérito da matéria em apreço, impende-se seguir a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal no bojo do RE 357.950/RS, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, e RE 346.084/PR, Rel. orig. Min. Ilmar Galvão, datado de 09.11.2005, e consoante publicado no Informativo STF nº 408, no qual se declara, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que ampliou a base de cálculo da**



**COFINS e do PIS, definindo o conceito de faturamento como sendo a receita bruta da pessoa jurídica, consoante se verifica na transcrição do Informativo aludido: “O Tribunal, por unanimidade, conheceu dos recursos e, por maioria, deu-lhes provimento para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98. Entendeu-se que esse dispositivo, ao ampliar o conceito de receita bruta para toda e qualquer receita, violou a noção de faturamento pressuposta no art. 195, I, b, da CF, na sua redação original, que equivaleria ao de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, conforme reiterada jurisprudência do STF. Ressaltou-se que, a despeito de a norma constante do texto atual do art. 195, I, b, da CF, na redação dada pela EC 20/98, ser conciliável com o disposto no art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/97, não haveria se falar em convalidação nem recepção deste, já que eivado de nulidade original insanável, decorrente de sua frontal incompatibilidade com o texto constitucional vigente no momento de sua edição. Afastou-se o argumento de que a publicação da EC 20/98, em data anterior ao início de produção dos efeitos da Lei 9.718/97 – o qual se deu em 1º.2.99 em atendimento à anterioridade nonagesimal (CF, art. 195, § 6º) –, poderia conferir-lhe fundamento de validade, haja vista que a lei entrou em vigor na data de sua publicação (28.11.98), portanto, 20 dias antes da EC 20/98. Reputou-se, ademais, afrontado o § 4º do art. 195 da CF, se considerado para efeito de instituição de nova fonte de custeio de seguridade, eis que não obedecida, para tanto, a forma prescrita no art. 154, I, da CF (“Art. 154. A União poderá instituir: I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base**

**de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;”)**

**- Assim, acompanha-se a orientação traçada pelo Pretório Excelso, em que se firmou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, decidum este que, mesmo sem eficácia erga omnes, merece ser prestigiado.**

**- Não deve prosperar, entretantes, o pedido do contribuinte para que seja declarada a não incidência do PIS sobre as receitas decorrentes da locação de bens móveis, consoante entendimento desta egrégia Primeira Turma do TRF da 5ª Região. Assim, “as empresas de locação de bens móveis, mesmo antes da edição da Lei 9.718/98, estariam obrigadas a recolher as contribuições ao PIS e à COFINS, posto que tais atividades apresentam caráter mercantil, com a obtenção de faturamento, base de cálculo das referidas contribuições.**

**- A atividade de locação de bens móveis não estando incluída entre as hipóteses de isenção legalmente previstas, não caberia a exclusão da incidência do PIS e da COFINS”. (TRF - 5ª Região. AC 370.070-CE. Primeira Turma. Fonte DJ - Data: 15/12/2005. Rel. Des. Federal Francisco Wildo)**

**- Nos casos de repetição/compensação de indébito tributário, a orientação prevalente no âmbito da 1ª Seção do c. STJ quanto aos juros de mora e à aplicação da taxa SELIC pode ser sintetizada da seguinte forma: (a) antes do advento da Lei 9.250/95 incide a correção monetária desde o pagamento indevido até a restituição ou compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros de mora a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN; (b) após a edição da Lei 9.250/95 aplica-se a taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou, se for o caso, a partir de 1º.01.1996, não podendo ser cumulada, porém,**

**com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque a SELIC inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real.**

**- Os índices de correção monetária aplicáveis na restituição/compensação de indébito tributário são: a) o IPC, para os períodos de outubro a dezembro de 1989 e de março/90 a janeiro/91; b) INPC, de fevereiro/91 a dezembro/91; c) UFIR, de janeiro/1992 a dezembro/1995; d) e a taxa Selic, exclusivamente, a partir de janeiro/1996. Precedente do STJ<sup>1</sup>.**

**- A compensação de créditos do sujeito passivo contra a Fazenda Pública se sujeita à incidência do art. 170-A, que impede a sua realização antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.**

**- Apelação parcialmente provida.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, na forma do relatório, voto e notas taquigráficas constante dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 30 de novembro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE:

Trata-se de apelação interposta por Transbebe - Transportadora Beberibe Ltda., contra a sentença de fls. 56/65, da lavra do

---

<sup>1</sup> STJ - 2ª Turma - REsp 819312/SP; RECURSO ESPECIAL 2006/0029865-2 - J. em 07.06.2006, p. 225 - Rel. Min. João Otávio de Noronha.

MM. Juiz Federal da 10ª Vara/PE, que denegou a segurança requestrada pela parte autora, ora apelante, que deduzira o pleito com vistas à declaração de inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 e, em consequência, a possibilidade de compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS.

Entendeu o ilustre Julgador *a quo* que é constitucional a sistemática para o PIS e a COFINS introduzida pela lei supracitada, bem como que não há violação ao art. 110 do CTN, de forma que não haveria óbice para que, no caso concreto, o conceito de faturamento fosse igualado ao de receita bruta.

A apelante, em suas razões (fls. 84/102), aduziu a necessidade de lei complementar para alterar a LC nº 70/91 e a LC nº 07/70, afirmando haver inconstitucionalidade nas alterações introduzidas pela Lei nº 9.718/98, quanto à ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS, definindo o conceito de faturamento como sendo a receita bruta, principalmente na atividade por ela desempenhada, qual seja, locação de bens móveis.

Dispensada a revisão (RI, art. 28, VIII).

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator):

Inicialmente, no tocante ao prazo prescricional e decadencial em seara de PIS, trago a lume julgado do c. STJ, que assim trata a questão, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PIS. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO. INÍCIO DO PRAZO. PRECEDENTES.

1. Agravo regimental contra decisão que não conheceu de agravo de instrumento por não conter peça essencial para sua formação.

2. Apesar de ser imprescindível a cópia dos DARF's, mesmo não se encontrando tais peças no rol das obrigatórias elencadas no art. 544, § 1º, do CPC, de acordo com o relatório do acórdão *a quo*, é incontroverso o período de pagamento cuja repetição se demanda.

**3. Uniforme na 1ª Seção do STJ que, no caso de lançamento tributário por homologação e havendo silêncio do Fisco, o prazo decadencial só se inicia após decorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, a partir da homologação tácita do lançamento. Estando o tributo em tela sujeito a lançamento por homologação, aplicam-se a decadência e a prescrição nos moldes acima. Não há se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da Resolução do Senado. Aplica-se o prazo prescricional conforme pacificado pelo STJ, *id est*, a corrente dos cinco mais cinco.**

**4. Ação ajuizada em 26/07/2001. Valores recolhidos, a título de PIS, de 06/93 a 09/95. Não transcorreu, entre o prazo do recolhimento (contado a partir de 07/1991) e do ingresso da ação em juízo, o prazo de 10 (dez) anos. Inexiste prescrição sem que haja homologação expressa da Fazenda, atinente ao prazo de 10 (dez) anos (5 + 5), a partir de cada fato gerador da exação tributária, contados para trás a partir do ajuizamento da ação. Precedentes.**

5. Agravo regimental provido e, na seqüência, nega-se provimento ao recurso especial, por não estar caracterizada a prescrição.

(STJ - 1ª Turma - AgRg no Ag 744.710/MT. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2006/0028353-0. J. em 04.05.2006. DJ 29.05.2006, p. 184. Rel. Min. José Delgado) (grifos nossos)

Por outro lado, acerca dos efeitos da Lei Complementar nº 118/2005, que extinguiu a regra dos “cinco mais cinco” estabelecida jurisprudencialmente pelo c. STJ, passando a prever que o direito de pleitear a compensação ou a restituição do crédito tributário, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos contados do pagamento antecipado, deveras esclarecedores se revelam os seguintes julgados, da lavra do c. STJ e do e. TRF da 2ª Região, que assim restaram ementados, *verbis*:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FINSOCIAL. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL DO PRAZO. LC Nº 118/2005. ART. 3º

NORMA DE CUNHO MODIFICADOR E NÃO MERAMENTE INTERPRETATIVA. INAPLICABILIDADE RETROATIVA. ENTENDIMENTO DA 1ª SEÇÃO.

1. Agravo regimental contra decisão que desproveu agravo de instrumento da Fazenda Nacional.

**2. Está uniforme na 1ª Seção do STJ que, no caso de lançamento tributário por homologação e havendo silêncio do Fisco, o prazo decadencial só se inicia após decorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, a partir da homologação tácita do lançamento.** Estando o tributo em tela sujeito a lançamento por homologação, aplicam-se a decadência e a prescrição nos moldes acima delineados. **Não há que se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da Resolução do Senado. Aplica-se, assim, o prazo prescricional nos moldes em que pacificado pelo STJ, *id est*, a corrente dos cinco mais cinco.**

**3. In casu, comprovado que não transcorreu, entre o prazo do recolhimento e o do ingresso da ação em juízo, o prazo de 10 (dez) anos. Inexiste prescrição sem que tenha havido homologação expressa da fazenda atinente ao prazo de 10 (dez) anos (5 + 5), a partir de cada fato gerador da exação tributária, contados para trás a partir do ajuizamento da ação. Precedentes desta Corte Superior.**

**4. Quanto à LC nº 118/2005, a 1ª Seção deste Sodalício, no julgamento dos EREsp nº 327.043/DF, finalizado em 27/04/2005, posicionou-se, à unanimidade, contra a nova regra prevista no art. 3º da referida Lei Complementar. Decidiu-se que a LC inovou no plano normativo, não se acatando a tese de que a mencionada norma teria natureza meramente interpretativa, restando limitada a sua incidência às hipóteses verificadas após a sua vigência, em obediência ao princípio da anterioridade tributária.**

**5. “o art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a ‘interpretação’ dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente**

aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal. Tratando-se de preceito normativo modificativo, e não simplesmente interpretativo, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência”. (REsp nº 327.043/DF, Min. Teori Albino Zavascki, voto-vista).

6. Agravo regimental não-provido. (STJ - AGA200501229068. (695286 SP). 1ª T. Rel. Min. José Delgado. DJU 07.11. 2005 - p. 00112) (grifos nossos)

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS. SALDO DE CADERNETA DE POUPANÇA. PRAZO PRESCRICIONAL. CÓPIA DO DARF E DA DECLARAÇÃO DE ATIVOS FINANCEIROS.

1- Sobre a prescrição, é de se verificar que a colenda Primeira Seção do STJ, ao apreciar recentemente o REsp 435.835/SC, sessão de 24/03/2004, Rel. Min. José Delgado, buscando pacificar as discussões em torno da matéria, decidiu no sentido de que “nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional para se pleitear a compensação ou a restituição do crédito tributário somente se opera quando decorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos, contados a partir da homologação tácita”.

2- A Lei Complementar nº 118/2005, em seu art. 3º, passa a prever que o direito de pleitear a compensação ou a restituição do crédito tributário, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos contados do pagamento antecipado.

3- A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça concluiu o julgamento do REsp 327.043/DF, na sessão de 27/04/2005, por unanimidade, no sentido de ser possível interpretar o art. 4º da LC nº 118/05 “conforme a constituição, desde que os efeitos retroativos ali previstos limitem-se às ações ajuizadas após a *vacatio legis* de 120 dias, prevista na parte inicial do dispositivo. Ajuizada a ação após 9 de junho de 2005, poderá o art. 3º da LC nº 118/05 ser aplicado aos fatos geradores ocorridos antes de sua publica-

**ção. O prazo de cinco anos poderá ser contado a partir do pagamento indevido, e não da homologação expressa ou tácita, desde que a ação tenha sido proposta depois de 9 de junho de 2005 e mesmo que o pagamento antecipado pelo contribuinte tenha sido realizado antes da vigência da Lei”.**

**4 - Assim, fica valendo o prazo de “cinco mais cinco” até 09 de junho de 2005. Somente para as ações ajuizadas após esta data poderá ser aplicado o prazo de 5 (cinco) anos previsto no art. 3º da LC 118/2005, o que não ocorreu na espécie, pois a ação foi proposta em 16-03-1995.**

5 - Quanto ao documento comprobatório do direito pleiteado, verifica-se que a parte autora juntou aos autos cópia autenticada do DARF, nos termos do artigo 365, inciso III, do CPC, com autenticação mecânica da respectiva instituição bancária, à fl. 6, mediante o qual comprovou o recolhimento indevido dos valores referentes ao IOF sobre saldos de caderneta de poupança, além da declaração de ativos financeiros e IOF, à fl. 7, também autenticada em conformidade com o citado dispositivo legal.

6 - No tocante à análise do mérito, a Lei 8.033/90 não poderia ter erigido como fato gerador do imposto o simples resgate de valor anteriormente depositado em caderneta de poupança (art. 2º, I). É que o saque, de *per sí*, não configura operação de crédito, pois o mesmo é apenas consequência de anterior depósito, ocorrido antes do advento da Lei.

7 - Não tem cabimento a alegação da União de que o referido imposto já tinha seu fato gerador definido no CTN e que a Lei 8.033/90 apenas veio se amoldar à legislação. Sabidamente, o CTN, recepcionado como Lei Complementar (art. 146), CF, é uma Lei “sobre Leis de tributação” e não Lei “de tributação” (Ruy Barbosa Nogueira), sendo insuficiente apenas a definição do tributo pela mesma, necessitando-se, no campo do Direito Tributário, da Lei criando a exação.

8- Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

9 - Apelação e remessa conhecidas e improvidas”. (TRF 2ª R. - AC 99.02.20685-9 - 3ª T. - Rel. Juiz Fed. Conv. José Antonio Lisboa Neiva - DJU 13.01.2006 - p. 163) (grifos nossos)



**Assim**, fica valendo o prazo de “cinco mais cinco” até 9 de junho de 2005. **Somente para as ações ajuizadas após esta data poderá ser aplicado o prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto no art. 3º da LC 118/2005, o que não ocorreu na espécie**, aplicando-se-lhe a prescrição decenal.

Quanto ao mérito da matéria em apreço, impende-se seguir a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal no bojo do RE 357.950/RS, Rel. orig. Min. Marco Aurélio e RE 346.084/PR, Rel. orig. Min. Ilmar Galvão, datado de 09.11.2005 e consoante publicado no Informativo STF nº 408, no qual se declara, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que ampliou a base de cálculo da COFINS e do PIS, definindo o conceito de faturamento como sendo a receita bruta da pessoa jurídica, consoante se verifica no teor abaixo transcrito:

Concluído julgamento de uma série de recursos extraordinários em que se questionava a constitucionalidade das alterações promovidas pela Lei 9.718/98, que ampliou a base de cálculo da COFINS e do PIS, cujo art. 3º, § 1º, define o conceito de faturamento (“Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica. § 1º. Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.”) - v. Informativos 294, 342 e 388. **O Tribunal, por unanimidade, conheceu dos recursos e, por maioria, deu-lhes provimento para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98. Entendeu-se que esse dispositivo, ao ampliar o conceito de receita bruta para toda e qualquer receita, violou a noção de faturamento pressuposta no art. 195, I, b, da CF, na sua redação original, que equivaleria ao de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, conforme reiterada jurisprudência do STF. Ressaltou-se que, a despeito de a norma constante do texto atual do art. 195, I, b, da CF, na redação dada pela EC 20/98, ser conciliável com o disposto no art. 3º, do § 1º, da Lei 9.718/97, não haveria se falar em convalidação nem recepção deste, já que eivado de nulidade original**

insanável, decorrente de sua frontal incompatibilidade com o texto constitucional vigente no momento de sua edição. Afastou-se o argumento de que a publicação da EC 20/98, em data anterior ao início de produção dos efeitos da Lei 9.718/97 – o qual se deu em 1º.2.99 em atendimento à anterioridade nonagesimal (CF, art. 195, § 6º) –, poderia conferir-lhe fundamento de validade, haja vista que a lei entrou em vigor na data de sua publicação (28.11.98), portanto, 20 dias antes da EC 20/98. Reputou-se, ademais, afrontado o § 4º do art. 195 da CF, se considerado para efeito de instituição de nova fonte de custeio de seguridade, eis que não obedecida, para tanto, a forma prescrita no art. 154, I, da CF (“Art. 154. A União poderá instituir: I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;”).  
(Grifos nossos)

Assim, acompanho a orientação traçada pelo Pretório Excelso, em que se firmou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, *decisum* este que, mesmo sem eficácia *erga omnes*, merece ser prestigiado.

TRIBUTÁRIO. LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. PIS E COFINS. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES.

- As empresas de locação de bens móveis, mesmo antes da edição da Lei 9.718/98, estariam obrigadas a recolher as contribuições ao PIS e à COFINS, posto que tais atividades apresentam caráter mercantil, com a obtenção de faturamento, base de cálculo das referidas contribuições.

- A atividade de locação de bens móveis, não estando incluída entre as hipóteses de isenção legalmente previstas, não caberia a exclusão da incidência do PIS e da COFINS.

- Precedentes do STJ (EDCL no REsp 534.190-PR. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. *DJ* 06.09.2004) e desta colenda Corte (AC 339.163-CE, Rel. Des. Fed. Paulo Roberto de Oliveria Lima, *DJ* 23.02.2005, AGTR 49.085-PE, Rel. Des. Fed. Luiz Alberto Gurgel de Faria, *DJ* 07.10.2003, AMS 86.581-PE, Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti, *DJ* 09.06.2004).

- Apelação desprovida.”

(TRF da 5ª Região; AC 370.070 - CE. Primeira Turma. Fonte DJ. Data: 15/12/2005. Pág. 618. Rel. Des. Federal Francisco Wildo. Decisão Unânime)

De outra banda, nos casos de compensação/restituição de indébito tributário, a orientação prevalente no âmbito da 1ª Seção do c. STJ quanto aos **juros de mora e à aplicação da taxa SELIC** pode ser sintetizada da seguinte forma:

(a) antes do advento da Lei 9.250/95 incidia a correção monetária desde o pagamento indevido até a restituição ou compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros de mora **a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN;**

(b) após a edição da Lei 9.250/95 aplica-se a taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou, se for o caso, a partir de 1º.01.1996, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque a SELIC inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real.

A respeito, confira-se o julgado abaixo, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. LEI 7.713/88 (ART. 6º, VII, B). MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. IRPF. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. LEI 9.250/95 (ART. 33) E MP 2.159-70/01. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. SÚMULA 284/STF. TAXA SELIC. LEGALIDADE. JUROS.

1. É vedado o reexame de matéria fático-probatória em sede de recurso especial, a teor do que prescreve a Súmula 07 desta Corte.

2. O recebimento da complementação de aposentadoria e o resgate das contribuições recolhidas para entidade de previdência privada no período de 1º.01.1989 a 31.12.1995 não constituíam renda tributável pelo IRPF, por força da isenção concedida pelo art. 6º, VII, b, da Lei 7.713/88, na redação anterior à que lhe foi dada pela Lei 9.250/95. Em contrapartida, as contribuições vertidas para tais planos não podiam ser deduzidas da base de cálculo do referido tributo, sendo, portanto, tributadas.

3. Com a edição da Lei 9.250/95, alterou-se a sistemática de incidência do IRPF, passando a ser tributado o recebimento do benefício ou o resgate das contribuições, por for-

ça do disposto no art. 33 da citada Lei, e não mais sujeitas à tributação as contribuições efetuadas pelos segurados.

4. A Medida Provisória 1.943-52, de 21.05.1996 (reeditada sob o nº 2.159-70), determinou a exclusão da base de cálculo do imposto de renda do “valor do resgate de contribuições de previdência privada, cujo ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião de seu desligamento do plano de benefícios da entidade, que corresponder às parcelas de contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995” (art. 8º), evitando, desta forma, o *bis in idem*.

5. Da mesma forma, considerando-se que a complementação de aposentadoria paga pelas entidades de previdência privada é constituída, em parte, pelas contribuições efetuadas pelo beneficiado, deve ser afastada sua tributação pelo IRPF, até o limite do imposto pago sobre as contribuições vertidas no período de vigência da Lei 7.713/88.

6. No que tange aos expurgos inflacionários, a ausência de indicação dos dispositivos em torno dos quais teria havido interpretação divergente por outros Tribunais não autoriza o conhecimento do recurso especial, quando interposto com base na alínea c do permissivo constitucional (Súmula 284/STF).

**7. Nos casos de repetição de indébito tributário, a orientação prevalente no âmbito da 1ª Seção quanto aos juros pode ser sintetizada da seguinte forma: (a) antes do advento da Lei 9.250/95 incidia a correção monetária desde o pagamento indevido até a restituição ou compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros de mora a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN; (b) após a edição da Lei 9.250/95 aplica-se a taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou, se for o caso, a partir de 1º.01.1996, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque a SELIC inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real.**

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(STJ - 1ª Turma - REsp 826.616/SE; Recurso especial 2006/0056800-5. J. em 04.05.2006, DJ15.05.2006, p. 186 - Rel. Min. Teori Albino Zavascki) (grifos nossos)

Toante aos índices de correção monetária aplicáveis em caso de compensação de tributos, confira-se o entendimento do c. STJ, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. PIS. COMPENSAÇÃO. LEI Nº 8.383/91. LEI Nº 9.430/96. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. CORREÇÃO MONETÁRIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. TAXA SELIC. HONORÁRIOS.

1. A teor do disposto no art. 66 da Lei nº 8.383/91, apenas pode haver compensação entre tributos da mesma espécie que possuam a mesma destinação constitucional.

2. A sistemática trazida pelo art. 74 da Lei nº 9.430/96, que possibilita a compensação de tributos de espécie e destinação diferentes, exige necessariamente prévio requerimento administrativo do contribuinte à Receita Federal.

**3. Os índices de correção monetária aplicáveis na restituição de indébito tributário são: a) desde o recolhimento indevido, o IPC, de outubro a dezembro/89 e de março/90 a janeiro/91; o INPC, de fevereiro a dezembro/91; a UFIR, de janeiro/92 a dezembro/95; e b) a taxa Selic, exclusivamente, a partir de janeiro/96.**

4. A teor do disposto no art. 20, § 4º, do CPC, não está o magistrado adstrito aos limites indicados no art. 20, § 3º, do CPC – mínimo de 10% e máximo de 20% –, porquanto a alusão feita no § 4º do art. 20 do CPC é concernente, apenas e tão-somente, às alíneas do § 3º, e não a seu *caput*. Destarte, pode a verba honorária ser fixada além ou aquém dos parâmetros percentuais referidos.

5. Recurso especial parcialmente provido.

(STJ - 2ª Turma. REsp 819.312/SP. Recurso Especial 2006/0029865-2. J. em 11.04.2006. DJ07.06.2006, p. 225. Rel. Min. João Otávio de Noronha) (grifos nossos)

Destaque-se, por fim, que a compensação de créditos do sujeito passivo contra a Fazenda Pública se sujeita à incidência do art. 170-A, que impede a sua realização antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

Isso posto, verificado que a sentença vergastada divergiu do entendimento do Supremo Tribunal Federal, dou parcial provimento à apelação do contribuinte, com fundamento nas razões acima lançadas.

É como voto.

## **HABEAS CORPUS Nº 2.630-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO  
Impetrante: DR. DARLAN CÍCERO MATIAS  
Impetrado: JUÍZO DA 8ª VARA FEDERAL DE ALAGOAS  
Paciente: VALDIR BEZERRA DOS SANTOS (RÉU PRESO).

**EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA. ROUBO QUALIFICADO. ART. 157, PARÁG. 2º, I, II E III, DO CPB. LATROCÍNIO. ART. 157, PARÁG. 3º, DO CPB. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ART. 288 DO CPB. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PRAZO DE 81 DIAS NÃO É ABSOLUTO. DENEGAÇÃO DA ORDEM PLEITEADA.**

*- Presentes os requisitos autorizadores da segregação cautelar do paciente, tais como provas da materialidade delitiva, fortes indícios de sua autoria, demonstração de sua periculosidade (antecedentes criminais apontado possível cometimento de crimes de ameaça, lesões corporais e roubo) e necessidade de garantia da ordem pública, necessária se faz a manutenção da prisão preventiva.*

*- O prazo jurisprudencialmente adotado de 81 dias para conclusão da instrução criminal não é absoluto, podendo ser ultrapassado quando a complexidade do processo criminal e a pluralidade de réus assim justificarem.*

*- Por aplicação do princípio da razoabilidade, justifica-se eventual dilação de prazo para a conclusão da instrução processual, quando a demora não é provocada pelo Juízo ou pelo Ministério Público. Só há constrangimento ilegal por excesso de prazo quando a demora for injustificada.*

*- Ordem denegada.*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de HC 2.630-AL, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em denegar a ordem, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Custas na forma da lei.

Recife, 23 de janeiro de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO:

1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo ilustre Advogado Darlan Cícero Matias, em favor do paciente Valdir Bezerra dos Santos, denunciado pela prática dos delitos capitulados nos arts. 157, parág. 2º, I, II e III (*roubo qualificado*), 157, parág. 3º (*latrocínio*) e 288 (*formação de quadrilha*), todos do Código Penal Brasileiro, objetivando seja relaxada a prisão preventiva e, conseqüentemente, seja o réu posto em liberdade.

2. Narra o impetrante que, em 28 de fevereiro de 2006, o paciente Valdir Bezerra dos Santos foi preso, pela suposta prática dos crimes tipificados nos arts. 157, parág. 2º, I, II e III (*roubo qualificado*), 157, parág. 3º (*latrocínio*) e 288 (*formação de quadrilha*), todos do CPB.

3. O impetrante alega constrangimento ilegal por excesso de prazo na prisão cautelar do paciente, uma vez que, segundo afirma, o mesmo encontra-se custodiado *há cerca de 9 meses*, quando o prazo máximo para manutenção da prisão preventiva deveria ser de 81 dias (prazo para término da instrução criminal); aduz, ademais, que o paciente Valdir Bezerra dos Santos possui residência fixa e que não existe a possibilidade de o réu vir a prejudi-

car o andamento da instrução processual, uma vez que todas as testemunhas arroladas pelo Ministério Público Federal já foram ouvidas.

4. Sendo assim, afirmando inexistirem os requisitos autorizadores da custódia cautelar, previstos no art. 312 do CPP, pleiteia liminarmente a concessão da ordem para que o paciente responda ao processo em liberdade.

5. Às fls. 86/91 dos autos, indeferi a medida liminar liberatória pleiteada, por não vislumbrar, na ocasião, constrangimento ilegal que justificasse a revogação da prisão preventiva.

6. As informações solicitadas ao MM. Juiz da 8ª Vara Federal de Alagoas, tido como autoridade coatora, foram devidamente remetidas (fls. 94/114). Nestas, relata trechos do recebimento da denúncia, corroborando a necessidade da manutenção da custódia cautelar, em virtude da periculosidade dos acusados e potencial prejuízo oferecido às investigações pelos mesmos. Afirma ainda que o prazo de 81 dias para a conclusão da instrução criminal não é absoluto, bem assim como que a demora na formação da culpa decorre não só da complexidade da causa, mas também de diversos incidentes processuais criados pela própria defesa.

7. O douto Ministério Público Federal, no Parecer 2540 (fls. 116/127), de lavra da ilustre Procuradora Regional da República Eliane de Albuquerque Oliveira Recena, opina pela *denegação da ordem*, afirmando, em síntese, que: (a) não se pode falar em excesso de prazo no encerramento da instrução criminal, à vista da pluralidade de réus, da complexidade inerente à demanda e dos sucessivos pedidos de liberdade provisória formulados pela defesa; (b) a primariedade e residência fixa do réu não justificam, por si sós, a revogação da prisão preventiva, quando presentes os motivos que a embasaram; (c) a existência de prova da materialidade do crime e de indícios suficientes de autoria delituosa quanto ao paciente; e (d) a impossibilidade de dilação probatória em sede do presente *writ*.

8. É o que havia de relevante para relatar.



## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (Relator):

1. A finalidade precípua do *habeas corpus* consiste em fazer cessar o constrangimento ilegal ou a ameaça de ilegal constrangimento à liberdade de ir e vir. Diz-se que a coação é ilegal quando não houver justa causa; quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; quando o processo for manifestamente nulo ou quando extinta a punibilidade.

2. No caso em apreço, o paciente Valdir Bezerra dos Santos, denunciado pela prática dos delitos capitulados nos arts. 157, parág. 2º, I, II e III (*roubo qualificado*), 157, parág. 3º (*latrocínio*) e 288 (*formação de quadrilha*), todos do Código Penal Brasileiro, foi preso em 28 de fevereiro de 2006, por intervenção da Polícia Civil local, tendo sido sua prisão ilegalmente ratificada pela Autoridade Judiciária Estadual. Sob a órbita do Judiciário Federal, entretanto, foi recebida a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal e homologada a decretação da prisão preventiva do denunciado, em 13 de julho de 2006, sanando-se assim a irregularidade outrora cometida.

3. No presente *habeas corpus*, o impetrante alega constrangimento ilegal por excesso de prazo na prisão cautelar do paciente, uma vez que, segundo afirma, o mesmo encontra-se custodiado há cerca de 9 meses, quando o prazo máximo para manutenção da prisão preventiva deveria ser de 81 dias (prazo para término da instrução criminal); aduz, ademais, que o paciente Valdir Bezerra dos Santos possui residência fixa e que não existe a possibilidade de o réu vir a prejudicar o andamento da instrução processual, uma vez que todas as testemunhas arroladas pelo Ministério Público Federal já foram ouvidas.

4. Inicialmente, indeferi a tutela liminar pleiteada, entendendo ausente o constrangimento ilegal a justificar a revogação da prisão preventiva decretada em desfavor do ora paciente.

5. Pois bem, constata-se que, desde que preenchidos os pressupostos legais, a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase do Inquérito Policial e da instrução criminal, uma vez fundada em peças informativas que demonstrem a existência do crime e os indícios de autoria.

6. De acordo com o art. 312 do CPP, a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência de instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

7. Na hipótese em análise, verifica-se que foram trazidos elementos pelo MM. Juiz *a quo* com plausibilidade suficiente a justificar o indeferimento do pedido de liberdade provisória, e consequentemente a embasar a manutenção da segregação cautelar do paciente.

8. O eminente Juiz da 8ª Vara Federal de Alagoas, doutor Rubens de Mendonça Canuto Neto, decretou a prisão preventiva do paciente (fls. 25/30), nos seguintes termos:

*Valdir Bezerra dos Santos, alcunhado de VAL, também é um suposto integrante da quadrilha possivelmente liderada por Agilberto. Todas as testemunhas que declararam conhecê-lo corroboraram esse fato, conforme se vê pelos depoimentos transcritos nesta decisão. Como os demais denunciados até agora mencionados, seus antecedentes não são nada bons. As folhas de antecedentes criminais constantes nos autos revelam que em 07/01/2004 possivelmente cometeu crimes de ameaça e lesões corporais, e em 15/09/2005, um crime de roubo.*

*Sendo suspeito de cometer crimes com violência ou grave ameaça à pessoa e de integrar uma das quadrilhas mais temidas do Estado, não é difícil concluir pela concreta possibilidade de VALDIR prejudicar o andamento da instrução processual caso esteja em liberdade (...).*

*Pelos motivos acima expostos, vislumbro que a prisão preventiva dos denunciados é indispensável à garantia da ordem pública, à conveniência da instrução processual e à segurança de aplicação da lei penal. Sobre a participação dos denunciados no crime de latrocínio, os indícios*

*são evidentes, conforme acima demonstrado. Preenchidos, pois, os requisitos necessários à custódia cautelar.*

9. Observa-se que a decisão proferida pelo douto Magistrado *a quo* se fundamentou em provas da existência do crime e veementes indícios da autoria dos delitos, bem como na necessidade da garantia da ordem pública, na real possibilidade do paciente se furtrar à aplicabilidade da lei penal ou impossibilitar a colheita de provas.

10. Com efeito, os requisitos autorizadores da decretação da prisão preventiva, *in casu*, restam devidamente configurados.

11. Uma das hipóteses previstas no art. 312 do CPP é a garantia da ordem pública, entendida como a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, via de regra, é abalada pela prática de um delito. Esta garantia, destarte, deve ser visualizada, segundo a gravidade da infração, a repercussão social e a periculosidade do agente.

12. Crimes de menor potencial ofensivo, por exemplo, cometidos por pessoas primárias, de boa conduta social e sem antecedentes, não justificam sensível abalo à ordem pública, mas um latrocínio, tal como o presente caso, repercute negativamente no seio social, demonstrando que pessoas honestas podem ser atingidas e perderem suas vidas, a qualquer tempo, diante de um agente interessado unicamente em seu patrimônio.

13. Outro fator importante a ser considerado é a periculosidade do agente (a probabilidade de tornar o réu a cometer novos delitos), apurada pela análise de seus antecedentes e demonstrada pela maneira de execução do crime.

14. Do exposto, percebe-se que estão presentes todos os requisitos autorizadores da manutenção da segregação cautelar do paciente. Há provas da materialidade delitiva, fortes indícios de sua autoria, demonstração de sua periculosidade (antecedentes criminais apontado possível cometimento de crimes de ameaça, lesões corporais e roubo) e necessidade de garantia da ordem pública.

15. Ressalte-se, ainda, a tentativa de evasão do paciente, quando noticiado da prisão de um dos denunciados pelos crimes em

comento, o que vem a reforçar o indeferimento do pedido de liberdade provisória.

16. Por outro lado, mister se faz tecer alguns comentários acerca da duração da prisão preventiva.

17. Não existe, na lei, um prazo determinado para a duração da prisão preventiva, devendo a mesma perdurar, via de regra, até quando seja necessária, pois tem a finalidade de assegurar o bom andamento da instrução criminal.

18. É certo que o prazo jurisprudencialmente adotado de 81 dias para conclusão da instrução criminal não é absoluto, podendo ser ultrapassado quando a complexidade do processo criminal e a pluralidade de réus assim justificarem; é evidente que não se trata de uma situação desejável, entretanto, pelo menos parte da doutrina especializada aceita que, em certas situações excepcionais possa haver a ultrapassagem desse prazo, como anota o eminente Professor Guilherme de Souza Nucci (Manual de Processo Penal e Execução Penal, São Paulo, RT, 2006, p. 562).

19. No caso em tela, foram praticados, ao menos em tese, os delitos de roubo qualificado (art. 157, parág. 2º, I, II e III, do CPB), latrocínio (art. 157, parág. 3º, do CPB) e formação de quadrilha (art. 288 do CPB), envolvendo seis acusados, sendo o processo, portanto, de alta complexidade e demandando ampla cognição, tudo isso suficiente a legitimar a instrução criminal para além dos 81 dias.

20. Por outro lado, cumpre salientar que a demora na formação da culpa não deve ser atribuída unicamente ao Juízo ou ao Ministério Público, mas, sim, às diligências usualmente tomadas em processos de tamanha complexidade, bem como aos sucessivos incidentes processuais provocados pela própria defesa, tais como reiterados pedidos de liberdade provisória, os quais levaram os autos a sucessivas conclusões e remessas ao MPF, conforme consta das informações prestadas pela Autoridade tida como coatora (fls. 94/114).

21. De fato, em circunstâncias como as dos autos, sobretudo quando a instrução se retarda por culpa da defesa, em virtude de diligências por ela requeridas, grande parte da doutrina e jurisprudência

dência pátrias tem flexibilizado a regra segundo a qual a instrução criminal deverá encerrar-se no prazo máximo de 81 dias.

22. Oportuno salientar que, em observância ao Princípio da Razoabilidade, tal prazo não pode ser indistintamente aplicado para todo e qualquer caso, sem levar em consideração as peculiaridades e complexidades de cada um, mormente quando a causa demanda uma maior dilação temporal, assim como ocorre no caso dos autos.

23. O entendimento jurisprudencial sobre esse ponto segue na mesma diretriz, como se vê nos arestos abaixo:

*Consoante o Princípio da Razoabilidade, resta devidamente justificada a necessária dilação do prazo para conclusão da fase instrutória, mormente quando se tem em conta a complexidade do feito, que envolve vários réus. Precedentes do STJ (STJ, RHC 17.882/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU 03/10/05, p. 288).*

*Por aplicação do Princípio da Razoabilidade, justifica-se eventual dilação de prazo para a conclusão da instrução processual, quando a demora não é provocada pelo Juízo ou pelo Ministério Público. O prazo de 81 dias para a conclusão da instrução criminal não é absoluto. O constrangimento ilegal por excesso de prazo só pode ser reconhecido quando a demora for injustificada (STJ, HC 44.216/MS, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 03/10/05, p. 305).*

24. Ao se pronunciar pela denegação da ordem, asseverou ainda a ilustre Procuradora Regional da República Eliane de Albuquerque Oliveira Recena:

*Ressalte-se, ainda, que, diferentemente do que alega o impetrante, no sentido de negar a autoria delitiva imputada ao paciente, há nos autos prova idônea e suficiente a respaldar a propositura da ação penal contra ele ajuizada, existindo, portanto, indícios quanto ao seu envolvimento nos fatos sob apuração, indícios esses que não foram e nem poderiam ser afastados, de plano, já que, para tanto, seria necessária analítica produção e valoração da prova, com a transformação do habeas corpus em verdadeira instrução penal, o que, como sabemos, não é possível no seu âmbito estreito, sendo que, por outro lado, restou não apenas plenamente justificada a necessidade de ser de-*

*cretada a custódia do paciente, mas também de ser ela mantida, por persistirem os motivos que a ensejaram, tal como demonstrado pelo Juiz a quo, em suas informações.*

*Por fim, como é sabido, a primariedade e o fato de o paciente possuir residência fixa não são, por si sós, suficientes a ensejar a revogação da prisão preventiva, mormente quando ainda se encontram presentes os motivos que levaram à decretação da custódia, tal como ocorre no presente caso (fls. 124/125).*

25. Com esteio nessa fundamentação, denego a ordem impetrada, acolhendo inteiramente a manifestação do douto Ministério Público Federal, esposada no Parecer 2540 (fls. 116/127), da lavra da eminente Procuradora Regional da República Eliane de Albuquerque Oliveira Recena.

26. É como voto.

## **MANDADO DE SEGURANÇA Nº 95.991-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
Impetrante: ACYDALIA MARIA DE ANDRADE FERNANDES DE SOUZA  
Impetrado: JUIZ FEDERAL DIRETOR DO FORO DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO GRANDE DO NORTE  
Adv./Proc.: DRA. ANNUSKA PETROVICH PEREIRA E OUTRO (IMPTE.)

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA FEDERAL. ADOÇÃO. FILHO MENOR DE 1 (UM) ANO DE IDADE. LICENÇA-MATERNIDADE. PRAZO DE 120 (CENTO E VINTE) DIAS. ISONOMIA COM AS SERVIDORAS GESTANTES. ARTS. 6º E 227, CAPUT, E § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**

**- O art. 6º, caput, da Lex Fundamentalís estabelece como um dos direitos sociais a proteção à maternidade e à infância. Já o art. 227, caput, do**

***texto constitucional prevê como um dos deveres da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito, dentre outras coisas, à convivência familiar; e o § 6º do mesmo dispositivo reconhece a igualdade de direitos e qualificações entre os filhos havidos ou não do casamento ou por adoção, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.***

***- Se a própria Constituição Federal assegura a proteção à maternidade e à infância, tratando isonomicamente os filhos naturais e os adotivos, além de estabelecer como um dos deveres do Estado assegurar à criança o direito à convivência familiar, não há como se acolher a tese albergada no texto da Lei nº 8.112/90 – arts. 207 e 210 – de que servidoras gestantes e adotantes devem ter direito à licença-maternidade com prazos diferenciados.***

***- Se a lei propõe que uma mãe que gera seu próprio filho precisa de 120 (cento e vinte) dias para cuidar, mais de perto, dessa criança e, a partir daí, criar os laços de afeição e amor que une a família, deveria ter previsto a situação das mães adotantes que, com certeza, seja por motivos orgânicos ou mesmo psicológicos, precisam de muito mais tempo para se adaptarem à nova situação e para criarem essa relação de intimidade e cumplicidade com os filhos.***

***- Esse período de licença-maternidade, na verdade, não deve ser entendido apenas como um direito da mãe, mas, também, como um direito da criança de ter ao seu lado, durante, aproximadamente, 4 (quatro) meses, a presença de sua genitora, provendo-a não só das necessidades alimentares básicas decorrentes dos primeiros meses de vida, como também das psicológicas.***

***- Diante da incompatibilidade criada pela norma infraconstitucional entre situações de mesmo***

***jaez – arts. 207 e 210 da Lei nº 8.112/90 – impõe-se conferir à redação do art. 210 interpretação conforme a Constituição.***

***- Mandado de segurança procedente.***

## **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, julgar procedente o mandado de segurança, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 7 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Acydia Maria de Andrade Fernandes de Souza contra ato do MM. Juiz Federal Diretor do Foro da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, o qual indeferiu o seu pedido de licença-maternidade por 120 (cento e vinte) dias, autorizando o gozo de tal licença pelo período de 90 (noventa) dias, em razão da adoção pela impetrante de criança menor de 1 (um) ano de idade.

Postula a impetrante a concessão da ordem no sentido de lhe ser outorgado o acréscimo de 30 (trinta) dias à licença-maternidade já deferida, que findou em 26 de novembro de 2006, argumentando ser inconstitucional o art. 210 da Lei nº 8.112/90, em face do disposto nos arts. 5º, *caput*, 7º, XVIII, 226 e 227, § 6º, da Constituição Federal.

Instado a prestar informações, a autoridade coatora afirmou que o administrador público deve se pautar pelo princípio da legalidade, estando apenas autorizado a fazer o que está expressamente previsto em lei.



Por sua vez, o representante do Ministério Público Federal, ao proferir parecer, considerou discriminatória a diferenciação estabelecida pela Lei nº 8.112/90 – arts. 207 e 210 – aos casos de licença-maternidade à servidora gestante e à servidora adotante. Opina, assim, pela concessão da segurança com a determinação do reaprazamento das férias da impetrante.

Relatei.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

A licença-maternidade concedida às servidoras públicas federais se encontra regulada pelos arts. 207 e 210 da Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Conforme estatuído nesses dispositivos legais, o legislador ordinário estabeleceu uma diferenciação entre as situações das servidoras que geram um filho natural e aquelas que adotam uma criança, concedendo-lhes prazos diversos para a licença-maternidade.

Eis a redação dos mencionados artigos:

Art. 207. Será concedida licença à servidora gestante por 120 (cento e vinte) dias consecutivos, sem prejuízo da remuneração.

(...)

Art. 210. À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada.

Parágrafo único. No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias.

Da letra da lei exsurge claro o tratamento discriminatório dado a essas duas situações, pois, somente às mães que conceberam seus filhos em seus próprios ventres é que é dado o direito à licença-maternidade pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias. Às outras, que resolveram adotar uma criança, seja por não poderem ou não quererem gerar um filho, tal prazo é reduzido para 90 (noventa)

dias, mas desde que o adotado seja menor de 1 (um) ano de idade, pois, no caso de ser maior de 1 (um) ano, esse prazo sofre uma restrição ainda maior, passando para 30 (trinta) dias.

Ocorre que tal disciplina outorgada às servidoras gestantes não se coaduna com o regime constitucionalmente traçado pela Carta Magna de 1988, senão vejamos.

O art. 6º, *caput*, da *Lex Fundamentalis* estabelece como um dos direitos sociais a proteção à maternidade e à infância.

Além disso, o art. 227, *caput*, do texto constitucional prevê como um dos deveres da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito, dentre outras coisas, à convivência familiar.

Como se não bastasse, o § 6º do art. 227 passou a reconhecer a igualdade de direitos e qualificações entre os filhos havidos ou não do casamento ou por adoção, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. E o Estatuto da Criança e do Adolescente tratou de reproduzir, em seu art. 20, tal redação constitucional.

Destarte, se a própria Constituição Federal assegura a proteção à maternidade e à infância, tratando isonomicamente os filhos naturais e os adotivos, além de estabelecer como um dos deveres do Estado assegurar à criança o direito à convivência familiar, não há como se acolher a tese albergada no texto da Lei nº 8.112/90 de que servidoras gestantes e adotantes devem ter direito à licença-maternidade com prazos diferenciados.

Na verdade, mãe e filho, havidos de uma relação biológica ou por adoção, formam uma unidade familiar e, como tal, merecem especial proteção do Estado.

Se a lei propõe que uma mãe que gera seu próprio filho precisa de 120 (cento e vinte) dias para cuidar, mais de perto, dessa criança e, a partir daí, criar os laços de afeição e amor que une a família, deveria ter previsto a situação das mães adotantes que, com certeza, seja por motivos orgânicos ou mesmo psicológicos, precisam de muito mais tempo para se adaptarem à nova situação e para criarem essa relação de intimidade e cumplicidade com os filhos.

Isso se explica pelo fato de que as mães naturais passam nove meses – período da gestação – carregando o filho no próprio ventre, período durante o qual se inicia o processo de adaptação à maternidade e de criação do vínculo de amor e ternura que une mãe e filho. E as mães adotantes não têm esse prazo para se acostumar com as transformações que advém da maternidade.

Esse período de licença-maternidade, na verdade, não deve ser entendido apenas como um direito da mãe, mas, também, como um direito da criança de ter ao seu lado, durante, aproximadamente, 4 (quatro) meses, a presença de sua genitora, provendo-a não só das necessidades alimentares básicas decorrentes dos primeiros meses de vida – a amamentação – como também das psicológicas, pois esse é um dos períodos da vida em que uma criança mais precisa da mãe por perto, proporcionando-lhe atenção, carinho e segurança.

Portanto, como bem abordado pelo douto representante do *Parquet* Federal, diante da incompatibilidade criada pela norma infraconstitucional entre situações de mesmo jaez – arts. 207 e 210 da Lei nº 8.112/90 – impõe-se conferir à redação do art. 210 interpretação conforme a Constituição, a qual permite compatibilizar os termos do excerto legal aos valores albergados pelo texto constitucional, atribuindo-lhe eficácia.

Vale chamar a atenção para um trecho da Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU) – art. 3º –, trazida à baila pelo ilustre representante do Ministério Público Federal, em seu bem lançado parecer, a qual foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 99.710/90. Ei-lo:

*1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, **devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.***

*2. Os Estados-Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, **levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei** e, com essa finalidade, tomarão todas as **medidas legislativas e administrativas adequadas.** (Fl. 58)*

Nesse diapasão, deve-se levar em consideração que a presença da mãe junto ao filho, nos primeiros meses de vida do bebê, não é somente um direito da genitora, mas também, e, numa escala muito maior, um direito da criança.

Como se não bastassem todos esses argumentos, não se pode olvidar que um bebê adotado necessita de muito mais atenção, em face da situação de vulnerabilidade e de carência em que se encontrava, antes da adoção, muitas vezes devido à falta de suporte emocional e humano nos lares para adoção.

Esse tratamento diverso dispensado a situações tão semelhantes se mostra ainda mais inaceitável quando se observa a Consolidação das Leis do Trabalho, lei de regência das relações empregatícias firmadas no setor privado, a qual, em seu art. 392-A, § 1º, fixou em 120 (cento e vinte) dias o prazo de licença-maternidade para as aquelas empregadas que se tornam mães adotivas ou obtêm a guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade para fins de adoção, em igualdade de condições com aquelas que dão à luz filho gerado em seus próprios ventres (art. 392, *caput*).

Se não bastassem todos esses argumentos, ainda tem-se o fato de que a Lei nº 8.112/90 não discrimina as situações dos pais naturais e dos adotivos, concedendo-lhes prazo único de 5 (cinco) dias consecutivos de licença-paternidade.

Sobre a questão em análise, colhe-se o seguinte aresto:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. CONCESSÃO DE LICENÇA-MATERNIDADE A ADOTANTE PELO PERÍODO DE 120 (CENTO E VINTE) DIAS. ART. 210 DA LEI 8.112/90. INCISO XVIII DO ART. 7º DA CF/88. SITUAÇÃO CONSOLIDADA.

1. Conquanto a Lei nº 8.112/90 determine a concessão de 90 (noventa) dias de licença remunerada à servidora que adotar menor de até um ano de idade, é de ser mantida a sentença que concedeu o benefício pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias, por necessária aplicação analógica do inciso XVIII do art. 7º, bem como dos art. 226 e 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988.

2. Apelação e remessa oficial desprovidas.

(TRF - Primeira Região, AMS - 200238000422996/MG, Primeira Turma, Decisão: 24/4/2006, DJData: 15/5/2006. Página: 21, Desembargador Federal José Amílcar Machado).

Por todos esses fundamentos, há que se estender à servidora adotante a mesma disciplina dirigida às servidoras gestantes, no que tange à licença-maternidade, concedendo-lhes o prazo de 120 (cento e vinte) dias.

Portanto, concedo a ordem impetrada para reconhecer à servidora impetrante o direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo da remuneração, prorrogando-se a licença que já lhe foi deferida – 90 (noventa) dias – por mais 30 (trinta) dias. Determino, por conseguinte, o reaprazamento das férias da impetrante, como requerido.

Assim voto.

## **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO N° 708-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA  
Recorrentes: CARLOS EUGÊNIO HOLANDA NOGUEIRA, JOSÉ WASHINGTON CARVALHO LIMA E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Recorridos: OS MESMOS, JUNDIAHY MOREIRA GUEDES FILHO E RAIMUNDO NONATO BRITO  
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ ARMANDO DA COSTA JÚNIOR E OUTROS (RECTES. E RECDOS.) E FRANCISCO LEOPOLDO MARTINS FILHO (RECDOS.)

**EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. SENTENÇA DE PRONÚNCIA E IMPRONÚNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ARTIGO 581, IV, DO CPPB. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO MEDIANTE EMPREGO DE TORTURA E EM CIRCUNSTÂNCIA ONDE A VÍTIMA SE ENCONTRAVA IMPOSSIBILITADA DE DEFESA. ARTIGO 121, § 2º, III E IV, DO CPB. PRELIMINARES DE INÉPCIA DA DENÚNCIA E DE CERCEAMENTO DE**

**DEFESA. NÃO ACOLHIMENTO. PROVA MATERIAL DO CRIME E INDÍCIOS DE AUTORIA. PROVA PLENA DE AUTORIA. MATÉRIA A SER RESOLVIDA PELO TRIBUNAL DO JÚRI FEDERAL. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. INCIDÊNCIA. JULGAMENTO POPULAR DOS RÉUS. SUBMISSÃO.**

**- Preenchidos os requisitos do artigo 41 do CPP e ausentes as causas de rejeição do artigo 43 do CPP, não há que se falar em inépcia da denúncia.**

**- Não se declara nulidade de ato se dele não resultar prejuízo efetivo para a parte que alega. Ademais, no presente caso, não houve prejuízo para a acusação ou para a defesa o indeferimento das diligências requeridas pela defesa, mormente quando se tem nos autos, desde a fase policial, o deferimento de tais diligências (supostamente essenciais para a defesa), como é o caso da perícia em uma garrafa plástica de refrigerante, tipo pet, encontrada na cela da vítima (fl. 499).**

**- A natureza da pronúncia é um misto de sentença e de remessa ao Tribunal do Júri.**

**- Somente quando evidente a inexistência de crime ou a ausência de indícios de autoria – em decorrência de circunstâncias demonstradas de plano e estreme de dúvidas – pode o Magistrado julgar improcedente a pretensão punitiva, impronunciando o réu, sendo que eventuais dúvidas sobre tais circunstâncias deverão ser dirimidas apenas pelo Tribunal do Júri.**

**- Na fase de pronúncia, reconhecida a materialidade do delito e indícios de autoria, inclusive em relação a co-réus, qualquer questionamento ou ambigüidade faz incidir a regra do in dubio pro societate, porquanto, havendo dúvida sobre a situação de fato deve prevalecer tal princípio, pois, por força da Constituição Federal, é o Tri-**

**bunal do Júri o juiz natural dos crimes dolosos contra a vida.**

**- Não sendo motivo de impronúncia as dúvidas porventura existentes quanto às condutas de cada um dos réus, acolhe-se o recurso da acusação, sob pena de subtrair do Tribunal do Júri questões cuja análise lhe compete. Ademais, a prova plena da autoria não pode ser analisada no juízo provisório da pronúncia, questão que deve ser resolvida no Tribunal do Júri – competente para tanto.**

**- Por sua vez, desacolhe-se o recurso dos réus pronunciados, pois, na fase de pronúncia, ao invés do princípio in dubio pro reo, incide o in dubio pro societate, onde se tem como suficientes a prova da materialidade delitiva e os indícios bastantes da autoria para determinar a submissão dos réus ao julgamento popular.**

**- Atendendo o constante das provas carreadas aos autos; do Laudo Tanatoscópico, exame de corpo de delito; da necropsia realizada por peritos da UNICAMP, são firmes ao demonstrar que a vítima sofreu lesões que lhes quebraram várias costelas e romperam órgãos internos sem que tivesse chance de se defender, estando a vítima imobilizada durante as agressões, afastando a hipótese de ter o fato acontecido após o seu confinamento junto com os demais presos, vez que as declarações dos próprios réus esclarecem que a vítima fora ali deixada sem algemas ou qualquer tipo de amarras, e, acolhendo, inclusive, o recurso ministerial, é de ter-se tal homicídio definido pelas qualificadoras presentes nos incisos III e IV do § 2º do artigo 121 do CPB, quais sejam, a prática de homicídio mediante emprego de tortura e ainda em circunstância onde a vítima se encontrava impossibilitada de tal defesa.**

- ***Preliminares de Inépcia de denúncia e de cerceamento de defesa rejeitadas.***
- ***Recurso em sentido estrito dos réus pronunciados improvido.***
- ***Recurso em sentido estrito do Ministério Público Federal provido para, em relação aos réus pronunciados Carlos Eugênio e José Washington, pronunciá-los nos termos do artigo 121, § 2º, III e IV, do CPB, bem como, em relação aos réus não pronunciados, Raimundo Nonato e Jundiahy Guedes, tê-los doravante pronunciados, igualmente, no artigo 121, § 2º, III e IV, do CPB, devendo, exatamente, nestes termos, ser todos estes réus, aqui nominados, encaminhados ao Tribunal do Júri Federal da Seção Judiciária do Ceará, a ser convocado por aquele Juízo com as cautelas legais.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento aos recursos dos réus pronunciados e dar provimento ao recurso do MPF para pronunciar todos os réus, recorrentes e recorridos, no art. 121, § 2º, III e IV, do CPB, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 12 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

Cuida a hipótese de sentença de fls. 3.513/3.525 da lavra do Exmo. Juiz Federal, Dr. Glêdison Marques Fernandes, da 12ª Vara/CE que pronunciou, nos termos do artigo 408 do CPP, os réus



Carlos Eugênio Holanda Nogueira e José Washington Carvalho Lima, agentes de Polícia Federal, pelo homicídio de José Ivanildo Sampaio Souza e, nos termos do artigo 409 do CPP, impronunciou os réus Francisco Viana de Queiroz, José Adeí Pereira Guerreiro, José Jares de Araújo Júnior, Dênis Tadeu Carvalho, Raimundo Nonato Brito e Jundiahy Moreira Guedes Filho pelo citado homicídio.

O Ministério Público Federal interpôs, fl. 3.539, recurso em sentido estrito da sentença de impronúncia, tão-somente em relação aos réus Jundiahy Guedes e Raimundo Nonato. Referidos réus apresentaram as respectivas contra-razões às fls. 3.655/3.673 e 3.559/3.591.

Por sua vez, os réus pronunciados Carlos Holanda e José Washington interpuseram recurso em sentido estrito, fls. 3.610/3.629. O MPF apresentou as contra-razões, respectivamente, às fls. 3.679/3.685.

Nos fatos, o Sr. José Ivanildo Sampaio Souza, vítima, encontrava-se preso, em face de prisão em flagrante por crime de tráfico de entorpecente, na dependência da carceragem da Polícia Federal no Ceará, quando foi encontrado morto na cela horas depois de ter sido qualificado e interrogado naquela unidade policial (o flagrante foi às 23:00h e a morte da vítima aproximadamente às 07:15 h da manhã). O MPF denunciou os oito policiais federais que, de alguma forma, estiveram em contato com a vítima como incursos no crime do artigo 121, *caput*, § 2º, III e IV, do CPB. Requereu o MPF, após a instrução criminal pelo juízo singular, que fossem condenados apenas os Srs. Jundiahy Moreira; Raimundo Nonato; Carlos Eugênio Holanda e José Washington.

No que concerne aos réus impronunciados, Srs. Jundiahy Moreira e Raimundo Nonato, o Magistrado entendeu que eles não participaram diretamente da prisão da vítima. Quanto aos réus pronunciados, entendeu que eles participaram da operação desde o começo da abordagem, da ordem de prisão e do aprisionamento na cela.

O Ministério Público Federal, nas razões de recurso em sentido estrito, fls. 3.530/3.539, pugna pela pronúncia dos réus impronunciados (Srs. Jundiahy Moreira e Raimundo Nonato) aduzindo

que os mesmos estavam no mesmo local onde estavam os réus pronunciados (Srs. Carlos Eugênio Holanda Nogueira e José Washington Carvalho Lima), no momento do espancamento da vítima, que lhe causou a morte. Sustenta que os réus impronunciados teriam participação ativa no crime, em face do Sr. Raimundo, à época, na condição de chefe de operações, ter o dever de acompanhar as investigações, bem como o tratamento dispensado a uma pessoa presa, sendo que ele é quem recebeu as chaves da cela para onde o preso foi levado. O Sr. Jundiahy confessou que estava na garagem da Superintendência da Polícia Federal – local onde possivelmente se deu o homicídio. Ao final, o MPF pugna pela classificação do crime de homicídio pelo emprego de tortura e de meio que impossibilitasse a defesa da vítima.

Por sua vez, os réus pronunciados, Srs. Carlos Eugênio e José Washington, fls. 3.610/3.629, nas razões de recurso em sentido estrito, suscitam, preliminarmente, inépcia da denúncia e nulidade por cerceamento de defesa em face de não realização de diligências requeridas na defesa prévia. No mérito, pugnam pela reforma da sentença de pronúncia, alegando ausência de indícios de autoria. Sustentam que os colegas de cela é que foram os responsáveis pelo espancamento e morte da vítima. Afirmam que o tempo em que permaneceram na companhia do preso correspondeu a poucos minutos necessários para encaminhá-lo até a sua cela.

Nas contra-razões, fls. 3.679/3.685, o Ministério Público Federal aduz não ser a denúncia inepta, uma vez que somente a instrução processual perante o Tribunal do Júri é que poderá esclarecer a conduta de cada um dos denunciados. Sustenta a inexistência de nulidade do processo e, no mérito, salienta que a vítima foi conduzida da delegacia até a cela pelos Srs. Agentes de Polícia Federal Carlos Eugênio e José Washington, sendo esta única oportunidade onde poderia ter se dado o espancamento. Aduz que se dúvida houver a respeito da participação de tais réus no citado homicídio, essa deverá ser dirimida perante o Tribunal do Júri, por força do princípio *in dubio pro societate*.

Parecer Ministerial, fls. 3.722/3.733, da lavra da Exma. Procuradora Regional da República, Dra. Maria do Socorro Leite Paiva, opinando pelo provimento do recurso da acusação e pelo improvi-

mento do recurso dos réus a fim de que os réus sejam submetidos ao julgamento popular, em face da incidência, inclusive, do princípio *in dubio pro societate*.

Cuidando a hipótese de recurso em sentido estrito, nos termos do Regimento Interno desta Corte, dispensei a remessa dos autos ao Revisor e pedi dia para julgamento.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator):

Cuida a hipótese de sentença de fls. 3.513/3.525, da lavra do Exmo. Juiz Federal, Dr. Glêdison Marques Fernandes, da 12ª Vara/CE, que pronunciou, nos termos do artigo 408 do CPP, os réus Carlos Eugênio Holanda Nogueira e José Washington Carvalho Lima, agentes de Polícia Federal, pelo homicídio de José Ivanildo Sampaio Souza e, nos termos do artigo 409 do CPP, impronunciou os réus Francisco Viana de Querioz, José Adeí Pereira Guerreiro, José Jares de Araújo Júnior, Dênis Tadeu Carvalho, Raimundo Nonato Brito e Jundiahy Moreira Guedes Filho pelo citado homicídio.

Inicialmente, oportuno transcrever excertos da peça vestibular:

(...) no dia 25 de outubro de 1995, por volta das 08:00 horas, foi encontrado morto, na cela nº 06 do Setor de Custódia da Superintendência da Polícia Federal no Ceará, o preso José Ivanildo Sampaio Souza, em consequência das múltiplas lesões traumáticas que lhe foram infligidas pelos denunciados. José Ivanildo Sampaio Souza havia sido preso no dia anterior, 24 de outubro de 1995, pelas 17:30 horas, quando trafegava em um veículo Corcel II, nas imediações do anel viário de Fortaleza, na saída para a cidade de Eusébio, após ter sido abordado pelos policiais Jundiahy Moreira, José Washington, Carlos Eugênio e José Adeí, que encontraram em seu poder 70 gramas de maconha, 2 gramas de cocaína, 1,15 gramas de haxixe e um revólver calibre 38.

Após a prisão, a vítima foi conduzida pelos policiais para a sede da Superintendência da Polícia Federal, onde chegou

por volta das 18:00 horas. O grupo ingressou pela garagem do prédio e subiu até as dependências da Delegacia de Prevenção e Repressão a Entorpecentes - DPRE, situada no 1º andar. O preso foi então apresentado ao Delegado de Polícia Federal Francisco Viana Queiroz, substituto daquela especializada.

Já nas dependências da DPRE, o preso José Ivanildo foi levado à sala de operações, onde teria permanecido até o momento de ser ouvido no auto de prisão em flagrante, por volta das 21:00 horas, lavrado pelo Delegado Francisco Viana Queiroz, com o auxílio do Escrivão Francisco Fábio Girão Lima. Após ser ouvida no auto de prisão em flagrante, a vítima foi reconduzida à sala de operações, onde teria ficado até ser recolhido a uma das celas do Setor de Custódia da Polícia Federal, isto por volta das 23:30 horas.

Terminada a lavratura do flagrante, por volta das 23:30 horas, por determinação do Delegado Francisco Viana, foi o preso Ivanildo conduzido pelo denunciado Carlos Eugênio para ser recolhido a uma das celas do Setor de Custódia da Superintendência da Polícia Federal. No percurso até a carceragem, realizado pela escada interna do prédio, passando pela garagem, o preso Ivanildo e seu condutor, o agente Nogueira, encontraram-se com os agentes Jundiahy, Brito e Washington, sendo que este último acompanhou-os até a cela de nº 06, situada nos fundos do segundo corredor, e que já abrigava os detidos Francisco Reginaldo e José Osmarino.

Segundo versão dos companheiros de cela, a vítima passou a madrugada a gemer, vomitar, beber água e reclamar de dores no abdome, até que foi encontrada morta, por volta das 08:00 horas do dia 25.10.95, na posição sentada sobre base de cimento, à esquerda do vaso sanitário, com os membros superiores e inferiores estendidos, dedos parcialmente entrelaçados sobre a região pubiana e pescoço pendido para a direita, conforme laudo de exame no local do fato.

O laudo de exame cadavérico realizado por peritos médicos do IML do Ceará, após a descrição de inúmeras lesões verificadas no corpo da vítima José Ivanildo, provocadas por instrumento contundente, dentre as quais destacam-se “equimoses extensas em ambos os lados laterais do tórax e em barra, ainda mais acentuada na face anterior do tórax e abdome”, “equimoses também em barra em toda região posterior do tórax”, “fraturas dos 7º, 8º, 9º e 10º arcos costais anteriores

de ambos os lados”, conclui como causa da morte “hemorragia abdominal interna aguda, em consequência de lesões traumáticas no rim esquerdo e fígado”.

O laudo médico-legal elaborado pelos peritos da UNICAMP, acerca da exumação e necrópsia procedidas, descreveu as lesões encontradas no cadáver de José Ivanildo. As lesões de natureza acentuada, que causaram a morte da vítima, são de diferentes formas, inclusive de forma cilíndrica. Afirmaram também os peritos que as dores, vômitos e a sede de que reclamara a vítima constituem sintomas de lesões sofridas, e que tal processo sintomatológico foi lento e progressivo, à medida que o tempo passava.

Na sala de operações da DPRE estiveram, no período em que ali permanecera o preso José Ivanildo, os denunciados Nogueira, Washington, Jares, Guerreiro, Brito, Jundiahy e Dênis. O denunciado Washington foi visto, inclusive, por volta das 22:30 horas, agachado próximo ao preso, supostamente realizando a entrevista quanto à vida pregressa deste.

Apresentado o preso José Ivanildo Sampaio Souza, por volta das 18:00 horas, ao Delegado Francisco Viana de Queiroz, nas dependências da DPRE, foi aquele levado à sala de operações, onde passou a sofrer espancamentos que lhe causaram a morte. São uníssonos os depoimentos dos indivíduos Reginaldo e José Osmarino, presos na mesma data e com ingresso na DPRE por volta das 18:30 horas, no sentido de terem escutado batidas e gemidos, como a revelar que alguém estivesse sendo agredido. Além do Delegado Francisco Viana de Queiroz, que ali todo o tempo permanecera, todos os demais agentes denunciados estiveram também presentes nas dependências da DRPE, em revezamento na guarda do preso José Ivanildo, embora um ou outro tivesse que se ausentar momentaneamente (...).

O Ministério Público Federal interpôs, fl. 3.539, recurso em sentido estrito da sentença de impronúncia, tão-somente em relação aos réus Jundiahy Guedes e Raimundo Nonato.

Nas razões de recurso em sentido estrito, o MPF, fls. 3530/3.539, pugna pela pronúncia dos réus impronunciados (Srs. Jundiahy Moreira e Raimundo Nonato), aduzindo que os mesmos estavam no mesmo local onde estavam os réus pronunciados (Srs. Carlos Eugênio Holanda Nogueira e José Washington Carvalho Lima), no momento do espancamento da vítima, que lhe causou a

morte. Sustenta que os réus impronunciados teriam participação ativa no crime, em face do Sr. Raimundo, à época, na condição de chefe de operações, ter o dever de acompanhar as investigações, bem como o tratamento dispensado a uma pessoa presa, sendo que ele é quem recebeu as chaves da cela para onde o preso foi levado. O Sr. Jundiahy confessou que estava na garagem da Superintendência da Polícia Federal – local onde possivelmente se deu o homicídio. Ao final, o MPF pugna pela classificação do crime de homicídio pelo emprego de tortura e de meio que impossibilitasse a defesa da vítima.

Nas razões de recurso em sentido estrito, os réus pronunciados, Srs. Carlos Eugênio e José Washington, fls. 3.610/3.629, suscitam, preliminarmente, inépcia da denúncia e nulidade por cerceamento de defesa em face de não realização de diligências requeridas na defesa prévia. No mérito, pugnam pela reforma da sentença de pronúncia, alegando ausência de indícios de autoria. Sustentam que os colegas de cela é que foram os responsáveis pelo espancamento e morte da vítima. Afirmam que o tempo em que permaneceram na companhia do preso correspondeu a poucos minutos necessários para encaminhá-lo até a sua cela.

Nas contra-razões, fls. 3.679/3.685, o Ministério Público Federal aduz não ser a denúncia inepta, uma vez que somente a instrução processual perante o Tribunal do Júri é que poderá esclarecer a conduta de cada um dos denunciados. Sustenta a inexistência de nulidade do processo e, no mérito, salienta que a vítima foi conduzida da delegacia até a cela pelos Srs. Carlos Eugênio e José Washington, sendo esta única oportunidade onde poderia ter se dado o espancamento. Aduz que, se dúvida houver a respeito do local exato onde se deram as condutas criminosas, essa deverá ser dirimida perante o Tribunal do Júri, por força do princípio *in dubio pro societate*.

### **PRELIMINARES ARGÜIDAS PELOS RÉUS PRONUNCIADOS**

As preliminares de inépcia da denúncia e nulidade por cerceamento de defesa em face de indeferimento de diligências, ora argüidas, em sede de recurso em sentido estrito pelos réus pronunciados Srs. Carlos Eugênio e José Washington, foram enfrentadas na sentença de pronúncia (fls. 3.515/3.517).

Quanto à alegada preliminar de inépcia da denúncia, tem-se, conforme se verifica acima, que a denúncia individualizou as seguintes condutas aos réus pronunciados: “Encerrado o ato de lavratura do flagrante, por volta das 23:30 horas, por determinação do Delegado Francisco Viana Queiroz, foi o preso Ivanildo conduzido pelo denunciado Carlos Eugênio Holanda Nogueira, para ser recolhido a uma das celas do Setor de Custódia da Superintendência da Polícia Federal. No percurso até a carceragem, realizado pela escada interna do prédio, passando pela garagem, o preso Ivanildo e o seu condutor, o agente Nogueira, encontraram-se com os agentes Jundiahy, Brito e Washington, sendo que este último acompanhou-os até a cela de nº 06 (...)”.

Preenchidos os requisitos do artigo 41 do CPP e ausentes as causas de rejeição do artigo 43 do CPP, não há que se falar em inépcia da denúncia.

Ademais, sendo, pois, “admitida a narração genérica dos fatos, sem discriminação das condutas específicas de cada denunciado (...), eis que só a instrução pode esclarecer quem concorreu, participou ou ficou alheio à ação ilícita ou ao resultado com ela obtido (RT 742/533), o que, na hipótese, será obtido no Tribunal do Júri.

Quanto à alegada nulidade por cerceamento de defesa, é de corroborar-se o entendimento do Magistrado sentenciante, fl. 3516, onde o mesmo enfrentou tais arguições, afastando-as por entender que não houve prejuízo para a acusação ou para defesa o indeferimento das diligências requeridas

Ressalte-se que, ainda na fase policial, foram deferidas diligências (supostamente essenciais para a defesa), como é o caso da perícia em uma garrafa de plástico encontrada na cela da vítima, fl. 499.

Os réus não demonstram qual prova teve sua produção negada e qual o prejuízo suportado pela defesa, pelo que se impõe corroborar-se o entendimento do Magistrado sentenciante, fl. 3.516, onde o mesmo enfrentou tais arguições, afastando-as por entender que não houve prejuízo para a acusação ou para a defesa o indeferimento das diligências requeridas.

Diante de tais considerações, rejeito as preliminares argüidas.

## **REQUERIMENTOS DA ACUSAÇÃO (reforma da sentença de impronúncia para pronunciar JUNDIAHY MOREIRA E RAIMUNDO NOTATO)**

O Ministério Público Federal recorre em sentido estrito da sentença (fls. 3.530/3.539) que impronunciou os réus Srs. Jundiahy Moreira e Raimundo Nonato.

O Magistrado sentenciante, após analisar as provas dos autos, decidiu pronunciar os réus Carlos Eugênio Holanda e José Washington por entender que sobre estes recaíram indícios de executores materiais, não obstante constatar, na sua sentença, que as dúvidas por ele suscitadas deveriam ser dissipadas pelo Tribunal do Júri, em decorrência do princípio *in dubio pro societate*, conforme se verifica à fl. 3.525.

O fundamento da impronúncia do Sr. Raimundo Nonato Brito foi o de que o mesmo não participou diretamente da operação que resultou na prisão da vítima, pois apenas a coordenou à distância (fls. 3.524), e o do Sr. Jundiahy Moreira Guedes Filho porque o mesmo chegou à Superintendência da Polícia Federal por volta das 23h e viajou para Sobral entre 23:30h e meia-noite. O flagrante de Ivanildo terminou pelas 23:00h ou 23:10h (fl. 3.522), descartando a possibilidade de, nesse pequeno intervalo, haver participado da sessão de espancamento.

Para um melhor esclarecimento do fato, há de perquirir-se se os dois acusados impronunciados, Raimundo Nonato Brito e Jundiahy Moreira Guedes Filho, estavam presentes no momento em que a vítima foi conduzida para a cela pelos réus pronunciados Carlos Eugênio e José Washington.

### **REÚ IMPRONUNCIADO - RAIMUNDO NONATO BRITO**

Era o chefe de operações, à época, e foi quem comandou e controlou, do começo ao fim, a missão que culminou com a prisão e morte de Ivanildo.

Depoimento do réu Raimundo Nonato Brito na Polícia Federal (fls.100/104) afirmou: "(...) que, após ultimar os preparativos da viagem a Sobral/CE, desceu para recolher à garagem uma das viaturas desta Superintendência Regional, sendo que o portão da garagem foi aberto pelo AP Washington, e, no momento em que



estava manobrando, o APF Jundiahy desceu, tendo recebido a orientação para retirar a D-20 da garagem e deixar em frente do prédio para facilitar a saída a Sobral/CE; que não sabe precisar a hora em que este fato ocorreu, podendo ser por volta das 23:30 horas; que, ainda quando as viaturas estavam sendo manobradas, observou quando o APF Nogueira descia com o preso e, após receber a chave da custódia, que foi jogada pelo plantão, dirigiu-se em direção às celas, sendo nessa ocasião acompanhado pelo APF Washington, que ainda permanecia na garagem”.

Depoimento do réu Raimundo Nonato Brito em Juízo (fls.1265/1.266) afirmou: “(...) que estava na garagem quando Ivanildo vinha chegando na garagem escoltado pelo policial Nogueira, que quando saiu da garagem subiu para o plantão e nesta oportunidade o preso estava sendo conduzido, que presenciou quando alguém jogou a chave da cela para Nogueira.

Em relação ao fato do referido agente ter pedido e recebido a chave da cela e ter devolvido tal chave à agente de plantão, confirmaram-se os depoimentos da Sra. Maria Viana de Carvalho, agente da Polícia Federal de plantão no dia dos fatos, e do Sr. João Batista Ferreira, agente policial, *in verbis*:

**Depoimentos da testemunha MARIA VIANA DE CARVALHO - agente de Polícia Federal de plantão no dia do homicídio:**

(...) que, por volta das vinte e três horas e trinta minutos, recebeu uma ligação interna, pedindo para jogar a chave da Custódia, pois teriam que recolher um preso; que foi até a janela que dá acesso ao pátio da garagem, tendo reconhecido rapidamente aos APFs Brito e Nogueira para quem jogou a chave, retornando de imediato ao Serviço de Plantão; que, com certeza, apesar de ter visto rapidamente, pode afirmar que quem estava ali para receber a chave, eram os APFs Brito e Nogueira (fls. 79/81).

(...) que, mais ou menos por volta das 23:30 h, algum agente lhe telefonou pedindo para jogar a chave da cela, pois tinha um preso a ser recolhido, então a depoente rapidamente foi até o corredor e jogou a chave para o APF Brito e o APF Nogueira; que, nessa ocasião, não chegou a visualizar Ivanildo acompanhando os agentes; que, salvo engano, quem foi lhe devolver a chave foi o APF Brito (fls. 1.881/1.852).

## **Depoimento do agente policial JOÃO BATISTA FERREIRA (fls. 74/76)**

(...) que, por volta das 23:30 h, saiu para realizar uma ronda externa em volta da Superintendência, tendo demorado cerca de quinze minutos, e, ao retornar, a APF Viana informou ao APF Moacir que, por solicitação dos policiais Brito e Nogueira, havia jogado as chaves da custódia para o preso que tinha sido ouvido.

## **RÉU IMPRONUNCIADO – JUNDIAHY MOREIRA GUEDES FILHO**

Como bem fez ver S. Exa. o Procurador da República, em sede de alegações finais, em relação ao referido réu, “como no caso de Washington, é impossível sequer admitir que Jundiahy, o qual permaneceu o tempo inteiro na garagem – fato confessado por ele –, não presenciou, se é que não desferiu, as pancadas contra José Ivanildo ou, ainda, não estranhou o fato de que o preso foi mantido, durante mais de 20 minutos, em local diverso da custódia. Outrossim, percebe-se a incoerência nos depoimentos prestados pelo denunciado (fls. 94/96 e 1.790/1.793), quando afirma ter visto Nogueira e Washington descendo à garagem com o preso. Na verdade, é incontroverso que este fora conduzido da Delegacia apenas pelo primeiro. O delatado Washington já estava na garagem antes da descida do custodiado”.

E, acrescenta a acusação, em relação aos dois acusados-impronunciados: “(...) o fundamento da impronúncia desses dois réus, como visto, não pode prosperar. Ambos tiveram participação ativa no desenrolar dos fatos, desde a prisão de Ivanildo até o seu recolhimento na cela, a partir das 23:30 hs. Como chefe de operação, o acusado Brito tinha o dever de acompanhar as investigações e o tratamento dado àquele preso, tanto que o referido policial foi quem recebeu as chaves da cela, por volta das 23:30 h, da plantonista da SR/DPF/CE e, no mínimo, omitiu-se em impedir o espancamento que resultou na morte da vítima.

A tese de ter sido a vítima espancada por seus colegas de cela, é de considerar-se que, se restasse comprovado que os atos de agressão contra a vítima partiram inicialmente dos colegas de cela, os policiais de plantão que estavam no recinto não deixariam

de ser responsabilizados por omissão, diante do poder-dever de interferir para fazer parar tais agressões contra a vítima.

Oportuno registrar excertos dos exames e laudos realizados: com efeito, o auto de **exame de corpo de delito (fls. 451)** e da necropsia realizada por peritos da UNICAMP, cujas conclusões e respostas a questionários encontram-se às fls. 36/46 do volume 7 dos apensos, são firmes ao demonstrar:

(...) que **a vítima sofreu lesões que lhes quebraram várias costelas e romperam órgãos internos sem que tivesse chance de se defender**. Esse fato revela estar a vítima imobilizada durante as agressões, afastando a hipótese de ter o fato acontecido após o seu confinamento junto com os demais presos, vez que **as declarações dos próprios réus esclarecem que a vítima fora ali deixada sem algemas ou qualquer tipo de amarras. O laudo de exame cadavérico ainda revela que as lesões foram produzidas por instrumento cilíndrico, similar ao cacete (...)**.

Colhe-se do Laudo de Exame em Local da Morte, realizado pelo setor de criminalística da Polícia Federal no Ceará:

(...) Referido cadáver achava-se com os membros superiores e inferiores estendidos, dedos parcialmente entrelaçados sobre a região púbica e pescoço pendido para a direita.  
DO EXAME PERINECROSCÓPICO: examinando externamente o corpo que já apresentava início de rigidez cadavérica, foram observadas lesões tipo contusa, caracterizadas por equimoses (manchas avermelhadas), visíveis na região torácica, face anterior, nos pulsos esquerdo e direito escoriações com extensão variando entre 1 a 3 cm; no pescoço, lado esquerdo, equimose com extensão de, aproximadamente, 5 cm.

**O laudo de exame cadavérico, fl. 32 e verso do volume 01**, realizado por Peritos Médicos do IML do Ceará, após a descrição de inúmeras lesões verificadas no corpo da vítima José Ivanildo, provocadas por instrumento contundente, dentre as quais destacam-se **“equimoses extensas em ambos os lados laterais do tórax e em barra, ainda mais acentuada na face anterior do tórax e abdome”, “equimoses também em barra em toda região posterior do tórax”, “fraturas dos 7º, 8º, 9º e 10º arcos costais anteriores de ambos os lados”, escoriações lineares em torno dos punhos; congestão e edema encefálico.**

**Concluíram os Srs. Peritos do IML do Ceará que se trata-va de morte real por hemorragia abdominal interna aguda, em consequência de lesões traumáticas no rim esquerdo e fígado, causadas por “instrumento contundente”.**

O laudo médico-legal elaborado pelos peritos da UNICAMP, acerca da exumação e necrópsia procedidas, descreveu as lesões encontradas no cadáver de José Ivanildo. As lesões de natureza acentuada, que causaram a morte da vítima, são de diferentes formas, inclusive de forma cilíndrica. **Afirmaram também os peritos que as dores, vômitos e a sede de que reclamara a vítima constituem sintomas de lesões sofridas, e que tal processo sintomatológico foi lento e progressivo, à medida que o tempo passava.**

A tese de terem os presos se utilizado de uma garrafa plástica, tipo “pet”, de dois litros, para espancar a vítima, também foi afastada pela perícia solicitada pelos réus (fl. 499), como se vê no laudo de fls.09/32 do volume 09 dos apensos. A hipótese de terem os presos se utilizado de objeto que estaria no corredor, fora da cela, foi de igual modo afastada, inclusive pelo depoimento do Sr. Perito (fls. 2.080/2.081).

É de registrar-se, ainda, que, quanto ao local do crime, indícios apontam para a garagem daquela Superintendência, caminho obrigatório para as celas.

**Depoimento de fls. 1.879 (5° volume) da testemunha arrolada pela acusação, Sra. HELENITA DE FREITAS PINHEIRO, que se encontrava presa na carceragem da Polícia Federal no dia da morte da vítima IVANILDO:**

(...) que, na madrugada que ocorreu a morte de Ivanildo, a depoente se encontrava presa nas dependências da Polícia Federal, numa cela localizada num mesmo vão; que, durante a noite, não escutou nenhum grito vindo da cela; que, somente escutou gritos vindo da garagem, ou de algum outro local, na madrugada em que Ivanildo morreu, gritos de quem se encontrava sofrendo, pedindo socorro; que escutou pedidos de ajuda no dia da morte de Ivanildo, por volta das cinco da manhã.

O depoimento revela que a testemunha ouviu gritos de alguém que estaria sofrendo, gritos estes que vinham da garagem.

**Depoimento de fls.1.904/1.906 (5° volume) da testemunha arrolada pela acusação, Sr. JORGE ALBIOL RUIZ, espanhol, que se encontrava preso na carceragem da Polícia Federal no dia da morte da vítima IVANILDO:**

(...) que, indagado sobre o grau de hostilidade com os acusados, respondeu que foi torturado por policiais federais dentro de sua casa, teve um dente e três costelas quebradas e um punho cortado dentro de seu restaurante.

Que estava preso na Polícia Federal na noite que antecedeu a morte de Ivanildo; que estava nas dependências da Polícia Federal há uma ou duas semanas; que estava acordado quando Ivanildo foi conduzido à cela, assim como todos os demais estavam acordados; que não escutou o diálogo entre os policiais que arrastaram Ivanildo; que Ivanildo estava bastante mal; que Ivanildo estava mal porque tinha apanhado, na oportunidade a vítima falou que tinha apanhado; que viu Ivanildo quando ele estava sendo arrastado para a prisão; que percebeu em Ivanildo ferimentos e machucados; que Ivanildo estava com hematomas de pancada na cabeça; que Ivanildo disse ao depoente que estava sendo torturado aproximadamente às três horas da manhã; que o depoente sabe que era sangue, pois pelo barulho do eco o depoente indagou a Ivanildo e ele disse que estava vomitando sangue; que, chamado por ajuda, o policial desceu e iria trazer analgésico, mas não voltou mais; que, um dos que estavam conduzindo Ivanildo para a cela é um dos réus aqui presentes, Carlos Eugênio Holanda; que, antes de entrar na cela, Ivanildo recebeu uns bofetes; que Helenita, (uma presa) que estava em uma cela junta à do depoente, comentou com o depoente que Ivanildo estava apanhando; que Ivanildo comentou que ele começou a apanhar fora da Polícia, mas pouco falou sobre o estado precário dele.

O depoimento revela que a testemunha presenciou a vítima ser arrastada para a cela por policiais, fato confirmado pelo testemunho de um dos colegas de cela da vítima **FRANCISCO REGINALDO XAVIER FEITOSA** (fls. 291/294), *in verbis*:

(...) esclarece que, ao chegar na Superintendência da Polícia Federal no Ceará, entre 18:30 e 19:00 horas no dia 24 de outubro de 1995, após ser preso, foi levado para uma sala, enquanto José Osmarino foi levado para outro compartimento; que, logo que chegou nesta sala, viu um policial passando

e entrando na sala vizinha e quando a porta foi aberta o depoente viu claramente um homem sentado no chão, algemado com as mãos para trás, com o corpo inclinado para a frente (...);

que, mesmo com a porta fechada, o depoente ouviu gemidos oriundos da sala onde se encontrava o citado indivíduo, dando a entender que o mesmo estava sendo agredido;

que, logo em seguida, um policial baixinho, forte, calvo, moreno claro, levou o reinquirido para uma outra sala e com uma palmatória que já trazia consigo lhe aplicou seis “bolos” em cada mão;

que, ao chegar na cela, já estava deitado sobre a esponja, no chão da cela, e Osmarino deitado na parte superior do beliche, quando chegaram defronte da cela em que se encontrava policiais conduzindo o preso que vira sentado no chão na sala já descrita (...);

que, em seguida, a cela foi aberta e o mesmo policial deu um “pescoção” no preso, empurrando-o em direção ao beliche de cimento, tendo o preso deitado na parte inferior; que o preso, logo que os policiais saíram, indagado porque gemia, informou que fora espancado lá em cima, por mais de oito policiais, com um pedaço de pau, sendo dois deles quebrados, isso para entregar o “fumo”, ou seja, dizer onde estava a maconha (...);

que, durante toda a noite, aquele preso gemia bastante de dor, vomitou várias vezes, após ingerir água de torneira; que o mesmo dizia também que estava suando frio, o que fazia molhar a cabeça para tentar melhorar a agonia (...);

que, pelo barulho ouvido, o reinquirido se dirigiu ao local e notou que o preso estava sentado no batente da privada com a calça arriada, recostado na parede, com o pescoço virado para o lado (...);

que o depoente permaneceu ainda na cela com o preso morto até mais ou menos por volta das dez horas, quando foram levados para prestarem depoimentos, que o policial parecido com Cristo, ao empurrar o preso que faleceu para dentro do xadrez, dirigindo-se para o depoente Osmarino, disse a seguinte expressão: “amanhã será a vez de vocês” (...).

Diante de tais considerações e pelas provas coligidas nos autos, acolho os argumentos do Ministério Público Federal, inclusive pelos seus próprios fundamentos fáticos-jurídicos, para concluir-se pela pronúncia de Raimundo Nonato Brito e Jundiahy Mo-

reira Guedes pelo homicídio do Sr. José Ivanildo Sampaio Souza, na medida que as provas acostadas aos autos demonstram indícios de autoria no sentido de que os mesmos estavam no local e horário da ocorrência do fato, juntamente com os réus pronunciados Carlos Eugênio Holanda Nogueira e José Washington Carvalho Lima, devendo a participação, se dúvida existir, dos referidos réus, que ora se pronunciam, no citado homicídio, ser dissipada na instrução pelo Tribunal do Júri, em face do princípio *in dubio pro societate*.

As dúvidas existentes quanto às condutas de cada um dos réus não são motivo para a impronúncia, sob pena de suprimir a instância soberana do Júri.

### **REQUERIMENTOS DOS RÉUS PRONUNCIADOS (reforma da sentença de pronúncia)**

Conforme analisado acima, a pronúncia dos réus José Washington e Carlos Eugênio há de ser mantida, uma vez que a certeza da materialidade do crime não se discute e, no que pertine à autoria, indícios suficientes demonstram que foram esses réus que acompanharam a prisão da vítima, bem como os últimos agentes que com ele tiveram contato.

Despiciendo afirmar-se que a natureza da pronúncia é um misto de sentença e de remessa ao Tribunal do Júri. A impronúncia se dá quando o juiz de direito não se convencer da existência do crime ou de indício suficiente de que seja o réu seu autor e julgar improcedente a denúncia. *Ex vi* do artigo 409 do CPP, a sentença que impronuncia o acusado não faz coisa julgada material – haverá apenas preclusão do prazo para recurso em sentido estrito (artigo 581 do CPP). Ao impronunciar o acusado, o juiz não vislumbra a existência de indícios idôneos de autoria e prova da existência do crime. Não é este sítio o momento oportuno para profunda análise da prova produzida. Uma análise detida da prova nessa oportunidade poderia subtrair o julgamento da causa do Juiz Natural, que é o Tribunal do Júri Federal, na hipótese.

Nesse diapasão, convencido o Juiz *a quo* da existência de crime e indícios de autoria em relação aos réus pronunciados, não é difícil concluir-se que somente poderia o juiz impronunciar os co-

réus se evidentes fossem a inexistência de crime ou indícios de autoria – demonstradas de plano e estreme de dúvidas.

Na hipótese, a dúvida da participação dos réus impronunciados e/ou mesmo dos réus pronunciados milita em prol da sociedade e não do acusado, vigorando o princípio do *in dubio pro societate* e não do *in dubio pro reo*.

Por outro lado, em se falando de impronúncia, diferentemente da absolvição sumária, onde o juiz se convence, desde logo, da existência de circunstância que exclua o crime ou isente de pena o réu. Nessa hipótese, o juiz não submeterá o réu a julgamento pelo Tribunal do Júri, desde que constate de forma estreme de dúvidas, por meio de prova plena, incontroversa a ocorrência de excludente de ilicitude ou culpabilidade (arts. 20 a 23 e 26, *caput*, e 28, § 1º, do CPB).

A conclusão absolutória não pode decorrer da comparação de nuances das provas para aceitação de uma das versões conflitantes.

Ademais, na fase de pronúncia, reconhecida a materialidade do delito, inclusive em relação aos co-réus, qualquer questionamento ou ambigüidade faz incidir a regra do *in dubio pro societate*, porquanto, havendo dúvida sobre a situação de fato, deve prevalecer tal princípio, pois, por força da Carta Magna, é o Tribunal do Júri o Juiz Natural dos crimes dolosos contra a vida.

No mesmo sentido, no quanto da classificação do crime de homicídio simples para o qualificado pelo emprego de tortura e de meio que impossibilitasse a defesa da vítima, conforme requerido pelo MPF, no seu recurso em sentido estrito, considerando que, nos termos do artigo 408, § 1º, do CPPB, na sentença de pronúncia o juiz há de declarar os dispositivos legais em cuja sanção entender incurso o réu e que exatamente é na sentença de pronúncia que o Ministério Público apresentará o Libelo-Crime, conforme previsto no artigo 417 do mesmo dispositivo legal, onde delineará a tese da acusação, devendo, assim, além de expor os fatos, deduzidos por artigos, indicar as circunstâncias que entenda que envolvam a ação imputada aos réus, em um autêntico retrato do comportamento dos mesmos a ser apresentado ao Tribu-



nal do Júri, é que na sentença de pronúncia deve já estar delineada a conduta do réu conforme apanhada nos autos até então com todas as circunstâncias que a envolvam, causas especiais de aumento ou diminuição, agravantes e atenuantes e, logicamente, qualificadoras, se o caso, deixando-se, logicamente, à soberania do Tribunal do Júri que sobre as mesmas ao final se pronuncie, afinal aquele Tribunal que é o Juiz Natural competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida – artigo 5º, XXXVIII, da CF/88.

Assim ocorrendo, conforme constatado na hipótese, as condutas dos réus Raimundo Nonato e Jundiahy Guedes se apresentaram idênticas às condutas encontradas como havidas das partes dos réus pronunciados Carlos Eugênio e José Washington, não há como deixar de pronunciar aqueles réus nos mesmos dispositivos penais imputados aos já pronunciados, no caso, o crime de homicídio.

Atendendo o constante das provas carreadas aos autos, do Laudo Tanatoscópico, exame de corpo de delito (fl. 451) e da necropsia realizada por peritos da UNICAMP, cujas conclusões e respostas a questionários encontram-se às fls. 36/46 do volume 7 dos apensos, são firmes ao demonstrar que a vítima sofreu lesões que lhes quebraram várias costelas e romperam órgãos internos sem que tivesse chance de se defender, estando a vítima imobilizada durante as agressões, afastando a hipótese de ter o fato acontecido após o seu confinamento junto com os demais presos, vez que as declarações dos próprios réus esclarecem que a vítima fora ali deixada sem algemas ou qualquer tipo de amarras. O laudo de exame cadavérico ainda revela que as lesões foram produzidas por instrumento cilíndrico, similar ao cacetete, acolhendo, inclusive, o recurso ministerial, é de ter-se tal homicídio definido pelas qualificadoras presentes nos incisos III e IV do § 2º do artigo 121 do CPB, quais sejam, a prática de homicídio mediante emprego de tortura e ainda em circunstância onde a vítima se encontrava impossibilitada de tal defesa.

Diante de todas estas considerações, rejeito as preliminares argüidas pelos réus pronunciados e, no mérito, nego provimento ao recurso dos réus pronunciados e dou provimento ao recurso em sentido estrito do Ministério Público Federal para, em relação aos réus pronunciados Carlos Eugênio e José Washington, pro-

nunciá-los nos termos do artigo 121, § 2º, III e IV, do CPB, bem como, em relação aos réus não pronunciados, Raimundo Nonato e Jundiahy Guedes, tê-los doravante pronunciados, igualmente, no artigo 121, § 2º, III e IV, do CPB, devendo exatamente, nestes termos, serem todos estes réus, aqui nominados, encaminhados ao Tribunal do Júri Federal da Seção Judiciária do Ceará a ser convocado por aquele Juízo com as cautelas legais.

É o meu voto.

## **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 951-PE**

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI  
Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Recorrido: JASPE J. A. PACÍFICO LTDA.  
Adv./Proc.: DR. WALFRIDO GOUVEIA DE GUSMÃO (RECDO.)

***EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME PREVISTO NO ART. 40, CAPUT, DA LEI Nº 9.605/98. DESMATAMENTO E ATERRO DE ÁREA DE MANGUEZAIS. MATA ATLÂNTICA. AUSÊNCIA DE LESÃO A BENS, SERVIÇOS OU INTERESSE, DIRETO E ESPECÍFICO, DA UNIÃO FEDERAL, SUAS ENTIDADES AUTÁRQUICAS OU EMPRESAS PÚBLICAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.***

***- O fato de a Constituição Federal estabelecer em seu art. 225, § 4º, que a Mata Atlântica é patrimônio nacional, não tem o condão de atrair a competência para a Justiça Federal.***

***- A competência administrativa do IBAMA, pertinente à fiscalização da preservação florestal e eventual desmatamento, não implica fixação da competência da Justiça Federal para julgar crimes contra o meio ambiente.***

***- O crime previsto no art. 40, caput, da Lei nº 9.605/98 somente atrai a competência da Justiça Fe-***

***deral se ficar comprovada lesão a bens, serviços, ou interesse, direto e específico, da União Federal, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas.***

***- Competência da Justiça Estadual para processamento e julgamento do feito.***

***- Recurso em sentido estrito improvido.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso em sentido estrito, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em negar provimento ao recurso em sentido estrito, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 23 de janeiro de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI -  
Relatora

## **RELATÓRIO**

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo MPF contra a decisão de fl. 208, datada de 10.05.2006, proferida pelo MM. Juiz da 4ª Vara Federal/PE, nos autos da Ação Penal nº 2001.83.00.002795-2, que declarou a incompetência do Juízo para processar e julgar o presente feito, determinando sua remessa à Justiça Estadual, por reconhecer inexistir lesão ou ameaça de lesão a bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, na apuração de crime contra o meio ambiente, e pelo fato de a presença do IBAMA, atuando como órgão fiscalizador, não gerar a competência federal.

A peça acusatória, datada de 05.03.2001 (fls. 03-08), imputou à empresa Jaspe J. A. Pacífico Ltda. a prática do tipo previsto no art. 40, *caput*, da Lei nº 9.605/98, em razão de desmatamento e

aterro de cerca de 200 m<sup>2</sup> (duzentos metros quadrados) de manguezais, sem autorização do IBAMA, no mês de abril de 1998. A denúncia foi recebida em 22.03.2001 (fl. 92).

Nas razões de recurso de fls. 212/225, a Procuradora Regional da República Sônia Maria de Assunção Macieira tomou por base trabalho da lavra do Procurador da República Marcos Antônio da Silva Costa, intitulado “*A Mata Atlântica no Tribunal Supremo: sobre a competência da Justiça Federal para os crimes ambientais contra a Mata Atlântica*”. Consoante o *Parquet* Federal, “*seja pelo critério de ofensa a interesse direto da União e/ou IBAMA, seja pelo critério de ofensa a serviço do IBAMA, compete à Justiça Federal o processo e julgamento de crimes ambientais praticados contra a Mata Atlântica*”. Alegou que as recentes decisões do STF não teriam examinado todos os pontos da controvérsia acerca da regra constitucional sobre a competência da Justiça Federal em matéria de crimes ambientais, bem como apresentariam falhas argumentativas, especialmente no que se refere: “*a) ao exame da presença do interesse da União concretamente manifestada de proteção de um ecossistema nacional, como a Mata Atlântica; b) à identificação do interesse direto do IBAMA, autarquia federal, como órgão executor da política nacional de proteção da Mata Atlântica, ao qual foi cometida a responsabilidade de executar essa política; c) à caracterização de ofensa ao poder de polícia ambiental e, conseqüentemente, ao serviço de fiscalização ambiental federal executado pelo IBAMA, no que se refere aos recursos florestais da Mata Atlântica*”. Requereu, ao final, o provimento do recurso.

A empresa recorrida apresentou contra-razões às fls. 231-232.

O representante ministerial com atuação nesta Corte ofereceu parecer de fls. 238/242, cuja ementa é do seguinte teor:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME CONTRA A FLORA. ART. 50 DA LEI Nº 9.605/98. MATA ATLÂNTICA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE LESÃO A BEM, INTERESSE OU SERVIÇO DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Hipótese em que não se configura aplicação do art. 109, IV, da Constituição Federal.

2. Depois da Constituição Federal de 1988 e com a Lei nº 9.605/98, não há interesse absoluto da União Federal nas questões que envolvam meio ambiente.
3. A Mata Atlântica não é, por definição, bem da União Federal e não se está diante de interesse direto e específico desta a ensejar a competência da Justiça Federal.
4. Parecer pela competência da Justiça Estadual.

Peço a inclusão do feito em pauta de julgamento.

É o relatório.

## VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo MPF contra a decisão de fl. 208, datada de 10.05.2006, proferida pelo MM. Juiz da 4ª Vara Federal/PE, nos autos da Ação Penal nº 2001.83.00.002795-2, que declarou a incompetência do Juízo para processar e julgar o presente feito, determinando sua remessa à Justiça Estadual, por reconhecer inexistir lesão ou ameaça de lesão a bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, na apuração de crime contra o meio ambiente, e pelo fato de a presença do IBAMA, atuando como órgão fiscalizador, não gerar a competência federal.

Na peça exordial, o Ministério Público descreve a conduta da ora recorrida como sendo o desmatamento e aterro de cerca de 200 m<sup>2</sup> (duzentos metros quadrados) de manguezais, sem autorização do IBAMA. Dessa forma, teria infringido o art. 40, *caput*, da Lei nº 9.605/98, que estabelece:

Art. 40. Causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização:

Pena: reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

A infração ambiental fora comprovada pelo IBAMA, através do Auto de Infração nº 044924, de 16.04.1998 (fl. 16), bem como pelo Parecer Técnico nº 214/00 - DITEC/IBAMA/PE, de 19.12.2000 (fls. 89-90).

A decisão recorrida foi lançada nos seguintes termos (fl. 208):

Chamo o feito à ordem. Analisando, com mais detalhes, a peça inicial, verifico que se trata de crime contra a flora, que, como vêm decidindo os Tribunais Superiores, nada havendo que justifique a competência federal, desde que o delito não tenha sido praticado em detrimento de bem da União, ou seja, a uma unidade de conservação federal. Aí incide a regra geral do art. 109, IV, da Constituição Federal. Se o infrator pratica a ação contra árvores pertencentes a particulares, do Estado ou de um Município, razão não há para a competência ser da Justiça Federal. A uma, porque as árvores não pertencem à União Federal. A outra, porque a fiscalização não é mais privativa do órgão federal, mas comum aos órgãos ambientais estaduais ou municipais (Constituição Federal, art. 23, VI e VII). Aqui merece referência a regra do art. 225, § 4º, da Constituição Federal, que atribui o caráter de patrimônio nacional à Floresta Amazônica, Serra do Mar, Mata Atlântica, Pantanal e Zona Costeira. Isto não quer dizer que a propriedade é da União, mas sim que se trata de patrimônio comum a todos os brasileiros, cabendo-lhes por ele zelar. É que o meio ambiente – na hipótese em estudo, a flora – não é um bem cuja titularidade deve ser considerada em termos exclusivos da União, já que, por sua natureza difusa, pertence a um número indeterminado de pessoas. Além disto, também na Constituição Federal, no art. 23, VI e VII, e no art. 24, verifica-se que a competência para a proteção do meio ambiente e preservação das florestas, bem como para legislar sobre a matéria, é comum entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, o que permite constatar que, se houve repartição do dever entre os entes federativos para proteger o meio ambiente e legislar sobre o assunto, é porque a nenhum deles cabe a propriedade exclusiva deste bem. Com efeito, não demonstrada, em princípio, lesão a bens, serviços ou interesses da União, ainda que se trate de possível crime contra o meio ambiente, eis que sequer restou comprovada a origem da madeira, em tese, ilegalmente extraída e transportada, firma-se a competência da justiça estadual para o processo e julgamento do feito. Face ao exposto, reconhecendo que a competência para conhecer e julgar da matéria é da Justiça Estadual, após baixa na distribuição, determino que o pro-

cesso seja encaminhado ao Juízo Estadual competente. Ciência ao Ministério Público Federal. Intime-se. Publique-se.

Entendo que, *in casu*, a competência para o processamento e julgamento do feito é da Justiça Estadual.

Primeiramente por não ser a Mata Atlântica bem da União Federal, mas sim parte integrante do patrimônio nacional (art. 225, § 4º, da CF). Em segundo lugar, por não se encontrar diante de lesão a bens, serviços ou interesse, direto e específico, relacionados à União, nem a suas entidades autárquicas ou empresas públicas. Ademais, inexistente interesse específico do IBAMA no caso em tela, capaz de fixar a competência da Justiça Federal.

Houve, na hipótese dos autos, desmatamento e aterro em área de vegetação de manguezais. O art. 3º do Decreto nº 750, de 10.02.1993 (que dispõe sobre o corte, a exploração e a supressão de vegetação primária ou nos estágios avançado e médio de regeneração da Mata Atlântica, e dá outras providências), considera os manguezais como sendo área de Mata Atlântica, nos seguintes termos:

Art. 3º. Para os efeitos deste Decreto, considera-se Mata Atlântica as formações florestais e ecossistemas associados inseridos no domínio Mata Atlântica, com as respectivas delimitações estabelecidas pelo Mapa de Vegetação do Brasil, IBGE 1988: Floresta Ombrófila Densa Atlântica, Floresta Ombrófila Mista, Floresta Ombrófila Aberta, Floresta Estacional Semidecidual, Floresta Estacional Decidual, manguezais, restingas, campos de altitude, brejos interioranos e encaves florestais do Nordeste. (Sem destaque no original)

Recentemente, foi editada a Lei nº 11.428, de 22.12.2006 (que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica e dá outras providências), também considerando os manguezais como área de Mata Atlântica, estabelecendo, em seu art. 2º, *caput*, o seguinte:

Art. 2º. Para os efeitos desta Lei, consideram-se integrantes do Bioma Mata Atlântica as seguintes formações florestais nativas e ecossistemas associados, com as respectivas delimitações estabelecidas em mapa do Instituto

Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, conforme regulamento: Floresta Ombrófila Densa; Floresta Ombrófila Mista, também denominada de Mata de Araucárias; Floresta Ombrófila Aberta; Floresta Estacional Semidecidual; e Floresta Estacional Decidual, bem como os manguezais, as vegetações de restingas, campos de altitude, brejos interioranos e encaves florestais do Nordeste. (Sem destaque no original)

Registre-se que a existência de equívoco na parte final da supracitada decisão, representado pela alusão à extração e ao transporte de madeira, e não ao desmatamento e aterro de manguezais, hipótese dos autos, não tem o condão de modificar o seu teor, posto que os argumentos ali lançados são suficientes a embasar a remessa do feito ao Juízo Estadual.

Sabe-se que, em 12.02.1998, foi editada a Lei nº 9.605, que *“dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências”*. A referida lei incluiu a tipificação de crimes contra a fauna e a flora, o ordenamento urbano, o patrimônio cultural, a administração ambiental, além das condutas causadoras de poluição que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a morte de animais ou destruição significativa da flora. Este diploma legal revogou alguns dispositivos da Lei nº 5.197, de 03.01.1967 (que dispõe sobre a proteção à fauna), mormente no tocante às sanções impostas, determinando a aplicação subsidiária do Código Penal e do Código de Processo Penal.

Vigia, então, a Súmula nº 91 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que tinha a seguinte redação: *“Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra a fauna”*.

Em razão da edição da Lei nº 9.605/98, a 3ª Seção do STJ cancelou o enunciado da mencionada súmula (DJU de 23.11.2000), dirimindo as questões sobre a competência para o julgamento de crimes contra o meio ambiente.

Ora, sendo a proteção ao meio ambiente matéria de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e inexistindo, quanto aos crimes ambientais, dispositivo expresso (constitucional ou legal) sobre qual a Justiça competente para seu julgamento, impõe-se, em regra, caber à Justiça



Estadual o processo e julgamento desses crimes.

Isto decorre do fato de a competência da Justiça Federal ser constitucionalmente expressa, enquanto a Estadual é remanescente ou residual. Assim, inexistindo, em princípio, qualquer lesão a bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas (art. 109, IV, CF), como na espécie, afasta-se a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento de crimes cometidos contra o meio ambiente.

O Supremo Tribunal Federal tem se posicionado reiteradas vezes sobre a matéria, destacando-se os seguintes julgados:

COMPETÊNCIA. CRIME PREVISTO NO ARTIGO 46, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 9.605/98. DEPÓSITO DE MADEIRA NATIVA PROVENIENTE DA MATA ATLÂNTICA. ARTIGO 225, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

- Não é a Mata Atlântica, que integra o patrimônio nacional a que alude o artigo 225, § 4º, da Constituição Federal, bem da União.

- Por outro lado, o interesse da União para que ocorra a competência da Justiça Federal prevista no art. 109, IV, da Carta Magna tem de ser direto e específico, e não, como ocorre no caso, interesse genérico da coletividade, embora aí também incluído genericamente o interesse da União. Conseqüentemente, a competência, no caso, é da Justiça Comum estadual.

- Recurso extraordinário não conhecido.

(Recurso Extraordinário nº 300.244-9/SC, 1ª Turma, Rel. Ministro Moreira Alves, d. unânime, 20.11.2001, DJU de 19.12.2001).

PENAL. ACÓRDÃO QUE CONCLUIU PELA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM PARA JULGAR O CRIME PREVISTO NO ART. 46, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 9.605/98. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 109, IV, E 225, § 4º, DA CF.

- Inexistência das inconstitucionalidades apontadas, haja vista não se enquadrar a Mata Atlântica na definição de bem da União e não se estar diante de interesse direto e específico desta a ensejar a competência da Justiça Federal.

- Precedente.

- Recurso Extraordinário não conhecido.

(Recurso Extraordinário nº 299.856-7/SC, 1ª Turma, Rel. Ministro Ilmar Galvão, d. unânime, 18.12.2001, DJU de 01.03.2002).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CRIME PREVISTO NO ARTIGO 38 DA LEI 9.605/98. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL COMUM.

- Esta Primeira Turma, em 20.11.2001, ao julgar o RE 300.244, em caso semelhante ao presente, decidiu que, não havendo em causa bem da União (a hipótese então em julgamento dizia respeito a desmatamento e depósito de madeira proveniente da Mata Atlântica que se entendeu não ser bem da União), nem interesse direto e específico da União (o interesse desta na proteção do meio ambiente só é genérico), nem decorrer a competência da Justiça Federal da circunstância de caber ao IBAMA, que é órgão federal, a fiscalização da preservação do meio ambiente, a competência para julgar o crime que estava em causa (artigo 46, parágrafo único, da Lei 9.605/98, na modalidade de manter em depósito produtos de origem vegetal integrantes da flora nativa, sem licença para armazenamento) era da Justiça estadual comum.

- Nesse mesmo sentido, posteriormente, em 18.12.2001, voltou a manifestar-se, no RE 299.856, esta Primeira Turma, no que foi seguida, no RE 335.929, por decisão do eminente Ministro Carlos Velloso da 2ª Turma, e no HC 81.916, 2ª Turma.

- A mesma orientação é de ser seguida no caso presente.

- Recurso extraordinário não conhecido.

(Recurso Extraordinário nº 349.184-9/TO, 1ª Turma, Rel. Ministro Moreira Alves, d. unânime, 03.12.2002, DJU de 07.03.2003) (sem destaque no original)

COMPETÊNCIA. CRIME AMBIENTAL. ARTIGO 50 DA LEI Nº 9.605/98. DESTRUIR OU DANIFICAR VEGETAÇÃO DE CERRADO SEM AUTORIZAÇÃO DO IBAMA, AUTARQUIA FEDERAL. DELITO OCORRIDO EM PROPRIEDADE PRIVADA. JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.

- Hipótese em que não se configura a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento do feito, nos termos do art. 109, inciso IV, da Carta Magna, porque o interesse da União, no caso, se manifesta de forma genérica ou indireta.

- Precedentes.

- Recurso extraordinário não conhecido.

(Recurso Extraordinário nº 349.191-1/TO, 1ª Turma, Rel. Ministro Ilmar Galvão, d. unânime, 17.12.2002, DJU de 07.03.2003).

(1) *Habeas corpus*. Crime previsto no art. 46, parágrafo único, da Lei n.º 9.605, de 1998 (Lei de Crimes Ambientais). Competência da Justiça Comum.

(2) Denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal perante a Justiça Federal com base em auto de infração expedido pelo IBAMA.

(3) A atividade de fiscalização ambiental exercida pelo IBAMA, ainda que relativa ao cumprimento do art. 46 da Lei de Crimes Ambientais, configura interesse genérico, mediato ou indireto da União, para os fins do art. 109, IV, da Constituição.

(4) A presença de interesse direto e específico da União, de suas entidades autárquicas e empresas públicas – o que não se verifica, no caso –, constitui pressuposto para que ocorra a competência da Justiça Federal prevista no art. 109, IV, da Constituição.

(5) *Habeas Corpus* conhecido e provido.

(*Habeas Corpus* nº 81.916-8/PA, 2ª Turma, Rel. Ministro Gilmar Mendes, d. unânime, 17.09.2002, DJU de 11.10.2002) (sem destaque no original)

Diferente não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme exposto nos seguintes precedentes:

CRIMINAL. RESP. CRIME AMBIENTAL. DESMATAMENTO DE ÁREA DE CERRADO SEM AUTORIZAÇÃO. COMPETÊNCIA CONCORRENTE PARALEGISLAR É FISCALIZAR O CUMPRIMENTO DE NORMAS AMBIENTAIS PELA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. LESÃO A BENS, SERVIÇOS OU INTERESSES DA UNIÃO NÃO-DEMONSTRADA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. RECURSO DESPROVIDO.

I. Tendo em vista que a competência para legislar acerca de matéria ambiental – bem como de exercer o poder de polícia com o fim de assegurar o cumprimento das normas – é concorrente, sendo repartida entre a União, os Estados e os Municípios, somente a lesão específica aos interesses da União é capaz de atrair a competência da

Justiça Federal, para o julgamento de eventuais crimes ambientais.

II. Compete à Justiça Estadual o processo e julgamento de feito que visa à apuração de possível crime ambiental, consistente no desmatamento, sem autorização, de área de cerrado, quando não restar demonstrada a existência de eventual lesão a bens, serviços ou interesses da União a ensejar a competência da Justiça Federal.

III. Cancelamento da Súmula nº 91 por esta Corte.

IV. Recurso desprovido.

(Recurso Especial n.º 620.819 - TO, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, d. unânime, 17.06.2004, DJU de 02.08.2004) (sem destaque no original)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A FLORA. ARTIGO 50 DA LEI N.º 9.605/98. MATA ATLÂNTICA. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DE LESÃO A BEM, INTERESSE OU SERVIÇO DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

I - A competência da Justiça Federal, expressa no art. 109, IV, da Constituição Federal, restringe-se às hipóteses em que os crimes ambientais são perpetrados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas autarquias ou empresas públicas.

II - Não restando configurada, na espécie, a ocorrência de lesão a bens, serviços ou interesses da União, a competência para processar e julgar o feito é da Justiça Estadual (Precedentes).

III - Recurso desprovido.

(Recurso Especial n.º 610.015 - TO, 5ª Turma, Rel. Ministro Felix Fischer, d. unânime, 06.05.2004, DJU de 14.06.2004)

Deste Tribunal Regional Federal da 5ª Região, merecem destaque os seguintes julgados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME CONTRA A FLORA. MATA ATLÂNTICA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. RECURSO MINISTERIAL CONHECIDO, MAS IMPROVIDO.

1. A circunstância da flora atingida integrar a Mata Atlântica e caber ao IBAMA a fiscalização do meio ambiente não constitui motivo suficiente para atrair a competência da

Justiça Federal para processar e julgar o feito.

2. Recurso em Sentido Estrito ministerial conhecido, mas improvido. Decisão de primeiro grau mantida incólume. (Recurso em Sentido Estrito nº 536 - PE, 1ª Turma, Rel. Desembargador Federal Élio Siqueira (convocado), d. unânime, 28.04.2005, *DJU* de 20.05.2005) (sem destaque no original)

PENAL. CRIME AMBIENTAL. ILÍCITO OCORRIDO EM PROPRIEDADE PARTICULAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM DO ESTADO.

1. A hipótese dos autos, de agressão à flora em terra de propriedade particular, não atingiu ou prejudicou bens, serviços ou interesses da União, ou de entidades federais, autarquias ou empresas públicas, nos termos do art. 109 da Carta Magna.

2. Competência da Justiça Estadual para processar e julgar o presente feito.

3. Precedentes.

4. Recurso em sentido estrito não provido.

(Recurso em Sentido Estrito nº 590 - PE, 3ª Turma, Rel. Desembargador Federal Paulo Gadelha, d. unânime, 28.10.2004, *DJU* de 25.01.2005).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME PREVISTO NO ART. 46 DA LEI Nº 9.605/98. TRANSPORTE IRREGULAR DE MADEIRA ORIGINADA DA MATA ATLÂNTICA. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO.

1. A competência administrativa (no caso atribuída ao IBAMA) para exercer poder de polícia relativamente ao transporte de madeira nada tem a ver com a fixação da competência da Justiça Federal para julgar crimes contra o meio ambiente, sendo certo que, à míngua de lesão direta a bens e interesses da União, deve o feito respectivo tramitar no âmbito da Justiça Estadual.

2. A Mata Atlântica é ecossistema de interesse nacional, isto é, de todos os cidadãos isolada e conjuntamente, conceito que não é capaz, por si só, de atrair a competência da Justiça Federal na hipótese dos autos, dado que esta, em regra, só se ocupa de interesse genuinamente federal.

3. Recurso improvido.

(Recurso em Sentido Estrito nº 518 - PE, 2ª Turma, Rel. Desembargador Federal Petrucio Ferreira, Rel. para o acór-

dão Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, d. por maioria, 19.10.2004, *DJU* de 17.11.2004) (sem destaque no original).

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. TRANSPORTE, SEM LICENÇA (ATPF) DE MADEIRA PROVENIENTE DA MATA ATLÂNTICA. ART. 46, P. ÚNICO DA LEI N. 9.605/98. AUSÊNCIA DE INTERESSE DIRETO DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

- Não é exigível a abertura de vista ao indiciado para contra-arrazoar o recurso em sentido estrito, interposto do despacho que rejeitara a denúncia (art. 588 do CPP). Precedentes.

- Em se tratando a Mata Atlântica, não de um bem da União, mas de patrimônio nacional (art. 225, § 4º, CF/88), o crime de transporte, sem permissão, de madeira dali proveniente somente atrai a competência da Justiça Federal quando caracterizado o interesse direto e específico daquele ente federativo.

- “A atividade de fiscalização ambiental exercida pelo IBAMA, ainda que relativa ao cumprimento do art. 46 da Lei de Crimes Ambientais, configura interesse genérico, mediato ou indireto da União, para os fins do art. 109, IV, da Constituição” (STF, HC nº 81.916-8/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJU* de 11.10.2002).

- Recurso improvido.

(Recurso em Sentido Estrito nº 537 - PE, 1ª Turma, Rel. Desembargador Federal Francisco Barros Dias (convocado), d. unânime, 20.11.2003, *DJU* de 17.02.2004) (sem destaque no original).

Desta Corte, aponto, ainda, precedente da 4ª Turma, em recurso distribuído a meu Gabinete, *verbis*:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME PREVISTO NO ART. 50 DA LEI Nº 9.605/98. DESTRUIÇÃO DA MATA ATLÂNTICA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DIRETO E ESPECÍFICO DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

I - O fato de a Constituição Federal estabelecer em seu art. 225 que a Mata Atlântica é patrimônio nacional não tem o condão de atrair a competência para a Justiça Federal.

II - A competência administrativa do IBAMA, pertinente à

fiscalização da preservação florestal e eventual desmatamento, não implica fixação da competência da Justiça Federal para julgar crimes contra o meio ambiente.

III - O crime previsto no art. 50 da Lei nº 9.605/98 somente atrai a competência da Justiça Federal se ficar comprovado o interesse direto e específico da União Federal.

IV - Competência da Justiça Estadual para processamento e julgamento do feito.

V - Recurso em sentido estrito improvido.

(Recurso em Sentido Estrito nº 711 - PE, 4ª Turma, Rel. Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho (convocado), d. unânime, 03.05.2005, DJU de 21.06.2005) (sem destaque no original).

A despeito de todos estes precedentes, o recurso ministerial procura questionar as decisões do Supremo Tribunal Federal, insistindo na existência, no caso, de interesse concreto da União, bem como do IBAMA, na defesa da Mata Atlântica.

No tocante à matéria, transcrevo elucidativo voto do Desembargador Federal Francisco Barros Dias (convocado), quando do julgamento do Recurso em Sentido Estrito nº 537 - PE, cuja ementa já foi anteriormente mencionada, adotando-o como razões de decidir:

O interesse concreto da União, segundo o recorrente, estaria materializado no Decreto nº 750, de 10 de fevereiro de 1993, por meio do qual o Poder Público Federal definiu as formações vegetais que compõem o ecossistema da Mata Atlântica, estabelecendo proibições e limitações ao corte, à exploração e à supressão de espécies vegetais desse ecossistema.

A edição do decreto teria transformado o interesse genérico da União em inequívoco interesse direto na proteção de um ecossistema e de uma espécie.

Nesse particular, não serviria para afastar a competência da Justiça Federal o corriqueiro argumento de que a competência para a proteção ao meio ambiente seria comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 23, VI, da CF/88), porque nos processos em que são apurados crimes da competência da Justiça Estadual, conexos com crimes federais, prevaleceria a competência do Juízo Federal. *Data venia*, não vejo dessa forma.

A simples edição, pela União, de um decreto ou qualquer outra

norma versando sobre matéria ambiental não deprime o interesse dos demais entes federativos na preservação do meio ambiente. Do contrário, restaria inútil o estabelecimento, pela Magna Carta, da competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre a proteção do meio ambiente (art. 24, VI).

Como se sabe, em se tratando de competência legislativa concorrente, cabe ao Governo Federal a fixação de normas gerais, reservando-se aos Estados-membros e ao Distrito Federal a atribuição de adequar a legislação às peculiaridades locais, complementando-a (competência suplementar).

Calha, a propósito, esta decisão do egrégio STF:

*“Compete aos Estados, em relação ao controle ambiental, dentro de seus limites territoriais, estabelecer os índices de poluição toleráveis. Ao CONAMA, Órgão Federal especializado, compete estipular os índices máximos de poluição suportáveis, fixando, em consequência, um mínimo a ser exigido, o que não impede aos Estados formular exigências maiores a respeito, dentro dos limites de seus territórios. Igualmente, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que multa aplicada por excessiva emissão de fumaça dos veículos compatibiliza-se com típico poder de polícia, inserindo-se na legítima competência supletiva do Estado-membro (STJ - 1ª T. - Rec. Esp. N. 4.161-0-RJ - Rel. Min. Milton Luiz Pereira; j. 19.4.95; v.u.; DJU, Seção I, 15 maio 1995, p. 13.365, ementa).”* (Agravo de Instrumento nº 0149742-0/040, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 20.3.96).

É certo que nas hipóteses de conexão entre crimes da competência da Justiça Estadual e da Justiça Federal prevalece a competência da última. Isso, no entanto, não autoriza a conclusão de que, sendo comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a competência para proteger o meio ambiente (art. 23, VI, CF/88), o interesse da primeira atrairia, em qualquer hipótese, a competência do juízo federal.

A prosperar tal entendimento, todos os crimes ambientais seriam julgados pela Justiça Federal, o que, como cediço, só ocorre quando verificada lesão a bens, interesses ou serviços da União, de suas autarquias ou empresas públicas, nos termos do art. 109, IV, da Constituição da República.

Aliás, como observou o Juízo *a quo*, não foi por outra razão que



se deu o veto presidencial ao parágrafo único do art. 26 da Lei nº 9.605/98, cuja redação assim previa:

“Art. 26. (...)

Parágrafo único. O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei caberão à Justiça Estadual, com a intervenção do Ministério Público respectivo, quando tiverem sido praticados no território de município que não seja sede de vara da Justiça Federal, com recursos para o Tribunal Regional Federal competente.”

De acordo com o veto presidencial:

**“A formulação equivocada contida no presente dispositivo enseja entendimento segundo o qual todos os crimes ambientais estariam submetidos à competência da Justiça Federal.**

*Em verdade, são da competência da Justiça Federal os crimes praticados em detrimento de bens e serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas. Assim sendo, há crimes ambientais de competência da Justiça Estadual e da Justiça Federal. A intenção do legislador de permitir que o processo-crime de competência da Justiça Federal seja instaurado na Justiça Estadual que não for sede de Juízo Federal (CF, art. 109, § 3º), deverá, pois, ser perseguida em projeto de lei autônomo.”* - Destacamos.

Assim, não se tratando a Mata Atlântica de um bem da União, mas de patrimônio nacional (art. 225, § 4º, CF/88), o crime de transporte, sem permissão, de madeira dali proveniente atrairia a competência da Justiça Federal quando caracterizasse o interesse direto e específico daquele ente federativo, o que não é o caso.

A controvérsia, porém, não se exaure nesse ponto: insiste o recorrente na existência de interesse do IBAMA na apuração da infração, sustentando que a orientação do Supremo Tribunal Federal, quando nega tal interesse, enseja dois paradoxos.

No primeiro deles, ao aduzir que os atos ilícitos praticados contra a Mata Atlântica não atingem os interesses do IBAMA, o STF estaria, em última análise, negando a legitimidade dos atos de fiscalização levados a cabo por esse órgão, de modo que seria melhor que a Justiça Federal os nulificasse, já que, nessa ótica, os mesmos não teriam qualquer razão de ser.

Ora, em momento algum o Supremo Tribunal Federal chegou a esse exagero. Leia-se, com a devida atenção, o que assentou o

Min. Moreira Alves, no julgamento do RE 300.244/SC (DJU de 19.12.2001, p. 27):

*“(...) Por fim, a circunstância de caber ao IBAMA a fiscalização da utilização da Mata Atlântica, como integrante do patrimônio nacional, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso de recursos naturais, não caracteriza interesse da União capaz de dar competência à Justiça Federal para processar e julgar o crime previsto no art. 46, parágrafo único, da Lei 9.605/98 (...)”.*

Como se observa, o Tribunal não rejeita o poder de polícia exercido pelo IBAMA, tampouco recusa o interesse da União na preservação do meio ambiente; limita-se a afirmar que tal interesse não é suficiente para atrair a competência da Justiça Federal para o julgamento do delito ali citado. No HC nº 81.916-8/PA, Relator o Min. Gilmar Mendes (cuja ementa foi transcrita no início deste voto), o STF foi mais explícito a respeito:

*“(...) O interesse daquela autarquia da União, no caso, é evidentemente mediato. Em outras palavras, não é correta a interpretação que, em verdade, tem por pressuposto o entendimento de que o bem jurídico protegido pelo art. 46 é a atividade de polícia do IBAMA, ou ainda, a idéia de que o sujeito passivo deste crime é, necessariamente, a União.” (DJU de 11.10.2002).*

O segundo paradoxo, segundo o recorrente, estaria em reconhecer-se, diante de um mesmo ilícito ambiental, o interesse do IBAMA na propositura de ação civil pública em defesa da Mata Atlântica, afastando-se, porém, no âmbito criminal, a competência da Justiça Federal, a pretexto da ausência de interesse daquele órgão. Afinal, o interesse não poderia ser aquilatado, para um mesmo fato, de maneira diferente, conforme a natureza da ação: cível ou criminal. [...]

Também atinente à questão é o voto condutor da lavra do Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, proferido quando do julgamento do Recurso em Sentido Estrito nº 518 - PE, cuja ementa foi antes mencionada, do qual cito o seguinte trecho, adotando-o como razões de decidir no presente julgamento:

A Mata Atlântica não pertence à União. O interesse em preservá-la é nacional, posto que se insere no desejo da

União, dos Estados, dos Municípios e da sociedade como um todo. Neste sentido são os precedentes citados na decisão hostilizada e nas contra-razões do recurso e, pois, de desnecessária transcrição.

O segundo fundamento é mais fraco do que o primeiro. Os crimes contra o meio ambiente, como o nome sugere, são cometidos em detrimento do meio ambiente. A afirmação parece ser destituída de significado, mas não é. A competência da Justiça Federal, nos casos do inciso constitucional que se refere a serviços da União, somente surge nos crimes que atentem contra o serviço. Ou seja, é necessário que o bem jurídico tutelado pela lei penal seja a própria organização ou existência do serviço. Crime cujo bem jurídico tutelado seja o meio ambiente não pode ser havido como praticado em detrimento de serviço da União, nem de qualquer outra entidade pública ou privada.

O fato do IBAMA atuar na área administrativa, autorizando o comércio da madeira, é irrelevante para determinar a competência da Justiça Federal. Para esta conclusão basta analisar as seguintes hipóteses análogas e que nunca despertaram dúvidas:

- a) a licença para porte de arma de fogo é atribuição, hoje, da Polícia Federal, mas nem por isso o crime de porte ilegal de arma é da competência da Justiça Federal;
- b) é portaria do Ministério da Saúde que arrola as substâncias entorpecentes, autorizando o uso das demais, mas nem por isso é da competência da Justiça Federal o julgamento dos crimes de uso e tráfico de entorpecentes (salvo no tráfico internacional e aqui em face de outros motivos que não interessam ao caso);
- c) é de autarquia federal o controle administrativo da exploração de jazidas minerais, incluindo pedreiras e areia, e o comércio desautorizado de minerais constitui crime, que, contudo, é da competência da Justiça Estadual;
- d) a aferição de balanças, bombas de postos de combustíveis e outros medidores é atribuição do INMETRO, mas os crimes nesta área configurados são da competência da Justiça Estadual.

Os exemplos poderiam se seguir em número expressivo. A competência administrativa para o controle de atividade é desimportante para a fixação da competência para o julgamento de processos criminais afins, até porque esta

última competência depende sempre do bem jurídico tutelado pelo tipo penal em foco.

Neste caso, por ser a Mata Atlântica bem **nacional** e não *federal*, seja, também, porque o crime a que se refere a denúncia não foi cometido **contra** o serviço do IBAMA, tenho como correta a decisão hostilizada, daí por que, renovadas as *venias* ao Relator, nego provimento ao recurso.

Por fim, vejo que o parecer ministerial de fls. 238-242 posicionou-se pela competência da Justiça Estadual para o processamento e julgamento do feito, assim se expressando:

Sabe-se que a matéria foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 300.244-9/SC, onde se entendeu que a competência para instruir e julgar crimes cometidos contra a Mata Atlântica não será da Justiça Federal.

No caso em tela, entendeu-se que a inclusão da Mata Atlântica no que a Constituição Federal chama de "patrimônio nacional" se fez para a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a que todos têm direito e que a mesma Constituição, ao atribuir competência legislativa concorrente à União Federal, Estados e Distrito Federal para legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, determina que têm competência comum tais entes para proteger o meio ambiente e combater a poluição em todas as suas formas, a indicar que a União Federal só tem interesse genérico sobre a proteção do meio ambiente em todo o território nacional ou parcela dele, o que não bastaria para qualquer crime cometido em detrimento do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Sabe-se que a competência da Justiça Federal é definida no art. 109, IV, onde se diz que aos juízes federais compete processar e julgar, dentre outras incumbências ali mencionadas, as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviço ou interesse da União ou de suas autarquias ou empresas públicas.

Ademais, no art. 23, a Constituição Federal determina que é comum a competência da União Federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na proteção ao meio ambiente e no combate à poluição de qualquer forma.

*Data vênia*, não será a edição pura e simples do Decreto Federal nº 750, de 10 de fevereiro de 1993, que acentuará a competência da Justiça Federal para instruir e julgar esses feitos.

Digo isso na medida em que a todos os entes federais interessa a preservação da Mata Atlântica, não se identificando, a par disso, um interesse direto na matéria dessa ou daquela entidade.

Aplica-se a regra geral da repartição da competência, em que a competência da Justiça Estadual é ampla e residual, reservados à Justiça Federal os crimes em que ocorre lesão a, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União Federal ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, devidamente demonstrada, o que me parece não é o caso dos autos.

Será, por exemplo, o caso de pesca predatória em mar territorial, como bem aduzido no Conflito de Competência nº 33.333-SC, que definirá evidente lesão a bem, serviço ou interesse da União Federal.

No caso em tela, salvo melhor juízo, o desmatamento de floresta nativa ocorreu em área de propriedade de particular, que não pertence à União Federal ou algum de seus entes.

No Recurso Extraordinário nº 299.856/SC, 1ª Turma, Relator Ministro Ilmar Galvão, *DJU* de 01.03.2002, entendeu-se que, haja vista não se enquadrar a Mata Atlântica na definição de bem da União e não se estar diante de interesse direto e específico desta a ensejar a competência, é da Justiça Comum Estadual a competência para instruir e julgar o crime previsto no art. 46, parágrafo único, da Lei nº 9.605/98.

Diga-se a esse respeito que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 300.244, em caso semelhante, *data vênia*, decidiu que, não havendo em causa bem da União Federal, nem interesse direto e específico da União Federal, pois o interesse desta só é genérico, nem decorrer a competência da Justiça Federal da circunstância de caber ao IBAMA, que é órgão federal, a fiscalização da preservação do meio ambiente, a competência para instruir e julgar o crime era da Justiça Estadual.

No mesmo sentido a decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 299.856, em

18.12.2001, ainda no Recurso Extraordinário 335.929, por decisão do eminente Ministro Carlos Velloso, e no HC 81.916, 2ª Turma.

No julgamento do HC nº 81.916-8, o eminente Ministro Gilmar Mendes, considerando inexistente a presença de interesse direto e específico da União Federal a justificar a competência da Justiça Federal para julgamento da ação penal proposta contra paciente acusado de suposta prática prevista no art. 46, parágrafo único, da Lei 9.605/98, em razão do transporte de madeira em tora sem a devida autorização, deferiu *habeas corpus* para afirmar a competência da Justiça Comum Estadual para o julgamento da espécie, afastando entendimento no acórdão recorrido no sentido de que a lavratura pelo IBAMA do auto de infração implicaria a competência da Justiça Federal por ofensa a interesse daquela autarquia federal, uma vez que a atividade de fiscalização configuraria interesse genérico ou indireto da União Federal, para fins de aplicação do art. 109, IV, da Constituição Federal.

Na guarda da Lei Federal, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de Conflito de Competência nº 38.386-BA, em caso de crime contra a flora, art. 50 da Lei nº 9.605/98, em área de Mata Atlântica, entendeu não demonstrado interesse da União Federal ou ainda lesão a bem ou serviço daquela entidade.

Destaco, outrossim, conclusão no Conflito de Competência nº 29.456/MG, 3ª Seção, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJU de 25.09.2000, no mesmo sentido.

Não se pode esquecer que o art. 6º da Lei nº 6.938/81, que dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, refere-se a entidades do Sistema Nacional do Meio Ambiente, formado por entidades federais, estaduais e municipais, de forma a entender que a atuação de todos aqueles órgãos é concatenada e não excludente.

A Mata Atlântica não é bem da União Federal, é ecossistema florestal consistente no patrimônio nacional tal como a Amazônia. Logo não se constitui, em princípio, competência da Justiça Federal julgar os crimes praticados contra as referidas áreas protegidas.

O argumento maior, em todas essas ilações, é de que com a revogação do art. 1º da Lei nº 5.197/67, que dispunha ser de propriedade da União Federal os animais da

fauna silvestre, matéria que foi objeto da Súmula nº 91, hoje revogada, não se pode mais falar em interesse absoluto da União Federal nas questões que envolvem meio ambiente.

Não demonstrada, pois, salvo melhor juízo, lesão a bem, serviço ou interesse da União Federal.

Desta forma opino pelo conhecimento e improvimento do recurso ajuizado. (Sem destaque no original)

Ante o exposto, tenho como correta a decisão hostilizada, negando provimento ao recurso em sentido estrito.

É como voto.





## **ÍNDICE SISTEMÁTICO**

---



## **JURISPRUDÊNCIA**

### **AÇÃO RESCISÓRIA**

1930-PE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano.....	39
---------	---	----

### **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

70176-RN	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro .....	50
----------	---	----

### **AGRAVO EM SUSPENSÃO DE LIMINAR**

3664-PE	Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti.....	68
---------	---	----

### **APELAÇÃO CÍVEL**

332747-PE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha.....	102
353664-AL	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano.....	109
365398-CE	Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante.....	126
369368-PE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena.....	136
372851-SE	Rel. Des. Federal Ridalvo Costa.....	147
373289-CE	Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho..	152
375006-AL	Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira.....	157
379733-SE	Rel. Des. Federal Ridalvo Costa.....	178
389124-PB	Rel. Des. Federal Napoleão Nunes Maia Filho.....	189
390273-RN	Rel. Des. Federal Francisco Wildo.....	203
396359-CE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo.....	212
396848-PE	Rel <sup>a</sup> . Des <sup>a</sup> . Federal Margarida Cantarelli.....	226

### **APELAÇÃO CRIMINAL**

4752-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães.....	235
4811-CE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro .....	246
4888-AL	Rel. Des. Federal Frederico Azevedo (Convocado).....	262

## **APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA**

95043-PE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha.....	272
95682-AL	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães.....	287
95826-PE	Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante.....	295

## ***HABEAS CORPUS***

2630-AL	Rel. Des. Federal Napoleão Nunes Maia Filho.....	310
---------	--	-----

## **MANDADO DE SEGURANÇA**

95991-RN	Rel. Des. Federal José Maria Lucena.....	318
----------	--	-----

## **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO**

708-CE	Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira.....	325
951-PE	Rel <sup>a</sup> . Des <sup>a</sup> . Federal Margarida Cantarelli.....	346

## **ÍNDICE ANALÍTICO**

---



## JURISPRUDÊNCIA

### A

- Adm e PrCv      Ação de improbidade contra Prefeito Municipal e outros agentes públicos. Evidências de simulação de contratos de obras públicas. Medida cautelar para o afastamento do agente público e a indisponibilidade de bens. Presença dos requisitos legais para o deferimento da liminar. AGTR 70176-RN ..... 50
- Adm              Ação de nulidade de registro público. Desmembramento de imóvel rural mediante escrituras públicas de doação com cláusula de usufruto e administração vitalícia e desmembramento procedido após os 6 meses da notificação da vistoria. Escrituras procedidas sem as formalidades exigidas pela legislação aplicável. Ocorrência. Nulidade das escrituras e dos registros públicos. Ocorrência. Validade do decreto expropriatório nos termos em que foi expedido. AC 375006-AL ..... 157
- Ct, PrCv e Trbt      Ação rescisória. Constitucionalidade da cobrança da contribuição para o IAA e seu respectivo adicional. Aplicação da Súmula nº 4 do TRF - 5ª Região. Alegação de violação a literal dispositivo de lei. Não ocorrência. Pedido de substituição da penhora pela utilização de Títulos da Dívida Pública. Indeferimento. Decisão judicial proveniente do Supremo Tribunal Federal. Não caracterização como documento novo. Indeferimento da rescisória. AR 1930-PE ..... 39

Adm Agência Nacional do Petróleo – ANP. Auto de infração. Estocagem de GLP fora dos padrões especificados pela Portaria nº 27/96 do DNC. Previsão de multa na MP nº 1.670/98. Legalidade do auto. Tutela antecipada. Abstenção de inscrição na dívida ativa e/ou cobrança de multa. Impossibilidade. AC 396359-CE ..... 212

Ct, Adm e PrCv Agravo regimental contra decisão de deferimento de pedido de suspensão de efeitos de tutela antecipada. Desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. Procedimento administrativo. Vistoria e avaliação. Inclusão de áreas adjudicadas por determinação da Justiça Obreira e repassadas a outros proprietários segundo certidões cartorárias. Insurgência dos novos donos. Decreto expropriatório com previsão de exclusão de áreas destacadas da propriedade a ser expropriada e transferidas na forma da lei para outras matrículas. Tutela antecipada deferida para suspender o curso do procedimento administrativo expropriatório até a retirada das parcelas dominiais identificadas no pedido da ação de nulidade de ato administrativo praticado pelo INCRA. Suspensão determinada pela presidência. Competência. Invasão da esfera decisória do STF. Inocorrência. Grave lesão à ordem pública. Iminência da caducidade do decreto expropriatório. Reconsideração parcial apenas em relação às áreas constantes do pedido originário, delimitadas nas certidões do cartório de imóveis desde que matriculadas antes da edição do decreto expropriatório e apenas para preservar essas parcelas da imissão de posse do INCRA



até o deslinde da ação de nulidade, sem prejuízo do prosseguimento da desapropriação em relação ao todo e da imissão de posse nela determinada quanto às áreas remanescentes. Agravo regimental parcialmente provido. AgRg na SL 3664-PE ..... 68

## C

Ct e Trbt	COFINS E PIS. Base de cálculo. Faturamento. Receita bruta. Lei nº 9.718/98. EC nº 20/98. Inconstitucionalidade. Repetição. Locação de bens móveis. Incidência. Prescrição. Correção monetária. Taxa Selic. AMS 95826-PE ..... 295
Ct e Adm	Concurso público. Técnico de informática. Candidato aprovado para provimento de cargo efetivo. Vaga destinada a remoção interna de servidor. Respeito ao critério de antiguidade. AC 372851-SE ..... 147
Prev	Contagem recíproca. Tempo de serviço prestado a órgão público. Inexistência de prova material ou certidão. Justificação administrativa. Prova exclusivamente testemunhal. Inadmissibilidade. Tempo de serviço especial. Aeroviário. Agente de reservas. Não configuração de serviço prestado sob condições especiais. Não cumprimento do tempo de contribuição ou da idade mínima admitidos para a aposentadoria. AC 373289-CE ..... 152
Trbt	Contribuição social para o SESC, SENAC e SEBRAE. Empresa prestadora de serviços médicos e hospitalares. Preliminares de ilegitimidade passiva <i>ad causam</i> do SE-

BRAE e de prescrição quinquenal rejeitadas. Desnecessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário do INSS com o SEBRAE nacional e com o SEBRAE das demais unidades federativas. Exigibilidade da contribuição. AC 353664-AL ..... 109

Pen e PrPen Crimes de tráfico internacional de entorpecentes e de associação para a prática delituosa. Transporte de cerca de 1 tonelada de cocaína acondicionada em barco pesqueiro procedente do Suriname. Rota de tráfico internacional de drogas e armas. Apreensão no litoral do Estado do Ceará. Tripulação de origem chinesa e colombiana. Ausência de coação moral irresistível supostamente estabelecida entre os agentes. Adesão livre e espontânea dos apelantes à prática delituosa. Autoria e materialidade comprovadas à saciedade. ACr 4811-CE . 246

## D

Pen e PrPen Descaminho. Comércio de aparelhos celulares de procedência estrangeira. Ausência de documentação legal. Uso de notas falsas. Apelados comerciantes. Conhecimento da ilicitude. Dolo configurado. Substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito. Prescrição. Ocorrência. ACr 4888-AL ..... 262

Ct e PrPen Desmatamento e aterro de área de manguezais. Mata Atlântica. Crime previsto na Lei nº 9.605/98, art. 40, *caput*. Ausência de lesão a bens, serviços ou interesse, direto e específico, da União, suas entidades autárquicas ou empresas públicas. Competência da Justiça Estadual. RSE 951-PE .. 346

PrCv e Min           Direito minerário. Prescrição. Alegação em contra-razões. Possibilidade. Ação anulatória de alvarás de pesquisa minerária. Prescrição anual. Código de Minas, art. 66, § 3º, e Regulamento Minerário, art. 103, § 3º. AC 389124-PB ..... 189

## H

Pen e PrPen       *Habeas Corpus*. Pedido de revogação de prisão preventiva. Roubo qualificado, latrocínio e formação de quadrilha. Presença dos pressupostos e requisitos da prisão cautelar do paciente. Prazo de 81 dias para conclusão da instrução criminal que não é absoluto. Ordem denegada. HC 2630-AL.. 310

## I

PrCv e Adm       Indenização. Responsabilidade objetiva do poder público. Desconto consignado em folha de pagamento. Supressão sem comunicação aos interessados. Cancelamento do contrato. Dano material verificado. Obrigação de indenizar. AC 365398-CE ..... 126

## L

Adm               Licitação. Pregão eletrônico. Identificação de irregularidades no processo licitatório. Declaração de nulidade. AMS 95682-AL.... 287

## P

Trbt               Parcela de Preço Específica – PPE. Tributo disfarçado. Aproveitamento dos créditos decorrentes do recolhimento a maior de PIS e de COFINS em face da inclusão indevida

da PPE nas bases de cálculo dessas contribuições. Possibilidade. Compensação após o trânsito em julgado. AMS 95043-PE ..... 272

Pen Peculato. Frente produtiva de trabalho. Pagamento a trabalhadores não inscritos no programa. Alegação de nulidade por ausência de citação para apresentação de resposta prévia. Processo judicial precedido de inquérito policial. Prejuízo para a defesa não demonstrado. Inocorrência de nulidade. Ausência de causa extintiva da punibilidade. Inaplicabilidade do princípio da insignificância para o crime de peculato. Ação típica, antijurídica e culpável. ACr 4752- PE ... 235

Cv e Adm Projeto de interesse para o desenvolvimento do Nordeste. Financiamento do FINOR. Resolução nº 9.839/86. Repasse de verbas. Subscrição de ações. Modificação da sistemática. Subscrição de debêntures. Direito adquirido ao regime anterior. Inexistência. Adesão da parte beneficiária de livre e espontânea vontade. Vício de vontade (coação). Não caracterização. Percentual de participação. Teto. Correção monetária. AC 369368-PE ..... 136

## R

Cv Responsabilidade subjetiva do Estado. Hospital público. Recém-nascida. Omissão do agente público. Derramamento de medicação. Necrose de parte do couro cabeludo da menor. Negligência e imprudência. Demonstração. Dano moral, estético e material. Configuração. AC 390273-RN ..... 203

## S

Pen e PrPen	Sentença de pronúncia e impronúncia. Recurso em sentido estrito. Crime de homicídio qualificado mediante emprego de tortura e em circunstância em que a vítima se encontrava impossibilidade de se defender. Preliminares de inépcia da denúncia e de cerceamento de defesa. Não acolhimento. Prova material do crime e indícios de autoria. Prova plena de autoria. Matéria a ser resolvida pelo Tribunal do Júri Federal. Submissão dos réus a julgamento popular. RSE 708-CE ..... 325
Adm	Servidora pública federal. Adoção. Filho menor de 1 ano de idade. Licença-maternidade. Prazo de 120 dias. Isonomia com as servidoras gestantes. MS 95991-RN ..... 318
Cv	Sistema Financeiro da Habitação. Contrato de financiamento. Incidência da TR. Juros. Capitalização. Amortização das parcelas. Coeficiente de Equivalência Salarial – CES. Previsão contratual. AC 379733-SE ..... 178
Trbt	Sucessão de empresas. Caracterização. Aquisição do fundo de comércio e manutenção da atividade empresarial da antecessora. Responsabilidade tributária da sucessora. AC 396848-PE ..... 226

## U

Cv	Usucapião. Terreno de marinha. Bem público dominical. Domínio útil. Inexistência de aforamento. Impossibilidade de reconhecimento da prescrição aquisitiva do domínio útil do imóvel porque pertencente à União. AC 332747-PE ..... 102
----	---