

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

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

Número 70 - Outubro/Dezembro - 2007

R. TRF 5ª Região, nº 70, p. 1 - 325, Outubro/Dezembro - 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

ELIZABETH LINS MOURA ALVES DE CARVALHO

Diagramação

GABINETE DA REVISTA

Endereço eletrônico: www.trf5.gov.br

Correio eletrônico: revista.dir@trf5.gov.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

Diretora da Escola de Magistratura Federal

Desembargador Federal
FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI - 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

Desembargador Federal
MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - 08.08.07

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 LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Desembargador Federal MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT

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	57
III - Índice Sistemático	315
IV - Índice Analítico	319

DOUTRINA

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NO BRASIL: PLEBISCITO, REFERENDO E PARTICIPAÇÃO POPULAR.

Francisco Wildo Lacerda Dantas, Desembargador Federal do TRF da 5ª Região, Professor da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFBA e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa – FDL.

1. Introdução 2. Resumo dos mecanismos 2.1 – A participação política 2.2 – O referendo popular 2.3 – Semelhança e dessemelhanças entre o referendo e a participação popular 2.4 – O plebiscito 2.5 – Semelhanças e dessemelhanças entre o plebiscito e o referendo 2.6 – Limites ao plebiscito e ao referendo 3. Disciplina no Brasil: 3.1 – Antecedentes históricos 3.2 – Disciplina constitucional e legal a) O conceito e a distinção dos institutos b) Procedimento de cada qual 3.3 – Propostas de mudanças: a) Constitucional b) Crítica c) Legal d) Crítica 3.4 – Resumo geral das críticas às propostas de mudanças 4. Conclusões.

1. Introdução

É conhecida a aversão de ROUSSEAU pela democracia indireta. Ao atribuir a *volonté générale* somente ao povo, que passava a substituir os reis na titularidade do poder, não mais concebido como recebido por dádiva divina, passou a considerar, com base num raciocínio lógico perfeito, que sendo o povo o único titular, não poderia tê-la revelada através de representantes, pois estes não na expressam verdadeiramente, tendo em vista que serão eles, na verdade, meros mandatários e não representantes da vontade popular. Para esse autor, a vontade não era representada porque

se era verdade que alguém concordava com o que outrem havia afirmado, em seu nome – como seu representante, agora, neste momento, nada garantia que estivesse de acordo com o que este homem viesse a afirmar amanhã¹.

Para substituir ou mitigar essa crítica feita ao processo legislativo indireto, em razão de reconhecer-se que a soberania popular (*volonté générale*) era indelegável, buscou-se criar um sistema legislativo semidireto – tendo em vista, sobretudo, que seria impossível adotar-se um sistema legislativo direto no mundo moderno em razão da quantidade enorme de eleitores existentes. Despontam, no sistema legislativo semidireto, institutos como o plebiscito, o referendo e a participação popular, como formas diretas de atuação do povo, diretamente, no processo legislativo. Na verdade, DALMO DE ABREU DALLARI refere que os mecanismos de participação popular mais conhecidos são cinco: plebiscito, referendo, iniciativa popular, *recall* e veto popular², dois a mais do que os existentes em nosso texto constitucional, mais precisamente no art. 14, da CF/88, embora já exista proposta de emenda à Constituição, para aumentá-los, como se examinará adiante.

¹ - Cf. “Do Contrato Social”, Coleção “Os Pensadores”, Abril Cultural, 1978, 2ª ed., tradução de Klourdes Santos Machado. Introdução e notas de Paul Arbousse Bastide e Lourival Gomes Machado, Capítulo I, p. 44. Paulo Bonavides resume bem a lógica fulminante do filósofo: o raciocínio parte da premissa de que a vontade é geral ou não é. Se a vontade é geral é a vontade do povo. Os regimes representativos negam a liberdade, visto como acarretam a alienação da soberania em assembleias, pois que “O soberano pode bem dizer: ‘Eu quero atualmente o que quer um tal homem, ou pelo menos o que ele diz querer’, mas não pode dizer: ‘o que este homem quiser amanhã, eu hei de querer também’”. Cf. “A Democracia e a liberdade no ‘Contrato Social’ de Rousseau”, como se pode ler à mesma fl. 44 da obra anteriormente referida, matéria inserida na obra “Reflexões: Política e Direito”, Malheiros Editores, São Paulo, 1998, 3ª ed. revista e aumentada, p. 126-144. Mais precisamente p. 136. Para Nelson Sousa Sampaio, a crítica de Rousseau era inclemente: para ele – Rousseau – “... os ingleses só eram livres no dia da eleição, passando, no dia seguinte, a ser subjugados por seus representantes”. Cf. “O Processo Legislativo”, Livraria Del Rey, Belo Horizonte, 1996, 2ª ed. revista e atualizada por Uadi Lamego Bulos, p. 53.

² - Cf. “Elementos da Teoria Geral do Estado”, Ed. Saraiva, São Paulo, 1995, 19ª ed., p. 130-132.

Nesse sentido, DENISE AUAD observou, em recente artigo, que a democracia representativa, como sistema que responde ao ideal moderno de instituição de uma democracia, viabilizador do desenvolvimento social, da paz, do pluralismo, do diálogo político e do respeito aos Direitos Humanos apresenta sinais de crise. Observou essa autora o que denominou de “deslocamento dos ideais democráticos consolidados na doutrina política dos pensadores clássicos, em face da realidade concreta vivida pelos Estados que se consideram democráticos”³.

Esta substituição – ou mitigação – tem provocado acesos debates no cenário nacional, sobretudo em razão de a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB – haver oferecido sugestões ao Congresso Nacional, que foram transformadas em projetos de lei: o de nº 4.718/2004, da Câmara dos Deputados e de nº 01/2006, do Senado Federal, no sentido de tornar possível e mais atuante a participação popular no processo legislativo, como se registra na troca de artigos da lavra dos mais importantes autores nacionais, como FÁBIO KONDER COMPARATO e BOLÍVAR LAMOUNIER, publicados no jornal “Folha de São Paulo”.

Ainda que não se pretenda fazer uma remissão acerca da polêmica que então se instaurou em que, aparentemente, FÁBIO KONDER COMPARATO defende a participação popular ativa, em artigos como “Quem tem medo do povo?”, publicado no jornal “Folha de São Paulo”, edição de terça-feira, 13 de março de 2007, p. A3, enquanto BOLÍVAR LAMOUNIER sustenta que a busca desses instrumentos deve ser comedida para que não se limitem os partidos políticos, órgãos legitimados a representar a vontade popular, tendo em vista que o povo se revela como “... uma miríade não especificada de grupos corporativos e movimentos sociais”, segundo ficou dito no artigo “Procurando Rousseau, encontrando Chávez”, publicado no mesmo jornal, na edição de 13 de março de 2007, na mesma Seção Opinião do Leitor, o presente trabalho tem o objetivo de proceder a uma análise dos instrumentos de participação popular no processo legislativo, como modalidade de

³ - Cf. “Mecanismos de Participação Popular no Brasil: plebiscito, referendo e participação popular”. Disponível em <http://www.unibero.edu.br/download/revista_eletronica/Set05-ArtDIR-PROF/DENISE_OK.pdf>. Acesso em 11.04.2007.

processo legislativo semidireto, buscando identificar-lhe as vantagens e desvantagens, tendo em vista a existência da Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998, que regulamentou a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da CF/88.

Como se sabe, nesses dispositivos se reconhece, no *caput*, que *A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante*. Os incisos I a III admitem que ela também possa ser exercida através de *plebiscito, referendo e iniciativa popular*. O exame se dará, também, em respeito a Projeto de Emenda Constitucional - PEC – já mencionada, que visa alargar a participação popular prevista nesse dispositivo, bem como do Projeto de Lei nº 01, de 2006, em tramitação no Senado Federal, e do Projeto de Lei nº 4.718/2004, em tramitação na Câmara dos Deputados, que buscam regulamentar o mesmo e mencionado art. 14 da CF/88.

Para isso, se procurará bem definir os institutos, examina-lhes a experiência na adoção, para, ao depois, apetrechado desses elementos, proceder-se a uma crítica, meramente acadêmica, da possível utilização desse instrumental entre nós e das propostas que pretendem modificá-lo.

2. Resumo dos mecanismos

Os mecanismos de participação popular foram muito bem estudados por JOSÉ AFONSO DA SILVA, cujo trabalho servirá de base para o esforçado resumo que se realizará a respeito, dentro dos propósitos deste artigo. Começa-se por relembrar que democracia é, sobretudo, um *conceito histórico*, que não se revela como um valor-fim, senão que “como um valor-meio e instrumento de realização de valores essenciais da convivência humana, que se traduzem basicamente na vigência dos direitos fundamentais do homem...”, para concluir que “... a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um *processo* de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história”⁴.

⁴ - Cf. “O sistema representativo, democracia semidireta e democracia participativa”, publicado na Revista do Advogado, nº 73, meses, p. 94-108, mais precisamente p. 94.

2.1. A participação política

A participação política, por sua vez, é identificada como essência da democracia⁵, pois que a depender dela, em grau maior ou menor, se terá uma democracia direta, uma democracia indireta ou uma democracia semidireta.

Identificam-se os institutos da democracia participativa, que, segundo esse autor, “combinam instituições de participação indireta com institutos de participação direta...”, para resumi-los em *iniciativa popular de leis, o referendo, o plebiscito, o veto popular, a revogação do mandato e a ação popular*⁶.

⁵ - Embora não se trate de um constitucionalista e não tenha escrito sobre a participação popular como matéria mesma da Constituição, OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, eminente processualista pátrio, escrevendo sobre o processo, observou que a tendência moderna, atual, é de reconhecer-se a democracia não apenas como a forma de um autogoverno, como representada na fórmula clássica de Abraão Lincoln do “governo do povo, pelo povo e para o povo”, muito menos de identificá-la como uma *democracia representativa*, onde o povo se limitaria a eleger os seus representantes, para se defini-la como uma *democracia participativa*, o que implicaria, para essa adoção, *processualizar-se* o processo administrativo, através do estabelecimento de um *contraditório prévio* entre as partes interessadas em sua produção, para observar que “Antes de decidir pela realização de certa obra pública, ou antes de decretar certa medida administrativa, procura o administrador auscultar e debater com a comunidade que será diretamente atingida por tais atividades administrativas, a sua conveniência e oportunidade”. Cf. “Curso de Processo Civil”, Sergio Antonio Fabris Editora, Porto Alegre, 1991, 2ª edição revista, p. 11.

⁶ - Cf. ob. cit. p. 99. Não custa lembrar, no entanto, que ao mesmo tempo que se busca privilegiar a participação popular com as novas propostas já transformadas em projeto e em curso no Congresso Nacional, já ali se encontra proposta de Emenda Constitucional que, de modo inverso, restringe essa participação. Refiro-me ao PEC nº 358, de 2005, que pretende acrescentar uma alínea “d” ao inciso I do art. 102 da CF/88, em que se atribui apenas ao STF a competência para julgar “O **habeas corpus**, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas a, b e c; o **mandado de segurança** e o **habeas data** contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador Geral da República e o do próprio Supremo Tribunal Federal; e a *Ação Popular e a Civil Pública contra atos do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal*”.

Define-se a *iniciativa popular* como um fenômeno contemporâneo menos difundido do que o *referendo* e consistente na *outorga ao povo do poder de participar do processo legislativo*. Ela pode ser formal – quando se exige que ela se realize por meio de um projeto de lei ou de emenda constitucional, devidamente articulado, de sorte que o povo é chamado a subscrever esse projeto que se quer apresentar ao Poder Legislativo, como aconteceu com o projeto de lei de iniciativa popular que criou a disciplina dos crimes hediondos – liderada pela novelista da Rede Globo Glória Perez, que teve a filha brutalmente assassinada. Pode ser, também, informal, quando acontece como uma iniciativa popular não formulada, em que não há uma elaboração de um projeto de lei específico, pois a iniciativa popular se limita a solicitar a criação de uma lei, o que se dá através do exercício legítimo do direito de petição.

2.2. O referendo popular

Importa ressaltar que a própria palavra *referendo* se apresenta com grande riqueza de significações. Pode-se identificá-la com um sentido mais abrangente e menos técnico, qual registrado no Dicionário de Houaiss, como *o ato de aceitar a responsabilidade de alguma coisa já aprovada por outrem, concorrendo assim para que ela se realize ou se cumpra*, que denomina de *ato de controle que uma autoridade ou um Poder exerce sobre outro*, como se identifica na previsão constitucional do art. 84, VIII, de referendo do Congresso Nacional para os atos da competência do Presidente da República em que se firmam acordos internacionais, no mesmo art. 84, XIX e XX, quando, igualmente, se autoriza o mesmo Congresso Nacional a referendar os atos do Presidente da República em que se declara guerra ou se celebra a paz.

No sentido mais técnico, porém, tem-se o conceito de referendo como ato próprio do processo político, cuja origem remonta à antiga organização federal suíça, onde, no início, nas palavras do mesmo autor, “... os delegados à Assembléia só tinham o poder de decidir *ad referendum* do Conselho Cantonal, quer dizer, suas de-

cisões eram submetidas à ratificação do Conselho Cantonal que esses delegados representavam”⁷.

Nesse sentido, tem-se o referendo popular, como observou RODRIGO BORJA, como *el acto por el cual el cuerpo electoral – o sea el conjunto de ciudadanos con derecho a voto – aprueba o desaprueba ciertas decisiones de los organos legislativos del Estado*. Nessa definição, remete a OBERHOLTZER, para quem o referendo é *la sumisión de los electores, para su aprobación o desaprobación, de las disposiciones constitucionales o administrativas aprobadas por las Asambleas Legislativas*⁸.

Registre-se, no entanto, a advertência de REINHOLD ZIPPELLIUS a respeito da adoção do referendo:

No entanto, resultam desde logo restrições do facto de à legislação do povo só poderem ser submetidas aquelas matérias que a comunidade seja capaz de julgar. Dever-se-á tratar, neste contexto, predominantemente de questões cujo ponto fundamental não resida na apreciação técnica, mas sim numa valoração ético-social, como p. ex., no caso de decisão incidindo sobre a admissibilidade da interrupção voluntária da gravidez ou sobre a introdução da pena de morte. E mesmo em relação a tais questões existe o risco de a opinião pública ser determinada não por uma ponderação racional das coisas, mas por emoções descontroladas.

O autor encerra essa passagem com o registro, inteiramente pertinente: *Os opositores do referendo têm, sobretudo, advertido acerca do perigo de uma manipulação demagógica da opinião popular, cada vez mais maciça na era da televisão*⁹.

⁷ - Cf. José Afonso da Silva, ob cit., p. 100. Faz-se remissão, em nota de pé de página, à obra de Pierre Rosanvallon, “La Democratize Inchevée”, p. 287.

⁸ - Cf. “Derecho Político y Constitucional”, Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1991, p. 187-235. A obra de Oberholtzer, mencionada, é *Tratado de Derecho Político, Tomo II*, p. 464.

⁹ - Cf. “Teoria Geral do Estado”, tradução ao vernáculo por Karin Praefke-Aires Coutinho, sob a coordenação de J. J. Gomes Canotilho, Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1994, 12ª ed., p. 240.

Parece-me que se deve atentar para essa observação, ainda que não se faça oposição à adoção do referendo, como é o nosso caso, para que se tenha na medida uma forma legítima de participação popular e não um instrumento de se introduzir, sob essa veste, uma via de manobras demagógicas dos que não se arrequeiam de utilizar-se dos meios mais escusos para a tomada e a manutenção do poder.

2.3. Semelhança e dessemelhanças entre o referendo e a participação popular

Pode-se estabelecer uma comparação entre o referendo e a participação popular, onde se ressalta que:

a) o referendo se revela como um instrumento de participação do povo no processo de formação de normas jurídicas, tal como a iniciativa popular, com a diferença de que esta dá início ao processo legislativo, enquanto aquela (o referendo popular, observe) o encerra¹⁰;

b) a iniciativa promove a formação do ato legislativo, o referendo confirma ou recusa a formação do ato já praticado pelo legislador ordinário ou constituinte;

c) o referendo se caracteriza por adotarem-se certas exigências para a apreciação pela vontade popular de projetos de lei ou de emenda constitucional tais como pedido de certo número de eleitores, de certo número de parlamentares ou do próprio chefe do executivo, etc. O ato legislativo ou constituinte será por aprovação apenas se receber votação favorável da maioria do corpo eleitoral, do contrário, reputar-se-á rejeitado.

A iniciativa popular, por sua vez, por se referir ao momento mesmo em que se desfecha o processo legislativo, ou seja, se dá

¹⁰ - Como, aliás, restou diferenciado no art. 2º da Lei nº 9.708/99 que, finalmente disciplinou a realização do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular na elaboração de lei, entre nós. Cf. Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, "Curso de Direito Constitucional", Ed. Saraiva, 2005, 9ª ed., p. 227.

início a ele, não apresenta essa característica de submeter-se o projeto de lei ou de emenda constitucional para que o povo o confirme.

2.4. O plebiscito

O plebiscito (vocábulo de origem latina. Deriva de *plebi* = do povo, caso genitivo de *plebs* = povo e *scitum*, neutro de *sictus*, particípio passivo de *sciscere* = decretar, aprovar, de *scire* = saber) revela-se como uma forma de participação popular na criação de norma (no processo legislativo, pois) que remonta aos romanos¹¹. JOSÉ AFONSO DA SILVA, por exemplo, registra que ***Plebiscitum*** era, na República Romana, uma decisão soberana da plebe aprovada em ***concilium plebis*** (assembléia da plebe, do povo), por proposta de um tribuno da plebe sobre alguma medida¹². O Dicionário de Política organizado por NORBERTO BOBBIO, NICOLA MATTEUCCI E GIANFRANCO PASQUINO, por sua vez, registra que essa noção é controversa.

¹¹ - Denise Auad explicou que isso ocorreu porque, na antiga Roma, havia uma grande diferença de classes sociais, bastando referir que entre os patrícios e plebeus – duas dessas classes – enquanto a primeira representava a aristocracia romana, possuindo privilégios relacionados a direitos políticos e civis, a segunda, que representava a grande maioria da população, supondo-se que fossem descendentes dos povos conquistados e subjugados, não gozava desses privilégios. Esse quadro social bem serve para revelar o sério problema social existente nos atuais países europeus – conquistadores do passado – que trouxeram para o seu território mão-de-obra barata dos povos conquistados, considerados – já agora – nacionais desses países. Em Roma, como agora, as classes dominadas exigiram direitos e prerrogativas só reconhecidos aos patrícios – ou cidadãos primitivos do país – o que se deu através da primeira greve de que se tem notícia, tendo conseguido algumas concessões como o “Tribunato da Plebe”, em que se permitiu aos plebeus vetarem as leis que fossem contrárias a seus interesses. Posteriormente, a *Lex Hortensia* reconheceu-lhes o direito de votar as resoluções da assembléia popular, com força de lei. Essa decisão passou a ser denominada de *plebiscitum* (do latim *plebis* = da plebe + *scitum* = decreto), ou decreto da plebe.

¹² - Cf. “O Sistema Representativo, Democracia Semidireta e Democracia Participativa”, ob. cit., p. 102.

De um lado, se revela que não há dúvida de que se trata de um pronunciamento popular, para acrescentar que a origem histórica do termo servia para designar, na *antiga Roma, uma deliberação do povo, ou mais exatamente, da plebe convocada pelo tribuno*. De outro lado, porém, se observa que após a Revolução Francesa e a difusão de ideologias fundadas na soberania popular, começou a designar as votações que passaram a se realizar na Europa em geral, incluindo a própria Itália, sobre assuntos de importância constitucional.

Conceitua-o, então, como *uma votação popular sobre assuntos de relevância constitucional, sendo, por isso, um instrumento de democracia direta*, muito embora se observe, também, que *como todos os dispositivos deste tipo pode ser instrumentalmente usado por correntes autoritárias para legitimar o seu poder autocrático*¹³.

A técnica de recorrer-se a essa consulta popular para a produção legislativa, porém, revelou-se como um fenômeno que surgiu no pós-guerra, conhecido como *plebiscitação da liderança do Executivo*. Ela já foi apontada como uma escolha política que, associada à concentração nos Governos – isto é, no Poder Executivo – de toda a dinâmica da atividade prestadora de serviços, bem como do núcleo de operações tecno-jurídicas e tecno-materiais que a instrumentaliza, produziu a perda da centralidade parlamentar, deslocando-a para uma discussão aberta com o próprio titular da soberania¹⁴.

Isso decorreu, sobretudo, da crise de representatividade sofrida pelos partidos políticos. Observou-se que, no Brasil, se identifica um desvio de finalidade na representação política, pois os interesses particulares, corporativos e oligárquicos se sobressaem

¹³ - Cf. "Dicionário de Política", obra organizada por Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, tradução de Carmen C. Varralle, Gaetano Lo Monção, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Caçais e Renzo Dini, sob a coordenação de João Ferreira e revisão geral de João Ferreira e Luiz Guerreiro Pinto Caçais, Ed. UnB, 1985, 8ª ed., p. 927.

¹⁴ - Cf. Carlos Blanco de Moraes, "As Leis Reforçadas (As Leis Reforçadas pelo Procedimento no Âmbito dos Critérios Estruturantes das Relações entre Actos Legislativos)", Coimbra Editora, 1988, Portugal, p. 74-75 e 971.

ao interesse coletivo e público, pois se constatou que, em nosso país, ainda convive, nos rincões mais pobres, uma realidade desalentadora do clientelismo e o voto de cabresto, em que não existe, absolutamente, liberdade para votar. A presuntiva liberdade do eleitor está submetida ao suborno ou à troca do voto pela promessa de alguma vantagem, quando não deixa de existir ante a ameaça do poder do mais forte¹⁵. Vale ressaltar, de outro lado, que há autores, como o consagrado PINTO FERREIRA, que advertem para o perigo do uso indiscriminado do plebiscito, que, nesse caso, se revelará como uma ameaça ao Estado Democrático de Direito, tendo em vista que a sua realização se fará no Brasil, onde a “publicidade da propaganda política é dominada pela mídia eletrônica em poder de autênticos monopólios de fato”¹⁶.

Segundo a doutrina, pode a participação popular através do plebiscito ser considerada sob duas formas: a *ampla* e a *orgânica*.

A primeira forma – a ampla – é a que se realiza sobre qualquer questão de relevância nacional, sem nenhuma restrição quanto à matéria. Já a segunda – a orgânica – é a reservada para uma matéria específica, mais precisamente para a incorporação, subdivisão e desmembramento de Estados e Municípios¹⁷, previstos no art. 18, § 3º e § 4º da CF/88.

A participação popular – em ambas as hipóteses – se justifica porque “o interesse da população”, a que se referem os dois dispositivos é, segundo DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, “... uma variedade de *interesse difuso*, de todos e de cada um dos habitantes daquelas áreas (interesse direto), a emitir sufrágio (art. 14) sobre a organização político-administrativa de base territorial de sua preferência, no modelo federativo nacional”¹⁸.

¹⁵ - Como observou Denise Auad, “Mecanismos de Participação Popular no Brasil: Plebiscito, Referendo e iniciativa Popular”, ob. cit., p. 08-09.

¹⁶ - Cf. “O Problema da Revisão Constitucional e seus Limites”, Simpósio sobre Revisão e Plebiscito. Conselho Federal da OAB. Brasília. 1992, p. 191.

¹⁷ - *Idem, ibidem*, p. 18.

¹⁸ - Cf. “Constituição e Revisão – Temas de Direito Político e Constitucional”, Rio de Janeiro, 1991, p. 63.

2.5. Semelhanças e dessemelhanças entre o plebiscito e o referendo

Embora já se tenha afirmado que os dois institutos são, a rigor, sinônimos¹⁹, isso resulta do fato de que, ainda hoje, se emprega o plebiscito, notadamente na Suíça, onde o instituto se originou de uma espécie de compensação que se deu ao corpo eleitoral, para criação da confederação naquele país, de que resulta o referendo obrigatório, por ser imposto constitucionalmente como condição da aprovação das leis em geral, incluindo, aí, as decisões dos órgãos legislativos do Estado. Nesse país, reservou-se o referendo obrigatório para as reformas constitucionais, que não têm validade nem poder de ser promulgadas sem a indispensável consulta popular, enquanto o referendo facultativo é aplicado para a aprovação das leis federais ordinárias, dos tratados de duração indefinida ou superior a quinze anos e dos decretos de alcance geral que não tenham caráter de urgência²⁰.

Penso que se pode efetuar uma comparação entre ambos, em que se apontem as semelhanças e as dessemelhanças existentes. Essa análise tomará como critérios para o *discrimen*: a natureza do processo legislativo a que servem, a matéria tratada em ambas as figuras e o momento do processo legislativo em que ela opera e a extensão ou limites dessa atuação.

1º - Segundo a natureza do processo legislativo a que servem, tem-se que, segundo NELSON DE SOUZA SAMPAIO, o referendo resulta de "... um ato complexo, da concordância da vontade do órgão representativo com a vontade popular...", enquanto o plebiscito seria uma "simples consulta popular". Em razão disso, o autor conclui que o primeiro – o referendo – é instituto do governo (e, acrescento, do processo legislativo respectivo) semidireto. Já o

¹⁹ - Como se encontra no verbete *plebiscito*, no "Dicionário de Política", organizado por Norberto Bobbio e outros, ob. cit., p. 927

²⁰ - Como explica Rodrigo Borja, na obra "Derecho Político y Constitucional", Ed. Fondo de cultura, México, 1991, p. 187-235.

segundo – no caso, o plebiscito – é instituto do governo (e processo legislativo respectivo, volto a acrescentar) direto²¹.

2º - Considerando-se a matéria de que tratam ambas as figuras, tem-se que enquanto o referendo gira em torno de um ato legislativo – leis em geral – o plebiscito diz respeito a um ato executivo: aprovação ou rejeição de uma medida administrativa²².

BISCARETTI DE RUFIA prefere dizer que o plebiscito se dirige a um fato ou evento concernente à estrutura essencial do Estado e de seu governo, como, por exemplo, uma adjudicação de território, a manutenção ou modificação de uma forma de governo, a proposição de uma determinada pessoa para um ofício particular, etc²³.

GOMES CANOTILHO, por sua vez, refere que o plebiscito recai “sobre escolhas ou decisões políticas, como, por exemplo, a confiança num chefe político, a opção por uma ou outra forma de poder. Quando a pronúncia popular incide sobre um texto normativo (uma lei, uma constituição) o plebiscito aproxima-se do referendo. Nela (nesse tipo de consulta popular, o plebiscito, explico) está, porém, presente um momento ‘decisionista’ que não se verifica no referendo”²⁴.

3º - Levando-se em consideração, por fim, o momento do processo legislativo em que se admite essa consulta, tem-se que o referendo é admitido depois da votação do projeto de lei, como uma forma de autorização para que ele finalmente tenha vigência, enquanto o plebiscito se revela como uma consulta prévia à ado-

²¹ - Cf. “O Processo Legislativo”, Ed. Del Rey, 2ª ed. atualizada por Uadi Lamego Bulos, 1996, p. 54-55.

²² - Cf. Rodrigo Borja, “Formas de participación del pueblo en las tareas oficiales del Estado”, trabalho encontrado na obra “Derecho Político y Constitucional”, Fondo de Cultura Económica, México, 1991, p. 187-235, mais precisamente p. 189.

²³ - Cf. Paolo Biscaretti di Ruffia, “Diritto Costituzionale”, Jovene Editore, Napoli, 1989, XV Edizione, p. 465.

²⁴ - Cf. “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, Livraria Almedina, Coimbra, 1998, 2ª ed., p. 285.

ção de uma política, que pode, posteriormente, desdobrar-se em um ou mesmo em vários projetos de lei. Nesse sentido, KARL LOWENSETTEIN considera que embora ambos sejam institutos de democracia direta, o referendo serve como instrumento de controle político para que, através dele, se confirme ou se recuse uma anterior decisão política ou do parlamento, enquanto o plebiscito é reservado para votações sobre questões não constitucionais e não legislativas²⁵.

4º – Em respeito à extensão do plebiscito e do referendo, por fim, tem-se que ambas as figuras se revelam como formas de participação popular no processo legislativo. Logo, não podem servir – num autêntico regime democrático – para substituir as eleições de governantes nem para legitimar o poder de fato de eventuais ocupantes do poder.

2.6. Limites ao plebiscito e ao referendo

Impõe-se a definição de limites, pois, como bem observou MANUEL ARAGÓN e JOSÉ LUIZ LÓPEZ, a democracia representativa tem, em seu favor, sólidos fundamentos teóricos, que se impõem sobre as possíveis razões de mero pragmatismo: a sociedade não se apresenta de forma uniforme senão plural e que não se pode prescindir, para que se torne possível a continuidade do Estado de um labor permanente de integração²⁶.

Penso, pois, que são limites para a realização tanto do plebiscito quanto do referendo – que nesse caso se apresenta como uma característica de semelhança – que nenhum desses institutos pode ser utilizado além da competência legislativa ou política prevista pelo próprio texto constitucional para o órgão que propõe a consulta popular.

²⁵ - Cf. “Teoría de la Constitución”, traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Profesor Ayudante de la Facultad de Derecho en la Universidad de Madrid. Editorial Ariel, Barcelona, 1982, p. 326 e s.

²⁶ - Cf. “Plebiscito”, disponível em <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/rede-local/docs/red-diccionario/plebiscito.htm>., p. 04 de 10. Consulta realizada em 14.03.2007.

Tais consultas são, pois, subsidiárias e complementares do processo legislativo – referendo – ou político – plebiscito, jamais substitutivas²⁷. Esses limites devem ser rigorosamente obedecidos, para que não se comprometa a legitimidade no emprego desses institutos. Todos eles são técnicas de processo legislativo direto e/ou indireto – como explicou NELSON DE SOUZA SAMPAIO²⁸

Não se deve perder de vista que a democracia parlamentar é a regra geral que se segue no exercício do poder constituído, que assenta no papel do partido político, pois *La democracia de nuestro tiempo es una democracia de partidos y así parecen exigirlo las complejas sociedades de nuestro tiempo. Unos partidos políticos estables, sin una componente burocrático excesivo, dotados de una estructura interna y funcionamiento democráticos y socialmente arraigados, es decir, capaces de movilizar a la ciudadanía para su participación e integración en el proceso democrático, garantizan el pluralismo y promueven una forma de organización política e eficaz*²⁹.

RODRIGO BORJA, por sua vez, procede a uma observação quanto ao plebiscito que me parece estender-se ao referendo, num texto produzido em espanhol de que procedemos a uma livre tradução: *Em princípio, o plebiscito é indubitavelmente uma genuína manifestação democrática posto que seja uma espécie de consulta popular. Mas o mau uso que dele têm feito ditadores e **dictadorzuelos** (ditadorzinhos?) de toda classe tem se convertido em um meio para coonestar as piores tiranias. Antigos e modernos ditadores, quanto têm querido legalizar de algum modo o exercício fático de seu poder, têm arranjado, manhosamente, plebiscitos para dar aparência democrática para o que era pura arbitrariedade democrática. Isto tem dado origem a uma justificada prevenção e desconfiança contra a instituição do plebiscito* (que me permito

²⁷ - Cf. Manuel Aragon e José Luiz López, ob. cit., p. 06 de 10.

²⁸ - Cf. ob. cit., p. 36 e s.

²⁹ - Cf. “Democracia, Elecciones, Participación Política, Referéndum”, Manuel Aragón e José Luiz López, consultado em http://www.iidh.ed.cr/comunidad/redelectoral/docs/red_diccionario/plebiscito.htm, consultado em 14.03.2007.

estender ao referendo, acrescento). *Os despostas o têm utilizado para dar aparência de legitimidade a seu despotismo ou para o seu continuísmo indefinido no governo*³⁰.

Penso que o atual descrédito dos partidos políticos em nosso país³¹, quando já se aponta a sua inutilidade e se alardeia a necessidade de mudanças para a instituição de um autêntico regime democrático, bem se revela na recente busca dessas técnicas de democracia direta ou semidireta, a justificar inclusive estas breves reflexões.

Não se devem abandonar as velhas lições aprendidas ao longo dos séculos: se o regime é representativo e se funda nos partidos políticos que, em dado momento, como agora em nosso país, são acusados, pela corrupção endêmica, pelo fisiologismo e por outras causas menos citadas, de não representarem o povo, por não significarem a vontade da maioria da população, não devem ser simplesmente eliminados para serem substituídos por essas técnicas próprias da democracia direta ou semidireta.

Devem ser aperfeiçoados, atentando-se para essa feliz observação do Prof. PAULO OTERO:

*Com efeito, o princípio majoritário nunca se pode transformar de simples critério decisório em efectivo critério de verdade: a maioria ou mesmo a unanimidade de um parlamento, tal como a vontade da maioria dos membros da sociedade expressa por referendo (e, acrescento, por plebiscito), nunca pode tornar legítimo aquilo que por natureza é ilegítimo, tal como não pode transformar em certo o que é em si mesmo errado*³².

³⁰ - Cf. ob. cit., 04.

³¹ - O escritor português José Saramago, por exemplo, detentor do prêmio Nobel de Literatura, afirmou, em entrevista que concedeu à TV Globo, em 22 de maio de 2007, da ilha em que se refugiou, que não existem verdadeiros partidos políticos no Brasil, mas meras agremiações, que mudam ao sabor dos interesses do momento.

³² - Cf. "A Democracia Totalitária – do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária. A Influência do Totalitarismo na Democracia do século XXI", Ed. Principia, S. João do Estoril, Portugal, 2001, p. 171.

Em respeito às modificações que se alardeiam, embutidas na reforma política, sempre em gestação e jamais aplicadas em nosso país, seja-me permitido dizer que não me parece democrático exigir-se que o eleitorado passe a votar em uma lista de candidatos, sob o falaz argumento de que o voto pertence ao partido político e não ao candidato. Parece-me que o voto pertence ao povo – único titular da soberania – o partido político é o instrumento através do qual se disciplina a captação do voto, como legítima expressão da vontade popular. Exigir que o titular da soberania vote em um partido político para fortalecer essas instituições significa transferir para essas instituições a soberania que é do povo. Penso que se deve, sim, em primeiro lugar, fortalecer os partidos políticos, com modificações no sistema eleitoral que aproximem a vontade popular àquela apurada nas urnas, para o que me parece correta a observação, de Paulo Bonavides, de aceitar-se a criação de partidos políticos regionais, para evitar-se os arranjos políticos dos donos desses partidos para atenderem meros interesses de outras regiões desses diretores partidários, pois, como afirmou: *A caminhada para o partido nacional deveria ter passado pelo partido regional, que a lei e a Constituição – desatentas à massa dos grandes interesses vivos onde se estampa o descompasso de progresso que fez o País desigual com seus bolsões de atraso econômico, social e político – sempre teimaram em ignorar*³³.

3. Disciplina no Brasil:

3.1. Antecedentes históricos

Registram os autores que o plebiscito, no Brasil, quando passou a ser previsto no texto constitucional, o foi na sua forma orgânica. Com efeito, observa DENISE AUAD que foi a Constituição de 1937 que primeiro tratou do instituto entre nós³⁴.

³³ - Cf. "Reflexões. Política e Direito", Ed. Malheiros, São Paulo, 1998, 3ª ed., p. 450.

³⁴ - Cf. ob. cit., p. 16.

Realmente, pode-se ler no art. 5º e seu parágrafo único, nestes exatos termos:

*Art. 5º - Os Estados podem incorporar-se, subdividir-se ou desmembrar-se para anexar-se a outros, ou formar novos Estados, mediante a aquiescência das respectivas Assembléias Legislativas, em duas sessões anuais consecutivas, e aprovação pelo Parlamento Nacional. Parágrafo único – A resolução do Parlamento poderá ser submetida pelo Presidente da República **ao plebiscito** (dei ressalto) das populações interessadas.*

Nada obstante, não se tem notícia de que esse rasgo democrático dessa Carta autoritária – denominada mesmo de a “Polaca”, porque inspirada na ditadura exercida na Polônia – houvesse sido posto em prática³⁵.

De qualquer modo, foi pela forma orgânica que o plebiscito foi introduzido no texto constitucional brasileiro. Tanto que, após o retorno do país à democracia, a Constituição de 1946 manteria essa previsão no art. 2º, com essa redação: *Art. 2º - Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros a formarem novos Estados, mediante voto das respectivas assembléias legislativas, **plebiscito** (voltei a dar ressalto) das populações diretamente interessadas e aprovação do Congresso Nacional.*

Já no período da ditadura militar – quando vigoraram as Constituições de 1967 e a célebre EC de 1969 – deixou-se de fazer tal referência, limitando-se o art. 3º da Carta de 1967 e na EC de 1969, a prever: *Art. 3º - A criação de novos Estados e territórios dependerá de lei complementar, não se tendo notícia da criação de nenhuma lei complementar que disciplinasse essa criação.*

³⁵ - Aliás, esse não foi o único dispositivo que não teve aplicação prática. Como demonstram os autores – entre eles José Afonso da Silva – “Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do executivo”. Cf. “Curso de Direito Constitucional”, Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1190, 6ª ed., p. 74

Na Constituição atual, o plebiscito está incluído entre as hipóteses de exercício direto da soberania popular, ao lado do referendo e da iniciativa popular, sem que se houvesse disciplinado esse dispositivo por uma década. Realmente, somente com a Lei 9.709/98 – após dez anos da entrada em vigor da Constituição, precisamente em 5.10.1988 – se regulamentaria o legítimo exercício da soberania popular. Precisamente em respeito ao plebiscito, o art. 18, § 3º, deste texto constitucional dispõe:

Art. 18 – Omissis (...)

§ 1º - Omissis (...)

§ 2º - Omissis (...)

*§ 3º - Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de **plebiscito** (dei ressalto), e do Congresso Nacional, por lei complementar.*

Idêntico dispositivo está previsto em respeito aos Municípios, no § 4º deste mesmo art. 18:

*§ 4º - A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante **plebiscito** (voltei a dar ressalto), às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.*

Por sua vez, o art. 49, XV, da mesma Constituição, estabelece:

Art. 49 – É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

Incisos I a XIV – omissis (...)

XV – autoriza referendo e convocar plebiscito.

Esse último dispositivo revela que tanto o plebiscito como o referendo, como formas da participação popular no processo legislativo, somente se podem realizar com a participação do Poder Legislativo, que o convoca, no primeiro caso, e o autoriza, no segundo. Evidente que não se poderia deixar de mencionar o primeiro plebiscito de âmbito nacional realizado no país, em 1963, a res-

peito da adoção ou não do sistema de governo parlamentarista, em lugar do sistema presidencialista.

Como se sabe, o sistema parlamentarista foi introduzido no Brasil, nessa época, com o único propósito de impedir o governo de então – o de JANGO GOULART – que sucedera a JÂNIO QUADROS, que renunciara, de exercer a presidência com todos os poderes até então existentes, em face do receio representado pelas tendências socialistas do novel presidente, sendo certo que tal plebiscito reintroduziu o sistema presidencialista³⁶.

Finalmente, o art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) dispôs sobre a realização do plebiscito, com o que se procurou atribuir maior legitimação à nova forma de governo ou, como prefere o “Dicionário de Política”, forma de Estado³⁷, que foi introduzida entre nós através de um Golpe de Estado e não de uma revolução de que o povo – titular da soberania – participasse ativamente. Realmente, em 1993, se realizou um plebiscito no Brasil em que o povo preferiu a forma de governo e de Estado republicana e, também, o sistema de governo presidencialista em lugar do sistema parlamentarista também ali proposto.

3.2. Disciplina constitucional e legal

Repita-se, a disciplina constitucional no Brasil prevê, apenas, como formas de participação popular no processo legislativo, o

³⁶ - Observe-se que esse plebiscito havia sido conclamado pelo próprio Jango Goulart, com o objetivo de trazer de volta o presidencialismo e, com isso, recuperar os poderes que lhe haviam sido retirados com a mudança anterior. Cf. Denise Auad, “Mecanismos de Participação Popular no Brasil: Plebiscito, Referendo e Iniciativa Popular”, artigo publicado na Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 03, Jan/Jul 2004, p. 291-323, mais precisamente p. 302.

³⁷ - José Afonso da Silva conceitua a república como uma forma de governo. Cf. “Curso de Direito Constitucional Positivo”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990, 6ª ed., p. 90, enquanto o “Dicionário de Política” define o vocábulo *república* como um dos tipos de formas de Estado, em oposição à Monarquia. Cf. ob cit. no verbete *república*. Seguramente, os conceitos não são excludentes: república é uma forma de governo e uma forma de Estado, ou, se se quiser, uma forma de governo do Estado.

plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, tal como previstos no art. 14, I a III, da CF/88. Registra-se, porém, que somente uma década depois se viria regulamentar esse dispositivo, o que aconteceu com a Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998, e dos dispositivos dessa lei se extraem alguns dispositivos, em que se identificam:

a) O conceito e a distinção dos institutos:

Art. 2º - Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa.

§ 1º - O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido.

§ 2º - O referendo é convocado com posteridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição.

Art. 13 - A iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento de eleitores de cada um deles.

b) Procedimento de cada qual

Art. 3º - Nas questões de relevância nacional, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e no caso do § 3º do art. 18 da Constituição Federal, o plebiscito e o referendo são convocados mediante decreto legislativo, por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional, de conformidade com esta Lei.

Art. 4º - A incorporação de Estados entre si, subdivisão ou desmembramento para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, dependem da aprovação da população diretamente interessada, por meio de plebiscito realizado na mesma data, ouvidas as respectivas Assembléias Legislativas.

*§ 1º - Proclamado o resultado da consulta plebiscitária, sendo favorável à alteração territorial prevista no **caput**, o*

projeto de lei complementar respectivo será proposto perante qualquer das Casas do Congresso Nacional.

§ 2º – À Casa perante a qual tenha sido apresentado o projeto de lei complementar referido no parágrafo anterior compete proceder à audiência das respectivas Assembléias Legislativas.

§ 3º - Na oportunidade prevista no parágrafo anterior, as respectivas Assembléias Legislativas opinarão, sem caráter vinculativo, sobre a matéria, e fornecerão ao Congresso Nacional os detalhes técnicos concernentes aos aspectos administrativos, financeiros, sociais e econômicos da área geopolítica afetada.

§ 4º - O Congresso Nacional, ao aprovar a lei complementar, tomará em conta as informações técnicas a que se refere o parágrafo anterior.

Art. 5º – O plebiscito destinado à criação, à incorporação, à fusão e ao desmembramento de Municípios, será convocado pela assembléia Legislativa, de conformidade com a legislação federal e estadual.

Art. 13 – Omissis (...)

§ 1º - O projeto de lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a um só assunto.

§ 2º - O projeto de lei de iniciativa popular não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação.

Art. 14 – A Câmara dos Deputados, verificando o cumprimento das exigências estabelecidas no art. 13 e respectivos parágrafos, dará seguimento à iniciativa popular, consoante as normas do Regimento Interno.

Deve-se registrar que antes dessa Lei nº 9.709/98, cujos dispositivos principais se encontram transcritos acima, existia a Lei Complementar nº 01/67, que dispôs sobre os limites materiais do plebiscito, sendo certo que se circunscreveu à realização do plebiscito orgânico em respeito ao Município, com atribuição específica a cada Tribunal Regional Eleitoral para estabelecer o procedimento, na forma das resoluções que baixassem.

Nesse sentido, o art. 3º e parágrafo único da Lei Complementar nº 01/67 dispunha:

Art. 3º - As Assembléias Legislativas, atendidas as exigências do artigo anterior, determinarão a realização de plebiscito para consulta à população da área territorial a ser elevada à categoria de Município.

Parágrafo único – A forma de consulta plebiscitária será regulada mediante resoluções expedidas pelos Tribunais Regionais Eleitorais.

Observe-se que essa lei não disciplinava a realização do plebiscito sob a forma ampla – na forma agora referida no art. 2º da Lei atual, nº 9.709/98 – para realizar *consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância*, daí porque não se admitia convocação de plebiscito para outro tipo de consulta. Nesse sentido, REGINALDO FANCHIN transcreveu decisão do TRE (Tribunal Regional Eleitoral) do Paraná a respeito da consulta popular que lhe fora dirigida pela Câmara de Vereadores de Curitiba, nos seguintes termos:

EMENTA. CONSULTA ACERCA DA APLICABILIDADE DO DISPOSTO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 3º DA LEI COMPLEMENTAR 1/67 PARA A FORMA DE CONSULTA PLEBISCITÁRIA PREVISTA NO ART. 109 DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE CURITIBA. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA TANTO.

1. A Lei complementar 1/67 atribui ao TRE a competência para designação de data para realização de plebiscito apenas nos casos de criação de novos municípios.

2. O caput do art. 14 da CF que criou novas formas de consulta popular (onde se insere a aludida no art. 109 da Lei Orgânica do Município de Curitiba) ainda depende de Lei Federal regulamentadora para sua eficácia³⁸.

Há de registrar-se, além disso, que a Lei Complementar nº 01/67 se limitava – segundo o dispositivo transcrito, art. 3º – a regulamentar o plebiscito para consulta à população da área territorial a ser elevada à categoria de município – forma orgânica de plebiscito, pois – se revestindo de forma de lei complementar. Tratava-se de lei complementar por exigência do art. 14 da CF/67, que dispunha:

³⁸ - Cf. “Justiça eleitoral e Plebiscito”. Revista de Direito Público. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1991, pp. 159-162, mais precisamente p. 160.

Art. 14 - Lei Complementar estabelecerá os requisitos mínimos de população e renda pública e a forma de consulta prévia às populações locais, para a criação de novos Municípios.

Naturalmente, que o assunto se encontra disciplinado, atualmente, na Lei nº 9.709/98, que é uma lei ordinária, porque a disciplina constitucional atual – o art. 14, I a III – apenas refere que a *soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos e, nos termos da lei* (dei ressalto, sem exigir que se trate de lei complementar), *mediante: I – plebiscito, II – referendo e III – iniciativa popular*³⁹.

Importa acrescentar, também, a observação de que a nova Lei – nº 9.709/98 – faz expressa referência, no art. 3º acima transcrito, às *questões de relevância nacional* como aquelas que autorizam a convocação popular para pronunciamento em plebiscito ou referendo, com o que se tem um alargamento da matéria submetida a esse tipo de votação, ou seja, a ampliação dessas figuras, sobretudo do plebiscito, para admitir-se a participação popular em sua forma plena. Dir-se-á que o texto constitucional atual não prevê matéria que não a criação, desmembramento ou fusão de Estados ou Municípios como matéria própria do plebiscito e que, portanto, a lei não a poderia incluir, como o fez.

Não creio assim.

O texto constitucional que prevê a participação popular no processo legislativo, no seu art. 14, se limita a estabelecer que a soberania popular será exercida tanto através ou *pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, quanto através do plebiscito, referendo e iniciativa popular, nos termos da lei*⁴⁰.

³⁹ - Nesse sentido, Flávio Roberto Ferreira de Lima, “Manifestação popular e os limites materiais à convocação do plebiscito e referendo: uma análise da Lei nº 9.709/98”. Artigo disponível em [MTTP://jus2.vol.comb1/doutrina/texto.asp?id=1508](http://mttp://jus2.vol.comb1/doutrina/texto.asp?id=1508).

⁴⁰ - Trata-se, no dizer de Paulo Bonavides, de “transformações qualitativas de elevado grau, capazes de melhorar, como nunca se fez, a estrutura democrática do regime”, terminando por acrescentar, de modo eufórico: “Vamos

Ou seja, a Constituição não estabelece qualquer limite de qualquer matéria, reservando para a lei ordinária (*nos termos da lei*) a disciplina dessas figuras. Logo, me parece que a lei possa estender o plebiscito e o referendo para matéria de relevância nacional, como o fez, forte no princípio de hermenêutica de que não cabe ao intérprete distinguir onde a lei não distingue.

3.3. Propostas de mudanças: constitucional e legal

A crise do sistema representativo tem reforçado a tendência atual de revigorar as formas de participação popular que, segundo PAULO BONAVIDES, ainda que previstas no texto constitucional – mais precisamente no art. 14, I a III –, tinham sido “... deploravelmente relegadas ao esquecimento pela inconstitucionalidade omisiva do legislador”⁴¹, em razão do que foram identificadas propostas de mudança, tanto em nível constitucional quanto legal.

Procederemos a um resumo delas, com nossas modestas críticas a respeito, para apresentar, ao depois, as conclusões de nossas reflexões.

a) Constitucional

Em nível constitucional, tem-se uma proposta de Emenda à Constituição, mais precisamente ao art. 14 e 49, com o acréscimo do art. 14-A, do teor seguinte;

Art. 1º - Os arts. 14 e 49 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 14 - A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e o voto obrigatório, direto e secreto, com valor igual para todos, mediante:

I - eleições;

II - plebiscito;

acordar pois o soberano (referendo ao povo, titular da soberania)”. Cf. “Reflexões; Política e Direito”, Ed. Malheiros, São Paulo, 1998, 3ª ed. revista e ampliada, p. 449.

⁴¹ - Cf. a mesma obra citada na nota anterior, p. 450.

III - referendo;
IV - iniciativa popular.”

Art. 2º - O artigo 49, inciso XV, da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 49 - É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

(...)

XV - autorizar o referendo e convocar plebiscito, exceto nas hipóteses previstas no art. 14-A”.

Art. 3º - A Constituição passa a vigorar acrescida do artigo 14-A:

“Art. 14-A - Transcorrido um ano da data da posse nos respectivos cargos, o Presidente da República, ou os membros do Congresso Nacional, poderão ter seus mandatos revogados por referendo popular, na forma do disposto nos parágrafos seguintes.

§ 1º - O mandato de senador poderá ser revogado pelo eleitorado do Estado por ele representado.

§ 2º - O eleitorado nacional poderá decidir a dissolução da Câmara dos Deputados, convocando-se nova eleição, que será realizada no prazo máximo de três meses.

§ 3º - O referendo previsto neste artigo realizar-se-á por iniciativa popular, dirigida ao Superior Tribunal Eleitoral, e exercida, conforme o caso, mediante a assinatura de um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por sete estados, com não menos de cinco décimos por cento em cada um deles, ou mediante a assinatura de dois por cento do eleitorado estadual, distribuído pelo menos por sete Municípios, com não menos de cinco décimos por cento em cada um deles.

§ 4º - Os signatários da iniciativa popular devem declarar o seu nome completo, a sua data de nascimento e o município onde têm domicílio eleitoral, vedada a exigência de qualquer outra informação adicional.

§ 5º - O referendo para revogação do mandato do Presidente da República poderá também realizar-se mediante requerimento da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, dirigido ao Tribunal Superior Eleitoral.

§ 6º - O referendo será considerado sem efeito, se a soma dos votos nulos e em branco corresponder a mais da metade do total dos sufrágios expressos.

§ 7º - Se o resultado do referendo for contrário à revogação do mandato eletivo, não poderá ser feita nova consulta popular sobre o mesmo assunto, até a expiração do mandato ou o término da legislatura.

§ 8º - O referendo regulado neste artigo será convocado pelo Superior Tribunal Eleitoral.

§ 9º - Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios regularão, em suas respectivas Constituições e Leis Orgânicas, o referendo revocatório dos mandatos do Chefe do Poder Executivo e dos membros do Poder Legislativo”.

Art. 4º - Esta Emenda à Constituição entra em vigor na data de sua publicação.

b) Crítica

Ainda que se tenha argumentado que a relação básica de confiança que se estabelece com a democracia representativa “não se confunde com o chamado mandato imperativo”, o que serviria para justificar a modificação pretendida, não penso assim.

Como se sabe, “no mandato imperativo, os parlamentares são eleitos para exercerem um mandato, sendo certo que o mandante (o que outorga o mandato, no caso o eleitor) dita ao mandatário (o que recebe o mandato, no caso o eleito), especificamente, as ações ou declarações de vontade que este deve manifestar”. Na mesma justificativa se reconhece, corretamente: “Os eleitos são livres de desempenhar como entendem as suas funções”. Observo que muito embora se tenha feito essa correta observação, o projeto pretende introduzir modificações profundas no texto constitucional, para revogar tais mandatos pelo eleitorado, sem sequer se definir as razões por que devem ser praticadas tais revogações: o novel art. 14-A estabelece, simplesmente, que

Transcorrido um ano da data da posse nos respectivos cargos, o Presidente da República, ou os membros do Congresso Nacional, poderão ter seus mandatos revogados por referendo popular, na forma do disposto nos parágrafos seguintes.

E a proposta prossegue, disciplinando como isso se fará, sem que para essa brutal revogação se precise apresentar a mais mí-

nima justificação. O § 1º deste novel dispositivo bem resume o espírito da brutal modificação:

§ 1º - O mandato de senador poderá ser revogado pelo eleitorado do Estado por ele representado.

Não há mais nada. O mandato poderá ser revogado, pura e simplesmente. Nada se exige para que isso aconteça. Nem mesmo se alega que o senador não se conduziu de acordo com o que o eleitorado havia disposto que o eleito não houvesse se conduzido, no exercício do mandato, como seu legítimo representante por alguma razão específica, como acontece no mandato imperativo. Ou seja, a modificação que se pretende introduzir transforma o mandato do Presidente da República e do Senador em muito menos do que um mandato imperativo.

Mas isso não é tudo.

Embora o Brasil mantenha um regime presidencialista, pois no último plebiscito que se fizera para transformá-lo em parlamentarista tal modificação foi rejeitada, pretende-se, agora, através de uma simples Emenda à Constituição, que sequer será apreciada por um referendo popular obrigatório, como na Suíça, mas apenas pelos congressistas, na qualidade de constituintes derivados, constituintes de segundo grau, ou constituintes reformadores e com as limitações que a estes se impõem, transformar, por um passe de mágica, mercê de uma emenda à Constituição, o regime presidencialista em parlamentarista, por atribuir-se ao eleitorado nacional o poder de dissolver a Câmara dos Deputados. E, acrescenta-se, novamente, sem que se apresente a mais mínima justificativa para isso, senão o fato – verdadeiro – que o povo é o único titular da soberania.

Creio que essas modificações, ainda que peçadas de bons propósitos, trarão uma enorme insegurança jurídica. Observe-se bem: estabelece-se uma data limite, o transcurso de um ano da data da posse nos respectivos cargos. Depois disso, e a partir daí, pode-se revogar o mandato do Presidente da República ou dos congressistas, ou dissolver-se a Câmara dos Deputados, sem que se precise apresentar sequer uma singela razão.

Muito embora considere que a modificação da redação do art. 14 realmente corrige a imprecisão constante da redação atual do

art. 14, *caput*, por não ter ficado claro que o princípio do sufrágio universal e do sigilo do voto se aplica, por igual, tanto nas eleições quanto nos plebiscitos e referendos, penso que as modificações que se pretendem introduzir, com a criação de um *recall* caboclo⁴², mesclado com a prática de dissolução do parlamento, de feição nitidamente parlamentar, em regime já repudiado por consulta popular, nada trarão de proveitoso ao país, senão que introduzirão modificações que trarão a instabilidade do regime, não se devendo esquecer que o valor justiça – acaso buscado na modificação, como regra para que se tenham representantes mais justos – não reina absoluto, cedendo, muita vez, ao valor segurança.

De nada valerá estabelecer-se um novo regime destinado a tornar os governantes mais afinados com a vontade popular se esse novo modelo sacrifica a segurança da ordem política e jurídica. Chega de copiar-se a experiência estrangeira, sem antes amadurecê-la com a própria experiência nacional. Creio que, no particular, bem se aplica a lição dos modernistas quando os pensadores paulistas desse movimento das artes entre nós recomendava a prática do antropofagismo cultural em que primeiro se devorassem as idéias estrangeiras, aclimatando-as no próprio organismo social, para então digeri-las em novo produto genuinamente nacional. Já basta a aventura de copiar-se a reeleição americana, sem sequer se estabelecer os limites ali existentes, da proibição de mais de uma vez: o político americano só pode recandidatar-se apenas uma vez. Não mais.

⁴² - Para Paulo Bonavides, o *recall* “é a forma de revogação individual. Capacita o eleitorado a destituir funcionários cujo comportamento, por qualquer motivo, não lhe esteja agradando”. Cf. “Ciência Política”. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 1978, 4ª ed., p. 352. Vinícius Cordeiro, advogado no Rio de Janeiro e Especialista em Direito Eleitoral, escreveu que as origens do *recall* são controversas. “Para alguns – explicou – têm correspondência com as votações gregas do ostracismo (deposição com exílio), mas outros pesquisadores atribuem-no aos suíços, como Haynes (o autor faz remissão a Joshua Spivak, na obra *What is the history of recall elections?*, extraído do site www.igs.berkelev.edu/library/htRecall12003.htm, da universidade Californiana de Berkeley. Observa, porém, que o instituto tem sido praticado nos Estados Unidos da América, desde o século XVII e que se enxerga inspiração marxista, “pelo fato do (*recitius*: de o) próprio Karl Marx havê-la citado, ao lembrar que a revogação dos mandatos dos conselheiros municipais era possível a qualquer momento, na comuna de Paris”. Cf. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7200>.

Não me parece que se deva dar a esse instituto uma característica que vem se tornando muito a gosto dos modelos sul-americanos, em que se pretende renovar a recandidatura, indefinidamente, como parece ser a hipótese da Venezuela, nos tempos atuais, porque a eternização no poder significa a transmutação do estado democrático em estado autoritário. Não se deve esquecer da advertência de Montesquieu: *o poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente*⁴³.

c) Legal

No campo das propostas legislativas de modificações na disciplina da matéria – infraconstitucional, pois – identificaram-se dois projetos: um do Senado Federal, nº 01, de autoria do Senador EDUARDO SUPLICY, e outro da Câmara dos Deputados, sem número, mas de 2004, originário da Comissão de Legislação Participativa SUG nº 84/2004, sem indicação de autor, embora assinado pelo Deputado ANDRÉ DE PAULA, os quais serão, também, transcritos e, depois, submetidos à nossa modesta crítica.

Observo, porém, que ambos os projetos tomam por base a Lei nº 9.709/98, já existente, pelo que não me parece recomendável reproduzir a proposta por inteiro, senão que as modificações que pretende introduzir à lei já existente.

Em primeiro lugar, o projeto de lei que tramita no Senado Federal, mais precisamente o Projeto de Lei do Senado nº 01, de 2006.

Art. 2º - A soberania popular é exercida mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular, pelo voto universal, obrigatório e secreto, com valor igual para todos.

*Art. 3º - O povo decide soberanamente em plebiscito:
I - a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Estados ou Municípios, bem como a criação de Territórios Federais, a sua transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem.*

⁴³ - Cf. Charles de Montesquieu, O Espírito das Leis, 1748.

II - a execução de serviços públicos e programas de ação governamental, nas matérias de ordem econômica e financeira, bem como nas de ordem social, reguladas nos títulos VII e VIII da Constituição Federal;

III - a concessão administrativa de serviços públicos, em qualquer de suas modalidades, bem como a alienação de controle de empresas estatais;

IV - a concessão administrativa para a exploração de fontes e reservatórios públicos de água;

V - a realização de obras públicas suscetíveis de causar grande impacto ambiental;

VI - a mudança de qualificação dos bens públicos de uso comum do povo e dos de uso especial;

VII - a concessão, pela União Federal, a empresas sob controle direto ou indireto de estrangeiros, da pesquisa e da lavra de recursos minerais e do aproveitamento de potenciais de energia hidráulica;

VIII - a concessão, pela União Federal, da realização das atividades previstas nos incisos I a IV do art. 177 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Os plebiscitos mencionados nos incisos I, VII e VIII deste artigo são obrigatórios, e realizar-se-ão previamente à edição de leis ou à celebração dos atos neles indicados, sob pena de invalidade.

Art. 4º - A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Estados, bem como a criação de Territórios Federais, sua transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem, serão decididos pelos cidadãos com domicílio eleitoral nas Unidades da Federação envolvidas, em plebiscito realizado na mesma data e horário, conforme determinação da Justiça Eleitoral.

§ 1º - A iniciativa do plebiscito competirá ao Senado Federal, mediante resolução aprovada pela maioria absoluta de seus membros, ou a cidadãos que representem, no mínimo, dez por cento do eleitorado de cada Unidade da Federação envolvida na decisão plebiscitária.

§ 2º - Nas hipóteses de criação, subdivisão ou desmembramento de Estado ou Território Federal, a realização do plebiscito será precedida da divulgação de estudo de viabilidade da nova ou das novas unidades políticas.

§ 3º - Se o resultado da consulta popular for favorável à configuração político-territorial proposta, ela será objeto de lei complementar.

Art. 5º - A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Município far-se-ão, em cada caso, por determinação prévia de lei estadual, dentro do período máximo de dois anos após a sua promulgação e dependerão de consulta, mediante plebiscito, às populações dos municípios envolvidos, após divulgação dos estudos de viabilidade municipal, apresentados e publicados de acordo com o disposto na lei estadual de autorização.

Art. 6º - Os plebiscitos mencionados nos incisos II a V do art. 3º serão realizados mediante iniciativa do próprio povo, ou por requerimento de um terço dos membros de cada Casa do Congresso Nacional.

§ 1º - A iniciativa popular, que será dirigida ao Presidente do Congresso Nacional, exige a subscrição do pedido de manifestação do povo por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles, observando-se o disposto no art. 13, § 1º.

§ 2º - O objeto do plebiscito limitar-se-á a um só assunto.

§ 3º - Conforme o resultado do plebiscito, os Poderes competentes tomarão as providências necessárias à sua implementação, inclusive, se for o caso, com a votação de lei ou de emenda à Constituição.

Art. 7º - O plebiscito, em qualquer de suas modalidades (art. 39), é convocado pelo Congresso Nacional.

Art. 8º - Por meio do referendo, o povo aprova ou rejeita, soberanamente, no todo ou em parte, o texto de emendas constitucionais, leis, acordos, pactos, convenções, tratados ou protocolos internacionais de qualquer natureza, ou de atos normativos baixados pelo Poder Executivo.

Parágrafo único - É obrigatório o referendo popular das leis, de qualquer natureza, sobre matéria eleitoral, cujo projeto não tenha sido de iniciativa popular.

Art. 9º - O referendo é realizado por iniciativa popular, ou mediante requerimento de um terço dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, dirigida ao Presidente deste, com observância, no caso de iniciativa popular, dos requisitos indicados no art. 6º, § 1º, bem como do disposto no art. 13, § 1º.

Art. 10 - O referendo é autorizado pelo Congresso Nacional e convocado pela Justiça Eleitoral.

Art. 11 - Uma vez proclamado o resultado do referendo pela Justiça Eleitoral, compete ao Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, declarar que o texto normativo, objeto da consulta popular, foi confirmado ou rejeitado pelo povo.

Parágrafo único - Os efeitos revocatórios do referendo têm início na data da publicação do decreto legislativo.

Art. 12 - Compete à Justiça Eleitoral, em matéria de plebiscitos e referendos:

I - fixar a data de sua realização e expedir instruções para tanto;

II - assegurar a gratuidade da divulgação, no rádio e na televisão, da propaganda sobre o objeto do plebiscito ou do referendo, de parte dos partidos políticos, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, da confederação sindical ou central ou entidade de classe de âmbito nacional, bem como de associação civil registrada para atuar junto à Justiça Eleitoral;

III - proclamar o resultado da votação, correspondente à maioria absoluta dos votos válidos, desconsiderados os em branco.

Art. 13 - A matéria submetida à decisão popular em plebiscito ou referendo não poderá ser objeto de nova decisão, pelo prazo de cinco anos.

Art. 14 - A iniciativa de projetos de lei pode ser feita, junto à Câmara dos Deputados, pela subscrição de, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

§ 1º - Os signatários devem declarar o seu nome completo, sua data de nascimento, bem como o Município onde têm domicílio eleitoral, vedada a exigência de qualquer outra informação adicional.

§ 2º - O projeto de lei de iniciativa popular não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades da técnica legislativa ou de redação.

Art. 15 - O projeto de lei de iniciativa popular tem prioridade, em sua tramitação, nas duas Casas do Congresso Nacional, sobre todos os demais projetos de lei, não apresentados sob o regime de urgência, prevista no art. 64, § 1º, da Constituição Federal.

Art. 16 - A lei originária de iniciativa popular conterá essa indicação em sua ementa.

Parágrafo único - A alteração ou revogação de uma lei, cujo projeto foi de iniciativa popular, quando feita por lei cujo projeto não teve iniciativa do povo, deve ser obrigatoriamente submetida a referendo popular.

Art. 17 - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Em seguida, e de novo com a transcrição dos dispositivos que modificam, de algum modo, a Lei nº 9.709/98, transcrevo o projeto de lei apresentado na Câmara dos Deputados:

Art. 2º - A soberania popular exercida, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular, pelo voto universal, obrigatório e secreto, com valor igual para todos.

Art. 3º - O povo decide soberanamente em plebiscito:

I - a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Estados ou Municípios, bem como a criação de territórios Federais, a sua transformação em estado ou reintegração ao Estado de origem;

II - a execução de serviços públicos e programas de ação governamental nas matérias de ordem econômica e financeira, bem como de ordem social, reguladas nos Títulos VII e VIII da Constituição Federal;

III - a concessão administrativa de serviços públicos, em qualquer de suas modalidades, bem como a alienação de controle de empresas estatais;

IV - a mudança de qualificação dos bens públicos de uso comum do povo e dos de uso especial;

V - a alienação, pela União Federal, de jazidas, em lavra ou não, de minerais e dos potenciais de energia hidráulica.

Parágrafo único - Os plebiscitos mencionados nos incisos IV e V deste artigo são obrigatórios, e realizar-se-ão previamente à edição de leis ou à celebração dos atos neles indicados, sob pena de invalidade.

Art. 4º - A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Estados, bem como a criação de territórios Federais, sua transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem, serão decididos pelos cidadãos com domicílio eleitoral nas unidades da Federação envolvidas, em plebiscito realizado na mesma data e horário, conforme determinação da Justiça Eleitoral.

§ 1º - A iniciativa do plebiscito competirá ao Senado Federal, mediante resolução aprovada pela maioria absoluta de seus membros, ou a cidadãos que representem, no mínimo, dez por cento do eleitorado de cada Unidade da Federação envolvida na decisão plebiscitária.

§ 2º - Nas hipóteses de criação, subdivisão ou desmembramento de Estado ou Território Federal, a realização do plebiscito será precedida de divulgação de estudo de viabilidade da nova ou das novas unidades políticas.

§ 3º - Se o resultado da consulta popular for favorável à configuração político-territorial proposta, ela será objeto de lei complementar.

Art. 5º - A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios far-se-ão, em cada caso, por determinação prévia de lei estadual, dentro do período máximo de dois anos após a sua promulgação, e dependerão de consulta, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos estudos de viabilidade municipal, apresentados e publicados de acordo com o disposto na lei estadual de autorização.

Art. 6º - A iniciativa dos plebiscitos mencionados nos incisos II e III do art. 3º compete ao próprio povo, ou a um terço dos membros de cada Casa do Congresso Nacional.

§ 1º - A iniciativa popular, que será dirigida ao Presidente do Congresso Nacional, exige a subscrição do pedido de manifestação do povo por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles, observando-se o disposto no art. 13, § 1º.

§ 2º - O objeto do plebiscito limitar-se-á a um só assunto.

§ 3º - Conforme o resultado do plebiscito, os Poderes competentes tomarão as providências necessárias à sua implementação, inclusive, se for o caso, com a votação de lei ou de emenda à Constituição.

Art. 7º - O plebiscito, em qualquer de suas modalidades (art. 3º), é convocado pelo Congresso Nacional.

Art. 8º - Por meio do referendo, o povo aprova ou rejeita, soberanamente, no todo ou em parte, o texto de emendas constitucionais, leis, acordos, pactos, convenções, tratados ou protocolos internacionais de qualquer natureza, ou de atos normativos baixados pelo Poder Executivo.

Parágrafo único - é obrigatório o referendo popular das leis, de qualquer natureza, sobre matéria eleitoral, cujo projeto não tenha sido de iniciativa popular.

Art. 9º - O referendo é realizado por iniciativa popular, ou por iniciativa de um terço dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, dirigida ao Presidente deste, com observância, no caso de iniciativa popular, dos requisitos indicados no art. 6º, § 1º, bem como do disposto no art. 13, § 1º.

Art. 10 - O referendo é convocado pela Justiça Eleitoral.

Art. 11 - Uma vez proclamado o resultado do referendo pela Justiça Eleitoral, compete ao Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, declarar que o texto normativo, objeto da consulta popular, foi confirmado ou rejeitado pelo povo.

Parágrafo único - Os efeitos revocatórios do referendo têm início na data da publicação do decreto legislativo.

Art. 12 - Compete à Justiça Eleitoral, em matéria de plebiscitos e referendos:

I - fixar a data da consulta popular;

II - expedir instruções para a sua realização;

III - assegurar a gratuidade da divulgação, no rádio e na televisão, da propaganda sobre o objeto do plebiscito ou do referendo, de parte dos partidos políticos, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, da confederação sindical ou de central ou entidade de classe de âmbito nacional, bem como de associação registrada para atuar junto à Justiça Eleitoral;

IV - proclamar o resultado da votação, correspondente à maioria absoluta dos votos válidos, desconsiderados os em branco.

Art. 13 - A iniciativa de projetos de lei pode ser feita, junto à Câmara dos Deputados, pela subscrição de, no mínimo,

um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

§ 1º - Os signatários devem declarar o seu nome completo, sua data de nascimento, bem como o município onde têm domicílio eleitoral, vedada a exigência de qualquer outra informação adicional.

§ 2º - O projeto de lei de iniciativa popular não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação.

Art. 14 – O projeto de lei de iniciativa popular tem prioridade, em sua tramitação, nas duas Casas do Congresso Nacional, sobre todos os demais projetos de lei, não apresentados sob o regime de urgência, prevista no art. 64, § 1º, da Constituição Federal.

Art. 15 – A alteração ou revogação de uma lei, cujo projeto seja originário de iniciativa popular, quando feita por lei cujo projeto não teve iniciativa do povo, deve ser obrigatoriamente submetida a referendo popular.

d) Crítica

Observa-se que, em ambas as propostas, há uma preocupação de corrigir a imprecisão técnica constante do art. 14, *caput*, da Constituição Federal, em sua vigente redação, como, aliás, foi também o propósito da proposta de Emenda Constitucional já examinada, o de tornar claro que o princípio do sufrágio universal, bem como a regra do segredo de voto, aplicam-se, indistintamente, tanto às eleições quanto aos plebiscitos e aos referendos.

Depois, ambas as propostas revelam o propósito de estender o plebiscito para mais além do que havia previsto no próprio texto constitucional, de natureza puramente orgânica, porque dizia respeito, unicamente, à criação de novos Estados, com a separação de territórios dos Estados existentes ou a reincorporação de territórios anteriormente separados, a transformação de porções de glebas brasileiras em Territórios Federais e destes em Estados, bem como semelhantes operações, no que couber, à criação de novos Municípios.

Vale dizer, a disciplina legal pretende alargar a previsão da realização para mais além do plebiscito orgânico, tradicionalmente admitido no texto constitucional (aquele que diz respeito a desmembramento, criação ou refundição de novos Estados, Municípios ou Territórios Federais), como também em respeito ao referendo. Tal alargamento, por via infraconstitucional, me parece possível porque, como já observado, o texto constitucional apenas prevê a realização do plebiscito, do referendo e da consulta popular, remetendo para a lei – repita-se lei ordinária – a disciplina, o que inclui a matéria sobre a qual pode versar⁴⁴.

Nesse sentido, as novas propostas apenas alargam o que já havia sido previsto no art. 2º da Lei nº 9.709/98: ***Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa*** (dei ressaltos). Inova-se também em respeito ao referendo por estabelecer, no art. 8º e seu parágrafo único de cada uma das propostas: ***Art. 8º - Por meio do referendo, o povo aprova ou rejeita, soberanamente, no todo ou em parte, o texto de emendas constitucionais, leis, acordos, pactos, convenções, tratados ou protocolos internacionais de qualquer natureza, ou de atos normativos baixados pelo Poder Executivo. Parágrafo único - É obrigatório o referendo popular das leis de qualquer natureza, sobre matéria eleitoral, cujo projeto não tenha sido de iniciativa popular.***

Parece-me que as modificações que se pretendem introduzir, em ambas as propostas, são bem-vindas – inclusive as relativas ao referendo, sobretudo por estendê-lo ao texto das emendas constitucionais, que deveria tornar-se obrigatório, tal como na Suíça, como consta do parágrafo único em respeito à legislação eleitoral,

⁴⁴ - Vale repetir o que diz o *caput* do art. 14 da CF/88: *A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei* (dei ressaltos), *mediante I – plebiscito II – referendo III – iniciativa popular*. O legislador ordinário não pode acrescentar outras formas de participação popular, além das previstas no texto constitucional. Foi, porém, este texto que estabeleceu que a participação realizada mediante as formas ali previstas se desse ***nos termos da lei***.

não me parecendo que mereçam nenhuma restrição nem nenhuma outra observação. Penso, porém, que tais propostas, por se tratarem de projeto da iniciativa das duas Casas do Congresso, devem ser reunidas em um projeto único.

Permito-me, tão-somente, sugerir pequena modificação que viria atender a criação do *recall* pretendido pela proposta de Emenda Constitucional anteriormente apreciada e por nós rejeitada, em face da profunda insegurança que traz para a ainda tenra democracia brasileira. Penso que se poderia estabelecer uma nova espécie de referendo, com sabor de *recall*. Assim, no art. 8º de ambas as propostas, se poderia acrescentar:

Art. 8º - Por meio do referendo, o povo aprova ou rejeita, soberanamente, no todo ou em parte, o texto de emendas constitucionais, leis, acordos, pactos, convenções, tratados ou protocolos internacionais de qualquer natureza, ou de atos baixados pelo Poder Executivo, bem como a proposta de revogação popular do mandato eletivo de quem tenha, após eleito, mudado de partido político (o texto sublinhado é o acréscimo que se propõe).

Como se sabe, o nosso país já havia admitido a perda do mandato pela infidelidade partidária, como constava expressamente do art. 35, § 5º, das Cartas de 1967/1969, até o advento da Emenda Constitucional nº 25, de 15 de maio de 1985. A modificação que ora se sugere introduz uma espécie de *recall*, dessa vez ajustado às nossas experiências, o que me parece que virá atender ao desejo popular de se criar um mecanismo que elimine de uma vez essa prática tão contrária à natureza da democracia.

3.4. Resumo geral das críticas às propostas de mudanças

Ao cabo da análise proposta, pode-se, já agora, apresentar uma opinião crítica a respeito da aparente polêmica travada entre os dois grandes juristas pátrios FÁBIO KONDER COMPARATO e BOLÍVAR LAMOUNIER: e não se deve imaginar que tais modificações sejam boas ou más, *a priori*. Penso que as propostas de mudanças na disciplina da participação popular visam a aperfeiçoar o suprimento da omissão legislativa a que se refere PAULO BONAVIDES, que somente se deu com a Lei nº 9.709, de 18 de

novembro de 1998 e, nesse sentido, pretendem corrigir incorreções técnicas da própria disciplina do art. 14, *caput*, do atual texto constitucional.

Em nível constitucional, se pretendeu introduzir Emenda Constitucional que, além de atender a esses propósitos, criaria uma forma de *recall* que me parece divorciado da realidade e que introduziria uma brutal insegurança na tenra democracia brasileira, por submeter os candidatos eleitos, a partir do prazo de um ano da assunção do cargo – e sem mais nenhuma justificativa – à revogação do mandato, parecendo-me que se deva refletir mais demoradamente contra o açodamento dessas medidas, ainda que se reconheça a boa intenção de quem as promove – pois, como diz o adágio popular, de boas intenções o inferno anda cheio. Creio que se deveria refletir mais demoradamente sobre a introdução dessa medida, sem esquecer as observações feitas pelo jornalista HELIO SHWARTSMAN acerca do *recall* realizado na Califórnia, no ano de 2003, e que resultou na revogação do mandato do Governador Davis e posterior eleição do famoso ator de origem austríaca ARNOLD SCHWARZENEGGER:

No fundo, o princípio do recall não é muito diferente do impeachment, que está consagrado na esmagadora maioria das constituições presidencialistas. Nesse sentido, o recall seria até mais democrático do que o impeachment pois é decidido diretamente pelos eleitores e não através de representantes.

(...) existe uma questão séria que pretendo agora abordar: o instrumento do recall é democrático? Em princípio, parece difícil discordar. Se “todo poder emana do povo e em seu nome é exercido”, como dizia a nossa velha Constituição, parece justo que o povo possa retirar do poder os que nele colocou.

Como filósofo, aprazem-me discussões em torno de princípios, mas, como jornalista, sensível a manobras políticas, não posso deixar de reparar que há algo de errado com o mecanismo de recall californiano. Como diz o ditado “o diabo mora nos detalhes”. É exatamente pelos detalhes que se esvai boa parte do conteúdo democrático do recall, do qual uma descrição possível é: milionários republicanos inconformados com mais uma derrota para os

democratas na Califórnia lançam uma maciça campanha paga contra o governador Davis nos meios de comunicação e contratam um exército de recrutadores para colher – prometendo sabe-se lá o quê – as assinaturas convocando o referendo. Este recall lembraria um pouco o que, no Brasil, já foi chamado de “terceiro turno”. Lembra também a campanha da classe média venezuelana contra o presidente Hugo Chávez.

Com efeito, mesmo um instrumento em princípio democrático como é o do recall pode ter utilizações menos democráticas. Em casos como esse, a regulamentação costuma fazer a diferença entre o possível e o impossível, o justo e o injusto. Um impeachment quase impossível; de modo análogo, um processo de recall que requeira assinaturas do equivalente a 12% dos eleitores para ser convocado pode ser considerado fácil demais, tornando-se limite antidemocrático. (Agrava o problema o fato de serem americanos a contar e supostamente a conferir as assinaturas. Eles já deram mostras de que não são muito bons para organizar processos eleitorais)⁴⁵.

Basta que se imagine o que poderia acontecer aqui no Brasil, onde uma poderosa rede de televisão já contribuiu para eleger-se Presidente da República e foi envolvida em tentativa de fraudar a contagem de votos para a eleição de um Governador do Estado, qual o valor do mandato de um candidato que lhe contrariasse os interesses⁴⁶, se fosse aprovada a proposta de Emenda Constitucional, tal como elaborada.

Em respeito às propostas de modificações em nível legal, observa-se que as duas únicas identificadas são boas, em tese, trazem uma disciplina técnica cuidadosa – em alguns pontos até

⁴⁵ - Cf. artigo “O futuro do Governador”, publicado no jornal “Folha de São Paulo”, em 28.08.2003, transcrito no trabalho “O controle dos mandatos populares pelo Legislativo no direito brasileiro. O instituto do “recall e dos referendos revogatórios”. In <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7200>.

⁴⁶ - Importa referir que o atual Presidente da República, eleito e reeleito com surpreendente maioria, se permitiu, após a primeira eleição, passar um dia inteiro à disposição dessa emissora, para conceder-lhe entrevistas sempre exclusivas.

colaboram para corrigir imprecisões técnicas da redação do art. 14, *caput*, do texto constitucional – em que se revela a preocupação em alargar os limites estreitos de emprego desses institutos, sendo uma proposta, nesse particular, uma cópia da outra.

Imagino, pois, que essas propostas devam ser reunidas em um mesmo projeto para apreciação oportuna pelo Congresso, tendo em vista que são originárias de cada uma das Casas ali existentes. Considero-as, de modo geral, muito boas. Ousei, no entanto, oferecer sugestão de acréscimo na redação apresentada, para incluir, no art. 8º de ambas as propostas, dispositivo que introduziria uma espécie de memorando revogatório, o que me parece mais ajustado à nossa realidade, tanto mais que já existiu, em nosso direito constitucional, uma hipótese de perda de mandato por infidelidade partidária, providência a que se destina o acréscimo sugerido.

Outra conclusão que se impõe é a de que o sistema eleitoral brasileiro carece de uma urgente reforma para que a eleição realmente represente a escolha, independente e segura, do povo, único titular da soberania, parecendo-me que o sistema majoritário ou distrital, em que os parlamentares são eleitos através dos eleitores de cada distrito, exatamente o candidato que receber mais votos, pois isso aproximaria o eleitor do candidato, diminuiria os gastos da campanha eleitoral, fontes da corrupção e tornaria o sistema mais compreensível, por evitar a eleição de um candidato sem representatividade⁴⁷, o que não ocorre com a proposta, atualmente em discussão, para que o eleitor vote nos candidatos constantes de uma lista fechada, elaborada pelo partido, ainda que se pretenda, com essa proposta, atender a um bom propósito: reforçar o sistema partidário.

Mas esse assunto já é tema para outro artigo.

⁴⁷ - Como demonstrou o jornalista Roberto Pompeu de Toledo, no ensaio publicado na revista “Veja”, edição 2013, ano 40, nº 24, de 20 de junho de 2007, p. 134.

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 5.535-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Parte Autora: UNIÃO
Parte Ré: ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL- ASMPF
Adv./Proc.: DR. IBANEIS ROCHA BARROS JÚNIOR (PARTE R)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE GERAL. AUSÊNCIA. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

- Em sendo abordada na rescisória matéria de caráter constitucional, não se aplica o disposto na Súmula 343 do STF.

- A teor da Súmula nº 514-STF, “Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenha esgotado todos os recursos”. Preliminar de inadequação da via eleita rejeitada.

- Ao tempo do trânsito em julgado do acórdão rescindendo, o Pleno do colendo STF já tinha sedimentado o entendimento de que não cabe ao Judiciário substituir o Poder Executivo na iniciativa de recompor perdas na remuneração do serviço público federal, afastando o argumento de existência de dano material a ser indenizado, no qual se louvou o acórdão objurgado. Ocorrência de violação a literal dispositivo de lei.

- O “reajuste geral” dos servidores públicos apenas é permitido através de lei específica, sob pena de afronta ao art. 37, X, da Carta Magna, o qual só se tornou eficaz com o advento da Lei nº 10.331/2001.

- A indenização buscada com fundamento no não cumprimento do supracitado artigo reveste-se, na realidade, no próprio reajustamento, o que é impossível de ser concedido pelo Poder Judi-

**ciário, por ausência de previsão legal à época.
- Pedido procedente.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, rejeitar as preliminares e, no mérito, julgar procedente o pedido, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 5 de setembro de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Convocado):

Cuida-se de ação rescisória ajuizada pela União, com fundamento no art. 485, V, do CPC, objetivando desconstituir acórdão da egrégia 2ª Turma deste Tribunal, que garantiu à parte ré indenização por danos materiais, em razão da mora executiva em aplicar a revisão geral nos vencimentos dos demandantes.

A autora sustenta, em suma, que a decisão rescindenda violou literalmente os arts. 1º e 2º da Lei nº 10.331/01, o art. 5º, *caput*, e art. 37, X, XI e XII, da CF, estando o Judiciário desautorizado a fixar indenização por inércia do Chefe do Executivo, haja vista não ter amparo legal que o assegure.

Contestando a ação, a ré defende, preliminarmente, o não cabimento da rescisória, em razão de a matéria ser controvertida nos tribunais, a teor da Súmula 343 do STF. No mérito, argumenta, resumidamente, que, não tendo esgotado todas as instâncias recursais, não pode se utilizar a rescisória para reformar o julgado, em substituição aos embargos infringentes, que não há violação a literal dispositivo de lei, em razão de o julgado ter adotado interpretação razoável para o comando legal, que não houve ofensa aos dispositivos constitucionais tidos por violados, em razão de os

mesmos não terem servido de fundamentação ao acórdão rescindendo, o mesmo ocorrendo com os da Lei nº 10.331/01, já que o acórdão rescindendo não atinge o período ali previsto (exercício de 2002), bem como que, em razão do dano causado pela ausência de revisão geral, há direito subjetivo à indenização.

O Ministério Público Federal opinou pela procedência da rescisória, por ser a decisão rescindenda totalmente contrária à sistemática constitucional de retribuição pelo exercício de cargo público.

É o relatório. Ao Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (Relator):

A pretensão da União é dirigida no sentido de rescindir julgado da eg. Segunda Turma deste Tribunal, sob o fundamento de que ali foi violado literal dispositivo de lei, ao assegurar à parte ré indenização por danos materiais, em razão da mora executiva em aplicar a revisão geral nos vencimentos dos demandantes.

Em sua contestação, a ré defende, inicialmente, o descabimento da rescisória, em razão da aplicabilidade da Súmula nº 343/STF ao caso em tela, preliminar que não será acolhida, em razão de não ser hipótese de interpretação controvertida de lei nos tribunais, mas sim matéria alçada à esfera constitucional, já que se trata da revisão geral anual dos servidores públicos, prevista no art. 37, X, da CF/88.

Nesse sentido, trago à colação o julgado abaixo transcrito:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. MATÉRIA DE NATUREZA CONSTITUCIONAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 343 DO STF.

1. Deve ser afastada a incidência da Súmula nº 343 do Supremo Tribunal Federal, nos casos de ação rescisória em que se questiona matéria de natureza constitucional. Precedentes desta Corte.

2. (...).

3. Recurso Especial conhecido e provido. (STJ, 5ª T., REsp 495.165/RN, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 06/06/2005, p. 361)

Melhor sorte não assiste ao argumento relativo à impropriedade da via eleita, porque o autor não utilizou os embargos infringentes. É que esse tipo de ação não relaciona dentre os seus requisitos a necessidade de esgotamento das vias ordinárias, exigência esta peculiar aos recursos especial e extraordinário. Tanto isso é verdade que existe a Súmula 514 do STF a esse respeito, *in verbis*:

Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenha esgotado todos os recursos.

A questão atinente à inexistência de violação a literal dispositivo de lei encontra-se embutida no próprio mérito, que será analisado logo mais.

Ultrapassadas essas preliminares, passo ao exame do mérito.

No exame da questão, observo que a tese deduzida pela autora é digna de acolhimento.

Com efeito, ao tempo do trânsito em julgado do acórdão (fl. 609), o colendo Supremo Tribunal Federal já tinha sedimentado o entendimento de que não cabe ao Judiciário substituir o Poder Executivo na iniciativa de recompor perdas na remuneração do serviço público federal (consultar ADI nº 2061/DF, ADI nº 1439-MC/DF, Rcl nº 4171/DF e Rcl nº 4700/SC). Ademais, o eg. Plenário desta Corte, no julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência na AC 312.363-AL, ocorrido na sessão do dia 29.03.2006, declarou ser indevida a indenização pleiteada, o que torna imperioso o acolhimento da alegação de violação a literal dispositivo legal, *in casu*, o art. 37, X, CF, a teor do art. 485, V, do CPC.

Transposto tal aspecto (*judicium rescindens*), resta analisar se esta eg. Corte pode avançar, *in casu*, no *judicium rescissorium*, com uma nova solução para o mérito daquele feito.

A faculdade insculpida no art. 494 do Estatuto Processual Civil (“Julgando procedente a ação, o tribunal rescindir a sentença, preferirá, se for o caso, novo julgamento e determinará a restituição do depósito; declarando inadmissível ou improcedente a ação,

a importância do depósito reverterá a favor do réu sem prejuízo do disposto no art. 20”) há de ser aplicada, no caso concreto, com o re julgamento da causa.

Assim, cumpre asseverar que o entendimento por mim agasalhado está em perfeita harmonia com o do colendo Supremo Tribunal Federal externado no *leading case* supracitado.

Com efeito, o mencionado reajuste só é permitido nos exatos termos do art. 37, X, da Carta Magna que, embora garanta aos servidores públicos revisão anual das suas remunerações, para tanto, ressalta a exigência da elaboração de lei específica que inexistiu para o período de jan./98 a dez./00, não havendo, portanto, amparo legal a tal direito.

Tenho o entendimento de que tal pleito trata-se, na realidade, de pedido de “reajuste geral”, o que não é função do Poder Judiciário, já que não poderá atuar como legislador positivo, concedendo vantagens vencimentais aos servidores públicos, quando à época, conforme já dito, inexistia norma legal determinante, consoante os estreitos limites da Súmula nº 339 - STF, *in verbis*:

Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.

Quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 2.061/DF, o Plenário do colendo STF apenas constatou a mora do Poder Executivo em enviar projeto de lei relativo ao reajuste aqui pleiteado, sem determinar a sanção correspondente, já que inexistente. Somente com a Lei nº 10.331/2001 é que se tornou efetivo o disposto no supracitado artigo constitucional.

Desta forma, não havendo punição em casos de inconstitucionalidade por omissão, mais um fundamento para não se conceder a indenização pleiteada que, com outra roupagem, poderia ser entendida como tal.

Sobre o tema, colaciono o aresto em destaque:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO GERAL DE REMUNERAÇÃO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IRRE-

DUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. ART. 37, X E XV, DA CF/88 C/C ART. 1º DA LEI Nº 7.706/88. GARANTIA CONTRA A REDUÇÃO DE SEU VALOR NOMINAL. PRECEDENTES DO STF. AÇÃO AJUIZADA TAMBÉM CONTRA A UNIÃO FEDERAL, POR SERVIDORES DE AUTARQUIA. CARÊNCIA DE AÇÃO QUANTO À UNIÃO. ART. 267, VI E § 3º, DO CPC.

I - O Plenário do colendo STF – anteriormente ao advento da EC nº 19/88 – “ao apreciar a questão da data-base prevista no artigo 1º da Lei nº 7.706, de 21 de dezembro de 1988 (MS nº 22.439, julgado em 15/05/96), para a revisão de vencimentos dos servidores públicos, assentou que a norma contida no artigo 37, inciso X, da Constituição Federal (na redação anterior à EC nº 19/98), não é por aquela lei regulamentada, senão que expressa que esses reajustes não podem ser discriminatórios, aplicando-se a todos indistintamente, na mesma data”, daí porque a Lei nº 7.706/88 – e outras que a repetem – não são auto-aplicáveis, dependendo o reajuste de vencimentos/proventos/soldos dos servidores públicos federais de lei específica, cuja iniciativa é exclusiva do Presidente da República, a teor do art. 61, § 1º, II, a, da CF/88 (MS nº 22.468-1/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno do STF, maioria, *in DJU* de 20/09/96, pág. 34.539).

II - Constitui entendimento pacífico do STF que o princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos – consagrado no art. 37, XV, da CF/88 – representa garantia de irredutibilidade de seu valor nominal, dele não exsurgindo direito a reajuste automático de vencimentos, em decorrência de desvalorização da moeda, provocada pela inflação.

III - A Corte Suprema “sempre encarou o princípio da irredutibilidade como um conceito jurídico, não simplesmente econômico, ficando o direito à majoração do vencimento nominal a depender de indispensável autorização legislativa” (RMS nº 21.774-3/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, *in DJU* de 02/12/94, pág. 33.199). Em igual sentido decidiu aquela Corte, no RE nº 100.818/SP, Rel. Min. Néri da Silveira (*in DJU* de 16/06/95, pág. 18.267/8).

IV - A EC nº 19/98 deu nova redação ao art. 37, X, da CF/88, assegurando revisão geral anual de remuneração aos servidores públicos, sempre na mesma data e sem distin-

ção de índices, mediante lei específica e observada a iniciativa privativa, em cada caso.

V - Analisando a nova redação do art. 37, X, da CF/88, introduzida pela EC nº 19/98, o STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT e pelo Partido dos Trabalhadores - PT, visando tornar efetiva a norma constitucional que assegura a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos, “julgou procedente, em parte, o pedido formulado na ação direta, para assentar a mora do Poder Executivo no encaminhamento do projeto previsto no inciso X do artigo 37 da Constituição Federal, e determinar a ciência àquele a quem cabe a iniciativa do projeto, ou seja, ao Chefe do Poder Executivo” (ADin nº 2.061-7/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, pleno STF, unânime, julgamento em 25/04/01, in DJU de 29/06/01, pág. 33), concluindo, pois, que ao Judiciário não é dado suprir a omissão legislativa.

VI - Inexistindo lei, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, que autorize aumento de remuneração do servidor público, nos termos do art. 61, § 1º, II, a, da CF/88, não é dado ao Poder Judiciário concedê-lo, a título de suprir omissão legislativa (Súmula nº 339 do STF).

VII - Ajuizando os autores, servidores do IBAMA, ação contra a aludida autarquia e a União Federal, postulando o pagamento de vantagens remuneratórias, carecem de ação contra a União, por flagrante ilegitimidade passiva *ad causam*.

VIII - Processo extinto, de ofício, quanto à União Federal, nos termos do art. 267, VI e § 3º, do CPC.

IX - Apelação dos autores improvida. (TRF-1ª R., 2ª T., AC 200041000012815/RO, Rel. Des. Federal Assusete Magalhães, DJ 30/06/2003, p. 59).

A matéria é, pois, de simples solução, não merecendo maiores considerações.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido, para, em *judicium rescindens*, com arrimo no art. 485, V, do Código de Processo Civil, anular o acórdão prolatado na AC nº 371.001-PE e, em *judicium rescissorium*, negar provimento à apelação. Condene o demandado em honorários advocatícios no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 311.112-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelantes: JORDAS MOREIRA ARDUINE BARBALHO E OUTROS
Apelada: UNIÃO
Advs./Procs.: DRS. VÂNIA LÚCIA MATTOS FRANCA FÉLIX E OUTRO(APTES.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SOLDADO-DE-PRIMEIRA-CLASSE DA AERONÁUTICA. MILITAR TEMPORÁRIO. LICENCIAMENTO EX OFFICIO POR CONCLUSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. POSSIBILIDADE.

- O Soldado-de-Primeira-Classe é militar temporário, podendo, a critério da Administração, obter prorrogação do tempo de serviço até o limite máximo de seis anos, consoante o art. 25, § 5º, do Decreto nº 3.690/2000 (Regulamento do Corpo de Pessoal Graduado da Aeronáutica).

- A aprovação no CESD e a promoção a Soldado-de-Primeira-Classe não têm o condão de transformar o militar temporário em militar de carreira.

- Em consonância com o art. 50, IV, a, do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80), as Praças somente adquirem estabilidade quando contam com dez ou mais anos de tempo de efetivo serviço, nas condições ou nas limitações impostas na legislação e regulamentação específicas.

- Hipótese em que os autores, Soldados-de-Primeira-Classe, foram licenciados por conclusão do tempo de serviço.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 17 de maio de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Trata-se de apelação interposta por Jordas Moreira Arduine Barbalho e outros contra sentença que julgou improcedente o pedido por eles formulado na ação cautelar movida contra a União Federal, objetivando ver reconhecido o direito de retornarem às fileiras da Força Aérea Brasileira, até que se possa discutir o mérito da questão na ação principal.

Não conformados, aduzem os apelantes que o art. 24, § 3º, do Decreto nº 880/93, asseguraria ao Soldado-de-Primeira-Classe o direito de obter prorrogação do tempo de serviço até o limite de 6 (seis) anos.

Segundo eles, não poderiam ser enquadrados como militares temporários, que atuam por tempo certo e determinado, sem possibilidade de promoção ou reengajamento.

Defendem que seriam militares de carreira, pois teriam ingressado no serviço militar através de concurso público, tendo sido reengajados por diversas vezes. Acrescentam, ainda, que poderiam atingir estabilidade, direito que não seria conferido aos temporários.

Contra-razões não apresentadas.

É o relatório.

VOTO

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

Argumentam os autores, ora apelantes, que não poderiam ser licenciados de ofício, uma vez que não seriam militares temporários, mas sim de carreira, já que ingressaram nas Forças Armadas mediante concurso público de admissão ao Curso de Especialização de Soldados (CESD), tendo sido promovidos, após sua conclusão, a Soldado-de-Primeira-Classe (S1 Especializado).

A Lei nº 6.837/80, que fixa os efetivos da Força Aérea Brasileira em tempo de paz, assim dispõe:

Art. 1º. Os efetivos de pessoal da Força Aérea Brasileira, em tempo de paz, terão os seguintes limites por postos e graduações:

I - Oficiais

(...)

II - Praças

- Suboficiais e Sargentos (...).

- Cabos e Soldados (...).

Art. 2º. Os efetivos a vigorar em cada ano serão preenchidos por militares de carreira e militares temporários, sendo fixados dentro dos limites previstos nesta Lei por:

(...)

Parágrafo único. Para efeito desta Lei, serão considerados militares temporários:

a) Oficiais da Reserva não remunerada quando convocados;

b) Oficiais e Praças de Quadros Complementares, admitidos ou incorporados por prazos limitados e destinados a completar os Quadros de Oficiais e as diferentes especialidades de Praças;

c) as Praças engajadas ou reengajadas por prazo limitado;

(...).

Depreende-se daí que o Soldado é uma das espécies de Praça, e esta, seja engajada ou reengajada, ou de Quadros Complementares, é militar temporário.

Veja-se, ainda, o que estabelece o Decreto nº 3.690, de 19 de

dezembro de 2000 (Regulamento do Corpo de Pessoal Graduado da Aeronáutica - RCPGAER), que revogou o Decreto nº 880/93:

Art. 2º. O Corpo do Pessoal Graduado da Aeronáutica (CPGAER) é integrado pelos seguintes Quadros:

(...).

V - de Soldados (QSD)

(...).

Art. 10. Os Quadros do CPGAER são integrados por praças das seguintes graduações:

(...)

V - o QSD por Soldados-de-Primeira-Classe (S1) e por Soldados-de-Segunda-Classe (S2).

Art. 25. Poderá ser concedida prorrogação do tempo de serviço, mediante engajamento em continuação do SMI ou reengajamento, por meio de requerimento do interessado à Diretoria de Administração do Pessoal (DIRAP), observado o seguinte:

(...)

§ 5º O Soldado-de-Primeira-Classe (S1) pode obter prorrogação do tempo de serviço, até o limite máximo de seis anos de efetivo serviço;

(...).

Os Soldados-de-Primeira-Classe (S1), juntamente com os Soldados-de-Segunda-Classe (S2), integram o Quadro de Soldados (QSD), não existindo no RCPGAER dispositivo legal diferenciando Soldados-de-Primeira-Classe especializados de não especializados, de forma que somente àqueles fosse garantida estabilidade.

A norma em comento não faz distinção entre o Soldado-de-Primeira-Classe especializado e não especializado, quando trata de tempo de serviço. Estabelece o limite máximo de seis anos de efetivo serviço, referindo-se, genericamente, aos Soldados-de-Primeira-Classe. Observe-se que, inclusive, não existe previsão, quanto ao Quadro de Soldados, de hipótese de vitaliciedade ou de desempenho permanente do serviço militar.

O concurso a que os autores se submeteram teve por finalidade a admissão no Curso de Especialização de Soldados - CESD. Após o seu término com aprovação, foram eles promovidos a Sol-

dados-de-Primeira-Classe, tendo passado a pertencer ao Corpo de Pessoal Graduado da Aeronáutica - CPGAER. Contudo, a aprovação no CESD e a promoção a Soldado-de-Primeira-Classe, não têm o condão de transformar o militar temporário em militar de carreira.

Acerca da exclusão do serviço ativo das Forças Armadas, preceitua a Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares):

Art. 94. A exclusão do serviço ativo das Forças Armadas e o conseqüente desligamento da organização a que estiver vinculado o militar decorrem dos seguintes motivos:

(...)

V - licenciamento;

(...).

Art. 121. O licenciamento do serviço se efetua:

I - a pedido, e

II - *ex officio*.

(...)

§ 3º O licenciamento *ex officio* será feito na forma da legislação que trata do serviço militar e dos regulamentos específicos de cada Força Armada:

a) por conclusão de tempo de serviço ou de estágio;

b) por conveniência do serviço; e

c) a bem da disciplina.

(...).

É certo que a legislação prevê a possibilidade de prorrogação do tempo de serviço, mas, no caso do Soldado-de-Primeira-Classe, consoante já dito linhas atrás, isso somente pode ocorrer até o limite máximo de seis anos, devendo a Administração, após isso, licenciá-lo de ofício por conclusão de tempo de serviço.

A já mencionada Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares), em seu art. 3º, assim dispõe:

Art. 3º. Os membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional, formam uma categoria especial de servidores da Pátria e são denominados militares.

§1º. Os militares encontram-se em uma das seguintes situações:

a) na ativa:

I - os de carreira;

II - os incorporados às Forças Armadas para prestação de serviço militar inicial, durante os prazos previstos na legislação que trata do serviço militar, ou durante as prorrogações daqueles prazos;

III - os componentes da reserva das Forças Armadas quando convocados, reincluídos, designados ou mobilizados;

IV - os alunos de órgão de formação de militares da ativa e da reserva; e

V - em tempo de guerra, todo cidadão brasileiro mobilizado para o serviço ativo nas Forças Armadas.

(...).

§ 2º Os militares de carreira são os da ativa que, no desempenho voluntário e permanente do serviço militar, tenham vitaliciedade assegurada ou presumida.

Infere-se daí que a estabilidade somente é assegurada aos militares de carreira, em razão da natureza permanente de seus serviços. Os militares temporários permanecem no serviço ativo até serem licenciados (a bem da disciplina, por conveniência do serviço, ou por conclusão do tempo de serviço ou de estágio), não tendo o direito à permanência nos quadros da organização militar, por não serem acobertados pela estabilidade assegurada aos militares de carreira.

Não bastasse o até aqui exposto, em consonância com o art. 50, IV, a, do Estatuto dos Militares, as Praças somente adquirem estabilidade quando contarem com dez ou mais anos de tempo efetivo de serviço, nas condições ou nas limitações impostas na legislação e regulamentação específicas.

Por fim, mesmo que a Portaria que regulamentou o concurso a que se submeteram os autores não tenha previsto tempo limitado para permanência no serviço militar, não há que ser acolhido seu pleito, pois o concurso não poderia se reger por Portaria que fosse de encontro às normas acima referidas.

Conclui-se, pois, que não há que se falar em ilegalidade nos atos de licenciamento dos autores.

Ante as razões acima, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL 339.249-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: PEDRO ANTÔNIO DE LIMA
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Advs./Procs.: DRS. LINDOCASTRO NOGUEIRA DE MORAIS (APTE.) E FABÍOLA OLIVEIRA DE ALENCAR E OUTROS (APDA.)

EMENTA: Administrativo e Processual Civil. FGTS. Contrato de trabalho anulado por ausência de concurso público. Culpa recíproca. Direito ao levantamento do saldo. Inteligência do art. 20, I, da Lei 8.036/90. Honorários Advocatícios – isenção prevista no art. 29-C da Lei 8.036/90, inserido pela MP 2.164-40/01, que se aplica às ações intentadas após a edição desta Medida Provisória. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. - Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 7 de agosto de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de apelação contra sentença que julgou improcedente o pedido, o qual objetivava obter provimento judicial que de-

terminasse a liberação do saldo do FGTS depositado em nome do autor, uma vez que encerrado o seu contrato de trabalho, firmado por entidade municipal, foi, no entanto, considerado nulo devido à contratação não ter sido precedida de concurso público, como dispõe o art. 37, II, da Constituição Federal.

O autor apela, arguindo, em suma, que manteve vínculo empregatício com o Município de Mossoró, sem prévia aprovação em concurso público, o qual foi extinto no dia 2 de janeiro de 1997, por afrontar diretamente o art. 37, II, da Constituição Federal; que durante todo o interstício temporal de vigência do pacto laboral, o município empregador efetuou regularmente o recolhimento do FGTS, junto à CEF, em favor do recorrente; e que, no ano de 1999, a CEF, sem autorização do titular da conta, liberou em favor do Município de Mossoró/RN, parte da quantia depositada na conta vinculada do FGTS do apelante; e que o art. 7º, III, da Constituição Federal c/c o art. 20 da Lei nº 8.036/90 veda a devolução do saldo ao empregador, em casos de culpa recíproca, não tendo, assim, a CEF agido em conformidade com o princípio da legalidade. Requer, por fim, seja a apelada compelida a liberar a integralidade dos valores depositados na sua conta vinculada ao FGTS, relativo ao vínculo empregatício mantido com o Município de Mossoró/RN, bem como condenada nos honorários de sucumbência.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

O autor manteve vínculo trabalhista com o Município de Mossoró até 2 de janeiro de 1997, quando o Decreto Municipal nº 1.520/97 declarou a nulidade das admissões de pessoal efetuadas sem concurso público. Registra que, no período da contratação, a Administração Pública efetuou os depósitos relativos ao FGTS, o que legitima o seu pedido de levantamento destes valores.

A nulidade do contrato de trabalho é manifesta. O que realmente se discute na presente ação é o direito, ou não, do empregado, que teve o seu contrato de trabalho anulado, levantar o saldo do FGTS.

A Lei nº 8.036/90 assim dispõe:

Art. 20. A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações:

I - despedida sem justa causa, inclusive a indireta, de culpa recíproca e de força maior, comprovada com pagamento dos valores de que trata o art. 18.

Entendo que a hipótese se configura em culpa recíproca, porquanto se deve considerar a boa-fé do empregado. Os valores depositados, a título de FGTS, integram o seu patrimônio, e o direito do apelante ao levantamento pretendido advém da disposição legal acima citada.

Neste sentido, colaciono jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. FGTS. CONTRATO DE TRABALHO DECLARADO NULO POR AUSÊNCIA DE APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. SALDO LIBERADO PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. LEGITIMIDADE DA AUTARQUIA FEDERAL. FALTA DE CITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE MOSSORÓ. CONTRATO DE TRABALHO NULO. LIBERAÇÃO DE SALDO DE FGTS. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO VIOLADO. PARÁGRAFO ÚNICO, 29-C, DA LEI Nº 8.036/90 E ARTIGO 21 DO CPC. MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA.

1. A tese relacionada à não-citação do Município de Mossoró para integrar a lide não comporta conhecimento, pois a recorrente não indicou os dispositivos tidos como violados.

2. É o entendimento sedimentado neste Tribunal de que, em se tratando, tão-somente, de saque do saldo do FGTS, a competência é da Justiça Estadual, e se há resistência da CEF em proceder ao levantamento, deve ser ela demandada perante a Justiça Federal.

3. O artigo 19-A, inserido pela Medida Provisória 2.164/2001, tão-somente, positivou o entendimento pacificado da Primeira Seção, com relação à movimentação da conta de FGTS pelo trabalhador, nos caso de nulidade de contrato de trabalho, equipara-se à demissão decorrente de culpa recíproca; de onde se conclui que as contas vinculadas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço permanecem na esfera patrimonial do empregado, o que impede ingerência de terceiros.

4. A Corte *a quo* não analisou, sequer implicitamente, os dispositivos supostamente violados, quais sejam: artigo 29-C da Lei nº 8.036/90, e artigo 21 do CPC. O Tribunal de origem apenas analisou a liberação do FGTS com a declaração do contrato nulo, nos termos do artigo 20 da Lei nº 8.036/90 e colacionou precedente da Corte de origem quanto à competência da Justiça Federal.

Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(REsp 853.663/RN, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 21.09.2006, DJ 02.10.2006, p. 255)

PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. FGTS. LEVANTAMENTO. POSSIBILIDADE. CONTRATO DE TRABALHO DECLARADO NULO POR AUSÊNCIA DE APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II, CF/88). CULPA RECÍPROCA. JUROS MORATÓRIOS. ART. 406 DO NOVO CC. INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE MOSSORÓ E EXCLUSÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TESSES NÃO PREQUESTIONADAS. SÚMULAS 282 E 356/STF.

1. Ação em que se pleiteia a liberação dos saldos do FGTS de ex-empregado do Município de Mossoró/RN em face da declaração de nulidade do contrato de trabalho por não atendimento ao concurso público (art. 37, II, CF/88). Acórdão do Tribunal *a quo* que, reformando a sentença, admitiu a procedência do pedido exordial.

Recurso especial da CEF que alega: 1) incompetência da Justiça Federal; 2) nulidade pelo não-acolhimento do chamamento do município ao processo; 3) ausência de vedação legal quanto à devolução dos valores do FGTS ao Município; 4) incidência de juros de mora pela taxa de 0,5% ao mês e 5) violação dos arts. 29-C da Lei nº 8.036/90 e 21 do CPC.

2. No que se refere às teses de incompetência absoluta da Justiça Federal, ausência de citação do Município de Mossoró e exclusão da condenação em honorários advocatícios, verifica-se, sem maiores dificuldades, que o aresto guerreado, em momento algum, se pronunciou a respeito desses temas. Ausente o requisito do prequestionamento, inviável a apreciação desses inconformismos, diante do que preceituam as Súmulas 282 e 356/STF.

3. Relativamente à determinação de pagamento dos valores fundiários, irretorquível é o acórdão recorrido. As contas vinculadas do FGTS compõem a esfera patrimonial dos empregados, estando em seus nomes os respectivos créditos porventura existentes. Uma vez depositados os valores em favor do titular da conta em razão de sua prestação laboral, incorporam-se ao seu patrimônio, devendo estar protegidos contra ingerências de terceiros.

4. Condutas inadequadas do Município de Mossoró ao requerer o estorno dos valores depositados em favor do autor e da CEF ao proceder à referida entrega dessas importâncias, intervindo no patrimônio do titular da conta sem a sua anuência, previsão legal ou autorização do Poder Judiciário.

5. Nas lides relativas ao FGTS, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de considerar devidos juros moratórios no percentual de 0,5% ao mês, a partir da citação (Súmula 163/STF), até o advento do novo Código Civil, quando então serão calculados nos termos do art. 406 desse Diploma legal.

6. Quanto à interposição do recurso pela alínea c do permissivo constitucional, a parte não cumpriu com os requisitos recursais, de modo a comprovar, demonstrando analiticamente, o dissídio jurisprudencial, nos termos da Lei e do RISTJ.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.

(REsp 827.287/RN, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 01.06.2006, DJ 26.06.2006, p. 128)

Acórdão

Origem: Tribunal - Quinta Região

Classe: AC - Apelação Cível - 341.572

Processo: 200384000003909. UF: RN. Órgão Julgador: Terceira Turma

Data da decisão: 28/10/2004

Documento: TRF500090377

Fonte: DJ - Data: 18/02/2005 - Página: 559 - Nº: 33

Relator(a): Desembargador Federal Ridalvo Costa

Decisão: UNÂNIME

Ementa

APELAÇÃO CÍVEL. CITAÇÃO DE EVENTUAL LITISCONSORTE PASSIVO SEM O REQUERIMENTO DO AUTOR.

LEVANTAMENTO DO FGTS. ADMISSÃO NO SERVIÇO PÚBLICO SEM CONCURSO. NULIDADE DO CONTRATO. VALORES DO FGTS DEVOLVIDOS AO MUNICÍPIO-EMPREGADOR. ILEGALIDADE. CONDENAÇÃO DA CEF.

- Alegada pelo réu a existência de litisconsorte passivo necessário, cabe ao juiz, convencido da procedência da alegação, determinar ao autor que promova, isto é, requeira a citação, sob pena de extinção do processo sem exame do mérito, na forma do parágrafo único do artigo 47 do CPC, e não determinar, de logo, a citação sem audiência do autor. Cabe a este escolher contra quem pretende mandar. Nulidade da citação.

- Devolução dos valores do FGTS ao Município-Empregador, em virtude da anulação de contrato de trabalho. Ilegalidade da devolução, em face do entendimento consolidado na jurisprudência do STJ, mesmo antes da MP nº 2.164/40-2001, de que tais valores integram o patrimônio do trabalhador.

Data da Publicação: 18/02/2005

Referência Legislativa

CPC-73 Código de Processo Civil LEG-FED LEI-5.869 ANO-1973 ART-47 PAR-ÚNICO - LEG-FED MPR-2164 ANO-2001 ART-19 PAR-ÚNICO ART-29C (40) (41) (A-19 *CAPUT*) - LEG-FED LEI-8.036 ANO-1990 - LEG-FED LEI-8678 ANO-1993 - CF-88 Constituição Federal de 1988 ART-37 INC-2 PAR-2

Acórdão

Origem: TRIBUNAL - Quinta Região

Classe: AC - Apelação Cível - 338.711

Processo: 200405000097283. UF: PE. Órgão Julgador: Segunda Turma

Data da decisão: 10/08/2004. Documento: TRF500085431

Fonte - Data: 24/09/2004 - Nº: 185

Relator(a): Desembargador Federal Petrucio Ferreira

Decisão: Unânime

Ementa

ADMINISTRATIVO. FGTS. CONTRATO DE TRABALHO CONSIDERADO NULO. LEVANTAMENTO PELO EMPREGADO. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE DA CEF. EXCLUSÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 29-C DA LEI Nº 8.036/90. PROCESSOS INICIADOS APÓS A EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.164-40, DE 27/07/

2001. APLICABILIDADE. CUSTAS ADIANTADAS PELA PARTE AUTORA. ART. 24-A DA LEI Nº 9.028/95, COM A REDAÇÃO DADA PELA MP 2.102-32/01. INAPLICABILIDADE.

1. Trata-se de apelação da decisão monocrática, que julgou procedente ação que objetivou a liberação do saldo do FGTS, de trabalhador que teve seu contrato de trabalho sido declarado nulo, em face de decisão exarada em reclamação trabalhista.

2. Ainda que se declare nulo o contrato, o empregado despedido faz jus à movimentação de sua conta vinculada do FGTS, nos termos do art. 20, I, da Lei nº 8.036/90. Precedentes do c. STJ.

3. É inquestionável o direito do trabalhador de efetivar o levantamento do FGTS na hipótese de extinção do contrato de trabalho em face da sua nulidade, independentemente da data da edição da Medida Provisória 2.164/41, de 28/08/2001, que passou expressamente a regular a matéria. Posto que referida medida provisória, em seu parágrafo único, previu tão-só a possibilidade de que tais valores, em ainda não sendo levantados pelo trabalhador os valores decorrentes do contrato declarado nulo, poderiam ser liberados a partir do mês de agosto de 2002.

4. Sendo a CEF o agente operador do FGTS, somente ela tem legitimidade para integrar o pólo passivo da relação processual quando a lide versar sobre a liberação do saldo de conta vinculada do FGTS.

5. O art. 29-C da Lei nº 8.036/90, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.164-40, de 27/07/2001, que preceitua que nas ações que versem sobre FGTS não haverá condenação em honorários advocatícios, só tem aplicação aos processos iniciados após a data de sua vigência, não tendo incidência nos processos pendentes. Precedentes do STJ.

6. Na hipótese, tendo a presente ação sido ajuizada em 05/02/1999, portanto antes da edição da MP 2.164-40, de 27/07/2001, resta devido o pagamento da verba honorária a cargo da CEF.

7. A isenção de custas, emolumentos e demais taxas judiciais, concedidas à CEF, nas demandas judiciais relativas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, por força do parágrafo único do art. 24-A da Lei nº 9.028/95, com a redação dada pela MP 2.102-32/01, não abran-

ge o reembolso das custas adiantadas pela parte vencedora.

8. Apelação improvida.

Data Publicação: 24/09/2004

Referência Legislativa

LEG-FED LEI-8036 ANO-1990 ART-29 CART-20 INC-1 ART-19A PAR-ÚNICO (A-19A CAPUT) - LEG-FED MPR-2164 ANO-2001 (40) (41) - LEG-FED LEI-9028 ANO-1995 ART-24A - LEG-FED MPR-2102 ANO-2001 (32) - CF-88 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 ART-37 PAR-2 ART-62 PAR-1 LET-B - LEG-FED EMC-32 ANO-2001

Quanto aos honorários, o entendimento mais recente do colendo Superior Tribunal de Justiça se expressa no sentido de que nas causas entre o órgão gestor do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e os titulares das contas vinculadas, a verba honorária será excluída nos processos iniciados após 27.07.01, data da edição da MP nº 2.164/01.

Por essas razões, dou provimento parcial à apelação para julgar procedente a demanda, excluindo, contudo, a condenação em honorários advocatícios, pelas razões acima expostas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 362.922-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelantes: FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE - FUNASA E OUTRO
Apeladas: JARLEIDE BEZERRA MAIA E OUTRA
Lit. Passivo: MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO MIPIBU/RN
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. EMANUEL PAIVA PALHANO E OUTRO (APDAS.) E ARTUR COELHO DA SILVA NETO E OUTRO (LIT. PASS.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE

TRÂNSITO. VEÍCULO PERTENCENTE À FUNASA. CESSÃO E DOAÇÃO DO BEM PARA MUNICÍPIO. PRELIMINAR. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA FUNASA. REJEIÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. PROCEDÊNCIA DA DEMANDA. TAXA DE JUROS DE 1% AO MÊS. CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA EM CUSTAS PROCESSUAIS. POSSIBILIDADE. REDUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PARA 5% DO VALOR DA CONDENAÇÃO. INCABIMENTO.

- Trata-se de apelação cível interposta pela FUNASA - Fundação Nacional de Saúde, contra sentença que a condenou, juntamente com a Prefeitura Municipal de São José de Mipibú/RN, ao pagamento no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), em face de danos morais, e de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), relativamente aos danos materiais, em virtude de acidente de trânsito causado por veículo de sua propriedade, mas cedido à Prefeitura.

- A cessão não implica na transferência da propriedade, mas apenas da posse, o que torna a cedente, no caso em tela, a FUNASA, responsável pelo bem e pelos danos que este causar a terceiros. A doação se deu em 13/12/2002, concluindo-se, assim, que a apelante ainda era proprietária do veículo à época do acidente, ocorrido em 03/10/2002. Preliminar de ilegitimidade passiva ad causam rejeitada.

- Descabe a comprovação do dano moral, mas apenas a do fato que o ocasionou, pois tal lesão corresponde a sentimentos manifestados no foro íntimo do ofendido, sendo impossível a sua mensuração. Precedente: STJ - REsp 556.031-RS, Relator Desembargador Federal Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 27/09/2005, unânime, DJ 07/11/2005.

- Não há subsunção do caso concreto ao art.

1º-F da Lei nº 9.494/97, conforme alega a apelante, tendo em vista que, não compondo as vítimas o quadro de funcionários da Administração Pública, a Fazenda responde pelo pagamento da indenização nos termos da lei civil, incidindo, por conseguinte, a taxa de 1% por mês de juros moratórios, nos termos do art. 406 do CC/2002. Precedentes: TRF - 4ª Região, AC 400140220, Relator Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Terceira Turma, julgado em 12/12/2006, unânime, DJ 07/02/2007; TRF - 5ª Região, AC 368.494-RN, Relator Desembargador Federal Ridalvo Costa, Terceira Turma, julgado em 01/12/05, unânime, DJ 10/02/2006; TRF - 5ª Região, AC 369.402-RN, Relator Desembargador Federal Convocado Hélio Sílvio Ourem Campos, Primeira Turma, julgado em 31/08/2006, unânime, DJ 13/10/2006.

- É clara a previsão legal no que pertine à isenção da Fazenda Pública quanto à condenação em custas processuais. A Lei nº 9.289/96, contudo, também prevê a hipótese de pagamento de custas a título de reembolso pelas despesas realizadas pela parte vencedora. Precedente: TRF - 5ª Região, AC 291.042-PE, Relator Desembargador Federal José Maria Lucena, Primeira Turma, julgado em 26/09/2002, unânime, DJ 04/04/2003.

- O magistrado, ao analisar as circunstâncias do processo, deverá apreciar eqüitativamente o caso concreto no momento da fixação de honorários advocatícios. Logo, oportuno o arbitramento da verba advocatícia em 10%, e não em 20%, como fixado na sentença, ou tampouco em 5%, como requestado pela FUNASA, equivalente a R\$ 350,00 (trezentos e cinqüenta reais), tendo em vista o baixo valor da condenação, para não comprometer a dignidade da profissão do advogado, cuja função é essencial à administração da justiça.

- ***Inexistente a remessa oficial em face do valor da condenação inferior a 60 salários mínimos.***
- ***Apelação parcialmente provida.***

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, rejeitar a preliminar e dar parcial provimento ao recurso de apelação, para fixar os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 10 de maio de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Cuida-se de apelação cível interposta pela FUNASA - Fundação Nacional de Saúde contra sentença, fls. 92/98, da lavra do MM. Juiz Federal Substituto Almiro José da Rocha Lemos, então em exercício na 1ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, e exarada na Ação Ordinária nº 2004.84.00.000132-2.

Trata-se de pedido de reparação de danos em face de acidente de trânsito provocado por veículo de propriedade da apelante, mas cedido à Prefeitura Municipal de São José do Mipibu.

O douto Magistrado julgou parcialmente procedente o pedido formulado por Jarleide Bezerra Maira e Joseleide Bezerra Maia para condenar os entes públicos, solidariamente, ao pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a título de danos morais, e de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), referentes aos danos materiais.

Ademais, foram a FUNASA e a Prefeitura Municipal de São José do Mipibu condenadas ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, arbitrados em 20% do valor da condenação.

Na sua fundamentação, a apelante argüiu os seguintes motivos de reforma:

a) preliminarmente, a sua ilegitimidade em figurar na presente demanda, uma vez que, além de o motorista compor o quadro de funcionários da Prefeitura, o veículo havia sido cedido e, posteriormente, doado a esta;

b) não cabe a indenização por danos morais, haja vista a inexistência da devida comprovação;

d) impossibilidade da incidência da taxa de juros de 1% ao mês nas condenações contra a Fazenda Pública, consoante o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97;

d) ilegalidade da condenação da Fazenda Pública ao pagamento de custas processuais com base na MP 2.180-35 de 2001;

e) necessidade de redução da verba honorária, em virtude da disposição do art. 20, § 4º, do CPC ao conceder tratamento especial à Fazenda Pública, uma vez considerando a “reduzida complexidade da causa, bem como a diminuta exigência de tempo e trabalho despendido pelo advogado”.

Instadas a se manifestarem, as apeladas, conforme fls. 118/122, apresentaram as contra-razões, rebatendo as questões suscitadas pela FUNASA.

A Prefeitura Municipal de São José de Mipibu/RN não apresentou recurso contra a sentença, consoante fl. 113.

Não houve remessa oficial, pois o valor da condenação imposta foi inferior a 60 (sessenta) salários mínimos.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

1) DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE AD CAUSAM DA FUNASA PARA FIGURAR NO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA.

Observando o Ofício da Coordenação Regional do Rio Grande do Norte acostado à fl. 48 dos presentes autos, é de se notar

que apenas em 13/12/2002 o veículo fora doado à Prefeitura Municipal.

Deixo, então, de acolher a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela apelante, uma vez que a FUNASA ainda era proprietária do veículo quando da ocorrência do acidente de trânsito em 03/10/2002, mesmo que vigente o regime de comodato.

Por outro lado, também não merece acolhida a alegação de ilegitimidade *ad causam* da apelante por ser o condutor do veículo funcionário da Prefeitura, pois se trata, neste caso, de culpa *in eligendo*. O ordenamento jurídico brasileiro, de outro modo, ressalva ao órgão da administração o direito de regresso contra o agente causador do dano.

Quanto a isso, colaciono as seguintes ementas, a título de ilustração, *ipsis litteris*:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE DA PROPRIETÁRIA. VEÍCULO CEDIDO. CULPA DA MOTORISTA.

1. A cessão do veículo não afasta a responsabilidade da proprietária pelos danos causados a terceiro pelo cessionário e seu preposto.

2. A culpa da condutora do veículo foi definida com base nas provas dos autos, e por essa razão reconhecida a responsabilidade solidária da proprietária. Caso fosse afastada a culpa da motorista, evidente que também estaria a proprietária, ora agravante, isenta de responsabilidade. Ocorre que para se ultrapassar os fundamentos do acórdão e afastar a culpa da condutora do veículo, necessário seria o reexame de aspectos fáticos, daí a incidência da Súmula nº 07/STJ.

3. Agravo regimental desprovido.

(STJ - AgRg no Ag 574.415/RS, Relator Desembargador Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 28/06/2004, unânime, DJ 04/10/2004)

ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. MORTE DE FILHO MENOR. VEÍCULO CEDIDO PELO EXTINTO INAMPS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PENSIONAMENTO DOS PAIS. DANO MORAL. COMPROVAÇÃO. QUANTUM.

1. **Com a cessão de uso transfere-se tão-somente a posse do bem público, permanecendo o cedente com a propriedade do mesmo.** Neste sentido, não há como afastar, no caso dos autos, a responsabilidade da União, na qualidade de sucessora do extinto INAMPS e, consequentemente, proprietária do veículo cedido, no acidente ocasionado por culpa do cessionário, seja ela exclusiva ou concorrente.
2. Fazem jus à indenização por danos materiais os pais de menor falecido acidentalmente, quando proveniente de família pobre, ainda que não exercesse atividade laborativa à época do evento.
3. Doutrina e jurisprudência dizem que, para a comprovação do dano moral, basta a prova do fato; não há necessidade de demonstrar-se o sofrimento moral, mesmo porque é praticamente impossível, por tratar-se de sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida, capaz de gerar-lhe alterações emocionais ou prejuízos à parte social ou afetiva de seu patrimônio moral.
4. No arbitramento da indenização advinda de danos morais, o julgador deve valer-se de bom senso e razoabilidade, atendendo às peculiaridades do caso, não podendo ser fixado *quantum* que torne irrisória a condenação e nem tampouco valor vultoso que traduza enriquecimento ilícito. (TRF - 4ª Região, AC 400129800, Relator Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, Primeira Turma Suplementar, julgado em 23/05/2006, unânime, DJ 09/08/2006) [Grifo Nosso]

Logo, a FUNASA deve figurar no pólo passivo da demanda, pois, embora tenha cedido o veículo à Prefeitura, à época do acidente ainda era a proprietária do bem.

Superada esta preliminar, passo a adentrar no mérito.

2) DO CABIMENTO DO DEVER DE INDENIZAR EM FACE DO DANO MORAL.

Tem-se que é desnecessária a demonstração probatória do dano moral, pois se trata de sofrimento existente no foro íntimo do indivíduo, correspondendo, então, a valores subjetivos.

É suficiente apenas a prova do fato, a partir da qual o juiz, utilizando-se do princípio da razoabilidade, irá arbitrar uma indeni-

zação capaz de possibilitar a reparação do dano causado.

O valor da referida indenização não pode ser irrisório a ponto de não fazer cumprir a sua função social de reparação do dano e de repreensão da conduta lesiva, nem excessiva, sob pena de se configurar enriquecimento ilícito.

No caso em epígrafe, o fato fora plenamente comprovado, mediante a apresentação do Boletim de Ocorrência, às fls. 14/15, presumindo-se o dano moral pelos riscos e abalo emocional perpetrados pelo acidente.

A jurisprudência pátria caminha no mesmo sentido, conforme se abstrai da análise da seguinte ementa, *mutatis mutandis*:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. PROVA DO DANO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO.

- **Na indenização por dano moral, não há necessidade de comprovar-se a ocorrência do dano. Resulta ela da situação de vexame, transtorno e humilhação a que esteve exposta a vítima.**

- O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça quando a quantia arbitrada se mostrar ínfima, de um lado, ou visivelmente exagerada, de outro. Hipótese de fixação excessiva, a gerar enriquecimento indevido do ofendido.

Recurso especial conhecido, em parte, e provido.

(STJ - REsp 556.031- RS, Relator Desembargador Federal Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 27/09/2005, unânime, DJ 07/11/2005) [Grifo Nosso]

Desta forma, considero o valor arbitrado em R\$ 2.000,00 (dois mil reais) razoável, tendo em vista o risco sofrido pelas requerentes com o acidente, assim também em razão da dificuldade na busca pela reparação dos referidos danos.

Isto, pois, ao tentarem negociar, amigavelmente, o reembolso das despesas, tiveram seus pedidos rejeitados pelos entes públicos, o que as obrigou a recorrerem ao Poder Judiciário, visando à tutela do seu direito.

3) DA INCIDÊNCIA DOS JUROS DE MORA CORRESPONDENTES A 1% AO MÊS.

Passando a analisar o item C descrito no Relatório, importante observar o que dispõe o art. 1º-F da Lei 9.494/97.

Art. 1º-F. Os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano.

A partir da análise do dispositivo mencionado, atenta-se para o fato de que este preceito não se adequa ao caso concreto, ou seja, não há a subsunção do fato à norma, pois o art. 1º-F da Lei 9.494/97 refere-se às verbas remuneratórias relativas aos servidores e empregados públicos.

As apeladas, credoras dos valores concedidos a título indenizatório, não compõem o quadro de funcionários da Administração Pública. Trata-se, portanto, de dano causado a terceiros.

Pelas verbas indenizatórias originadas da responsabilização objetiva, a Fazenda Pública responde nos termos da lei civil.

Logo, para a correta aplicação dos juros moratórios, deve-se levar em conta os preceitos trazidos pelo Código Civil, consoante o art. 406:

Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convenionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

É adequada, assim, a incidência da taxa de juros de 1% ao mês, direcionados à Fazenda Pública.

No mesmo sentido, a jurisprudência manifesta-se majoritariamente, conforme as seguintes ementas, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. CULPA CONCORRENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUROS MORATÓRIOS.

1. A responsabilidade civil dos entes estatais, quando ocorre o envolvimento de um de seus veículos em acidente de trânsito, admite a aplicação da teoria objetiva, consagrada pelo art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

2. Há culpa concorrente quando o motorista de um dos veículos inflete na via preferencial sem as cautelas devidas e o do outro não pode evitar a colisão porque trafega em velocidade excessiva.

3. Havendo sucumbência recíproca, compensam-se os honorários advocatícios.

4. Consoante o art. 406 do Código Civil de 2002, com vigência a partir de 11/01/2003, os juros moratórios serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional. Pelo entendimento do Enunciado 20, aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, sob coordenação científica do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, do STJ, a taxa de juros deve ser de 1% ao mês.

5. Apelação parcialmente provida.

(TRF - 4ª Região, AC 400140220, Relator Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Terceira Turma, julgado em 12/12/2006, unânime, DJ 07/02/2007) [Grifo Nosso]

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. AUSÊNCIA DE CULPA DA VÍTIMA. DANO MORAL CONFIGURADO. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- Responde o Estado pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado direito de regresso contra o responsável, no caso de dolo ou culpa. Inteligência do art. 37, § 6º, da CF.

- Presença dos elementos caracterizadores da responsabilidade objetiva (fato, dano, nexos de causalidade).

- Ausência de prova de que a apelada tenha concorrido para o evento danoso

- O dano moral, de natureza extrapatrimonial, caracteriza-se, também, pela agressão à auto-estima e aos valores subjetivos, independentemente da repercussão negativa do fato perante o meio social do indivíduo.

- Cabimento da indenização por dano moral.

- Aplicação dos juros de mora no percentual de 12% (doze por cento) ao ano – de acordo com o previsto no art. 406 do Código Civil.

- Honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

(TRF - 5ª Região, AC 368.494-RN, Relator Desembargador Federal Rivalvo Costa, Terceira Turma, julgado em 01/12/05, unânime, *DJ* 10/02/2006) [Grifo Nosso]

REMESSA OFICIAL E APELAÇÕES EM AÇÃO ORDINÁRIA. ADMINISTRATIVO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. BURACOS EM RODOVIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. OMISSÃO. CONSERVAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS CONFIGURADOS.

- Trata-se de remessa oficial e apelações (fls. 98/107) e (fls. 116/133) em ação ordinária interpostas contra sentença (fls. 92/96) do douto Juiz da 4ª Vara Federal do Rio Grande do Norte, Exmo Sr. Jailsom Leandro de Souza, que julgou procedente, em parte, o pedido de indenização por danos morais, materiais e de pensão alimentícia, sob o argumento de que restou configurada a responsabilidade do DNIT por acidente automotivo, causado por buracos em rodovia.

- Inicialmente, observa-se que o juízo de 1º grau decidiu que: a) o valor da indenização por danos materiais deve ser arbitrado em R\$ 9.088,33, correspondente a R\$ 8.000,00 do valor do veículo, acrescido de R\$ 1.088,33, equivalente ao valor de 1/3 de um jazigo de 3 gavetas; b) os danos morais devem ser fixados em R\$ 60.000,00; c) o valor da pensão alimentícia deve ser de 2 salários mínimos; d) as parcelas vencidas devem ser acrescidas de Taxa Selic e juros de mora de 1% ao mês, desde a data da citação.

(...)

- Quanto ao argumento de inexistência denexo causal, entendo descabido, em face da responsabilidade civil objetiva dos entes públicos, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88.

(...)

- Precedentes (origem: Superior Tribunal de Justiça REsp 549.812/CE, órgão julgador: Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, data do julgamento 05/05/2004, decisão unânime; os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator; origem: Tribunal - Quinta Região, classe: AC - Apelação Cível 324.158 UF: RN, órgão julgador: Primeira Turma, data da decisão: 25/11/2004, *DJU* data: 18/01/2005, Rel. Ubaldo Ataíde Cavalcante).

- **Sobre as parcelas vencidas devem incidir correção**

monetária e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, devendo ser afastada a aplicação da Taxa Selic.

- Remessa oficial e apelações parcialmente providas para:
a) manter o valor da pensão em 2 (dois) salários mínimos;
b) manter o valor da indenização por danos materiais em R\$ 9.088,33 e majorar o valor da indenização por danos morais de R\$ 60.000,00 para 300 (trezentos) salários mínimos; **c) determinar a incidência de correção monetária e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, sobre as parcelas vencidas**; d) arbitrar os honorários advocatícios em 5% (cinco) por cento sobre o valor da condenação.

(TRF - 5ª Região, AC 369.402-RN, Relator Desembargador Federal Convocado Hélio Sílvio Ourem Campos, Primeira Turma, julgado em 31/08/2006, unânime, DJ 13/10/2006) [Grifo Nosso]

4) DA CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS / DA FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Por outro lado, quanto à questão do pagamento de custas processuais pela Fazenda Pública, conforme a simples leitura do art. 4º, I, e parágrafo único c/c o art. 14, § 4º, da Lei nº 9.289/96, tem-se que, embora seja prevista a isenção de custas aos entes estatais, este privilégio não incide quando a Fazenda Pública for vencida. Vejamos:

Art. 4º São isentos de pagamento de custas:

I - a União, os Estados, os Municípios, os Territórios Federais, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações;

(omissis)

Parágrafo único. A isenção prevista neste artigo não alcança as entidades fiscalizadoras do exercício profissional, nem exime as pessoas jurídicas referidas no inciso I da obrigação de reembolsar as despesas judiciais feitas pela parte vencedora.

Art. 14. O pagamento das custas e contribuições devidas nos feitos e nos recursos que se processam nos próprios autos efetua-se da forma seguinte:

(omissis)

§ 4º As custas e contribuições serão reembolsadas a final

pelo vencido, ainda que seja uma das entidades referidas no inciso I do art. 4º, nos termos da decisão que o condenar, ou pelas partes, na proporção de seus quinhões, nos processos divisórios e demarcatórios, ou suportadas por quem tiver dado causa ao procedimento judicial.

Ademais, no que tange à necessidade de redução dos honorários advocatícios argüida pela apelante, filio-me ao entendimento segundo o qual a faixa de 10% a 20%, prevista no § 3º do art. 20, não há de ser obrigatoriamente afastada pelo § 4º em relação à Fazenda Pública.

Deve, sim, ser aplicado o princípio da equidade em que o magistrado, analisando as circunstâncias de cada caso concreto, arbitrará os valores que mais convenham ao atendimento da justiça e à tutela do direito.

Observando o grau de complexidade da demanda, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para a prestação do seu serviço, tenho por oportuno a fixação dos honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação, tendo em vista que o objeto da presente discussão corresponde à matéria de caráter habitual e de fácil deslinde.

Não acolho, pois, o pedido de redução da referida verba para 5%, cerca de R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), como requereu a apelante, com o fito de atender as regras éticas quanto à remuneração do advogado, sob pena de, em razão do baixo valor da condenação, incorrer em grave desvalorização desta carreira.

Por fim, quanto à questão da condenação em custas processuais e da fixação dos honorários advocatícios, os posicionamentos acima firmados possuem respaldo jurisprudencial majoritário, conforme a seguinte ementa, *mutatis mutandis*:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE 28,86% CONCEDIDO AOS MILITARES. EXTENSÃO AOS SERVIDORES CIVIS. CABIMENTO. REAJUSTE DE 45% NA REMUNERAÇÃO DOS MILITARES. LEI Nº 8.237/81. INAPLICABILIDADE AOS SERVIDORES CIVIS. SÚMULA Nº 16 DESTA TRIBUNAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E CUSTAS PROCESSUAIS. SUCUMBÊNCIA DA FAZENDA PÚBLICA.

BLICA. ART. 20, PARÁGRAFO 3º, DO CPC E ART. 14, PARÁGRAFO 4º, LEI 9.289/96.

(...)

- A fixação dos honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, quando sucumbente a Fazenda Pública, prestigia o princípio da isonomia das partes. Ao julgador não está vedada a atribuição de percentual abrangido dentro da faixa do parágrafo 3º do art. 20 do CPC, que deverão ser fixados com base na apreciação equitativa do juiz.

- A Lei nº 9.289/96, que dispõe sobre as custas devidas à União, na Justiça Federal de primeiro e segundo graus, assevera que as autarquias são isentas do pagamento de custas processuais (art. 4º, I). Contudo, o parágrafo 4º do art. 14 do referido diploma legal estabelece que as custas e contribuições serão reembolsadas pelo vencido, ainda que seja este uma autarquia.

- Precedentes desta e. Corte.

- Apelação e remessa oficial improvidas.

(TRF - 5ª Região, AC 291.042-PE, Relator Desembargador Federal José Maria Lucena, Primeira Turma, julgado em 26/09/2002, unânime, DJ 04/04/2003)

Por tais fundamentos, dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto apenas para reduzir os honorários advocatícios à parcela de 10% sobre o valor da condenação, mantendo a sentença nos seus demais termos.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 366.215-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Apelante: MINSTAR FRABIC CO LTD
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. LEONARDO ABDON PEREIRA GONÇALVES E OUTROS (APTE.)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMPRESA ESTRANGEIRA. CAPACIDADE PRO-

CESSUAL. EXISTÊNCIA. ART. 515, § 3º, CPC. MERCADORIA IMPORTADA. ABANDONO. PENA DE PERDIMENTO. LEGALIDADE. REEXPORTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

- Considerando que a obrigação contraída no exterior deveria ser cumprida no Brasil, há de ser reconhecida a capacidade processual de empresa estrangeira não domiciliada no País. Inteligência do art. 88, II, do CPC.

- Análise do mérito da demanda por força do art. 515, § 3º, do CPC.

- Merece a chancela judicial o reconhecimento, feito pela autoridade fazendária, de que a empresa importadora é a proprietária dos bens apreendidos.

- O Decreto-Lei nº 1.455/76, em seu art. 23, prevê a pena de perdimento das mercadorias não desembaraçadas na aduana, no prazo de 90 (noventa) dias após a sua descarga.

- Hipótese em que a autora postula a reexportação de mercadoria objeto de pena de perdimento, pleito que esbarra no disposto no art. 75 da Instrução Normativa nº 206/02 da SRF.

- Apelação provida para anular a sentença. Pedido improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação para anular a sentença, substituindo-a pela presente decisão, julgando improcedente o pedido, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 7 de agosto de 2007 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Trata-se de apelação de sentença que, por vislumbrar a inexistência de capacidade processual da demandante, indeferiu petição inicial, julgando extinta, sem resolução do mérito, ação na qual empresa estrangeira buscava a suspensão de leilão extrajudicial de mercadoria apreendida por autoridade fazendária, após a aplicação da pena de perdimento por abandono, e seu posterior reenvio ao exterior.

A apelante aduz sua capacidade de figurar no pólo ativo da demanda, conforme os arts. 7º, 12 e 88, III, todos do Código de Processo Civil. Por fim, requer a reforma total da sentença vergastada, com a baixa dos autos ao Juízo *a quo*, para prolação de nova decisão.

Contra-razões.

VOTO

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (Relator):

Insurge-se a apelante contra *decisum* que, vislumbrando a incapacidade processual da autora, extinguiu processo em que se pleiteava a posse e a propriedade de mercadoria apreendida, após a aplicação da pena de perdimento.

Ab initio, convém analisar a preliminar acolhida pelo Magistrado *a quo*, sob o fundamento de que à autora, empresa estrangeira sem domicílio no País, falece capacidade processual, à luz do art. 12, VIII, CPC.

Acerca do tema, colaciono o escólio do festejado Pontes de Miranda, também referido no apelo:

Se a pessoa estrangeira não tem filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil, mas tem de ser autora, ou se na justiça brasileira, como acontece se é no Brasil que tem de ser cumprida a obrigação (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 12, e Código de Processo Civil de 1973, art. 88, II), ou se a ação se originou de fato ocorrido no

Brasil (art. 88, III), tem-se de considerar as personalidades que a lei estrangeira lhe atribuiu. (...). Pergunta-se: pode a pessoa jurídica estrangeira que não tem filial, agência ou sucursal no Brasil, propor ação no Brasil? Sim, se a ação, pela lei brasileira, tem de ser no foro do Brasil. Não se pode admitir que alguma entidade que se personificou no estrangeiro, de acordo com as regras jurídicas respectivas, não seja tratada no estrangeiro como seria pessoa física estrangeira. Tem-se de reconhecer o princípio de igual tratamento das pessoas, que somente sofrem limitação se imposta pela ordem pública. Não se pode negar a existência de pessoas jurídicas estrangeiras. Trata-se de entidades completamente distintas de seus membros, podem ser mesmo fundações. Os direitos e deveres que tem a pessoa jurídica do Estado A são os que ela também pode ter no Estado B, posto que possa haver limitações relativas aos bens situados no Estado B, ou a aquisição e exploração de produtos do Estado B. No Estado B não lhe é dado ter direitos que o Estado A lhe proibiu, salvo se o próprio Estado A só estabeleceu a proibição para determinado território. Em princípio, a pessoa jurídica goza, no Estado estrangeiro, dos mesmos direitos que gozaria no Estado de origem. (...). Na Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 e setembro de 1942), art. 12, diz-se que é competente a autoridade judiciária brasileira quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de se cumprida a obrigação. O Código de Processo Civil de 1973, no art. 88, II, estatui em geral que é a autoridade judiciária brasileira quando no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação, e, no art. 88, III, quando a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil. (*in* Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, págs. 316/317).

Examinando a questão, verifico que o caso dos autos se amolda ao disposto no art. 88, II, do CPC, uma vez que as mercadorias derivam de obrigação cujo implemento haveria de se dar em território nacional.

Feito tal registro, passo ao exame do mérito da presente demanda, em face da aplicação do § 3º do art. 515 do CPC, com a redação dada pela Lei nº 10.352/01.

A pretensão formulada visa à suspensão de leilão de mercadorias apreendidas no Porto de Suape, em decorrência da aplicação da pena de perdimento, e sua posterior devolução à demandante, no exterior.

A questão primordial a ser enfrentada consiste em saber a quem pertencem os bens constantes dos embarques marítimos. Se à autora ou à empresa Frame Comércio Imp. e Exp. Ltda., importadora da mercadoria, como quer a demandada.

Sobre a questão, entendo assistir razão à Fazenda Nacional.

Com efeito, a propriedade há de ser reconhecida em favor da pessoa jurídica em nome de quem foi expedido o conhecimento de transporte (fls. 33, 43 e 53), contra quem foi lavrado o auto de infração (fls. 140/141 e 195/204) e que figurou no pólo passivo do procedimento administrativo, apresentando defesa (fls. 147/156, 171/172), cuja consumação se deu na aplicação da pena de perdimento dos bens (fl. 133).

Por outro lado, a penalidade aplicada à empresa brasileira, com quem a autora firmou contrato internacional, decorreu da não retirada dos produtos da zona alfandegária no prazo legal, cujo fundamento se acha no art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455/76, que assim estatui, *in verbis*:

Art. 23 - Consideram-se dano ao erário as infrações relativas às mercadorias:

(...)

II - importadas e que forem consideradas abandonadas pelo decurso de prazo de permanência em recintos alfandegados nas seguintes condições:

a) 90 (noventa) dias após a descarga, sem que tenha sido iniciado o seu despacho;

(...)

Parágrafo único - o dano ao Erário decorrente das infrações previstas no *caput* deste artigo será punido com a pena de perdimento.

Ademais, ainda que fosse atribuída à apelante a propriedade dos bens reclamados, o pleito relativo à reexportação esbarraria na Instrução Normativa nº 206/2002 da SRF, cujo art. 75 assim dispõe:

Art. 75. A devolução ao exterior de mercadoria estrangeira importada poderá ser autorizada pelo titular da unidade da SRF com jurisdição sobre o recinto alfandegado em que esta se encontre, desde que o pedido seja apresentado antes do registro da DI e não tenha sido iniciado o processo de que trata o art. 27 do Decreto-Lei nº 1.455, de 1976.

§ 1º O pedido de que trata este artigo deverá ser instruído com os documentos originais relativos à importação.

§ 2º A autorização poderá ser condicionada à verificação total ou parcial da mercadoria a ser devolvida.

§ 3º **Não será autorizada a devolução de mercadoria chegada ao País com falsa declaração de conteúdo ou com qualquer outra irregularidade que a sujeite à aplicação da pena de perdimento.** (Grifei).

Assim, considerando que a legislação pátria reconhece a importadora como proprietária dos bens perseguidos, e que não restou constatada ilegalidade no ato impugnado, merece ser rejeitado o pleito vestibular.

Registre-se que, no tocante à resolução do negócio jurídico celebrado pela demandante com a empresa brasileira Frame Comércio Imp. e Exp. Ltda., objeto de emenda à inicial (fl. 102), tal pleito deve ser buscado em ação própria.

Com essas considerações, dou provimento à apelação, para anular a sentença, substituindo-a pela presente decisão, julgando improcedente o pedido formulado na inicial e revogando expressamente a liminar concedida na decisão de fls. 94/96. Condene a suplicante em custas processuais e honorários advocatícios, estes no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Dê-se ciência dessa decisão, mediante ofício, à Alfândega do Porto de Suape.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 374.181-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelada: DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS RAIMUNDO JULIANO LTDA. - DISBERJ
Advs./Procs.: DRS. DANIELA TORRES RAMOS E OUTROS (APDA.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS DE IPI. DESCONTOS INCONDICIONAIS. EMPRESA DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS. QUALIDADE DE INDÚSTRIA OU EQUIPARADA A ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. INOCORRÊNCIA. ILEGITIMIDADE. RECONHECIMENTO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

- Trata-se de apelação da sentença que julgou procedente o pedido, declarou da não-incidência do IPI sobre descontos incondicionais, condenou da ré a restituir os valores anteriormente cobrados, bem como reconheceu o direito à compensação dos créditos por pagamento indevido, não atingidos pela prescrição decenal, ou seja, a partir de 27.01.1993, com parcelas vencidas e vincendas do IPI, acrescida de correção monetária.

- A empresa ora apelante não se enquadra em nenhuma das hipóteses descritas na Lei 7.798/98, nem tampouco no Decreto 4.544/2002, para fins de equiparação a estabelecimento industrial.

- O fato do valor do IPI encontrar-se destacado na nota fiscal quando da aquisição dos produtos não torna a distribuidora contribuinte de fato, figurando esta apenas como mera adquirente do produto, tendo em vista que, o valor do referido imposto, embora destacado na nota fiscal, não é suportado efetivamente pelas distribuidoras, ata-

cadistas e comerciantes em geral, pois, sua incidência ocorre apenas na cadeia produtiva, da qual as distribuidoras, atacadistas e comerciantes em geral não a compõem. Tal valor constante de nota fiscal é meramente informativo em relação ao imposto recolhido pela indústria a tal título, e para fins de fiscalização quando do trânsito dos produtos da indústria para os adquirentes.

- In casu, se afigurando ilegítima a apelada para pleitear a não incidência do IPI sobre os descontos incondicionais, merece reforma a decisão singular que concluiu por acolher o pedido do autor.

- Apelação e remessa oficial providas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar provimento à apelação para julgar improcedente o pedido, 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, 15 de maio de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

A Fazenda Nacional apela da sentença de fls. 94/101, da lavra do MM. Juiz Federal Substituto Ronivon de Aragão, da 2ª Vara/SE, que julgou procedente o pedido, declarou a não-incidência do IPI sobre descontos incondicionais, condenou a ré a restituir os valores anteriormente cobrados, bem como reconheceu o direito à compensação dos créditos por pagamento indevido, não atingidos pela prescrição decenal, ou seja, a partir de 27.01.1993, com parcelas vencidas e vincendas do IPI, acrescida de correção monetária.

O Juiz singular fundamentou sua decisão, reconhecendo, preliminarmente, a legitimidade ativa da impetrante, e, no mérito, em síntese, decidiu que a base de cálculo do IPI é o valor da mercadoria por ocasião da sua saída do estabelecimento do contribuinte, motivo pelo qual não incide sobre descontos incondicionais, bem como o direito à compensação dos valores indevidos corrigidos monetariamente, e juros de mora, conforme jurisprudência dominante do STJ.

Em suas razões de apelo, a Fazenda Nacional argüi em síntese, que a impetrante é ilegítima para figurar no pólo ativo desta demanda, uma vez que a mesma não participa da relação jurídico-tributária, isto é, não se enquadra como destinatária final dos produtos e, sim, intermediário entre o produtor e o consumidor final; no mérito, requer que seja considerada legítima a tributação do IPI, e conseqüentemente o indeferimento do pedido de restituição/repetição.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA (Relator):

A Fazenda Nacional apela da sentença de fls. 94/101, da lavra do MM. Juiz Federal Substituto Ronivon de Aragão, da 2ª Vara/SE que julgou procedente o pedido, declarou a não-incidência do IPI sobre descontos incondicionais, condenou a ré a restituir os valores anteriormente cobrados, bem como reconheceu o direito à compensação dos créditos por pagamento indevido, não atingidos pela prescrição decenal, ou seja, a partir de 27.01.1993, com parcelas vencidas e vincendas do IPI, acrescida de correção monetária.

O juiz singular fundamentou sua decisão, reconhecendo, preliminarmente, a legitimidade ativa da impetrante, e, no mérito, em síntese, decidiu que a base de cálculo do IPI é o valor da mercadoria por ocasião da sua saída do estabelecimento do contribuinte, motivo pelo qual não incide sobre descontos incondicionais, bem como o direito à compensação dos valores indevidos corrigidos monetariamente, e juros de mora, conforme jurisprudência dominante do STJ.

Em suas razões de apelo a Fazenda Nacional argüi em síntese, que a impetrante é ilegítima para figurar no pólo ativo desta demanda, uma vez que a mesma não participa da relação jurídico-tributária, isto é, não se enquadra como destinatária final dos produtos e, sim, intermediário entre o produtor e o consumidor final, no mérito, requer que seja considerada legítima a tributação do IPI, e conseqüentemente o indeferimento do pedido de restituição/repetição.

Primeiramente importa destacar que o IPI é considerado um tributo indireto, onde existem dois contribuintes: o de direito legal ou *de jure*, constituído da pessoa legalmente obrigada ao pagamento do imposto; e o de fato, representado pela pessoa que, por via de transferência, translação ou repercussão, recebe, suporta em definitivo o encargo financeiro do imposto, sem repassá-lo adiante.

O art. 49 do CTN e seu parágrafo único esclarecem o princípio da não-cumulatividade, prescrevendo o direito do contribuinte do IPI de abater do imposto pago relativamente aos produtos nele entrados, *in verbis*:

Art. 49. O Imposto é não-cumulativo, dispondo a lei de forma que o montante devido resulte da diferença a maior, em determinado período, entre o imposto referente aos produtos saídos do estabelecimento e o pago relativamente aos produtos nele entrados.

Parágrafo único. O saldo verificado, em determinado período, em favor do contribuinte, transfere-se para os períodos seguintes.

Sobre a possibilidade de aproveitamento dos créditos tributados a título de IPI, é de observar-se o disposto no art. 166 do CTN, onde se lê:

Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Importa ainda observar que a sistemática de incidência do IPI difere da sistemática de incidência do ICMS, vez que, enquanto o

IPI incide apenas dentro da cadeia produtiva, e apenas em relação àqueles que exercem a atividade de produção, legalmente descritos (indústria ou equiparados), o ICMS pode incidir em tantas quantas forem as operações de compra e venda realizadas, até a aquisição pelo consumidor final.

A Lei 7.798/89 dispõe, entre outras, quais as condições necessárias para equiparação de estabelecimentos atacadistas a estabelecimento industrial, onde assim se houve:

Art. 7º Equiparam-se a estabelecimento industrial os estabelecimentos atacadistas que adquirirem os produtos relacionados no Anexo III, de estabelecimentos industriais ou dos seguintes estabelecimentos equiparados a industrial:

I - estabelecimentos importadores de produtos de procedência estrangeira;

II - filiais e demais estabelecimentos que exerçam o comércio de produtos importados ou industrializados por outro estabelecimento da mesma firma;

III - estabelecimentos comerciais de produtos cuja industrialização haja sido realizada por outro estabelecimento da mesma firma ou de terceiros, mediante a remessa, por eles efetuadas, de matérias-primas, produtos intermediários, embalagens, recipientes, moldes, matrizes ou modelos; e

IV - estabelecimentos comerciais de produtos do capítulo 22 da TIPI, cuja industrialização tenha sido encomendada a estabelecimento industrial, sob marca ou nome de fantasia de propriedade do encomendante, de terceiro ou do próprio executor da encomenda.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se nas hipóteses em que adquirente e remetente sejam empresas interdependentes, controladoras, controladas ou coligadas (Lei nº 6.404, art. 243, §§ 1º e 2º) ou interligadas (Decreto-Lei nº 1.950, art. 10, § 2º).

§ 2º O regime previsto neste artigo será aplicado a partir de 1º de julho de 1989.

De uma leitura atenta do *caput* do art. 7º da Lei 7.798/89, que estabelece quais os estabelecimentos que devem ser equiparados a estabelecimento industrial, têm na base, como exigência, que tais estabelecimentos sejam atacadistas e que adquiram os

produtos relacionados no anexo III, de estabelecimentos industriais ou daqueles estabelecimentos que, nos termos precisos dos incisos que integram tal art. 7º, devem ser equiparados a industrial.

Por outro lado, em se tratando dos estabelecimentos atacadistas que adquirirem os produtos relacionados no anexo III, são equiparados a estabelecimento industrial, é de verificar-se de modo concreto, se na hipótese a empresa comercial apelante se enquadra em qualquer dos incisos relacionados no art. 7º que estabeleceu regras para tal equiparação, verificando-se de tal exame, pois:

a) Em não sendo a empresa apelante, importadora de produtos de procedência estrangeira, para os fins do art. 7º, não se lhe aplica no inciso I de tal artigo;

b) Igualmente não se lhe aplica a hipótese delineada no inciso II de tal artigo, por não exercer a empresa apelante, comércio de produtos importados ou industrializados por outro estabelecimento da mesma firma;

c) Igualmente, por aplicar-se à hipótese descrita no inciso III a estabelecimentos comerciais de produtos cuja industrialização tenha sido realizada por outro estabelecimento da mesma firma ou de terceiro, mas, mediante a remessa por eles efetuadas, quer de matérias-primas, quer de produtos intermediários, embalagens, recipientes, moldes, matrizes ou modelos. Em tal hipótese, também não se enquadra a empresa;

d) Finalmente, no tocante à regra fixada no inciso IV do referido art. 7º, que equipara a estabelecimento industrial estabelecimentos comerciais de produtos relacionados no Capítulo 22 da TIPI (Tabela de Incidência de Produtos Industrializados), mas cuja industrialização tenha sido encomendada a estabelecimento industrial, sob a marca ou nome de fantasia de propriedade do encomendante, de terceiro ou do próprio executor da encomenda, não se enquadra em tal dispositivo a empresa apelante, pois, os produtos por ela adquiridos não são da marca da própria empresa apelante – no caso, a encomendante –, mas das marcas da empresa fornecedora, como ocorre com as bebidas por ela comercializadas que trazem nos seus rótulos a identificação da marca originária de seus fabricantes.

Por outro lado, da leitura do § 1º do referido art. 7º, tem-se que além das hipóteses enumeradas nos incisos que compõem tal artigo para fins de equiparação de estabelecimentos atacadistas que adquiram produtos relacionados no anexo III a estabelecimento industrial, a extensão de tal comando quando restar provado que o adquirente e remetente sejam empresas interdependentes, controladoras, controladas ou mesmo coligadas, nos precisos termos da Lei 6.404, §§ 1º e 2º ou ainda, interligadas, nos termos do DL 1.950, art. 10, § 2º, situação esta que não restou demonstrada da parte da empresa apelante com qualquer das empresas que lhe fornecem os produtos por ela comercializados, razão por que não há como, dentro da existência legal, ter-se referida empresa equiparada a estabelecimento industrial, nos termos exatos da Lei 7.798/89.

Tal conclusão se aplica, igualmente, se analisarmos a situação da empresa apelante, ao modo que disciplina a matéria o Decreto 4.544/2002 que, no tocante à equiparação de estabelecimentos não industriais a estabelecimento industrial, tem delineada as hipóteses autorizadoras para tal, no art. 9º e seus incisos, segundo as reservas estabelecidas nos parágrafos que também integram tal artigo, no art. 10, observado o disposto nos dois parágrafos que o integram e, ainda, no artigo 11 e seus incisos, que textualmente assim dispõem:

Art. 9º Equiparam-se a estabelecimento industrial:

I - os estabelecimentos importadores de produtos de procedência estrangeira, que derem saída a esses produtos (Lei nº 4.502, de 1964, art. 4º, inciso I);

II - os estabelecimentos, ainda que varejistas, que receberem, para comercialização, diretamente da repartição que os liberou, produtos importados por outro estabelecimento da mesma firma;

III - as filiais e demais estabelecimentos que exercerem o comércio de produtos importados, industrializados ou mandados industrializar por outro estabelecimento do mesmo contribuinte, salvo se aqueles operarem exclusivamente na venda a varejo e não estiverem enquadrados na hipótese do inciso II (Lei nº 4.502, de 1964, art. 4º, inciso II, e § 2º, Decreto-Lei nº 34, de 1966, art. 2º, alteração 1ª, e Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, art. 37, inciso I);

IV - os estabelecimentos comerciais de produtos cuja industrialização haja sido realizada por outro estabelecimento da mesma firma ou de terceiro, mediante a remessa, por eles efetuada, de matérias-primas, produtos intermediários, embalagens, recipientes, moldes, matrizes ou modelos (Lei nº 4.502, de 1964, art. 4º, inciso III, e Decreto-Lei nº 34, de 1966, art. 2º, alteração 33ª);

V - os estabelecimentos comerciais de produtos do Capítulo 22 da TIPI, cuja industrialização tenha sido encomendada a estabelecimento industrial, sob marca ou nome de fantasia de propriedade do encomendante, de terceiro ou do próprio executor da encomenda (Decreto-Lei nº 1.593, de 21 de dezembro de 1977, art. 23);

VI - os estabelecimentos comerciais atacadistas dos produtos classificados nas posições 71.01 a 71.16 da TIPI (Lei nº 4.502, de 1964, observações ao Capítulo 71 da Tabela);

VII - os estabelecimentos atacadistas e cooperativas de produtores que derem saída a bebidas alcoólicas e demais produtos, de produção nacional, classificados nas posições 22.04, 22.05, 22.06 e 22.08 da TIPI e acondicionados em recipientes de capacidade superior ao limite máximo permitido para venda a varejo, com destino aos seguintes estabelecimentos (Lei nº 9.493, de 1997, art. 3º):

a) industriais que utilizarem os produtos mencionados como insumo na fabricação de bebidas;

b) atacadistas e cooperativas de produtores; ou

c) engarrafadores dos mesmos produtos.

VIII - os estabelecimentos comerciais atacadistas que adquirirem de estabelecimentos importadores produtos de procedência estrangeira, classificados nas posições 33.03 a 33.07 da TIPI (Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, art. 39);

IX - os estabelecimentos, atacadistas ou varejistas, que adquirirem produtos de procedência estrangeira, importados por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora, observado o disposto no § 2º (Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, art. 79); e

X - os estabelecimentos atacadistas dos produtos da posição 87.03 da TIPI (Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, art. 12).

§ 1º Na hipótese do inciso IX, a Secretaria da Receita Federal - SRF poderá (Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, art. 80):

I - estabelecer requisitos e condições para a atuação de pessoa jurídica importadora por conta e ordem de terceiro; e

II - exigir prestação de garantia como condição para a entrega de mercadorias, quando o valor das importações for incompatível com o capital social ou o patrimônio líquido do importador ou do adquirente.

§ 2º A operação de comércio exterior realizada nas condições previstas no inciso IX, quando utilizados recursos de terceiro, presume-se por conta e ordem deste (Medida Provisória nº 66, de 29 de agosto de 2002, art. 29).

§ 3º No caso do inciso X, a equiparação aplica-se, inclusive, ao estabelecimento fabricante dos produtos da posição 87.03 da TIPI, em relação aos produtos da mesma posição, produzidos por outro fabricante, ainda que domiciliado no exterior, que revender (Lei nº 9.779, de 1999, art. 12, parágrafo único).

§ 4º Os estabelecimentos industriais quando derem saída a MP, PI e ME, adquiridos de terceiros, com destino a outros estabelecimentos, para industrialização ou revenda, serão considerados estabelecimentos comerciais de bens de produção e obrigatoriamente equiparados a estabelecimento industrial em relação a essas operações (Lei nº 4.502, de 1964, art. 4º, inciso IV, e Decreto-Lei nº 34, de 1966, art. 2º, alteração 1ª).

Art. 10. São equiparados a estabelecimento industrial os estabelecimentos atacadistas que adquirirem os produtos relacionados no Anexo III da Lei nº 7.798, de 10 de julho de 1989, de estabelecimentos industriais ou dos estabelecimentos equiparados a industriais de que tratam os incisos I a V do art. 9º (Lei nº 7.798, de 1989, arts. 7º e 8º).

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se nas hipóteses em que o adquirente e o remetente dos produtos sejam empresas controladoras, controladas ou coligadas (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1.976, art. 243, § 1º e § 2º), interligadas (Decreto-Lei nº 1.950, de 14 de julho de 1982, art. 10, § 2º) ou interdependentes.

§ 2º Na relação de que trata o *caput* deste artigo poderão, mediante decreto, ser excluídos produtos ou grupo de produtos cuja permanência se torne irrelevante para arrecadação do imposto, ou incluídos outros cuja alíquota seja igual ou superior a quinze por cento.

Equiparados a Industrial por Opção

Art. 11. Equiparam-se a estabelecimento industrial, por opção (Lei nº 4.502, de 1964, art. 4º, inciso IV, e Decreto-Lei nº 34, de 1966, art. 2º, alteração 1ª):

I - os estabelecimentos comerciais que derem saída a bens de produção, para estabelecimentos industriais ou revendedores; e

II - as cooperativas, constituídas nos termos da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que se dedicarem a venda em comum de bens de produção, recebidos de seus associados para comercialização.

Em comentando o referido Decreto 4.544/2002, importa observar o seguinte em relação ao art. 9º do diploma:

- I. o inciso I em comento, por ser alusivo a estabelecimentos importadores não se aplica à empresa apelante;
- II. no mesmo sentido, o inciso II trata de importação de produtos por estabelecimento da mesma firma, caso que não é passível de aplicação por inexistir relação que indique que a apelante seja pertencente ao grupo de empresas de seu fornecedor;
- III. os incisos I e II, por sua vez, devido aos motivos da sua não aplicação, excluem a possibilidade da aplicação do inciso III;
- IV. o inciso IV dispõe, tão-somente, sobre matérias-primas, produtos intermediários, embalagens, recipientes, moldes, matrizes ou modelos, ou seja, relativo à fase que antecede ao produto final, que igualmente não se aplica à empresa apelante, pois, os produtos por ela adquiridos já estão prontos para comercialização, não necessitando de quaisquer etapas para complementação do processo industrial, encontrando-se acabado e pronto para consumo;
- V. no inciso V, esta possibilidade aplica-se aos estabelecimentos comerciais que realizem encomendas de produtos de marca própria do encomendante, de terceiro ou do próprio executor da encomenda, que não é o caso em tela, vez que os produtos adquiridos são das marcas de propriedade da fornecedora;

- VI. o inciso VI não se refere àqueles do capítulo 22 (bebidas, líquidos alcoólicos e vinagres);
- VII. o inciso VII cuida de saída de produtos, acondicionados em recipientes de capacidade superior ao limite máximo permitido para venda a varejo, que não se enquadram nesta condição os produtos adquiridos para comercialização pela empresa apelante;
- VIII. o inciso VIII não se refere a produtos do capítulo 22 (bebidas, líquidos alcoólicos e vinagres);
- IX. o inciso IX não se aplica a aquisição de nacionais;
- X. o inciso X dispõe sobre produtos diversos do capítulo 22 (bebidas, líquidos alcoólicos e vinagres);
- XI. ao art. 10 que prevê a equiparação a estabelecimento industrial, aplicam-se os mesmos fundamentos apresentados no artigo 9º da Lei nº 7.798/89, onde não é passível de aplicação. No mesmo sentido, o § 1º deste artigo em comento;
- XII. o art. 11 versa sobre a qualidade de equiparado por opção, que se aplica aos estabelecimentos comerciais que deem saída a bens de produção, ou seja, insumos, e que, na hipótese, não restou demonstrada a opção, e tampouco se os produtos adquiridos são insumos para produção, reitere-se, se são produtos acabados e prontos para consumo.

Do acima exposto, conclui-se que a ora apelante encontra-se igualmente excluída de quaisquer das hipóteses que ensejaria sua qualidade de equiparada a estabelecimento Industrial, descritas no Decreto 4.544/2002.

O fato de o valor do IPI encontrar-se destacado na nota fiscal quando da aquisição dos produtos, não torna a distribuidora contribuinte de fato, figurando esta apenas como mera adquirente do produto, tendo em vista que o valor do referido imposto, embora destacado na nota fiscal, não é suportado efetivamente pelas distribuidoras, atacadistas e comerciantes em geral, pois, sua incidência ocorre apenas na cadeia produtiva, da qual as distribuido-

ras, atacadistas e comerciantes em geral não a compõem. Tal valor constante de nota fiscal é meramente informativo em relação ao imposto recolhido pela indústria a tal título, e para fins de fiscalização quando do trânsito dos produtos da indústria para os adquirentes.

Acrescente-se que a equiparação a estabelecimento industrial é uma mera ficção legal que visa, tão-somente, à arrecadação do IPI nos casos previstos na lei e decreto acima mencionado relativamente à importação de produto industrializado em outros países, e em alguns casos, é para viabilizar a saída de produtos de atacadistas e comerciantes para unidades produtoras.

Por tais razões, resta evidente a ilegitimidade de quem pretende se haver nos créditos do IPI sem ter suportado o ônus de tal imposto, por não ser parte de sua cadeia de incidência que abrange, tão-somente, os estabelecimentos industriais ou legalmente equiparados.

Neste sentido, inclusive, vem caminhando este Tribunal, *in verbis*:

AMS - Nº 86.994/AL. 2003.80.00.005865-3

Órgão Julgador: Segunda Turma

Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti

Data de Julgamento: 17/08/2004.

Data de Autuação: 28/01/2004

Natureza: Cível e Criminal

Fonte: *Diário da Justiça* - Data: 20/10/2004

Decisão: UNÂNIME

Ementa: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. Pauta Fiscal. Distribuidora de bebidas. Ilegitimidade *ad causam*.

1. Sendo o IPI um tributo recolhido pelos produtores industriais, somente esses, por serem os contribuintes de direito, possuem legitimidade ativa para questionar em juízo o sistema de apuração do mesmo.
2. A impetrante é empresa que atua na distribuição e revenda de bebidas, e não na industrialização das mesmas e, por essa razão, não tem legitimidade para figurar no pólo ativo da presente *actio*.
3. Não merece prosperar a alegação da impetrante de que

suporta o encargo do IPI, porquanto este é tributo indireto, repassado para o consumidor final, sendo este quem efetivamente sofre o ônus da referida exação.

4. Precedentes deste eg. Tribunal Regional Federal e desta Segunda Turma, inclusive (AMS 84.633/PB - Fonte DJ - Data: 06/11/2003 - Página: 350, Relator(a): Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima - Decisão: unânime).

5. Apelação não provida.

AMS Nº 92.200/PE

Órgão Julgador: Primeira Turma

Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena

Data de Julgamento: 15/12/2005

Natureza: Cível e Criminal

Publicação: 15/02/2006

Decisão: UNÂNIME

Ementa: TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. IPI. DESCONTOS INCONDICIONAIS. DISTRIBUIDOR DE BEBIDAS. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ART. 267, VI, DO CPC.

- Mandado de segurança impetrado com o fito de afastar a incidência do IPI sobre descontos incondicionados, por ocasião da aquisição de produtos do fabricante.

- À luz do artigo 51, inciso II, do CTN, apenas o industrial, ou a pessoa a ele equiparada nos termos da lei, é quem detém legitimidade para propor ações referentes ao IPI.

- *In casu*, a impetrante é empresa que atua na distribuição e revenda de bebidas, e não na industrialização destas, razão pela qual não tem legitimidade para figurar no pólo ativo da presente demanda.

- Precedentes desta Corte.

- Apelação não provida.

In casu, afigurando-se ilegítima a apelada para pleitear a não incidência do IPI sobre os descontos incondicionais, merece reforma a decisão singular que concluiu por acolher o pedido do autor.

Por tais razões, dou provimento à apelação e à remessa oficial, para julgar improcedente o pedido.

É o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 376.379-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA
Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E UNIÃO
Apelado: ESTADO DE SERGIPE
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ PAULO LEÃO VELOSO SILVA E OUTROS (APDO.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMÓVEIS DA EXTINTA LBA. DOAÇÃO A ESTADO-MEMBRO. LEGALIDADE.

- Litígio no qual se contrapõem interesses da União e de Estado-membro, mas sem risco para o equilíbrio federativo. Preliminar de incompetência da Justiça Federal rejeitada. Vencido o Relator.

- A destinação dos bens que compunham o acervo da extinta Fundação Legião Brasileira de Assistência obedeceu a regras específicas que, nitidamente, procuraram preservar a afetação daquele patrimônio aos serviços de assistência social, já então estruturados sob a forma de sistema descentralizado, tendo os Estados, o Distrito Federal e os Municípios como unidades executoras (Lei nº 8.742/93, arts. 6º, 13, 14 e 15).

- Doação de imóveis da extinta LBA ao Estado de Sergipe, visando ao desenvolvimento de “ações de assistência social em favor da população carente”. Observância das normas legais e regulamentares aplicáveis, nada havendo que justifique sua anulação.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, rejeitar a preliminar de incompetência da Justiça Federal e, por unanimidade, negar provimento às apelações da União e do Ministério Público Federal e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 2 de agosto de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA:
TA:

O Ministério Público Federal interpõe apelação da sentença do MM. Juiz Federal Substituto da 1ª Vara da Seção Judiciária de Sergipe, que julgou improcedente pedido formulado em ação civil pública, considerando válida a doação, pela LBA, de cinco imóveis ao Estado de Sergipe, em detrimento de interesse da União.

Sustenta a nulidade da doação e o descumprimento de encargo pelo donatário – fls. 499-518.

Com idênticos argumentos, também apelou a União – fls. 557-567.

O Estado de Sergipe ofereceu contra-razões, ressaltando a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, a intempestividade do recurso da União, a legalidade da doação e a nulidade do processo administrativo instaurado para invalidá-la – fls. 523-536 e 572-574.

Sentença sujeita a reexame necessário.

É o relatório.

Dispensada a revisão, determino a inclusão do processo em pauta.

VOTO-PRELIMINAR

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA (Relator):

Devolve-se, para reexame, sentença que se propôs a pôr fim a litígio envolvendo interesses patrimoniais contrapostos da União e do Estado de Sergipe.

À luz do princípio federativo, não é razoável que a composição de conflitos desta ordem seja confiada aos órgãos jurisdicionais de quaisquer das partes diretamente envolvidas.

Daí a competência do Supremo Tribunal Federal, na condição de Tribunal da Federação, para conhecer originariamente da lide e julgá-la (CF/88, art. 102, I, f).

Recorda-se, a propósito, o seguinte precedente, extraído da Jurisprudência do STF:

Litígio entre Autarquia Federal e Estado-membro sobre propriedade de terras devolutas. Questão de ordem.

- Litígio dessa natureza envolve questão que diz respeito diretamente ao equilíbrio federativo, sendo, portanto, causa que inequivocamente é da competência originária desta Corte na posição de Tribunal da Federação que lhe outorga o artigo 102, I, f, da Constituição Federal.

- Questão de ordem que se resolve pelo reconhecimento da competência desta Corte para o processo e julgamento originários da presente ação.

(ACO-QO 477-2/TO, Min. Moreira Alves, DJ 24/11/95, p. 40.377).

Ante o exposto, reconheço, de ofício, a incompetência da Justiça Federal para conhecer da ação, e, por conseguinte, declaro a nulidade da sentença e julgo prejudicadas a remessa oficial e as apelações da União e do Ministério Público Federal, determinando a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal.

É como voto em preliminar.

VOTO-MÉRITO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA (Relator):

Superada a preliminar de incompetência da Justiça Federal, prossigo no exame dos demais aspectos da lide.

A presente ação civil pública visa, fundamentalmente, ao reconhecimento da nulidade de termo de doação de imóveis da extinta LBA ao Estado de Sergipe.

A legitimação ativa do Ministério Público Federal decorre do art. 25, IV, b, da Lei 8.625/93, que, expressamente, lhe confere poderes para promover ação civil pública “para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público”.

Por sua vez, a dúvida quanto à tempestividade do apelo da

União funda-se na suposição de que esta haveria tido acesso à sentença, não em 09/09/05, como certificado nos autos, mas em 08/06/05, quando lhe fora dada vista de processo apenso.

Ocorre que, nesta data, apesar da determinação para que permanecessem reunidos aos autos da ação ordinária conexa, os presentes autos, de fato, não se encontravam na secretaria da Vara, mas na Procuradoria da República, a eles só tendo acesso a União em 09/09/05 – fls. 497, 499 e 555v.

É, portanto, tempestiva a apelação interposta em 28/09/05.

No mais, a alienação de bens imóveis da União, em regra, está condicionada a uma série de formalidades, inclusive ao parecer do órgão responsável pelo patrimônio da União, sobre sua conveniência e oportunidade (art. 195 do Decreto-Lei 200/67, hoje substituído pelo art. 23 da Lei nº 9.636/95).

Todavia, quanto à destinação dos bens que compunham o acervo da extinta Fundação Legião Brasileira de Assistência, foram estabelecidas regras específicas que, nitidamente, procuraram preservar, o máximo possível, a afetação daquele patrimônio aos serviços de assistência social, já então estruturados sob a forma de sistema descentralizado, tendo os Estados, o Distrito Federal e os Municípios como unidades executoras (Lei nº 8.742/93, arts. 6º, 13, 14 e 15).

É sob este prisma que se deve compreender tanto a extinção da LBA, quanto a distribuição do seu acervo patrimonial entre o Ministério da Previdência e Assistência Social, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, nos termos do art. 30 da Medida Provisória nº 813/95, origem primeira do art. 27 Lei nº 9.649/98, e dos Decretos 1.398/95 e 1.686/95, que o regulamentou.

A nova destinação há de prevalecer sobre a originalmente preconizada no art. 10 do Decreto-Lei 593/69, instituidor da Fundação LBA.

Neste contexto, a exigência de parecer prévio do SPU não encontra qualquer sentido, tampouco cabendo falar em licitação, por sua manifesta inviabilidade.

À União, por intermédio do Ministério da Previdência e Assistência Social, caberia a preferência na aquisição do acervo patri-

monial da extinta LBA. Exercido este direito, os bens remanescentes poderiam ser doados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “para desenvolvimento de serviços de assistência social a eles descentralizados” (Decreto nº 1.686/95, art. 1º).

A doação feita ao Estado de Sergipe teve a anuência dos Ministros da Administração Federal e da Reforma do Estado e da Previdência e Assistência Social, tal como exigido no art. 2º do Decreto nº 1.686/95.

O ato não dependia da assinatura de um Procurador da Fazenda Nacional, nem de registro no livro próprio do SPU, pois, formalmente, os imóveis doados não integravam o patrimônio da União, porquanto apenas inventariados. A atribuição de firmá-lo era do inventariante, representante legal do patrimônio em liquidação, nada impedindo que viesse a ser delegada, nos termos do art. 4º c/c art. 2º, ambos do Decreto nº 1.398/95.

Com base nestes artigos foi editada a Portaria LBA/DN 381/95, delegando aos ordenadores de despesas locais da LBA a prática de atos de gestão patrimonial, nestes compreendidas, no meu entender, as alienações que se fizessem necessárias para bom termo do processo de inventário.

Válido, portanto, o termo de doação subscrito pela ordenadora de despesa da unidade da LBA em Sergipe.

A natureza pública do instrumento de doação também é evidente, pela própria personalidade jurídica dos signatários, sendo inteiramente dispensável a intervenção de um tabelião.

Tudo, enfim, correu de acordo com as normas legais e regulamentares aplicáveis, nada havendo que justifique a anulação da doação.

Mesmo o alegado descumprimento de encargo relativo a um dos imóveis não determinaria a invalidação do ato dispositivo, mas a aplicação da sanção nele próprio prevista. Não houve, contudo, pedido alternativo neste sentido.

Ante o exposto, nego provimento às apelações da União e do Ministério Público Federal e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 402.573-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA
Apelante: BANCO DO ESTADO DE PERNAMBUCO S/A -
BANDEPE
Apelados: FREDERICO MAGNO DUARTE ALVES DE SOUZA
E CÔNJUGE
Advs./Procs.: DRS. MARCO ANTÔNIO DE ALBUQUERQUE MEI-
RA E OUTRO (APTE.) E NYLO CÂMARA CAVAL-
CANTI DE ALBUQUERQUE (APDOS.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. CONCILIAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO. TRANSMISSÃO DE PROPRIEDADE DE BEM IMÓVEL PARA PAGAMENTO DE CRÉDITO TRABALHISTA. PREFERÊNCIA DO CRÉDITO TRABALHISTA SOBRE O CRÉDITO HIPOTECÁRIO. PENHORA.

- Embargos de terceiro que visam à manutenção da posse e propriedade de bem imóvel adquirido por acordo na Justiça do Trabalho.

- Legitimidade ativa dos embargantes para opor embargos de terceiro fundados em alegação de posse com base em escritura pública ou particular, ou mesmo simples promessa de compra e venda, independentemente de transcrição no registro imobiliário, conforme a Súmula 84/STJ.

- O crédito trabalhista tem preferência sobre os créditos fiscais e crédito hipotecário do BANDEPE, exeqüente. Cancelamento da penhora. Jurisprudência do eg. STJ.

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, 26 de julho de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA:

Trata-se de apelação interposta pelo BANDEPE - Banco do Estado de Pernambuco S/A contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 2ª Vara/PE, que julgou procedentes embargos de terceiro, ajuizados por Frederico Magno Duarte Alves de Souza e cônjuge, para cancelar a penhora do imóvel, objeto da Execução Diversa nº 90.000.5629-2).

Alega, em suma, que: a) o imóvel integra a propriedade denominada Engenho Bom Destino, objeto de garantia hipotecária no contrato de mútuo firmado entre o BANDEPE e a Usina Treze de Maio, em 28/12/1981; b) a administradora da Usina executada nunca requereu a declaração de insolvência da empresa, restando demonstrado que possuía bens suficientes para saldar débito trabalhista; c) o BANDEPE jamais tomou ciência da existência de reclamação trabalhista ajuizada pelos embargantes; d) não tendo havido a decretação da falência da Usina Treze de Maio, não há lugar para se falar em concurso de credores e, conseqüentemente, preferência de crédito trabalhista sobre o crédito hipotecário; e) a execução é realizada no interesse do credor, adquirindo a penhora o direito de preferência sobre os bens penhorados. Por fim, pugna pela redução dos honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor da causa.

Não houve contra-razões.

É o relatório.

Dispensada a revisão, determino a inclusão do processo em pauta.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RIDALVO COSTA (Relator):

Segundo a inicial dos embargos de terceiro, os recorridos adquiriram o imóvel, por força de contrato de compromisso de com-

pra e venda, celebrado em julho de 1999, com Rinaldo José da Silva e sua esposa (fl. 19).

O referido imóvel foi transmitido para Rinaldo José da Silva e sua esposa por acordo na Justiça do Trabalho, Palmares (PE), nos autos do processo nº CPE-JCJ-PALMARES 94/97, ajuizado perante a Usina Treze de Maio S/A (fl. 20). A Escritura Pública de Dação em Pagamento foi lavrada em maio de 1999, na qual a Usina Treze de Maio S/A deu o imóvel em questão como pagamento da dívida (fls. 21/24).

Primeiro, reconheço a legitimidade ativa dos embargantes, ora recorridos, para opor embargos de terceiro fundados em alegação de posse com base em escritura pública ou particular, ou mesmo simples promessa de compra e venda, independentemente de transcrição no registro imobiliário, conforme a Súmula 84/STJ:

É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.

O BANDEPE alega que o imóvel faz parte da propriedade denominada Engenho Bom Destino, tendo sido dado como garantia hipotecária desde 28/12/1981, o que nulifica a expropriação judicial, considerando que o imóvel encontrava gravado com ônus real de hipoteca em favor do recorrente.

A sentença destacou com precisão:

O imóvel em questão foi penhorado no ano de 1991, nos autos da apensa Execução Diversa, Processo nº 90.5629-2, proposta pelo Banco do Estado de Pernambuco - BANDEPE contra Usina Treze de Maio S/A, União Federal e outros.

Nos autos da mencionada ação de execução, detecta-se um certo desinteresse daquele exequente na percepção do seu crédito e finalização da demanda, situação essa que até gerou despacho, em 23.08.2005, nos autos da mencionada Execução, determinando o respectivo arquivamento (fl. 1.086), mas que foi reconsiderado, porque o Banco passou a ter um novo repentino interesse pelo feito e entrou nos autos pedindo a retomada do seu andamento.

Ali, o próprio Banco exeqüente indicou como Administradora dos bens da Usina devedora a proprietária dessa Usina, e não acompanhou o andamento do feito como deveria.

Óbvio que, nessa situação, os feitos trabalhistas contra a Usina devedora tramitaram e findaram e, como os créditos trabalhistas preferiam a quais outros, sem limite, inclusive os hipotecados e/ou penhorados, os Juizes da Justiça do Trabalho passaram a aceitar como pagamento, em conciliações trabalhistas, imóveis indicados pela própria Administradora da Usina, e a homologar os respectivos acordos feitos nos autos.

O BANDEPE, ora embargado, alega que não teria sido observado o art. 698 do Código de Processo Civil, segundo o qual o credor hipotecário tem que ser intimado da praça relativa ao imóvel. Ocorre que, como já demonstrado, não houve praça ou leilão na Justiça do Trabalho, pois, conforme atesta o documento de fl. 20, houve conciliação entre o reclamante, ex-empregado, e a Usina, esta sob a direção da Administradora indicada pelo BANDEPE nos autos da noticiada Execução.

Então, se o Banco, ora embargado, deseja responsabilizar alguém, que responsabilize a sua Administradora Judicial, não ex-empregado, como a ora embargante, que adquiriu o imóvel na forma da legislação trabalhista e, portanto, portadora de justo título.

Inequivocamente, restou demonstrado que a posse e a propriedade do imóvel foram transmitidas em decorrência do crédito trabalhista, que tem preferência sobre o crédito hipotecário constituído em favor do BANDEPE e, inclusive, sobre os créditos fiscais (art. 186 do CTN), não sendo possível nem mesmo a desconstituição desse ato judicial no âmbito da Justiça Comum, por faltar competência à Justiça Federal.

Nesse sentido, não discrepa a jurisprudência:

EMENTA: EXECUÇÃO SINGULAR. CONCURSO. PREFERÊNCIA. TÍTULO. PENHORA ANTERIOR. CPC. ART. 711. A preferência do credor que intervém na execução contra devedor comum, não pressupõe declaração de insolvência.

O Art. 711 do CPC não exige que o credor preferencial efetue penhora sobre o bem objeto da execução.

O crédito trabalhista prefere o hipotecário. (Grifo nosso)
(STJ; REsp - Recurso Especial - 293.788. Processo: 200001353691; UF: SP; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data da decisão: 22/02/2005; Documento: STJ 000595775; Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros; DJ Data: 14/03/2005; Página: 318; RSTJ; Vol.: 00197; Página: 279)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. EMBARGOS DO DEVEDOR. PENHORAS SUCESSIVAS. ARREMATACÃO CONCLUÍDA EM EXECUÇÃO TRABALHISTA. VENDA A TERCEIROS PELO ARREMATANTE. PRETENSÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DO ATO NO JUÍZO CÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. FRAUDE NÃO CONFIGURADA. AQUISIÇÃO. BOA-FÉ. SÚMULA N° 7 - STJ. INCIDÊNCIA. I. Não se desconstitui arrematação resultante de execução trabalhista, inclusive pela impossibilidade de isso ser feito pela Justiça comum em processo diverso, cabendo ao credor, em favor do qual preexistia penhora em cobrança no cível, apresentar-se para fazer valer sua ordem de prelação.

II. Fraude à execução não configurada, porquanto decorrente a posse e titularidade dos terceiros embargantes de aquisição feita ao arrematante, presumida, nesse caso, a higidez da titulação do vendedor, arrematante, que provém de ato judicial.

III. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula n° 7-STJ).

IV. Recurso especial não conhecido. (Grifo nosso)
(STJ - Superior Tribunal de Justiça; REsp - Recurso Especial - 194.306; Processo: 199800825266; UF: MG; Órgão Julgador: Quarta Turma; Data da decisão: 03/06/2003; Documento: STJ000525559; Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior; DJ Data: 19/12/2003; Página: 467 RDR Vol.: 00033; Página: 396)

EMENTA: PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. INTERESSE RECURSAL. EXISTÊNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE REFORMA. ART. 524, II, DO CPC. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. RESERVA DE CRÉDITO. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA. CRÉDITO RURAL. SUPERIORIDADE DO CRÉDITO TRABALHISTA.

- “Não pode ser conhecido recurso que, sob o rótulo de embargos declaratórios, pretende substituir a decisão recorrida por outra. Os embargos declaratórios são apelos de integração - não de substituição.” (EDREsp 9.770/Humberto).

- O interesse recursal está presente quando há possibilidade de proveito para o recorrente na reforma da decisão recorrida.

- O pedido de provimento do recurso equivale ao de reforma da decisão (CPC, art. 524, II).

- Na suspensão da execução (CPC; § 1º do art. 739), em que pese não ser o momento processual mais adequado, é possível a reserva de numerário destinado a futura satisfação de créditos trabalhistas em concurso de preferências (CPC; art. 711).

- O crédito trabalhista tem preferência sobre o crédito hipotecário, pois é, inclusive, mais forte que o crédito fiscal. O art. 186 do CTN coloca o crédito trabalhista em situação ainda mais privilegiada que os créditos fiscais, que, por sua vez, são superiores ao crédito hipotecário.

- É possível a cobrança de crédito trabalhista sobre bem dado em hipoteca para garantia de crédito rural.

- A vedação legal do art. 69 do DL 167/67 não é absoluta. (grifo nosso)

(STJ - Superior Tribunal de Justiça. Classe: REsp - Recurso Especial - 236.553. Processo: 199900987357 UF: SP Órgão Julgador: Terceira Turma. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. DJ Data: 30/05/2005. Página: 357. Origem: Data da decisão: 22/02/2005)

Reconheço o direito de posse dos recorridos. A transmissão da propriedade do imóvel por acordo na Justiça do Trabalho, objeto de execução (Processo nº 90.0005629-2), livra-o dos efeitos da penhora.

Os honorários fixados pela sentença, no percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa (R\$ 1.000,00), representam uma condenação simbólica, pelo que não podem ser reduzidos.

Isso posto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 405.014-CE

Relator: JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI
Apelante: JOSÉ ALVES BENÍCIO
Apelado: BNB - BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S/A
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ BENÍCIO FILHO E OUTROS (APTE.)
E PEDRO ERNESTO FILHO E OUTROS (APDO.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. CANCELAMENTO DA DISTRIBUIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREPARO. MATÉRIA NÃO ALEGADA PELO RÉU NA CONTESTAÇÃO. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCA. DESCABIMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 22 DO CPC. RECURSO PROVIDO.

- *“O réu que, por não argüir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do ator, dilatar o julgamento da lide, será condenado nas custas a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito a haver do vencido honorários advocatícios” (CPC: art. 22).*

- *“O réu está sujeito às penas deste artigo não só quando deixar de alegar circunstâncias de direito material (fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor), mas também quando não aponta, na contestação, carência da ação (CPC 267, VI) ou outro vício processual dilatório de ordem pública, cujo ônus lhe é cometido também pelo CPC, 301”. (NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 9ª ed. rev. , ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 202).*

- *Malgrado o processo tenha sido extinto sem resolução de mérito, em face do cancelamento da distribuição, por ausência de preparo (custas iniciais), tal circunstância não fora tempestivamente deduzida pelo réu na resposta, dando*

ensanchas, destarte, ao indevido retardamento da prestação jurisdicional.

- Descabida, pois, a condenação fixada na sentença.

- Recurso provido, para afastar a condenação em honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos, DECIDE a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 6 de setembro de 2007 (data do julgamento).

JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - Relator

RELATÓRIO

O JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI:

Trata-se de recurso de apelação interposto por JOSÉ ALVES BENÍCIO contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Iguatu, nos autos da ação cautelar de caução c/c substituição de garantia nº 2000.0153.8249-5/0.

Eis o dispositivo redigido para a sentença fustigada:

Posto isto, declaro a extinção do processo, sem apreciação do mérito, com base nos arts 257 e 267, XI, do CPC. (Fl. 228)

Opostos embargos de declaração, restaram estes providos, nos termos do dispositivo adiante transcrito:

Postas estas considerações, conheço dos embargos de declaração, e concedo-lhe provimento, de forma a suprir a omissão na sentença de extinção do processo.

Em consequência, condeno o requerente José Alves Benício a pagar honorários de advogado, que arbitro em R\$ 2.500,00 [dois mil e quinhentos reais], em apreciação equitativa, segundo o art. 20, § 4º, do CPC.

Esta decisão passa a integrar a sentença proferida na fl. 228, devendo ser levada a registro, com remissão recíprocas. (Fl. 249).

Nas razões do apelo, sustentou o recorrente que, *in casu*, se trata de ação cautelar preparatória que foi extinta por não ter sido recolhido o preparo, inexistindo, portanto, vencedor e vencido e, *a fortiori*, qualquer direito à condenação em honorários advocatícios.

Ao final, pugnou pelo provimento do recurso de apelação, para reformar a sentença fustigada.

Recurso de apelação recebido no efeito meramente devolutivo (fls. 259 e 271v).

Com as contra-razões, subiram os autos a este egrégio Tribunal, vindo-me conclusos por sucessão.

É o relatório.

Dispensada a revisão, peço dia para julgamento.

VOTO

O JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI (Relator):

Consoante ensaiado no relatório, trata-se de recurso de apelação tirado de sentença que, extinguindo o feito sem resolução de mérito, condenou o autor em honorários advocatícios.

Ab initio, ressalto o atendimento dos pressupostos intrínsecos (cabimento, interesse, legitimidade e ausência de fato extintivo e impeditivo do direito de recorrer) e extrínsecos (tempestividade e regularidade formal), pelo que merece trânsito o apelo.

Passo, pois, ao exame de mérito.

O cerne da lide radica em desvelar se a extinção do processo cautelar sem resolução de mérito enseja ou não a condenação do autor em honorários advocatícios.

Em linha de princípio, reputo descabida a controvérsia, mercê do caráter taxativo do art. 20 do CPC.

Com efeito, o indigitado preceptivo legal, ao preconizar que a sentença condenará o vencidos, em custas e honorários de sucumbência, não faz ressalva de qualquer ordem, de modo a não distinguir a natureza do feito ou mesmo a espécie de sentença prolatada.

A propósito, estabelece o art. 20 do CPC:

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

Interpretando o precitado dispositivo, acentuam os professores Nery e Nery:

4. Ação judicial. Somente em ação judicial são devidos honorários de advogado. Estão aqui compreendidas a ação principal (de conhecimento, de execução, cautelar, mandamental) e as ações secundárias, como por exemplo a denúncia da lide, o chamamento ao processo, a oposição, os embargos do devedor, os embargos de terceiro, a reconvenção, a ação declaratória incidental, impugnação à execução (475-L) etc¹.

Sem embargo de considerar devida a condenação do vencido em honorários advocatícios nos feitos cautelares, tenho que não se trata de regra absoluta, a admitir, portanto, exceções.

Entre as hipóteses excepcionais, quadra registrar, pelo que ora importa, a preconizada pelo art. 22 do CPC, cuja redação segue transcrita:

Art. 22. O réu que, por não argüir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do ator, dilatar o julgamento da lide, será condenado nas custas a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito a haver do vencido honorários advocatícios.

Do exame do precitado dispositivo, infere-se que o réu que, por incúria, motivar o retardamento do processo e da rápida solução do litígio perderá o direito de haver da parte vencida honorários advocatícios.

¹ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 9ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 191/192.

Isso significa que incumbe ao réu, sob pena de não se fazer credor dos honorários advocatícios (ainda que vencedor na causa), deduzir todas as alegações de direito material e/ou processual aptas a ensejar o abreviamento da demanda, permitindo-lhe uma resolução mais expedita.

Vale dizer, é ônus do réu admoestar o Juiz da impropriedade da demanda.

No sentido último do texto, lecionam Nery e Nery:

4. Direito material e processual. O réu está sujeito às penas deste artigo não só quando deixar de alegar circunstâncias de direito material (fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor), mas também quando não aponta, na contestação, carência da ação (CPC, 267, VI) ou outro vício processual dilatatório de ordem pública, cujo ônus lhe é cometido também pelo CPC, 301. [...]

5. Perda dos honorários. A norma estabelece ao juiz o dever de apenar o réu vencedor da demanda quando der causa ao retardamento da entrega da prestação jurisdicional, deixando de argüir *questões de ordem pública* na primeira oportunidade que tinha para fazê-lo².

Oportune tempore, vale registrar que as matérias de cognição oficial encontram-se alistadas no art. 301 do CPC, com exceção da hipótese prevista no inciso IX (cf. CPC: art. 301, § 4º).

No particular, merece análise detida a regra inserta no art. 301, inciso XI, do CPC, expressada nos seguintes termos:

Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:

[...]

XI - falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar.

A propósito do tema, acentua o professor Antônio Cláudio da Costa Machado:

² *Idem, ibidem*, p. 202.

A falta de caução prevista pelo dispositivo como matéria de defesa processual, e, por certo, a *cautio judicatum solvi* exigida pelo art. 835 a cujos comentários remetemos o leitor. Já quanto a outras prestações que a lei exige como preliminar, temos as figuras do depósito de 5% sobre o valor da causa em ação rescisória (art. 488, II), o depósito do valor correspondente às despesas e aos honorários no caso de extinção anterior (art. 268) ou o **depósito das custas iniciais que a lei estadual (regimento de custas) eventualmente exija**³. (Original sem grifos).

Desta feita, tem-se que a ausência do preparo (custas iniciais) constitui matéria de ordem pública, de modo que incumbe ao réu alegá-la na resposta, sob pena de ver-se privado do direito à percepção de honorários advocatícios, mesmo que vencedor na causa.

Cotejando a disciplina suso expendida com a hipótese telada, deduz-se o descabimento da condenação imposta, porquanto subsumida à disciplina do art. 22 do CPC.

Isto porque, malgrado o processo tenha sido extinto sem resolução de mérito, em face do cancelamento da distribuição, motivado pelo inadimplemento das custas processuais, tal circunstância não fora deduzida pelo réu na resposta, dando ensejo, destarte, ao indevido retardamento da entrega da prestação jurisdicional.

Depreende-se, pois, o caráter defeso da condenação fixada na sentença.

Ex positis, **dou provimento** ao recurso de apelação, para afastar a condenação em honorários advocatícios.

É como voto.

³ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Código de Processo Civil Interpretado. Artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 6ª ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2007, p. 321.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 406.528-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
Apelado: MAURÍCIO DE ANDRADE SILVA
Repte.: PROCURADORIA DO INCRA
Advs./Procs.: DRS. KLYNGER PEREIRA DANTAS E OUTRO (APDO.)

EMENTA: CIVIL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. REMESSA OFICIAL. AÇÃO ORDINÁRIA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. POSSE DE PEQUENA ÁREA RURAL PRODUTIVA. RECONHECIMENTO INCIDENTER TANTUM DA PROPRIEDADE. EXCLUSÃO DA ÁREA DE AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO EM CURSO. POSSIBILIDADE. CONFLITO APARENTE DE DISPOSTIVOS CONSTITUCIONAIS. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDA.

- A Justiça Federal é absolutamente incompetente para julgar a ação de usucapião de imóvel, cujo registro conste como proprietário um particular.

- Não obstante, pode o Juiz Federal reconhecer incidenter tantum a propriedade do imóvel, ou seja, como razão de decidir, por entender estarem presentes os requisitos da usucapião ordinária, e emprestar à causa o efeito jurídico que decorreria do título de domínio.

- Área efetivamente desmembrada em lotes e explorada economicamente por vários posseiros há décadas, assim identificada por inspeção judicial, merece a análise detida das posses existentes, não podendo simplesmente ser considerada como um todo indiviso, a fim de ser classificada como grande propriedade rural improdutiva para fins de desapropriação para reforma agrária.

- Embora o apelado não tenha o título dominial, sua posse é qualificada pelo justo título – adquirido onerosamente, pela boa-fé, pelo lapso temporal de mais de dez anos, além de exercida em pequena área produtiva pelo seu trabalho, sendo reconhecida a sua propriedade como fundamento da decisão, para assegurar o seu direito em vê-la excluída de ação expropriatória, por estar protegida pelo artigo 185 da Constituição Federal de 1988.

- Em se tratando de aparente conflito entre normas constitucionais, quais sejam, aquela que possibilita ao Estado despojar o particular de sua propriedade por interesse social, e as relativas aos direitos fundamentais, consubstanciados no direito à moradia, à vida digna e ao primado do trabalho, é de ser aplicado o princípio da ponderação de interesses para concluir que deve prevalecer o direito do indivíduo.

- Apelação do INCRA e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 3 de julho de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, em face

da sentença prolatada pelo Juiz da 7ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, que, em sede de ação ordinária movida por Maurício de Andrade Silva contra a autarquia, julgou procedente a pretensão do autor, determinando a exclusão de suas áreas do processo de desapropriação que está em curso.

Irresignado, o INCRA interpõe apelação aduzindo, em síntese, que: a) a área foi excluída da ação de desapropriação em razão do reconhecimento indevido da usucapião, haja vista que o próprio Juiz reconhece sua incompetência; b) o particular não apresentou processo de desmembramento, nem título de propriedade; c) foi contrariada a declaração presidencial que considerou todo o imóvel rural e só poderia ser discutida perante a Corte Constitucional; d) quando da vistoria do INCRA, não foi verificada qualquer divisão ou desmembramento na área total do imóvel; e) os acordos celebrados perante a Justiça do Trabalho não são aptos a transferir a propriedade, bem como não impedem a desapropriação; e f) somente a transcrição do título aquisitivo no competente registro imobiliário opera a transferência da propriedade.

A Procuradoria Regional da República, que oficia perante a 5ª Região, ofertou parecer no sentido de dar provimento ao recurso do INCRA e à remessa oficial, alegando que o expropriado não fez prova de sua propriedade, pelo que não teria força para retirar o bem do ato expropriatório, cabendo a este, enquanto possuidor, apresentar apenas o levantamento das benfeitorias necessárias e úteis para fins de indenização.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Originariamente, cuidam os autos de ação ordinária proposta com fundamento no art. 185 da Constituição Federal/88, bem como no art. 1.238, parágrafo único, e art. 1.243 do Código Civil, por Maurício de Andrade Silva contra o INCRA, em razão de Decreto Presidencial que declarou de interesse social para fins de reforma agrária o imóvel rural denominado “Engenho Planalto”, localizado no Município de Paudalho/PE, cuja dimensão constante no ato, 1.132

ha., engloba a pequena área de 9,5 ha., de que diz ser legítimo senhor e possuidor.

Assim, pleiteou o reconhecimento da propriedade, com fundamento no instituto da usucapião e, conseqüentemente, a exclusão de sua pequena área do decreto expropriatório.

Quanto ao pedido de reconhecimento do domínio, a sentença recorrida julgou o processo extinto sem resolução de mérito por considerar que, por um lado, a Justiça Federal é órgão incompetente para o caso, haja vista que a Justiça Estadual teria a competência funcional; por outro, a via eleita é inadequada, porquanto cabível ação de usucapião contra o proprietário, e não contra o INCRA, além de ter considerado o pedido juridicamente impossível.

Todavia, deu pela procedência do pedido de exclusão da área do decreto expropriatório, ao reconhecimento de que o apelado realmente adquiriu a título oneroso a posse de áreas do Engenho Planalto junto aos antigos legítimos possuidores; e que o referido lote encontra-se devidamente delimitado, sendo explorado pelo apelado, sendo a área de pequena dimensão e produtiva, o que “inviabiliza sua inclusão no planejamento e na implementação da reforma agrária” – fl. 4 da sentença.

Nesse contexto, o INCRA pretende evitar a exclusão da área do decreto expropriatório, basicamente, se apegando a aspectos formais como a inexistência de registro da propriedade no Cartório de Registro de Imóveis; a inviabilidade da transferência da posse mediante termos de conciliação e escrituras particulares; que não foi apresentado processo de desmembramento; e, por fim, que tais fatos não impedem a desapropriação da área.

Chamo atenção para o fato de que o litígio destes autos envolve questão de maior amplitude, qual seja, a controvertida desapropriação do imóvel rural denominado “Engenho Planalto”, em trâmite perante o mesmo Juízo prolator da sentença ora impugnada, e que, embora conste no registro como proprietária a Sociedade Brasileira Refinadora de Açúcar Ltda., em verdade, toda a área de 1.132 ha. **encontra-se dividida e explorada economicamente por possuidores há décadas.**

A complexidade desse caso, levou o douto Magistrado de 1ª

instância a realizar inspeção judicial e verificar a situação de fato vivenciada pelos posseiros, como esclarece o seguinte trecho da sentença, *verbis*:

No caso concreto, que tive a oportunidade de conhecer, de perto, ao realizar inspeção judicial, nos autos da desapropriação, a Sociedade Brasileira Refinadora de Açúcar Ltda., que explorava a USINA MUSSUREPE, deixou de funcionar há décadas. Isto deu ensejo, na década de 80, à ação da cooperativa Tiriri, então dirigida pelo saudoso Padre Melo, que assumiu o imóvel e, mediante ação paralela à do Estado brasileiro, e respaldada por sucessivos acordos trabalhistas, **rateou-o em diversas áreas autônomas, ainda que, formalmente, no Cartório de Registro de Imóveis, ainda remanescesse um só imóvel, o Engenho Planalto.** (Grifei)

Prossegue, tornando ainda mais claros os acontecimentos no mundo dos fatos:

Além deste Magistrado ter compreendido, suficientemente, a situação vivenciada pelas partes, visualizando-a, *in loco*, ao visitar o Engenho Planalto, a ré em documento acostado à petição inicial da Ação de Desapropriação (fls. 31/60), **praticamente admite que se trata de um conjunto de unidades autônomas, na peça que denominou “RELAÇÃO DOS QUE EXPLORAM, MAS QUE SERÃO INDENIZADOS”.** Reportou-se, às fls. 35/36, à presença de MAURÍCIO DE ANDRADE SILVA nas áreas, apontando as benfeitorias ali encontradas (casa em alvenaria, galpão, cacimba, aprisco, cerca, capineira, árvores frutíferas, cana-de-açúcar...). Em nenhum momento caracterizou o suplicante como arrendatário, muito menos como empregado da SOCIEDADE BRASILEIRA REFINADORA DE AÇÚCAR LTDA. (Grifei)

Também saliento que fui relator do Agravo de Instrumento nº 67.081-PE, interposto pelo INCRA contra a decisão desse mesmo Juiz, que indeferiu a imissão de posse nos autos da mencionada ação de desapropriação do “Engenho Planalto”, oportunidade em que me pronunciei nos termos seguintes:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO. DECISÃO QUE DETERMINOU A SUSTA-

ÇÃO DA IMISSÃO DE POSSE PELO INCRA. CONFLITOS ENTRE POSSEIROS QUE EXPLORAM O IMÓVEL. ACAMPADOS E INTEGRANTES DO MOVIMENTO DOS TRABALHADORES SEM-TERRA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

- Embora determine a Lei Complementar nº 76 o deferimento da imissão de posse em favor do expropriante tão logo comprovado o depósito do valor de indenização, a Inspeção Judicial realizada na área desapropriada indicou existir posseiros que exploram economicamente os lotes que compõem o referido imóvel.

- Dada a necessidade de dirimir os conflitos instalados entre as famílias que exploram a área há mais de duas décadas – nada obstante não possuam títulos de domínio da área – acampados e integrantes do Movimento dos Trabalhadores Sem-Terra, mostra-se razoável a medida adotada pelo Magistrado de primeira instância de sustar a imissão de posse deferida ao INCRA, evitando que os posseiros ali já instalados sejam meramente retirados do local mediante indenização por benfeitorias.

- Agravo de instrumento a que se nega provimento; agravo regimental julgado prejudicado.

No que concerne às propriedades objeto de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, que foram consideradas pelo Decreto Presidencial como “grande imóvel rural improdutivo”, mas que efetivamente foram desmembradas, a doutrina especializada em questões agrárias salienta o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de considerar tais áreas insuscetíveis de desapropriação, senão vejamos:

O STF, por sua vez, deferiu vários mandados de segurança, **salientando que as pequenas ou médias propriedades rurais, oriundas de escrituras amigáveis de divisão, estão enquadradas como não expropriáveis para reforma agrária, excetuado se demonstrada simulação**, matéria não suscetível de investigação em mandado de segurança.¹

¹ Edilson Pereira Nobre Júnior, *in Desapropriação para fins de Reforma Agrária*, 2ª edição, Ed. Juruá, p. 126.

De outra forma, ao tratar da pequena e média propriedade rural nos termos da Lei 8.629 de 25.02.1993, para efeitos da tutela constitucional constante do art. 185, José Carlos de Moraes Salles traz a seguinte nota:

No tocante ao inciso III, alínea a, do art. 4º da Lei 8.629 de 25.02.1993, confira-se o acórdão do STF publicado na *RTJ* 162/532, no qual se assentou o seguinte:

1. Havendo o decreto expropriatório envolvido área de 4,03 módulos fiscais, registrada em nome dos impetrantes, e inferior, portanto, à prevista na alínea a do inc. III do art. 4º da Lei 8.629, de 25.02.1993 (esta em conformidade com o art. 185 da CF), deve ser anulado, nessa parte, para que tal área fique excluída da expropriação.
2. Não obsta à anulação parcial a alegação do INCRA de que a divisão amigável visou, apenas, a dissimular a existência de condomínio sobre a área maior, e a fraudar a expropriação. Tratar-se-ia de arguição de simulação, dependente de dilação probatória, na via própria, e inadmissível no âmbito estreito do *writ*. Sobretudo em se verificando que a divisão amigável, de que resultou a área menor, foi celebrada e registrada vários anos antes do decreto impugnado.
3. Mandado de segurança deferido, nos termos do voto do Relator, para anulação do decreto expropriatório, no ponto em que abrangeu a área pertencente aos impetrantes, de 4,03 módulos fiscais. Decisão unânime.
4. Precedentes do STF.²

Nessas circunstâncias, considero que a área denominada “Engenho Planalto” encontra-se efetivamente desmembrada, sendo tal questão fática insofismável, pois está provada pela inspeção judicial realizada, corroborada com a instrução processual feita na 1ª instância.

Todavia, não pretendo olvidar a inexistência formal do título de domínio, mas considero a posse, com justo título, adquirido onerosamente, e boa-fé, exercida ao longo de anos, como fato jurígeno.

² A Desapropriação à luz da Doutrina e da Jurisprudência, 5ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, p. 923.

Ora, se os tribunais têm decidido reiteradamente pela validade da posse para fins de indenização nos feitos de desapropriação por interesse social, deve-se entender também que a posse exercida em pequena área rural, produtiva, quando o possuidor não seja proprietário de outro imóvel, deve obstar a ação expropriatória, estendendo-lhe a proteção constitucional prevista no art. 185, I e II.

É fundamental frisar que, neste caso específico, não se trata de qualquer posse, considerando apenas a relação de fato havida entre o sujeito e a coisa, mas de uma posse extremamente qualificada, pelo *animus domini*, pelo justo título, eis que adquirido onerosamente das mãos de antigos possuidores; pela boa-fé, por largo espaço de tempo e, ainda, pelo seu aproveitamento natural, como bem reconheceu o juiz quando da inspeção judicial, e o INCRA, que admitiu na ação de desapropriação em curso a possibilidade de o apelado vir a ser indenizado.

É mister destacar também que os presentes autos não cuidam de ação expropriatória, onde apenas se pode discutir vício do processo judicial ou impugnação do preço, nos termos do art. 20 do Decreto-Lei nº 3.365/41, mas tratam de ação movida pelo procedimento ordinário, intentada contra o INCRA, visualizando o reconhecimento de sua posse, tanto para o fim de obter a declaração de domínio, como para livrar o seu lote da ação de desapropriação.

Assim, dentre outros aspectos, merece ser mantida a sentença, porque o Juiz sentenciante reconheceu a propriedade da terra, por estarem preenchidos os requisitos da usucapião ordinária, constantes no art. 1.242 do CC, tudo como razão de decidir, ou seja, como fundamento de sua decisão, exercendo um juízo de mera cognição na resolução da questão *incidenter tantum*.

Dentro da teoria da cognição judicial, a doutrina processualista esclarece a diferença entre as questões decididas *incidenter tantum* e as resolvidas principal *iter*, nos termos seguintes:

Como visto, é importante frisar uma distinção: **há questões que são postas como fundamento para a solução de outras, e há aquelas que são colocadas para que sobre elas haja decisão judicial.** Em relação a to-

das haverá cognição (*cognitio*); em relação às últimas, haverá também *iudicium*. Todas compõem o objeto de conhecimento do magistrado, mas somente as últimas compõem o objeto de julgamento (*thema decidendum*). As primeiras são questões resolvidas *incidenter tantum*; esta forma de resolução não se presta a ficar imune pela coisa julgada. **O magistrado tem de resolvê-las como etapa necessária do seu julgamento, mas não as decidirá. São as questões cuja solução comporá a fundamentação da decisão.** Sobre essa resolução, não recairá a imutabilidade da coisa julgada. Os incisos do art. 469 do CPC elucidam muito bem o problema: não fazem coisa julgada os motivos, a verdade dos fatos e a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo.³ (Grifei)

Daí se infere que a posse é estado de fato com relevantes efeitos jurídicos, pelo que não existe óbice ao magistrado para que, admitindo tal estado de fato, reconheça, como efeito jurídico dele decorrente, que está a gleba em questão compreendida no conceito constitucional e legal de “pequena propriedade produtiva”, a fim de impedir a ação intervencionista do Estado.

Ademais, considerando, de um lado, o direito do Estado em despojar o particular de sua propriedade – art. 184 da CF/88; e do outro, os direitos fundamentais do indivíduo à moradia, ao primado do trabalho, à família, a condições dignas de vida – arts. 5º e 6º também da Constituição, poder-se-ia cogitar em um aparente conflito entre normas constitucionais, sendo de se recorrer à ponderação de interesses para concluir que, nesse contexto, o interesse do cidadão deve prevalecer em harmonia com os demais.

Por todo exposto, estou convencido do direito que assiste ao autor, ora apelado, de ter sua terra indene da ação expropriatória em curso, haja vista que se trata de imóvel protegido pelo art. 185 da Constituição Federal/88, seja porque se encaixa no conceito de pequena propriedade, seja porque é produtiva, pelo que não é passível de desapropriação para fins de reforma agrária.

³ Fredie Didier Jr. *In Curso de Direito Processual Civil*, 6ª edição, Ed. *Jus Podivm*, p. 258.

Mantenho a sentença.

Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 408.830-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: ELZA DE MIRANDA PESSOA
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. MAURÍCIO BARRETO PEDROSA FILHO E
OUTRO (APDA.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL. INTERPOSIÇÃO DE DUAS APELAÇÕES. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INCIDÊNCIA. PENSÃO ESPECIAL INSTITUÍDA POR EX-COMBATENTE. PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. PERCEPÇÃO CUMULATIVA. ARTIGO 53, II E III, DO ADCT. JUROS MORATÓRIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- Após o exercício do direito de recorrer, que se consolidou com a juntada tempestiva aos autos da primeira apelação, ocorreu a preclusão consumativa, em desfavor da referida parte.

- Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação (Súmula nº 85 STJ).

- A pensão especial deixada por ex-combatente é acumulável com benefícios previdenciários.

- O artigo 53, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, expressamente

autoriza a cumulação da referida pensão especial com benefícios previdenciários. Precedentes jurisprudenciais.

- Juros moratórios fixados em 0,5% (meio por cento) ao mês, de acordo com o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001.

- Honorários advocatícios mantidos em 10% sobre o valor da condenação.

- Apelação e remessa oficial providas, 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, em parte, à apelação e à remessa oficial, 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, 19 de abril de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Apelação interposta pelo INSS contra Elza de Miranda Pessoa, em face de sentença que deu provimento à pretensão autoral, em sede de ação ordinária, para que seja restabelecido o pagamento mensal da pensão especial de ex-combatente a ser cumulado com o benefício de pensão previdenciária.

Em sua apelação, às fls. 91/97, pugna o INSS pelo reconhecimento da incidência da prescrição quinquenal, em relação a todas as parcelas vencidas antes do quinquênio que antecedeu o ajuizamento da ação. Afirma, ainda, que os juros de mora devem ser fixados no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, de acordo

com o art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997. Requer, também, a fixação eqüitativa dos honorários advocatícios, de acordo com o § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil.

A autarquia ré apelou novamente, às fls. 99/107, ratificando os termos da apelação anterior e ainda: inexistência de direito à cumulação de pensões e impossibilidade de antecipação dos efeitos da tutela, ante a ausência dos pressupostos legais.

O Magistrado *a quo*, em despacho à fl. 111, recebeu ambos os recursos como se fosse um só.

Contra-razões, às fls. 116/122.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório. É o relatório. Dispensada a revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Ao meu sentir, merece reforma, em parte, a sentença ora submetida a este Tribunal, pelos fundamentos a seguir delineados.

De início, cumpre examinar a questão da duplicidade de apelações interpostas pela mesma parte.

Compulsando os autos, verifico que o INSS manejou dois recursos da mesma natureza e com idêntica finalidade; ambos se encontram no bojo destes autos (fls. 91/107), não existindo no ordenamento jurídico pátrio em vigor, norma que admita tal possibilidade.

Cumpre salientar que, após o exercício do direito de recorrer, que se consolidou com a juntada tempestiva aos autos da primeira apelação, ocorreu a preclusão consumativa, em desfavor da referida parte.

Apenas para relembrar,

*Diz-se consumativa a preclusão quando a perda da faculdade de praticar o ato processual decorre do fato de já haver ocorrido a oportunidade para tanto, isto é, de o ato já haver sido praticado e, portanto, não pode tornar a sê-lo.
(Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, Código*

de Processo Civil comentado e legislação extravagante, 7ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, nota nº 4, pág. 578).

No mesmo sentido, a Jurisprudência já se pronunciou:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. PISO SALARIAL. FIXAÇÃO EM ACORDO COLETIVO DA CATEGORIA. INCABIMENTO DE INTERFERÊNCIA DO CRF. INTERPOSIÇÃO DE DUAS APELAÇÕES. OCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO CONSUMATIVA.

1. Com a interposição da primeira apelação pelo CRM, ocorreu a preclusão consumativa impeditiva da interposição de outra apelação.

(...)

4. Primeira apelação, interposta pelo CRM, improvida; segunda apelação, interposta pelo mesmo, não conhecida” (TRF - 5ª Região. AMS 58.375/PB. Rel. Juiz Araken Mariz - 2ª Turma. Data da decisão: 20/10/1998).

Ante o exposto, não conheço da segunda apelação interposta pela autarquia previdenciária.

Passo ao exame da matéria trazida a tomo.

No que diz respeito à prescrição quinquenal, entendo que merecem prosperar as alegações do apelante.

O art. 103 da Lei nº 8.213/91 assim disciplina a prescrição das prestações previdenciárias, bem como a decadência:

Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo. (Redação dada pela Lei nº 10.839, de 2004)
Parágrafo único. Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997).

Comentando o alcance do instituto da prescrição quinquenal, leciona Sérgio Pinto Martins, *verbis*:

O direito ao benefício não prescreve. Alguns doutrinadores mencionam que não prescreve o “fundo de direito”, ou seja, o benefício em si. Assim, o direito ao benefício é imprescritível, mesmo se a pessoa perder a qualidade de segurado, porém, desde que sejam preenchidos todos os requisitos para a concessão do benefício, ao tempo em que ainda existia a condição de segurado.

Prescreve, contudo, em cinco anos, o direito às prestações não pagas nem reclamadas nas épocas apropriadas.

A prescrição será contada nos cinco anos anteriores ao requerimento efetuado na via administrativa. A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação (§ 1º do art. 219 do CPC), desde que a parte promova a citação nos prazos previstos nos §§ 2º e 3º do art. 219 do CPC. (In Direito da Seguridade Social, 7ª ed., Editora Atlas S/A, p. 335, São Paulo, 1997)

Esse também foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao editar a Súmula nº 85, a seguir transcrita:

Súmula nº 85: Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

Seguindo o entendimento sumular, a jurisprudência do referido Tribunal assim dispõe:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EX-INTEGRANTE DA MARINHA MERCANTE. REVISÃO DE PROVENTOS. ART. 1º DA LEI 20.910/32. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. NÃO-OCORRÊNCIA. SÚMULA 85/STJ. VENCIMENTOS DO POSTO IMEDIATAMENTE SUPERIOR. ART. 1º DA LEI Nº 1.756/52. PARTICIPAÇÃO DE, NO MÍNIMO, DUAS VIAGENS EM ZONAS DE ATAQUES SUBMARINOS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Em se tratando de ação proposta com o fito de obter revisão de benefício previdenciário, relação de trato suces-

sivo e de natureza alimentar, a prescrição que incide é tão-somente aquela que atinge as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação, não ocorrendo a chamada prescrição do fundo de direito. Inteligência da Súmula 85/STJ.

2. Os integrantes da Marinha Mercante que tenham participado de, no mínimo, duas viagens em zonas de ataques submarinos têm direito ao recebimento dos proventos de aposentadoria calculados com base no vencimento do posto imediatamente superior, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei 1.756/52. Precedentes.

3. A teor do art. 255, e parágrafos, do RISTJ, não basta a simples transcrição de ementas para apreciação da divergência jurisprudencial (art. 105, III, alínea c, da CF), devendo ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência, o que, no caso, não ocorreu.

4. Recurso especial conhecido e improvido.

(STJ. REsp 345.574/RN. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Data de Julgamento: 06/06/2006. DJU: 26/06/2006)

ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. EX-FERROVIÁRIOS. COMPLEMENTAÇÃO DE PROVENTOS. PENSÃO. LEI Nº 8.186/91. PRESCRIÇÃO. FUNDO DE DIREITO. INOCORRÊNCIA. REGIME JURÍDICO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. No exame de recurso especial, não se conhece de matéria que não foi objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, ausente assim o necessário prequestionamento.

2. "Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação" (Súmula nº 85/STJ).

3. Precedentes.

4. Recurso improvido.

(STJ. V. Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Data de Julgamento: 26/05/2004. DJU: 13/06/2005)

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. MULTA. BENEFÍCIO. PRESCRIÇÃO. FUNDO DE DIREITO. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 85/STJ.

I - Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC se o e. Tribunal de origem, sem que haja recusa à apreciação da matéria, embora rejeitando os embargos de declaração, considera não existir defeito a ser sanado.

II - A alegação de que se buscava prequestionar a matéria não serve para afastar a multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, se o tema suscitado nos embargos declaratórios já havia sido suficientemente examinado no julgamento da apelação.

III - Em se tratando de ação proposta com o fito de obter revisão de benefício previdenciário, relação de trato sucessivo e natureza alimentar, a prescrição que incide é aquela prevista na Súmula 85/STJ: "Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação". Inocorrência da chamada prescrição do fundo de direito.

- Recurso não conhecido.

(STJ. REsp 544.324/SP. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro Felix Fischer. Data do Julgamento: 25/05/2004. DJU: 21/06/2004)

Reconheço, pois, a incidência da prescrição quinquenal para somente incluir na condenação as parcelas referentes aos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação, ou seja, a partir de 29/03/2000.

Passo à análise do mérito propriamente dito.

O cerne da controvérsia cinge-se em saber se é possível a percepção cumulativa da pensão especial deixada por ex-combatente, com a pensão previdenciária.

A matéria *sub examine* encontra regência na Constituição Federal, na ADCT, *in verbis*:

Art. 53. Ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei nº 5.315, de 12 de setembro

de 1967, serão assegurados os seguintes direitos:

(...) *omissis*

II - pensão especial correspondente à deixada por segundo-tenente das Forças Armadas, que poderá ser requerida a qualquer tempo, sendo inacumulável com quaisquer rendimentos recebidos dos cofres públicos, exceto os benefícios previdenciários, ressalvado o direito de opção;

III - em caso de morte, pensão à viúva ou companheira ou dependente, de forma proporcional, de valor igual à do inciso anterior; (...).

Entendo, fazendo consignar a vênia devida aos que pensem em sentido divergente, que a impetrante tem o direito de perceber a pensão previdenciária, cumulativamente com a pensão especial de ex-combatente.

Ora, o inciso II, adrede transcrito, excetua os benefícios previdenciários, admitindo, por conseguinte, a possibilidade de percepção cumulativa deles (refiro-me aos benefícios previdenciários) com a pensão especial devida aos ex-combatentes, ou aos dependentes destes (tal qual ocorre no caso *sub examine*).

Corroborando tal entendimento, transcrevo diversos precedentes:

EX-COMBATENTE. PENSÃO ESPECIAL. CUMULAÇÃO COM PROVENTOS DA APOSENTADORIA DE SERVIDOR PÚBLICO.

- Ambas as Turmas desta Corte, nos RREE 236.902 e 263.911, têm entendido que “revestindo-se a aposentadoria de servidor público da natureza de benefício previdenciário, pode ela ser recebida cumulativamente com a pensão especial prevista no art. 53, inc. II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, devida a ex-combatente”. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido.

- Recurso extraordinário não conhecido.

(STF - RE 293.214/RN - 1T - Relator(a): Min. Moreira Alves - DJ: 14-12-2001, p.-00088, EMENT VOL-02053-16, p.-03460)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. CUMULAÇÃO. PENSÃO ESPECIAL. EX-COMBATENTE. ART. 53, II, DO ADCT. POSSIBILIDADE.

1 - Consoante entendimento pacificado desta Corte, é possível a cumulação de aposentadoria estatutária com a pensão especial concedida a ex-combatentes, prevista no art. 53, II, do ADCT, porquanto a referida aposentadoria tem natureza de benefício previdenciário.

2 - Agravo regimental improvido.

(STJ - AGA - 438.219/RJ - 6T - Relator: Min. Fernando Gonçalves - *DJ*: 04/11/2002 - p. 282)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MILITAR. CUMULAÇÃO DE PENSÃO ESPECIAL COM PROVENTOS DE APOSENTADORIA. ARTIGO 53, INCISO II, DO ADCT/88. ART. 1º DA LEI Nº 5.315/67. SÚMULAS Nº 269 E Nº 271 DO STF.

I - Recurso de sentença que denegou a segurança, para que os impetrantes e ora apelantes passassem a receber a pensão de ex-combatente correspondente àquela deixada por Segundo Tenente das Forças Armadas cumulativamente com a pensão militar que recebem do Ministério da Defesa.

II - Enquadram-se os apelantes como ex-combatentes, eis que preenchem todas as condições ensejadoras para efeitos de recebimento de pensão especial nos termos do art. 53, inciso II, do ADCT/CF 88.

III - "Reveste-se da natureza de benefício previdenciário a aposentadoria de servidor público". (STF - 2ª Turma, Relator Ministro Néri da Silveira, RE-236.902/DF, *DJ* 01.10.99)

IV - É possível a acumulação da pensão especial de ex-combatente com os proventos de aposentadoria (reforma militar), por caracterizados estes últimos como de natureza previdenciária, incidindo, pois, a exceção do art. 53, inciso II, do ADCT/CF 88.

V - O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança, e nem produz efeitos patrimoniais pretéritos (Súmulas nº 269 e nº 271/STF).

VI - Recurso de apelação parcialmente provido, concedendo-se parcialmente a segurança.

VII - Sentença reformada.

(TRF2 - AMS - 46.668/RJ - 5T - Relator: Des. Fed. Raldênio Bonifácio Costa - *DJU*: 28/02/2003, p.: 293)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EX-COMBATENTE. PENSÃO ESPECIAL. ART. 53 DO ADCT. CUMULAÇÃO COM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.

1. Os ex-combatentes têm direito à percepção da pensão equivalente à de Segundo Tenente das forças armadas, nos termos do art. 53 do ADCT. Lei 8.059/90 e Lei 8.237/91.
2. É pacífico o entendimento de que é permitido acumular pensão de ex-combatente com benefício previdenciário.
3. Apelação e remessa oficial improvidas.
(TRF 5 - AMS - 69.663/RN - 1T - Relator: Des. Fed. Élio Wanderley de Siqueira Filho - *DJ*: 19/01/2001 - p.: 50)

O que deflui dos autos autoriza a que se aplique ao caso concreto o entendimento pretoriano consubstanciado nas decisões adrede reproduzidas.

Afigura-se, portanto, irreprochável o posicionamento do douto julgador planacial, visto ser possível a cumulatividade da pensão especial com benefícios previdenciários.

No que diz respeito ao pedido de alteração dos juros moratórios, entendo que assiste razão à apelante, na medida em que os juros moratórios, nas ações ajuizadas a partir da vigência da Medida Provisória n° 2.180-35/2001, que acrescentou o art. 1°-F à Lei n° 9.494/97, devem ser fixados na razão de 6% (seis por cento) ao ano.

Esse é o posicionamento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme os arestos a seguir transcritos:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. REVISÃO DE PENSÃO. JUROS MORATÓRIOS. AÇÃO AJUIZADA POSTERIORMENTE À EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.180-35/2001. PERCENTUAL DE 6% AO ANO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Embargos declaratórios admitidos como agravo regimental, em razão de seu manifesto caráter infringente. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal.
2. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, no pagamento de parcelas atrasadas, de caráter alimentar, inclusive as derivadas de pensão, desde que ajuizada a demanda após a edição da MP 2.180-35/2001, que introduziu o art. 1°-F à Lei 9.494/97, incidem juros moratórios de 6% ao ano.

3. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

(TRF 5ª Região. AgRg no AgRg no REsp 687.659/RS. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Data do Julgamento: 06/12/2005. DJU: 14/08/2006)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. JUROS DE MORA. INÍCIO DO PROCESSO APÓS A VIGÊNCIA DA MP Nº 2.180-35/2001. INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No caso em tela, tendo sido a demanda ajuizada após o advento da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, consoante se depreende dos autos (fl. 96, verso), aplica-se a limitação da referida norma, razão pela qual devem os juros moratórios ser fixados no percentual de 6% ao ano.

2. Agravo regimental desprovido.

(TRF 5ª Região. AgRg no Ag 668.356/RS. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Data de Julgamento: 19/09/2005. DJU: 10/10/2005)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC IMPROCEDENTE. JUROS DE MORA. PERCENTUAL FIXADO PELO TRIBUNAL A QUO COM BASE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INÍCIO DO PROCESSO ANTES VIGÊNCIA DA MP Nº 2.180-35/2001. NÃO INCIDÊNCIA. PARCELAS VENCIDAS ANTES DA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL. IMPUGNAÇÃO SOMENTE POR PARTE DO INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA ESTADUAL. *REFORMATIO IN PEJUS*.

I - Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, tampouco recusa à apreciação da matéria, se o e. Tribunal de origem fundamentadamente apreciou a controvérsia.

II - Proposta a ação antes da vigência da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que acrescentou o art. 1º-F ao texto da Lei nº 9.494/97, os juros de mora devem ser fixados no percentual de 1% ao mês. Precedentes.

III - Tendo a e. Corte de origem decidido que o percentual de juros moratórios aplicado às prestações vencidas antes da vigência do Código Civil de 2002 seria de 0,5% ao mês e, após, seria de 1% ao mês, convém decidir a maté-

ria de forma diferenciada, visto que houve impugnação somente pela Fazenda Pública.

IV - No tocante às parcelas vencidas após a vigência do Código Civil de 2002, devem ser mantidos os juros no percentual de 1% ao mês, em consonância com o que foi estabelecido por esta Corte Superior.

V - Em relação às parcelas vencidas antes da vigência do Código Civil de 2002, apesar de não ser aplicada a Medida Provisória nº 2.180-35/2001, os juros de mora devem permanecer no patamar de 0,5% ao mês, uma vez que acarretaria gravame à recorrente, o que é vedado pelo princípio da *reformatio in pejus*.

VI - Recurso desprovido.

(STJ. REsp 697.381/RS. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro Felix Fischer. Data de Julgamento: 15/03/2005. DJU: 16/05/2005)

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OMISSÃO NÃO CARACTERIZADA. INTEGRALIDADE DA PENSÃO. COMPLEMENTAÇÃO. JUROS. AÇÃO NA VIGÊNCIA DA MP 2.180-35/01. PERCENTUAL DE 6% AO ANO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA EM MAIOR GRAU PELA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA.

- Não se verifica a apontada afronta ao art. 535 do CPC, uma vez que o aresto embargado e até o acórdão dos embargos declaratórios cuidaram de forma expressa das questões aventadas. Uma vez que a ação originária foi ajuizada na vigência da MP 2.180-35/01, os juros moratórios devem ser fixados no percentual de 6% ao ano. Sucumbência em maior grau da autarquia previdenciária, que arca com os ônus. Recurso parcialmente provido, somente no que diz respeito à questão dos juros.

(STJ. REsp 677.550/RS. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Data da Decisão: 25/10/2005. DJU: 21/11/2005)

Dessa forma, entendo que os juros moratórios devem ser fixados em 0,5% (meio por cento) ao mês.

Quanto aos honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, cabem, aqui, algumas considerações.

Os honorários advocatícios devem ser custeados de acordo com o princípio da causalidade: aquele que der causa à propositura da demanda deve arcar com os valores daí decorrentes.

De acordo com Nelson Nery Junior, em seu Código de Processo Civil Comentado, 4ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1999, os critérios para a fixação dos honorários “são objetivos e devem ser sopesados pelo juiz na ocasião da fixação dos honorários. A dedicação do advogado, a competência com que conduziu os interesses de seu cliente, o fato de defender seu constituinte em comarca onde não reside, os níveis de honorários na comarca onde se processa a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação, são circunstâncias que devem ser necessariamente levadas em conta pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado. O magistrado deve fundamentar sua decisão, dando as razões pelas quais está adotando aquele percentual na fixação da verba honorária”.

Apesar de serem considerados objetivos os critérios para a fixação dos honorários advocatícios, o § 4º do art. 20 do CPC dá uma certa carga de subjetividade, ao dispor:

Art. 20. (omissis)

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

Ainda na linha de ensinamento do referido processualista, o critério da equidade deve ter em conta o justo não vinculado à legalidade, não significando necessariamente modicidade.

Cabe, aqui, ressaltar que, apesar de o magistrado não estar, no caso de arbitramento de honorários advocatícios em face da Fazenda Pública, adstrito aos limites previstos no § 3º do referido artigo, não se há que falar em imposição ao magistrado em manter determinados valores aquém do usualmente estabelecido.

Logo, deve-se entender a fixação equitativa não como um limite máximo estabelecido para a fixação da verba honorária (10%), mas sim como a liberdade que o magistrado tem no momento de

atribuir seu percentual, levando-se em conta o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, e a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para seu serviço.

Dessa forma, tendo em vista que não é obrigação do magistrado, nas causas em que figure como vencida a Fazenda Pública, fixar a verba honorária a quem do limite legal, mantenho os honorários advocatícios na razão de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Forte nestas razões, dou provimento, em parte, à apelação e à remessa oficial, para reconhecer a incidência da prescrição quinquenal e fixar os juros moratórios no valor de 0,5% (meio por cento) ao mês.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 410.210-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelantes: COMUNIDADE INDÍGENA XUKURU DE ORORUBÁ E ANA DÁCIA VIEIRA MENDONÇA E OUTROS
Apeladas: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI E UNIÃO
Repte.: PROCURADORIA REPRESENTANTE DA FUNAI
Advvs./Procs.: DRS. DANIEL PINHEIRO VIEGAS E OUTROS (1ª APTE.) E MARIA JOSÉ DO AMARAL (2ª APTE.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. NÃO OCORRÊNCIA. CONFLITO ENTRE ÍNDIOS DA MESMA ETNIA. COMUNIDADE XUKURU DE ORORUBÁ E DE CIMBRES. AUTOTUTELA DE INTERESSES. INSTITUIÇÃO DA VINGANÇA. IMPOSSIBILIDADE. INDIGENATO. DIREITO DOS ÍNDIOS SOBRE AS TERRAS QUE TRADICIONALMENTE OCUPAVAM. EXPULSÃO POR OUTRO GRUPO. DIREITO DA MINORIA AO REGRESSO. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER IMPOS-

TA À COMUNIDADE RECORRENTE. APELAÇÃO IMPROVIDA.

- A Constituição Federal, em seu artigo 231, assegura aos índios o direito à posse em terras tradicionalmente por eles ocupadas, onde exercem suas atividades produtivas.

- Deflui do texto constitucional a consagração do instituto do indigenato, traduzido pela relação entre a terra e os índios como verdadeiro direito congênito e originário, diferente da posse civil e da ocupação, sendo garantida a posse permanente da terra, por ser habitat natural dos indígenas.

- No caso concreto, o conflito entre os índios da mesma etnia, índios Xukurus, cindiu a comunidade em dois grupos e culminou com a expulsão violenta do grupo menor das terras que tradicionalmente ocupavam, sob a justificativa de impossibilidade de convívio.

- Os índios, em que pese suas peculiaridades, estão sujeitos à ordem constitucional brasileira, bem como a todo o ordenamento jurídico, de modo que o exercício da autotutela de interesses e a vingança são condutas proscritas pelo sistema.

- Assim, não se pode colocar sob o manto da proteção estatal a atitude dos índios que expulsaram os outros, porquanto tais condutas não encontram validade nem amparo na ordem jurídica brasileira.

- Todos os índios da Comunidade Xukuru têm direito ao indigenato, sobre as terras que tradicionalmente ocupam, pelo que o direito de um índio não pode excluir o do outro que se encontra na mesma condição jurídica. Aos expulsos, cabe o direito ao retorno às suas moradias.

- A Comunidade indígena Xukuru, como organização social, contando com suas lideranças tradicionais e reconhecidas, deve buscar meios pa-

cíficos para resolver seus conflitos, convivendo com as diferenças, e recorrendo ao órgão federal responsável pelo intermédio na solução dos graves conflitos.

- A obrigação imposta na presente decisão se constitui em obrigação negativa, ou seja “de não fazer”, dever de abstinência imposto à apelante no sentido de não impedir que os egressos retornem à terra indígena, sob pena de descumprimento de ordem judicial com todos os seus efeitos.

- Apelação, remessa oficial e recurso adesivo improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento à apelação, à remessa oficial e ao recurso adesivo, 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, 21 de agosto de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Trata-se de apelação interposta pela Comunidade Indígena Xukuru de Ororubá e recurso adesivo interposto por Ana Dácia Vieira Mendonça e outros contra sentença prolatada pelo Juiz da 16ª Vara da Seção Judiciária de Caruaru, em sede de ação de reintegração de posse proposta em face da União, da FUNAI e do Cacique Marcos Luídson de Araújo, que julgou procedente o pedido declarando o direito dos autores de serem reintegrados na posse das terras que tradicionalmente ocupavam, determinando a reintegração.

Não se conformando com a sentença, a Comunidade Indígena Xukuru de Ororubá, representada pelo Cacique Marcos Luídsen de Araújo, interpõe apelação, aduzindo, em resumo articulada, os seguintes vícios processuais: a) impossibilidade jurídica do pedido na exordial, pois que a posse da terra indígena é coletiva, assim a ação de reintegração de posse não seria apenas para restabelecer uma posse individual, sendo o instrumento possessório inadequado; b) ausência da audiência prevista no art. 331 do CPC e não realização do despacho saneador, cerceando o direito ao contraditório e à ampla defesa da comunidade indígena.

Quanto ao mérito, alega a apelante o seguinte: a) a sentença está em contradição com as provas dos autos, porquanto determinou a reintegração de pessoas que sequer são índios; b) a incompetência do Juiz Federal para intervir no conflito indígena, sendo tal atribuição privativa do Presidente da República, nos termos do art. 20 do Estatuto do Índio; c) a sentença contraria o Decreto, nº 5.051, de 19 de abril de 2004 (Convenção 169 da OIT); d) a posse indígena não é individual, mas expressão de direito coletivo, revelando caráter eminentemente comunitário; e) as sanções impostas pela comunidade são legais, porque decorrentes da organização social da comunidade indígena; e f) apresenta alternativa para solucionar o impasse.

Os apelados ofereceram resposta ao recurso de apelação, argumentando que: a) é descabido alegar a impossibilidade jurídica do pedido, eis que os apelantes estão submetidos ao ordenamento jurídico brasileiro, constando no art. 5º, XLVII, *d*, da Constituição Federal a vedação ao banimento; b) há no feito despacho saneador, publicado em 11/04/2006, fl. 1.605; c) neste momento processual não é mais possível a realização de perícia, ultrapassada a fase de instrução processual.

Quanto ao mérito recursal, dizem os apelados que foram banidos de suas terras pela maioria, mas não fizeram justiça com as próprias mãos e ajuizaram a presente possessória. Prosseguem argumentando que os banidos são da etnia Xukuru e “têm igual direito a usufruir da terra tradicional, a qual é de propriedade da UNIÃO, garantida sua posse a todos os indígenas dessa etnia, coletivamente”.

Recorrem também os apelados, adesivamente, ao recurso de apelação, oportunidade em que pugnam pela reforma da sentença quanto à condenação dos honorários advocatícios, porquanto pretendem a majoração deles, considerando o art. 20 do CPC, haja vista o valor de R\$ 2.000,00 constante da sentença ter sido considerado baixo.

A Procuradoria Regional da República - 5ª Região apresenta parecer no sentido de negar provimento ao recurso de apelação, bem como ao recurso adesivo.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Cuida-se de apelação, remessa oficial e recurso adesivo interpostos em razão da sentença que julgou procedente o pedido de reintegração de posse, determinando a reintegração da comunidade indígena apelante às terras das quais foi expulsa por rivais da mesma etnia.

O recurso de apelação levanta as seguintes preliminares: a) impossibilidade jurídica do pedido; b) inadequação do procedimento; c) nulidade do processo em razão de ausência do despacho saneador e da audiência preliminar, causando o cerceamento de defesa e impedimento ao contraditório.

Passo à análise das preliminares.

Saliento que apenas ocorre impossibilidade jurídica do pedido quando o ordenamento veda expressamente a pretensão deduzida em juízo, pelo que seria inviável pleitear aquele direito por qualquer via jurisdicional.

Ao discorrer sobre a impossibilidade jurídica do pedido, leciono a J. J. Calmon de Passos, *verbis*:

Pode-se, de logo, concluir, por igual, pela improcedência, quando o tipo de pedido formulado pelo autor é desconhecido pelo ordenamento jurídico a que se reporta. **Desconhecido porque vetado expressamente, desconhecido**

do porque nele não prevista solução que agasalhe sua acolhida.¹ (Grifei)

Não é o que deflui dos autos, pois não existe impedimento no ordenamento jurídico para a defesa da posse dos indígenas. Pelo contrário, a Constituição Federal e a legislação especial aplicável às causas indígenas fomentam a proteção possessória.

Daí porque julgo improcedente a sobredita alegação de impossibilidade jurídica do pedido.

No pertinente à adequação do procedimento adotado, embora concorde com o argumento de que a existência de terras tradicionalmente ocupadas por índios não se confunde com o instituto da posse de direito civil, importa anotar que fatos ocorridos em aldeamento indígena se encontram subordinados ao ordenamento jurídico como um todo, ou seja, tanto ao sistema constitucional como às normas infraconstitucionais, dentre estas o sistema processual.

Assim é que, se os apelados pretendiam retornar às terras das quais foram expulsos, considerando o ato como injusto, buscando a prestação jurisdicional, a ação possessória se afigura perfeitamente cabível, até mesmo em virtude da fungibilidade das demandas possessórias, prevista no art. 920 do Código de Processo Civil, que estabelece o seguinte:

Art. 920. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados.

Por sua vez, não merece acolhida a alegação de obrigatoriedade da audiência preliminar, prevista no art. 331 do Código de Processo Civil, porquanto, em sendo visualizada a impossibilidade de transação, restou a aplicação do parágrafo terceiro do mesmo artigo. Inadequada a realização de audiência preliminar, em razão da impossibilidade de transação.

¹ *In* Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, 9ª edição, Ed. Forense, p. 246.

Conforme se verifica de toda documentação acostada aos autos, em seus cinco volumes, o devido processo legal foi cumprido e dada plena oportunidade ao exercício do contraditório, através de várias petições apresentadas pelas partes sempre que necessárias as suas interposições, visando a instruir o feito.

Disto se infere que improcede o argumento de cerceamento de defesa e ofensa ao contraditório.

Outra questão que sobreleva é a possibilidade de intervenção estatal nos conflitos havidos entre indígenas, mormente quando se trata de silvícolas da mesma etnia, porquanto se deve ter em mente que a regra é a não intervenção do Estado na organização tribal.

Tanto é que o Estatuto do Índio estabelece a possibilidade de a União intervir **apenas excepcionalmente** em áreas indígenas, em **caráter excepcional e se não houver solução alternativa**, determinada a providência por decreto do Presidente da República, nas hipóteses elencadas no § 1º do art. 20, dentre as quais consta a possibilidade de intervenção para *pôr termo à luta entre grupos tribais*.

Observo, entretanto, que, como lei ordinária, a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 - Estatuto do Índio, deve guardar harmonia com a Constituição Federal de 1988, à qual se encontra estritamente subordinada, sob pena de não ser recepcionada pela novel ordem constitucional.

E na Constituição Federal os índios mereceram especial atenção, sendo-lhes destinado capítulo específico, conferindo-lhes proteção estatal, e, inclusive, destinando-se-lhes normas de caráter eminentemente processual, ao atribuir legitimidade para ingressarem em juízo para defesa de seus direitos, como se vê textualmente no art. 232, *ipsis litteris*:

Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Tais ponderações se prestam a reafirmar que os índios, conquanto detenham tratamento especial, estão subordinados ao or-

denamento jurídico constitucional brasileiro, sendo perfeitamente aplicável o art. 5º, XXXV, da Lei Maior, o qual prevê: **“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”**

Notadamente quando a própria comunidade indígena prejudicada invoca a prestação jurisdicional, sobressai límpida não só a competência do Poder Judiciário de intervir no conflito, como também, e principalmente, seu dever em cumprir sua função constitucional.

Daí ser de total improcedência o argumento da apelante quando tenta excluir o conflito indígena da apreciação do Judiciário.

Mesmo porque o que é reservado ao Presidente é a intervenção administrativa excepcional em área indígena, o que, por óbvio, não exclui hipóteses de questionamento judicial em matéria de índios.

Superadas tais questões, retorno às provas contidas nos autos, e constato existência de grave conflito entre os índios da etnia “Xukuru”, que importou a cisão da comunidade em dois grupos; o primeiro, “Xukuru de Ororubá” que compõe a maioria, representado pela liderança tradicional do cacique Marcos Luídson, defensor da impossibilidade de divisão das terras; e o outro, “Xukuru de Cimbres” que, fazendo oposição ao primeiro, chefiado pelo índio Expedito Alves Cabral (Biá), pretendia a divisão da terra indígena.

Pelo que se depreende, há alguns anos a comunidade indígena já apresentava dissidência interna, em razão de poder de comando e ideologias, gerando várias demandas cíveis e criminais, sendo o estopim o assassinato de dois índios que faziam a segurança do “cacique Marquinhos”, ocorrido em 07/02/2003.

Tal fato gerou revolta na comunidade Xukuru de Ororubá, ora apelante, que entendeu por bem expulsar as famílias integrantes do grupo liderado pelo índio “Biá”, através de atos violentos, sucedendo o desaldeamento daqueles índios que tinham ligação ao grupo e não encontravam mais tranqüilidade e segurança no local por estarem estigmatizados.

A fim de constatar a gravidade do conflito, vale transcrever alguns trechos do relatório realizado pela comissão técnica PP 365/PRES03 de 07.05.03:

Durante todo o processo a CT vivenciou situações de tensões e apreensão quanto à continuidade de suas atividades e dos seus desdobramentos. Havia por parte dos Xucuru (fora e dentro da TI) uma grande inquietação quanto às informações que estavam sendo fornecidas à equipe, constituindo versões contrárias aos interesses dos grupos envolvidos.

A Vila de Cimbres e a Fazenda Curral de Boi são duas localidades diretamente envolvidas nos eventos que ocorreram no dia 07 de fevereiro. A morte dos índios Josenildo José dos Santos (25 anos – índio Atikum) e José Adenilson Barbosa da Silva (19 anos – índio Xucuru) se deu em frente à Fazenda Curral de Boi, que se encontrava ocupada por pessoas que eram identificadas como pertencentes ao grupo de Expedito Alves Cabral (Biá) e coincide com os limites propostos por este para divisão da área indígena.

Assim como nos indicam essas falas, a maioria dos entrevistados se refere aos conflitos, apontando seu início há mais ou menos dois anos, quando se instaurou o processo de indenização e desintração dos fazendeiros da área indígena. Nesse período, um grupo de índios Xucuru, ligados a Expedito Alves Cabral (Biá), auto-intitulados de Xucuru de Cimbres, solicitam oficialmente a divisão administrativa da área. Para esse grupo, os “Xucuru do Ororubá” – como eles denominavam o grupo ligado ao cacique Marcos Luidson (Marquinhos) – deveriam liderar 19 aldeias, enquanto os “Xucuru de Cimbres” ficariam com a Vila de Cimbres (iniciando a divisão da área a partir da Fazenda Curral de Boi), Cajueiro e Sítio Guarda.

Verifica-se, também, que, em decorrência desses conflitos, originaram-se várias ações judiciais, inclusive ações penais, decorrentes de muitos assassinatos vitimando indígenas, pelo que se percebe claramente o clima de tensão e violência que envolve toda a situação.

Entretanto, relevante se faz salientar que a própria comunidade de ré admite ter expulsado o grupo rival das terras em que moravam.

Inclusive, há uma tentativa de se justificar a expulsão, ao argumento de que não é mais possível a convivência entre os dois grupos em um mesmo território.

Como as expulsões ocorreram há quatro anos, tive a cautela de intimar a FUNAI para que informasse a situação atual do conflito em questão, sendo-me encaminhado o ofício nº 802/GAB/AER. RECIFE, de lavra da Administradora Regional Estela Parnes, presutando as informações solicitadas, merecendo destaque o seguinte trecho:

Em meados de julho /2005, tentando encontrar uma solução definitiva para o caso, houve uma Assembléia Indígena na Aldeia Vila de Cimbres, a qual contou com as presenças do coordenador do CGDDI Vilmar Guarani, do Procurador Geral da FUNAI Luiz Soares, do Assessor Especial do Ministro da Justiça Cláudio Beirão, da Ouvidora Agrária Nacional Maria Oliveira, deste Administrador Regional da FUNAI, além de outros servidores da FUNAI, bem como do Vice-Presidente do Cimi Saulo Feitosa, na qual **buscou-se ouvir a comunidade acerca da possibilidade de retorno das famílias egressas da Terra Indígena, o que foi unanimemente rejeitado por mais de dois mil indígenas que estavam no local.**

O fato é que essa Administração Regional entende que enquanto esses indígenas **não forem reassentados, quer seja em área tradicional ou adquirida pela FUNAI e INCRA, não haverá sossego nem garantia da cidadania para eles**, como também não haverá tranqüilidade para os dirigentes da FUNAI trabalharem, os quais não têm interesse na manutenção do conflito.

Concluiu a citada administradora que a FUNAI, em atividade conjunta com o INCRA, está viabilizando a aquisição pela União de duas fazendas – Santa Helena e Jatobá, cuja dimensão daria para assentar os desaldeados, estando aguardando apenas o relatório atualizado dos índios que efetivamente foram desalojados e ainda tenham interesse, e o laudo antropológico das terras, cuja conclusão está prevista para 30 dias, contados da data do ofício – 18/07/2007.

Tendo em vista tais informações, dois fatos extremamente relevantes se impõem: 1) mais de dois mil índios rejeitaram a possibilidade do retorno das famílias egressas às aldeias e 2) os índios ainda continuam desalojados, e o órgão federal competente para promover a proteção aos índios - FUNAI ainda não tem o relatório atualizado de quantas famílias estão em situação de risco.

Pois bem, como dito acima, a Constituição Federal de 1988 dedicou um capítulo aos índios, inserido dentro do Título VIII que trata da “Ordem Social”, merecendo destaque o *caput* do art. 231, bem como o parágrafo segundo, cujo teor passo a transcrever:

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

(...)

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

Da análise do texto constitucional se depreende que a relação existente entre o índio e a terra não se identifica com o instituto civil da posse, tampouco está inserido no tradicional conceito de propriedade, afeto ao direito privado, mas se trata do **indigenato**, instituição jurídica luso-brasileira, que reconhece a relação dos índios com suas terras verdadeiro direito congênito e originário.²

José Afonso da Silva, após discorrer sobre o instituto do indigenato, esclarecendo que não se confunde com a ocupação ou com a mera posse, porquanto se trata de fonte primária e congênita da posse territorial, preleciona o seguinte:

Essas considerações, só por si, mostram que a relação entre o indígena e suas terras não se rege pelas normas do Direito Civil. Sua posse extrapola da órbita puramente privada, porque não é e nunca foi uma simples ocupação da terra para explorá-la, mas base de seu *habitat*, no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana. Esse tipo de relação não pode encontrar agasalho nas limitações individualistas do direito privado, daí a importância do texto constitucional em exa-

² José Afonso da Silva, “Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”, in Os Direitos Indígenas e a Constituição, Ed. Sérgio Antônio Fabris Editor.

me, porque nele se consagra a idéia de permanência, essencial à relação do índio com as terras que habita.³

Daí se inferir que a Constituição Federal, ao proteger “as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”, tem efeito tanto imediato quanto futuro, vale dizer, garante a posse permanente das terras para sempre, alcançando o seu valor como *habitat* natural do índio.

Nesse contexto, os apelados, na condição de índios que ocupavam tradicionalmente as terras das quais foram expulsos, que têm um histórico genético nas terras, exercem suas crenças através de cultos religiosos no local, têm o direito de regresso.

Todavia, aqui não se pretende olvidar, ou desmerecer, a vontade dos “dois mil índios”, que permaneceram na Terra Indígena, que se posicionaram contrários ao retorno daqueles que foram expulsos, merecendo as considerações que passo a aduzir.

A comunidade indígena que se auto-intitula “Xukuru de Ororubá”, ora apelante, defende que, como comunidade indígena, os índios constituem uma organização social, com regras de convivência e respectivas sanções que devem ser respeitadas pelos não-índios, por estarem ligadas ao âmbito interno de interesses e esfera de competência, e assim, são legítimas.

Entretanto, constando nos autos a forma pela qual os índios dissidentes foram expulsos, com fogo em suas casas e automóveis, mediante disparos de arma de fogo, tem-se como impossível colocar tais atos sob o manto da legalidade, haja vista que tais condutas são moral e legalmente repugnadas pelo ordenamento jurídico, não merecendo assim qualquer amparo.

Neste diapasão, afigura-se impossível reconhecer como válido o exercício da autotutela de interesses, porquanto fora dos ditames legais, tampouco dar guarida à instituição da vingança.

Ora, como organização social, contando com a presença de um líder, cujo poder político é reconhecido e aceito pela maioria, a

³ *Idem*, p. 49.

comunidade deve ter solidez e maturidade suficiente para suportar as diferenças e conviver com as minorias dissidentes.

Não se pretende que sejam tolerados crimes, violência, agressão e desrespeito entre os grupos divergentes, mas se deve buscar o instrumento jurídico, social ou político que se afigure legítimo, válido e eficaz, além de cultivar a capacidade de convívio com as divergências, que é imprescindível neste caso concreto, pois, na condição de índios da mesma etnia, ocupando há décadas as mesmas terras, todos têm direito a viver nestas, haja vista ser seu *habitat* natural.

O direito de um índio não pode ter força para excluir o do outro que se encontre na mesma condição.

Conquanto os índios estejam inseridos no âmbito de proteção dos direitos das minorias, por se tratar de minoria étnica no Brasil, dentro deste espectro há de se observar também o direito daqueles que estão em menor número “à igualdade e à desigualdade”, pois, conforme advertem o Procurador da República Luciano Mariz Maia e a Ministra do STF Carmem Lúcia, “*esta é a grande dificuldade e, ao mesmo tempo, o grande desafio: somos todos iguais, sendo diferentes; somos diferentes mas essencialmente iguais em dignidade e direito.*”⁴

Enfim, entendo que os apelados, que efetivamente apresentam a condição de índios pertencentes à Comunidade Xukuru, expulsos de suas moradias, têm o direito constitucional ao indigenato constituído sobre a terra indígena que tradicionalmente ocupavam, sendo-lhes garantido o direito de regresso.

Outro argumento da comunidade indígena apelante consiste na afirmação de que vários dos apelados já não têm mais interesse de retornar à Terra Indígena, e outros sequer são índios, pelo que faleceria a esses interesse no êxito da presente demanda.

Neste ponto, chamo atenção ao artigo 2º, V, da Lei 6.001/1973, o qual dispõe que:

⁴ “A proteção das minorias no Direito Brasileiro”, Série Cadernos do CEJ, 24 – www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos.

Art. 2º. Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos:

(...)

V - garantir aos índios a **permanência voluntária** no seu *habitat*, proporcionando-lhes ali recursos para seu desenvolvimento e progresso.

A presente decisão não importa em prejuízo ao projeto da FUNAI em promover um reassentamento, porquanto afirma que já tem em vista as Fazendas Santa Helena e Jatobá, com área suficiente para acomodar os índios desaldeados, haja vista o clima de tensão, animosidade e insegurança sentidos na Terra Indígena.

Isto significa dizer que, não obstante o direito dos índios em retornar às suas moradias, eles não devem ser obrigados a permanecer ali, pois a sua permanência deve ser **voluntária**, restando à FUNAI oferecer alternativa que represente maior bem-estar para **aqueles que não desejem regressar**.

Também saliento que a presente decisão deve ser cumprida com a colaboração imprescindível da mencionada autarquia, haja vista que esta é órgão responsável pelo relatório atualizado daqueles que efetivamente são índios, que foram expulsos e que pretendem retornar. Estes merecem a garantia da decisão judicial.

É bem verdade, como salientou o MM. Juiz *a quo*, que a concretização da pretendida reintegração de posse deverá enfrentar grandes dificuldades, mas caberá à FUNAI, como estabelece o Estatuto do Índio, intervir no sentido de solucionar os conflitos existentes em área indígena.

Destaco, também, trechos do relatório antropológico (fl. 109) em que foram sugeridas algumas providências a serem tomadas pela FUNAI:

Percebemos, ao efetivar o cruzamento de dados para o relatório, que um grande número de pessoas que foram expulsas da área indígena possuem relações de parentesco entre elas e com os que permanecem na terra indígena. Os núcleos familiares foram desfeitos e vários casos

identificados onde filhos, esposas, irmãos, etc. se colocaram em lados opostos. O problema se agrava porque há reclamações de ambos os lados quanto ao clima de terror instaurado.

Dessa forma, é necessário que a FUNAI, ao tomar qualquer decisão, procure compreender essa intrincada teia de relações que durante muito tempo serviu como base para união do grupo, mas que, após todos esses fatos que ocorreram na terra indígena, só servem para estabelecer mais mágoa e desestruturação. Se o caminho a ser adotado for a aquisição de uma outra área para reassentar os grupos ligados a Expedito (Biá) e Genivaldo (Canário), deve-se estudar bem todas as possibilidades e o local onde o grupo será instalado, pois, de outra forma, o problema pode ser agravado mais adiante.

Desse modo, demonstrado está o direito dos autores, constitucionalmente garantido, à reintegração de posse, que deve ser promovida mediante o competente procedimento da FUNAI, nos termos da sentença.

Relevante se faz salientar, também, que o respeito e a tolerância entre as partes litigantes devem ser mantidos numa convivência dentro da ordem e no acatamento das decisões judiciais sobre a matéria em litígio. A resistência, violação ou descumprimento das decisões judiciais acarretarão conseqüências específicas e graves para a parte que der causa.

Conseqüência inafastável do presente julgado é a obrigação negativa a ser imposta ao apelante, ou seja, a obrigação de não fazer, que consiste no dever de abstinência, de não impedir o retorno dos índios egressos à Terra Indígena, e de não praticar violência contra eles sob pena de descumprimento de ordem judicial.

No tocante ao recurso adesivo, interposto pelos apelados, entendendo, pelos motivos já expostos, não deve prosperar, mantida a condenação dos honorários advocatícios, nos termos da sentença.

Diante de tais considerações, nego provimento ao recurso de apelação, à remessa oficial e ao recurso adesivo.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 412.222-AL

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelante: UNIÃO
Apelados: MURILO JOSÉ DA SILVA E OUTROS
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ FAJARDO DE MORAES FILHO (APDOS.)

EMENTA: CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE DA UNIÃO. ÁREA DE IMÓVEL DESTINADO A PROJETO DE ASSENTAMENTO RURAL PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. FAMÍLIAS QUE SE UTILIZAM DA TERRA NA CONDIÇÃO DE POSSEIRAS. LEI Nº 8.629/93.

- Existindo famílias que por anos cultivam a terra em imóvel destinado à reforma agrária, facilitando, inclusive, a implantação de projeto de assentamento, dando elas produtividade considerável à área da propriedade, aplica-se a ordem preferencial prevista no artigo 19, II, da Lei nº 8.629/93.

- Cabe ao INCRA, responsável pelo assentamento rural e reforma agrária, dar a devida oportunidade para os posseiros continuarem trabalhando na terra, promovendo sua função social, dando preferência a estes que já preencheram todos os requisitos para a obtenção do lote.

- Não se pode permitir um maior transtorno social, quando se sabe que existem pessoas no imóvel que têm todas as condições de serem assentadas e cadastradas pelo INCRA, pois é este justamente o interesse do Poder Público, a distribuição da "Fazenda Fomento" em lotes, para assentar famílias devidamente qualificadas, dentro dos termos legais.

- As famílias que não são posseiras, mas meras ocupantes do imóvel para moradia, não vislumbram a preferência no assentamento rural.

- Pode a União, juntamente com o INCRA, dividir as terras da “Fazenda Fomento” em lotes iguais, segundo o módulo rural da região e conforme o projeto de assentamento, devendo, contudo, dar prioridade aos posseiros, para que estes, ao final, permaneçam assentados nos lotes que já ocupam.**
- Remessa oficial e apelação parcialmente providas.**

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 parcial provimento à remessa oficial e à apelação, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 17 de julho de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI -
Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de Ação de Reintegração de Posse interposta pela União Federal contra Murilo José da Silva e outros, objetivando a posse do imóvel rural denominado “Fazenda Fomento”, situado no Município de São Luiz do Quitunde/AL.

Argumenta a autora que o imóvel citado é de sua propriedade, mediante contrato de doação devidamente registrado em cartório. Defende que, embora a Gerência Regional do Patrimônio da União em Alagoas tenha autorizado, a pedido do INCRA, a ocupação do imóvel por pessoas previamente cadastradas pela referida autarquia, para fins de reforma agrária, cerca de cinqüenta (50) famílias estariam ocupando indevidamente área de sua propriedade, sem

a anuência do órgão competente, causando obstáculo à inclusão da área em programa de reforma agrária, ante a exigência de que o imóvel esteja livre de qualquer ocupação irregular.

Os réus contestam alegando que mais de cinquenta famílias residem, com ânimo definitivo, na área em apreço, por mais de trinta (30) anos, de forma mansa e pacífica, dedicando-se ao cultivo de frutas e verduras, tanto para o consumo quanto para comercialização, além da criação de animais. Afirmam que a propriedade estava abandonada, sem cerca para delimitar o terreno da União, não cumprindo esta, inclusive, com o encargo estipulado no ato de doação, que consistia na instalação e manutenção de posto agropecuário, no prazo de três anos, sob pena de reversão. Acrescenta que somente tempo depois foi que o posto agropecuário foi construído, sendo desativado após cinco ou seis anos. Por fim chama a atenção para o impacto social da expulsão dos réus do imóvel.

O INCRA apresenta cópia do estudo sócio-econômico e de assistência social às famílias que ocupam a Fazenda Fomento.

O MM Juiz monocrático julgou procedente o pedido da União, para determinar sua reintegração na posse da “Fazenda Fomento”, apenas com relação a alguns dos réus.

Inconformada, recorre a União, requerendo: a) a imediata desocupação das terras em questão, relativamente às pessoas referidas nos itens 31, 32 e 33 da sentença; b) caso não seja concedido o primeiro pedido, que se determine a retirada das pessoas referidas nos itens 32 e 33 da sentença, pois os do primeiro grupo não residem no imóvel e, os do segundo, não sobrevivem da cultura da terra; c) na hipótese de não acolhimento dos pedidos anteriores, que permita que ela, apelante, junto com o INCRA, procedam a divisão das terras públicas da “Fazenda Fomento” em lotes iguais, segundo o modelo rural da região, por uma questão de isonomia e d) em se deferindo o pedido da letra c, determine que os ocupantes se abstenham de embaraçar os trabalhos do INCRA, inclusive os de remoção de cercas e construções, a serem realizados sob supervisão do Juízo da Execução, sob pena de aplicação de multa e desocupação do local.

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

Peço a inclusão do feito em pauta para julgamento.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Pretende a apelante ser reintegrada na posse de imóvel que foi indevidamente ocupado por famílias, sem sua anuência, o que dificulta sua pretensão de reforma agrária para que o INCRA possa lotear a área e distribuí-la para aquelas famílias que se encaixam nos requisitos estipulados para aquisição do lote.

O Juízo monocrático reconheceu o direito da autora de ser reintegrada na posse de seu imóvel, contudo, apenas na parte que está sendo ocupada por famílias para quem a terra sirva somente de moradia, não sendo a atividade agrícola fonte de renda para elas, que vivem exclusivamente de recursos provenientes de salários, aposentadoria, pensões e do desempenho de atividade comercial.

Para tomar a decisão acima referida, o Juiz *a quo* pediu um estudo sócio-econômico e de assistência social das famílias que ocupam a “Fazenda Fomento”, no qual se destaca a existência de um público potencial à política de reforma agrária.

Segundo as provas colacionadas aos autos, observa-se que as seguintes famílias se enquadram no perfil de posseiras e não meras ocupantes ou invasoras, as quais devem ser cadastradas pelo INCRA para que possam legalizar a situação: Murilo José da Silva, José Zacarias da Silva, Agnaldo Manoel da Silva, José Miguel Bandeira, Cícero Avelino da Silva, José Nobre da Silva, Amaro Filismino Ribeiro, Maria Cícero da Silva, Severino Elias dos Santos, Antônio Moraes da Silva, Fernando Carlos Alrino de Moraes, Francisco Firmino Ribeiro, Elias Marcelino do Nascimento, José Cícero Laurentino, Manoel Silvestre Nascimento, Cícero Agenor dos Santos, Edvaldo Ferreira Barbosa dos Santos, Carlos Mendes Santos, José Ângelo dos Santos, Manoel Luiz da Silva, Luís Jorge Acioli Ferreira, Genival Messias Costa, Gino Ramos dos Santos, Wildoson Silva dos Santos, Sebastião Antônio da Silva, Jarina Maria Vicente, Manoel José da Silva, Maria Célia dos Santos Silva, Givaldo Melo da Silva, José Maria Barros, Carlos Alexandre de

Carvalho Verçosa, Maria José de Lira, Antônia Maria da Conceição, José Nobre da Silva, José Laurentino Neto, Gilvani Oliveira Mendes dos Santos, Maria José dos Santos e José Júlio Salu.

Tem a União, como já afirmou, a intenção de assentar famílias na área em questão. Ora, se já existem, no local, pessoas que preenchem os requisitos necessários para serem beneficiárias do programa de assentamento, por que não regularizar a situação destas famílias que já dispõem da terra há vários anos e se incluem no perfil estabelecido para fazerem parte do loteamento do imóvel?

Não se está dizendo que a União não é proprietária da área em apreço, apenas não se pode deixar que haja um maior transtorno social, quando se sabe que existem famílias no imóvel que têm todas as condições de serem assentadas e cadastradas pelo INCRA, pois, não é este justamente o interesse do Poder Público, a distribuição da “Fazenda Fomento” em lotes, para assentar famílias devidamente qualificadas, dentro dos termos legais? Então, o mais justo não seria priorizar as pessoas que já estão na posse da terra, utilizando-a para o seu sustento e moradia? A União não demonstrou que teria prejuízos ao tomar a atitude de beneficiar quem já está no imóvel e atende aos requisitos para o assentamento.

Preceitua o artigo 19 da Lei nº 8.629/93:

Art. 19. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente de estado civil, observada a seguinte ordem preferencial:

I. ao desapropriado, ficando-lhe assegurada a preferência para parcela na qual se situe a sede do imóvel;

II. aos que trabalham no imóvel desapropriado como posseiros, assalariados, parceiros ou arrendatários.

Como se verifica nos autos, existem pessoas que já cultivam a terra há bastante tempo, facilitando, inclusive, a implantação do projeto de assentamento, pois, até nisso a União se beneficia em termos financeiros, além de diminuir o conflito social, como bem se posicionou a sentença monocrática, conforme abaixo transcrito:

Em tais casos, em que há situação jurídica consolidada pela ação do tempo, deve-se resolver a questão de modo socialmente adequado, consoante a diretiva do artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, até porque tais ocupações realizam, porém com outros destinatários, os próprios objetivos visados pela União, com afetação da área para implantação de programas de reforma agrária, mormente quando os réus demonstram a intenção de regularizar sua situação jurídica.

Não procede a alegação de que o Juiz *a quo* realizou usucapião de terras públicas ao prolatar a sentença em favor de algumas famílias. A decisão foi nos termos da lei e de acordo com os instrumento probantes trazidos aos autos.

No entanto, concordo com o representante do Ministério Público Federal, no sentido de não vislumbrar a preferência a ser dada para as famílias que são meras ocupantes ou moradoras, não trabalhando no imóvel desapropriado como posseiras, assalariadas, parceiras ou arrendatárias.

No caso em apreço, os réus que, mesmo agricultores, não cultivam a terra, mas apenas ocupam residência em um galpão, tendo como fonte de renda benefícios previdenciários como aposentadoria e pensão por morte, benefícios assistenciais como bolsa-família, vale-gás e diárias são: Ednaldo Mendes da Silva, Maria Regiane da Silva Ribeiro, Maria de Lurdes Santos, Geraldo Balbino da Silva, Maria José da Conceição Silva, Maria Aparecida dos Santos, Elizabete Manso da Silva Ribeiro, Manoel Eugênio da Silva, Luiz Leandro dos Santos, Amaro Pedro da Silva, Juarez Bezerra da Silva, Luiz Cosme dos Santos, Maria Cícera dos Santos e Silvana Pereira de Lima.

Os réus que ocupam o imóvel em apreço como moradia, vivendo exclusivamente dos recursos provenientes de salários, aposentadoria, pensões e do desempenho de atividade comercial, não se utilizando da atividade agrícola como fonte de renda, são: Cícero Gomes da Silva, Djair Zacarias da Silva, Maria Madalena da Silva, Manoel Antônio Camelo Gouveia, Teresinha Vital da Silva, Severino Quirino da Silva, Severino Antônio da Silva, João Gomes da Silva e Cícero Lins dos Santos.

A manutenção das famílias que são meras ocupantes ou moradoras na posse do imóvel implicaria em não dar oportunidades a várias outras famílias que estão aptas a serem beneficiárias do programa de assentamento para fins de reforma agrária, a fim de promover o cultivo da terra, em cumprimento à sua função social, devendo ser acolhido o pedido de reintegração de posse da União quanto a estes réus.

Quanto ao pedido de divisão das terras da “Fazenda Fomento” em lotes iguais, segundo o módulo rural da região, para que possa utilizar-se da terra o número de famílias estabelecido no programa de reforma agrária, entendo devido, observando a divisão entre os posseiros que têm preferência pela terra em litígio, devendo estes, ao final, permanecerem assentados nos lotes que já ocupam.

Mantenho a condenação em honorários advocatícios, nos termos da sentença.

Diante do exposto, dou parcial provimento à remessa oficial e à apelação, para que seja julgada procedente a ação também para os réus Cícero Gomes da Silva, Djair Zacarias da Silva, Maria Madalena da Silva, Manoel Antônio Camelo Gouveia, Teresinha Vital da Silva, Severino Quirino da Silva, Severino Antônio da Silva, João Gomes da Silva e Cícero Lins dos Santos. Também determino a divisão das terras públicas pela União, junto com o INCRA, da “Fazenda Fomento” em lotes iguais, segundo o módulo rural da região e o programa de assentamento das famílias, sendo dada preferência aos posseiros já citados neste acórdão, devendo estes, ao final, permanecerem assentados nos lotes que já ocupam.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 415.299-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE
Apelante: MARIA URÇULINA DE JESUS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Adv./Proc.: DRA. ANTÔNIA MARLI RODOVALHO FERREIRA DE MENEZES (APTE.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. CUMULAÇÃO DE BENEFÍCIOS. PENSÃO POR MORTE DE TRABALHADOR URBANO E APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. PROVA TESTEMUNHAL CORROBORADA POR INÍCIO DE PROVA MATERIAL. ATIVIDADE RURÍCOLA CONFIRMADA. POSSIBILIDADE.

- São requisitos para aposentação de trabalhador rural: contar com 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos, se mulher, e comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido (art. 48, § 1º e § 2º, da Lei nº 8.213/91).

- “É legítima a percepção cumulativa da aposentadoria por tempo de serviço e da pensão por morte de trabalhador rural, benefícios previdenciários que apresentam pressupostos fáticos e fatos geradores diversos. Recurso especial não conhecido.” (STJ - REsp- 461.150 Proc: 200201114276-RS - 6ª Turma - DJ: 09/12/2002 - Pág: 413 - Rel. Vicente Leal).

- No caso dos autos, a demandante demonstrou ter exercido atividades rurícolas e comprovado a idade mínima exigida em lei, através de provas documentais, suficientes para asseverar o efeti-

vo exercício da sua atividade rural, tais como: certidão de nascimento da autora, onde consta que a mesma nasceu no Sítio Mulungu, em Exu/PE, na data de 04/02/1945; documento fornecido pelo Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Exu-PE, onde a mesma exerceu atividade rural, no Sítio Ambrósio, de Antonio José da Silva, de 01/01/1990 a 05/06/2003; declaração de entrega de sementes da Secretaria de Agricultura de Exu, datada de 28/02/1990; comprovante de recebimento de sementes do Programa Boa Safra, sendo beneficiária a Postulante, datado de 15/01/1995; ficha cadastro da família do Sistema de Informações de Atenção Básica, datada de 01/02/1999, constando a autora como agricultora; certidão do Tribunal Regional Eleitoral-PE, com data de inscrição em 28/04/2000 e profissão agricultora; contrato particular de parceria entre o Sr. Antonio José da Silva e a autora, cadastrado no INCRA sob nº 2186147-1, para o cultivo de milho e feijão, datado de 14/08/2000, dentre outros documentos de menor valor probante, que complementaram a prova testemunhal segura e harmônica, colhida em juízo, restando demonstrado o preenchimento dos requisitos necessários para a concessão do benefício pleiteado.

- Não obstante o teor da Súmula 149/STJ, a jurisprudência recente tem sinalizado no sentido de que o exercício da atividade rural dos “bóias-frias” e assemelhados pode ser comprovado mediante prova testemunhal, desde que idônea e capaz de firmar convicção do órgão julgador, na inviabilidade de sua demonstração por outros meios. Precedente: (TRF 4ª R. - AC 2002.04.01.008063-3 - 5ª T. - Rel. Des. Fed. Celso Kipper - DJU 18.01.2006 - p. 759) “O exercício de atividade rural deve ser comprovado mediante a produção de prova material suficiente, ainda que inicial, complementada por prova testemunhal

idônea, não sendo esta admitida exclusivamente, à exceção dos trabalhadores rurais bóias-frias. 2. (...)”.

- O termo inicial da aposentadoria rural por idade, quando o segurado na formulação do requerimento administrativo não apresenta os documentos legais, conforme estabelecido na legislação pertinente, o benefício deverá ser concedido a partir do ajuizamento da ação. É que a Administração encontra-se jungida ao princípio da legalidade, não estando obrigada a conceder o benefício com base em outros documentos que só na via judicial são reconhecidos como válidos.

- Com relação aos débitos relativos a benefícios previdenciários, dado o caráter alimentar da dívida, são incidentes juros moratórios no percentual de 1% ao mês, a partir da citação válida (Súmula 204 do STJ), e os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, incidentes sobre as parcelas vencidas (Súm. 111/STJ).

- Apelação parcialmente provida para reconhecer o direito da postulante ao benefício previdenciário aposentadoria por idade, com efeitos financeiros a partir do ajuizamento da ação, com o pagamento das parcelas vencidas acrescidas da correção monetária, nos termos da Lei nº 6.899/81, e juros de mora no percentual de 1% ao mês a contar da citação válida, e os honorários fixados em 10% sobre o valor da condenação.

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 constantes dos au-

tos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 14 de junho de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE:

Trata-se de apelação interposta pela parte autora em face da sentença proferida que julgou improcedente a pretensão deduzida na petição inicial, indeferindo o benefício previdenciário de aposentadoria rural por idade, entendendo o Magistrado singular que não há nos autos elementos de prova suficientes a demonstrar o preenchimento dos requisitos legais que autorizam a concessão do almejado benefício previdenciário e extinguiu o feito, nos termos do art. 269, inc. I, do CPC.

Nas razões de seu apelo, a autora pugna pela total reforma da sentença singular, aduzindo ter comprovado preencher os requisitos legais que autorizam a concessão do benefício pretendido, mormente a qualidade de trabalhadora rural e o cumprimento do período de carência, conforme exigência do art. 142 c/c 143 da Lei nº 8.213/91, ante a documentação anexada aos autos, aliada à documentação apresentada.

Apresentadas as contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator):

Consoante salientado no relatório, cuida-se de apelação interposta contra sentença que julgou improcedente a pretensão deduzida na petição inicial, indeferindo o benefício previdenciário de aposentadoria rural por idade, entendendo o Magistrado singular que não houve o preenchimento dos requisitos legais que autori-

zam a concessão do almejado benefício, condenando-a nos honorários advocatícios arbitrados em R\$ 350,00 e nas custas, se a vencida estiver em condições (Lei nº 1.060/50).

São requisitos para aposentação de trabalhador rural: contar com 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos, se mulher, e comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido (art. 48, § 1º e § 2º, da Lei nº 8.213/91).

Em princípio, consoante disposição legal, a prova do exercício de atividade rural, para fins de concessão de benefício previdenciário, deve se fundar em início razoável de prova material, complementada por prova testemunhal (art. 143, II, c/c art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91). Porém, é de comum sapiência que no campesinato é muito difícil a existência de prova material irrefutável.

Não há óbice legal à cumulação do benefício de pensão por morte de trabalhador urbano com o rural, ao passo que se trata de benefícios previdenciários que possuem fatos geradores e fontes de contribuição diferentes.

Transcrevo os seguintes precedentes, cujos fundamentos aplicam-se à hipótese dos autos:

PREVIDENCIÁRIO. LEI DE REGÊNCIA. RETROATIVIDADE. MAIOR BENEFÍCIO ÀS PARTES. CUMULAÇÃO DE BENEFÍCIO. APOSENTADORIA POR IDADE (URBANA) E PENSÃO POR MORTE (RURAL). POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. ART. 124 DA LEI 8.213/91. PRECEDENTES DO STJ E DO TRF - 1ª REGIÃO.

1. Não se tratando de benefícios em manutenção ou revisão, o princípio da irretroatividade das leis, em matéria previdenciária – prevalência da norma vigente à época dos fatos geradores dos benefícios –, como decorrência da qualidade da parte, sucumbe à aplicação de lei nova mais benéfica, hipótese em espécie. (STJ, REsp 299.558/SC, Quinta Turma, Edson Vidigal, DJ 22/04/2002.)

2. É legítima a percepção cumulativa de pensão por morte de trabalhador rural com aposentadoria por idade de traba-

lhador urbano, inexistindo vedação legal – interpretação sistemática do art. 124 da Lei 8.213/91 –, até mesmo quanto à sua aplicação retroativa. (Cf. STJ, REsp 346.643, Quinta Turma, Min. Gilson Dipp, DJ 19/11/2001, e TRF1, AC 95.01.01342-1/MG, Segunda Turma, Juíza Assusete Magalhães, DJ 27/03/2000.)

3. Sentença confirmada em remessa oficial.

(TRF - 1ª Região - Remessa *Ex Officio* - Proc.: 199801000053069 - MG - Órgão Julgador: 1ª Turma - DJ: 29/5/2002 Pág: 89 - Rel. Juiz João Carlos Mauer Soares (Conv.)).

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CUMULAÇÃO DE BENEFÍCIOS. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO URBANO. PENSÃO POR MORTE DE TRABALHADOR RURAL. POSSIBILIDADE.

- Em tema de benefício previdenciário, embora em princípio deva ser observada a lei vigente ao tempo em que o beneficiário atenda às condições próprias exigidas, sua concessão deve observar a lei nova mais benéfica, em face da relevância da questão social que envolve o assunto.

- É legítima a percepção cumulativa da aposentadoria por tempo de serviço e da pensão por morte de trabalhador rural, benefícios previdenciários que apresentam pressupostos fáticos e fatos geradores diversos.

- Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp- 461150 Proc: 200201114276-RS - 6ª Turma - DJ: 09/12/2002 - Pág: 413 - Rel. Vicente Leal).

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RURÍCOLA. APOSENTADORIA POR IDADE E PENSÃO POR MORTE. ART. 15, DECRETO Nº 83.080/79, E ART. 16, INCISO I, PARÁG. 4º, LEI Nº 8.213/91. INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO. ART. 124, LEI Nº 8.213/91. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE.

- Inaplicáveis, ao caso *sub judice*, as hipóteses previstas nos arts. 15 do Decreto nº 83.080/79 e 16, inciso I, parág. 4º, da Lei nº 8.213/91, que tratam acerca da comprovação de dependência econômica, porquanto não prequestionados pelo v. acórdão de origem. Incidência da Súmula 356 do colendo Supremo Tribunal Federal. Dissídio pretoriano (art. 105, III, c, do Constituição Federal) prejudicado.

- Sendo a aposentadoria por idade prestação garantida ao segurado, e a pensão por morte prestação garantida aos seus dependentes, espécies distintas

de benefícios previdenciários, não há vedação legal que impossibilite sua cumulação, tanto em virtude de sua natureza, como de sua origem. Inteligência do art. 124 da Lei nº 8.213/91.

- Recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido. (STJ - REsp - 270.321 - Processo: 200000776092 UF: SP. Órgão Julgador: 5ª TURMA - DJU - 20/08/2001. Pág.: 518 - Rel. Jorge Scartezzini. Documento: STJ000398814)

No caso em apreço, verifica-se que a título de prova documental a demandante anexou aos autos: certidão de nascimento da autora, onde consta que a mesma nasceu no Sítio Mulungu, em Exu/PE, na data de 04/02/1945 (fl. 06); documento fornecido pelo Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Exu-PE, onde a mesma exerceu atividade rural em regime de comodato no Sítio Ambrósio, de Antonio José da Silva, de 01/01/1990 a 05/06/2003 (fl. 10); declaração de entrega de sementes da Secretaria de Agricultura de Exu, datada de 28/02/1990 (fl. 12); comprovante de recebimento de sementes do Programa Boa Safra, sendo beneficiária a Postulante (fl. 13); ficha cadastro da família do Sistema de Informações de Atenção Básica, datada de 01/02/1999, constando a autora como agricultora (fl. 14); certidão do Tribunal Regional Eleitoral-PE, com data de inscrição em 28/04/2000 e profissão agricultora (fl. 17); contrato particular de parceria entre o Sr. Antonio José da Silva e a autora, cadastrado no INCRA sob nº 2186147-1 para o cultivo de milho e feijão (fl. 18)

A respeito da questão da necessidade do início razoável de prova material para comprovação da efetiva atividade rural, comungo do entendimento de que na ausência dos documentos previstos no art. 106, parágrafo único, da Lei 8.213/91, a prova exclusivamente testemunhal, produzida em juízo, é idônea e perfeitamente possível para comprovar o efetivo exercício de atividades campestres.

Com efeito, a exigência da prova documental, conforme previsão do art. 55, § 3º, c/c art. 106, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91, aplica-se tão-somente à autoridade administrativa e não ao Poder Judiciário, não podendo, no processo contencioso, o juiz ficar adstrito a esse ou àquele meio de prova para formar o seu convencimento.

mento ao decidir o litígio. Não há no ordenamento jurídico pátrio prevalência do princípio da hierarquização das provas colhidas no processo.

No apreciar da lide, percebe-se ser cristalino o vínculo da suplicante com a atividade rurícola, e que a prova material colacionada aos autos, ratificada pela prova testemunhal colhida em juízo, coerente e segura, não apresentando contradição, sendo uníssonas as testemunhas em afirmarem que a demandante sempre exerceu atividade rural, em regime de economia familiar, no período alegado.

A respeito do tema, transcrevo os seguintes precedentes, inclusive desta egrégia Turma, cujos fundamentos, *mutatis mutandis*, aplicam-se à hipótese dos autos:

PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADORA RURAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. SALÁRIO-MATERNIDADE. COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RURAL. PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL.

- 1. Na ausência dos documentos previstos em Lei (art. 55, § 3º, c/c art. 106, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91), a prova exclusivamente testemunhal colhida em juízo, desde que firme e segura, é idônea e perfeitamente possível a comprovar o efetivo exercício de atividades rurícolas, tendo em vista a dificuldade encontrada pelo trabalhador rural para comprovar sua condição por meio de prova material, seja pela precariedade do acesso aos documentos exigidos, seja pelo grau de instrução ou mesmo pela própria natureza do trabalho exercido no campo que, na maioria das vezes, não é registrado, ficando os trabalhadores rurais impossibilitados de apresentarem prova escrita do período trabalhado.

2. *In casu*, a prova testemunhal produzida em juízo (fls. 78/79) se apresenta harmônica e segura, sendo uníssonas as testemunhas em afirmar que a postulante sempre exerceu atividade rural em regime de economia familiar. Depoimentos que foram colhidos de pessoas das quais não foram suscitadas quaisquer dúvidas quanto à integridade e que se mostraram conhecedoras da causa e contemporâneas dos fatos narrados.

3. Precedentes da 1ª Turma desta egrégia Corte.

4. Apelação improvida. (TRF 5ª R. - AC 2005.05.99.000691-8 - (360299) - CE - 1ª T. - Rel. Des. Fed. Francisco Wildo Lacerda Dantas - *DJU* 10.08. 2005 - p. 1022).

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. CERTIDÃO DE CASAMENTO DE MARIDO LAVRADOR. CATEGORIA EXTENSIVA À ESPOSA. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. A comprovação da atividade laborativa do rurícola deve se dar com o início de prova material, ainda que constituída por dados do registro civil, como certidão de casamento onde marido aparece como lavrador, qualificação extensível à esposa.

2. A Lei não exige que o início de prova material se refira precisamente ao período de carência do art. 143 da Lei nº 8.213/91, servindo apenas para corroborar a prova testemunhal presente nos autos.

3. Recurso especial desprovido.

(STJ - REsp 495.332 / RN - 6ª T. - Rel. Min. Vicente Leal - *DJU* 02.06.2003) (grifos nossos).

PREVIDENCIÁRIO. RURÍCOLA. INÍCIO DE PROVA DOCUMENTAL CONSTANTE NOS AUTOS. PERÍODO MÍNIMO DE CARÊNCIA. DISPENSABILIDADE.

- A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, existente nos autos início razoável de prova documental, é de se reconhecer como comprovada a atividade rurícola para fins de concessão de benefício previdenciário, corroborada pelos depoimentos testemunhais. Tratando-se de aposentadoria por idade de trabalhador rural, é dispensável a comprovação do período mínimo de carência (art. 26, III, da Lei nº 8.213/91).

Recurso Especial não conhecido.

(STJ - REsp 413.179 - PR - 6ª T. - Rel. Min. Vicente Leal - *DJU* 14.10.2002). (Grifos nossos).

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO ESTÁVEL. CONCUBINA. VIDA EM COMUM. SUFICIÊNCIA DE PROVA. COMPANHEIRA DE PEQUENO PRODUTOR.

1. Comprovada a existência da união estável, a companheira tem direito à pensão por morte do segurado, nos termos do art. 16 da Lei nº 8.213/91.

2. As disposições presentes na legislação específica de algum benefício, como a exigência de apresentação de prova material, se dirigem à autoridade administrativa e nunca ao Poder Judiciário. Em matéria de valor das provas, prepondera o sistema da persuasão racional do magistrado, só podendo sofrer exceções que estejam previstas na Lei.

3. (...).

5. Apelação provida. Sentença reformada.

(TRF 1ª R. - AC 01000028560 - RO - 1ª T. - Rel. Des. Fed. Eustáquio Silveira - *DJU* 17.02.2003 - p. 39)(grifos nossos).

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. VIÚVA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. PRESUNÇÃO LEGAL. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REMESSA OFICIAL NÃO CONHECIDA. RECURSO DO INSS PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO ADESIVO PROVIDO.

1. (...).

2. A prova testemunhal, conforme entendimento desta e. Corte, é idônea para comprovar o exercício de atividade rural, em face da precariedade das condições de vida do trabalhador rural, ainda mais se corroborada, como na espécie, por razoável início de prova material.

3. (...).

9. Recurso do INSS parcialmente provido. Recurso adesivo provido.

(TRF 3ª R. - ACR 6.658 - SP - 5ª T. - Rel. Des. Ramza Tartuce - *DJU* 01/04/2003 - p. 347) (grifos nossos)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. TRABALHADOR RURAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. QUESTÃO DE DIREITO E DE FATO. DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS EM AUDIÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR IDADE. SEGURADO ESPECIAL. LEI Nº 8.213/91. REQUISITOS. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. COMPROVAÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO ATRAVÉS DE DOCUMENTO IDÔNEO. PROVA TESTEMUNHAL. ADMISSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. PERÍODO DE CARÊNCIA. DESNECESSIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA. LEI

Nº 6.899/81.

1. (...).

4. A jurisprudência vem admitindo a validade da prova exclusivamente testemunhal para comprovação de tempo de serviço, quando esta constitui prova idônea e hábil a convencer o magistrado acerca da veracidade e da contemporaneidade dos fatos alegados.

5. O nosso ordenamento jurídico consagrou o Princípio da Persuasão Racional (CPC, art. 131), pelo qual o juiz formará o seu convencimento com liberdade no exame das provas, desde que baseado nos elementos probatórios demonstrados nos autos.

(...).

8. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

(TRF 5ª R. - AC - 245754 - CE - 2ª T. - Des. Fed. Araken Mariz - DJU 25/01/2002 - P. 710) (grifos nossos).

Nas ações previdenciárias a correção monetária deve ser aplicada conforme as disposições da Lei 6.899/81.

Em se tratando de débitos relativos a benefícios previdenciários, dado o caráter alimentar da dívida, são incidentes juros moratórios no percentual de 1% ao mês, a partir da citação válida (Súmula 204 do STJ).

Na fixação dos honorários advocatícios, o entendimento jurisprudencial de nossos Tribunais e desta egrégia Corte é no sentido de que para as ações previdenciárias devem ser fixados no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, incidentes sobre as parcelas vencidas (Súmula 111/STJ), dada a repetitividade e pacificação da matéria no âmbito das Cortes Regionais e Superiores e a singeleza da causa.

Diante do exposto, reportando-me aos fundamentos dos precedentes retrotranscritos, dou parcial provimento à apelação, para condenar a Autarquia Previdenciária a conceder o benefício da aposentadoria por idade à Demandante a partir do ajuizamento da ação, fixando os juros moratórios no percentual de 1% ao mês, a partir da citação válida (Súmula 204 do STJ). Condene, ainda, o INSS nos honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 420.753-PE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelante: SAULO LUIZ RODRIGUES DE MORAIS (ESPÓLIO)
Apelados: UNIÃO, UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ, MUNICÍPIO DE CURITIBA E ESTADO DO PARANÁ
Repte.: PROCURADORIA DA UFPR
Advs./Procs.: DRS. ANDRÉ LUIZ MAGALHÃES DE AMORIM (APTE.), JOEL MACEDO SOARES PEREIRA NETO E OUTROS (3º APDO.) E LUIZ GUILHERME BITTENCOURT MARINONI (4º APDO.)

EMENTA: DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. TRANSPLANTE DE MEDULA ÓSSEA PARA PACIENTE PORTADORA DE ANEMIA APLÁSTICA SEVERA (CID 284. 9/5). FALTA DE MATERIAL E LEITO PARA CIRURGIA. NEGLIGÊNCIA NO ATENDIMENTO EM HOSPITAL PÚBLICO. FALECIMENTO DA PACIENTE. LEGITIMIDADE DOS SUCESSORES DO AUTOR FALECIDO PARA INTEGRAR A LIDE.

- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento de que o caráter pecuniário da indenização por danos morais, mesmo antes do efetivo recebimento pelo ofendido, faz com que ela integre o seu patrimônio, tornando-se transmissível aos seus sucessores. Assim, a indenização por dano moral pode ser postulada pelo espólio e/ou pelos sucessores da vítima falecida. Precedente (STJ, Quarta Turma, REsp 648.191/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, decisão 09/11/2004, DJ 06/12/2004, p. 334.).

- A Constituição Federal em seu art. 5º, V, garante a indenização da lesão moral, independente de estar, ou não, associada a prejuízo patrimonial.

- A esposa do autor, portadora de doença denominada “anemia aplástica severa”, procedendo

a tratamento em unidade hospitalar, pelo Serviço Único de Saúde - SUS, deixou de se submeter a transplante de medula óssea, mesmo tendo doadores, por falta de condições de realização da cirurgia pelo hospital (falta de material ou leito), vindo a falecer durante o período de espera.

- In casu, a responsabilidade decorre de omissão do Estado e da má administração, acarretando a falta de condições ao atendimento da população na área de saúde, implicando numa conduta específica, o que enseja a teoria do risco administrativo.

- Danos morais devidos no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

- Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação em danos morais, nos termos do § 4º do artigo 20 do CPC.

- Apelação parcialmente provida.

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 parcial provimento à apelação, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 14 de agosto de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI -
Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de ação ordinária movida por Saulo Luiz Rodrigues de Moraes contra a União Federal, a Universidade Federal do Paraná, o Município de Curitiba e o Estado do Paraná, objetivando inde-

nização por danos morais no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), diante de seu sofrimento com a perda de sua esposa, afirmando que os réus contribuíram para o fato.

Argumenta o autor que sua esposa era portadora de anemia aplástica severa (CID 284.9/5), conforme detectou o Hospital das Clínicas da Universidade Federal do Paraná, iniciando tratamento naquela unidade hospitalar pelo SUS. Afirma que desde o ano de 1995 sua esposa tinha dois doadores de medula óssea histocompatíveis, no entanto, o hospital optou pelo tratamento imunossupressor devido à idade da paciente e por achar que a doença não era severa. Alega que sua esposa iniciou o tratamento em Curitiba, para manutenção das taxas dos organismos, posteriormente foi internada no HEMOPE, em Recife/PE, em estado grave, apresentando complicações.

Aduz o autor que por duas vezes sua esposa viajou para Curitiba/PR para realizar transplante de medula óssea, conseguindo doadores, mas, todas as vezes que chegava, passava cerca de 30 a 45 dias aguardando a chegada de medicamentos, material cirúrgico e outros e não realizava o procedimento cirúrgico. Até que em 2001, tendo viajado mais uma vez para Curitiba/PR a fim de realizar o transplante, teve que retornar à cidade do Recife/PE, pois o hospital não tinha leite, nem material cirúrgico. Neste vai-e-vem sua esposa não agüentou e faleceu em 27.05.2001. Requer, assim, indenização por danos morais, diante da negligência e imprudência dos réus, que levaram ao sofrimento seu e de sua esposa.

Foi requerida, também pelo autor, pensão previdenciária, contudo, foi indeferida a citação do INSS, não havendo interposição de recurso.

Posteriormente, foi anexada ao processo certidão exarada pela Oficiala da Justiça, informando que o autor faleceu no ano de 2004, com cópia do óbito à fl. 695. Suspenso o andamento do feito, requereram Sabrina Nóbrega de Moraes, Saulo Nóbrega de Moraes e Sara Nóbrega de Moraes e Silva suas habilitações para sucederem o seu pai (fls. 698/699).

O MM. Juiz monocrático extinguiu o feito, sem julgamento do mérito, entendendo que, por ser a ação de danos morais o benefício requerido, com a morte do autor não enseja a sucessão processual.

Inconformados, recorrem os habilitados, no nome do autor, requerendo a reforma da sentença.

Após contra-razões, subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

Peço a inclusão do feito em pauta para julgamento.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

O Juiz *a quo* extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, por considerar que, versando a lide sobre danos morais, não têm legitimidade ativa os sucessores do autor falecido para integrar o feito, pois o requerido constitui um direito personalíssimo.

Sabe-se que a dor, o sofrimento e a humilhação que caracterizam o dano moral são suportados exclusivamente pela vítima, lesando, geralmente, direitos personalíssimos seus. No entanto, uma vez caracterizado o dano extrapatrimonial, passa ele a dar ensejo a uma indenização pecuniária, destinada a compensar o lesionado e desestimular o ofensor para a prática de novas condutas da mesma natureza.

Ora, o caráter pecuniário dessa indenização, mesmo antes do efetivo recebimento pelo ofendido, faz com que ela integre o seu patrimônio, tornando-se transmissível aos seus sucessores. Assim, a indenização por dano moral pode ser postulada pelo espólio e/ou pelos sucessores da vítima falecida.

Nesse sentido, tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. MORTE DA VÍTIMA. LEGITIMIDADE ATIVA DO ESPÓLIO.

1 - Na linha da jurisprudência desta Corte, o espólio detém legitimidade para suceder o autor na ação de indenização por danos morais. Precedentes.

2 - Recurso não conhecido. (STJ, Quarta Turma, REsp 648.191/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, decisão 09/11/2004, DJ 06/12/2004, p. 334.)

CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DIREITO À IMAGEM E À HONRA DE PAI FALECIDO.

Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair dos filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula. Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo, seja por dano moral, seja por dano material.

Primeiro recurso especial das autoras parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.

Segundo recurso especial das autoras não conhecido.

Recurso da ré conhecido pelo dissídio, mas improvido. (STJ, REsp 521.697 / RJ, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ 20.03.2006)

Desta forma, não há que se extinguir o presente processo, sem julgamento do mérito.

Afastada a preliminar que conduziu à extinção do feito no juízo monocrático e sendo a matéria eminentemente de direito, configurada está a aplicação do artigo 515, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 10.352/2001, autorizando o Tribunal a apreciar o mérito da demanda sem a necessidade do retorno dos autos à origem, vez que a causa encontra-se madura para julgamento.

A questão se resume a pedido de indenização por danos morais, devido à alegação de má administração da saúde no país, sob o fundamento de que a esposa do autor, ainda que possuindo dois doadores para o transplante de medula óssea necessária para o tratamento de sua enfermidade, não pôde realizar a cirurgia, por

falta de material e leito para tal, vindo a falecer durando o processo de espera.

É fato que compete à União a formulação de programas e normas gerais concernentes à assistência à saúde, nos termos do artigo 198 da Constituição Federal.

Foi instituído o Sistema Único de Saúde - SUS, através da Lei nº 8.080/1990, na qual ficou estabelecida a descentralização das ações e serviços de saúde em razão da complexidade envolvida na execução das políticas de saúde em todo o território nacional.

Portanto, não se pode deixar de considerar a legitimidade passiva da União para integrar a lide.

No dano moral deve-se analisar o efeito da lesão e o caráter da sua repercussão sobre o lesado. Há de se observar a vergonha, o constrangimento, a dor, a injúria física ou moral, a emoção, em geral, uma sensação dolorosa experimentada pela pessoa.

Contudo, tais elementos só podem ser medidos quando observada a natureza objetiva do evento, e como o fato se traduz nas relações humanas. Deve-se analisar de que maneira o ato, considerado danoso, afetou a instabilidade emocional, a ponto de causar danos ao indivíduo posto em situação que se traduza em vexame.

Humberto Theodoro Júnior, em seu livro *Dano Moral*, 4ª edição, Editora Juarez de Oliveira Ltda.: 2001, págs. 9 e 98/99, comenta:

O dano moral pressupõe uma lesão – a dor – que se passa no plano psíquico do ofendido. Por isso, não se torna exigível na ação indenizatória a prova de semelhante evento. Sua verificação se dá em terreno onde à pesquisa probatória não é dado chegar (...).

A situação fática em que o ato danoso ocorreu integra a causa de pedir, cuja comprovação é ônus do autor da demanda. Esse fato, uma vez comprovado, será objeto de análise judicial quanto à sua natural lesividade psicológica, segundo a experiência da vida, ou seja, daquilo que comumente ocorre em face do homem médio na vida social.

Quando o ofendido comparece, pessoalmente, em juízo para reclamar reparação do dano moral que ele mesmo suportou em sua honra e dignidade, de forma direta e imediata, não há dúvida alguma sobre sua legitimidade ad causam. Quando, todavia, não é o ofendido direto, mas terceiros que se julgam reflexamente ofendidos em sua dignidade, pela lesão imposta a outra pessoa, torna-se imperioso limitar o campo de repercussão da responsabilidade civil, visto que se poderia criar uma cadeia infinita ou indeterminada de possíveis pretendentes à reparação da dor moral, o que não corresponde, evidentemente, aos objetivos do remédio jurídico em tela.

Exigem-se, por isso mesmo, prudência e cautela da parte dos juizes no trato desse delicado problema. Uma coisa, porém, é certa: o Código Civil prevê, expressamente, a existência de interesse moral, para justificar a ação, só quando toque "diretamente ao autor ou à sua família" (art. 75).

Mostra-se evidente em nosso país a precariedade dos hospitais públicos, com ausência de medicamentos, leitos e até mão-de-obra especializada. A esposa do autor, infelizmente, foi vítima da falta de recursos existentes e da má administração no setor de saúde, para o atendimento da população.

Nos termos dos autos, a esposa do autor deslocou-se algumas vezes de Recife/PE para Curitiba/PR para fazer um transplante de medula óssea, já que se tinha o mais difícil, os doadores, procedimento este importante para tentar uma possível cura de sua doença, não podendo realizá-lo por falta de medicamentos, material cirúrgico ou leito disponível. Foram mais de cinco anos de tratamento e de tentativa da cirurgia, submetendo-se a esperas inadequadas à sua condição física e psicológica.

Em momento algum se pretende julgar, na presente lide, o atendimento do médico que acompanhou o estado da esposa do postulante, pois não resta evidenciada sua falta de assistência à paciente, mas não se pode deixar de reconhecer a negligência e imprudência dos dirigentes responsáveis pela administração da saúde, seja através de seus órgãos ou agentes.

A legislação pátria admite, ainda, a forma objetiva de responsabilidade, onde é necessária somente a comprovação do dano e

do nexo de causalidade, dispensada a verificação da culpa, como nos casos de ato lesivo praticado por funcionário no exercício do serviço público e nas relações de consumo.

No entanto, não interessa à solução do caso se houve culpa ou dolo do agente da Administração, visto que é constitucionalmente assegurado o direito de regresso contra o responsável nestes casos, devendo, pela teoria do risco administrativo, a União Federal ressarcir os danos causados por seus prepostos em relação a terceiros.

A União tem o dever de prover recursos para o normal funcionamento da rede hospitalar pública, o que implica em dotar o sistema de condições de atendimento.

Neste sentido já vem decidindo esta Corte, nos termos seguintes:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO PELA DEFICIÊNCIA DO SERVIÇO. FALTA DE UTI PARA ATENDIMENTO DE URGÊNCIA. PREJUÍZOS SOFRIDOS PELA PACIENTE E SEU ESPOSO. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, FIXADOS EM R\$ 2.500,00. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDAS. (TFR 5ª Região AC 380.387/RN, Rel. Desembargador Federal Lázaro Guimarães, DJ 02.08.2006).

In casu, a responsabilidade decorre de omissão do Estado, por falta de proporcionar as condições necessárias para o atendimento da população no setor de saúde, implicando numa conduta específica, ensejando a teoria do risco administrativo.

A ausência ou o mau funcionamento do serviço público provocam indenizações a eventuais prejudicados.

Hely Lopes Meirelles comenta, em seu livro *Direito Administrativo Brasileiro*, 7ª edição, págs. 554/555, que:

A teoria da culpa administrativa representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a falta do serviço para dela inferir a responsabilidade da Administração. É o estabelecimento

do binômio falta do serviço-culpa da Administração. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se, também, uma culpa, mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou chamar de culpa administrativa.

Esta teoria ainda pede muito da vítima, que, além da lesão sofrida injustamente, fica no dever de comprovar a falta do serviço para obter a indenização. A falta do serviço, no ensinamento de Duez, pode apresentar-se sob três modalidades: inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço ou retardamento do serviço. Ocorrendo qualquer destas hipóteses, presume-se a culpa administrativa e surge a obrigação de indenizar.

No estágio atual de nosso direito, já não cabe mais questionar a respeito da indenização do chamado dano moral puro, e, por evidência, também se reconhece que a morte por negligência é causa geradora de lesão aos sentimentos não patrimoniais das pessoas vinculadas a quem faleceu, como os parentes.

Entendendo-se que ficou caracterizada a responsabilidade civil da ré pelos danos causados ao autor e a seus filhos, há de se verificar como podem ser compensados pelo fato.

O nosso direito positivo acolhe a indenização dos danos morais, porém, não existem nos textos da nossa lei expressões que os definam.

Não se nega a sua função penal, devido à sanção imposta ao ofensor, e compensatória, por ser uma satisfação que se procura amenizar a ofensa causada, proporcionando uma vantagem ao ofendido, que tenta, com a soma de dinheiro paga a quem sofreu o dano, atender às satisfações materiais ou ideais que se pense convenientes.

Ninguém pode dizer, com certeza, qual o preço de uma vida, mas pode-se tentar traduzir um montante pelo evento lesivo moralmente advindo, aplicando uma quantia significativa em razão da perda sofrida. Assim, entendo que deve ser pago aos sucessores do autor o valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título de danos morais.

Ressalte-se que, apesar de se tratar de ação de indenização por perdas e danos moral e material, não restou demonstrado nos autos qual o valor material sofrido.

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação para considerar os sucessores parte ativa legítima para integrar a lide, além de condenar os réus a pagar aos sucessores o valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título de indenização, tudo devidamente corrigido até a data do efetivo pagamento. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do § 3º, do artigo 20 do CPC.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 3.389-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelantes: ANTÔNIO ARLI DE SOUZA E JOSÉ ANSELMO DE SOUZA
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Def. Pública: DRA. JACINTA DE FÁTIMA COUTINHO MOURA (1º APTE.)
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ MARIA RODRIGUES BEZERRA E OUTRO (2º APTE.)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. EXPLORAÇÃO DE BENS PERTENCENTES À UNIÃO, SEM AUTORIZAÇÃO LEGAL (ART. 2º, DA LEI Nº 8.176/91). AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. ISENÇÃO DA PENA DE MULTA ANTE O ESTADO DE POBREZA. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CABIMENTO. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. RECONHECIMENTO EX OFFICIO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

- Comprovadas a materialidade delitativa e as autorias das condutas é de se manter a condena-

ção dos réus pela prática de exploração, sem autorização, de bens pertencentes à União (art. 2º da Lei nº 8.176/91).

- Inexiste fundamento legal para isenção da pena de multa sob a justificativa do estado de pobreza no qual se encontra o réu.

- Cabível, porém, no caso dos autos, a redução da pena privativa de liberdade para 2 (dois) anos de detenção.

- Decorridos mais de 4 (quatro) anos entre a data do recebimento da denúncia (16/04/1999) e a sentença condenatória (15.05.2003), bem como entre esta última e a data atual (19.07.2007), constatou-se um lapso temporal suficiente para que seja reconhecida a prescrição retroativa pela pena aplicada, a teor do que dispõe o art. 109, V, do CP; reconhecimento que se faz, desde já, a partir do permissivo contido na melhor inteligência do CP, art. 110, § 1º, haja vista o trânsito em julgado para a acusação, bem como o exaurimento das instâncias ordinárias que se opera com o presente julgamento.

- Apelações criminais parcialmente providas; prescrição reconhecida ex officio.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar parcial provimento às apelações criminais e decretar, *ex officio*, a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 19 de julho de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Adoto o relatório exarado pelo Des. Federal Paulo Gadelha, às fls. 562/563.

Pedi dia para julgamento por se tratar de hipótese em que não se impõe envio dos autos ao Revisor.

É o que importa relatar.

VOTO

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

Tratam os autos de apelações criminais manejadas pelos réus contra sentença exarada pelo Juízo Federal da 13ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, que condenou os ora apelantes à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de detenção, a serem cumpridos inicialmente em regime aberto, e 30 (trinta) dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, pela prática do delito previsto no art. 2º da Lei nº 8.176/91 (exploração de bens pertencentes à União, sem autorização legal).

Ao arrazoar a apelação, o réu Antônio Arli de Souza aduziu que as provas colocadas aos autos são insuficientes para justificar sua condenação. Tal argumento não merece ser acolhido, diante do minucioso relatório técnico de vistoria, elaborado por geólogo pertencente ao quadro do Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, tornando-se indubitável a materialidade do crime e sua autoria delitiva.

Ressalte-se, ainda, que o resultado de tal vistoria restou corroborado por declarações prestadas pelo segundo réu, que ratificou as informações ali contidas, e, somado ao depoimento da testemunha, constituem provas suficientes para sustentar a condenação do apelante.

Também não merece guarida a alegação de seu estado de pobreza como justificativa para a isenção da pena de multa, vez que inexistente fundamento legal para tal requerimento. Nem o Cód-

go Penal Brasileiro, nem a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) contemplam tal hipótese, apenas possibilitam o parcelamento da pena pecuniária (art. 50 do CP e art. 169, *caput* e § 1º, da Lei nº 7.210/84).

Por sua vez, o réu José Anselmo de Souza em suas razões de apelo alega, em primeiro lugar, nulidade do processo por ausência de exame de corpo de delito, indispensável à caracterização do tipo penal pelo qual fora denunciado que, segundo assevera, constitui crime de conduta de natureza permanente, que deixa vestígios. Ainda que assim fosse, o CPP, em seu art. 167, possibilita a supressão do exame de corpo de delito por outros meios de prova, inclusive a testemunhal. Levando-se ainda em consideração o princípio da verdade real, o qual norteia o processo penal, todas as provas devem ser igualmente consideradas, sem hierarquia entre elas.

Em segundo lugar, sustenta o segundo denunciado que as provas coligidas são insuficientes para sua condenação. Repita-se, uma vez mais, que o relatório realizado *in loco*, a confissão do próprio José Anselmo e o depoimento da testemunha são suficientes para comprovar a materialidade e a autoria do delito em tela.

Por fim, requer o segundo denunciado a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. *In casu*, não se mostram satisfeitos os requisitos enumerados no inciso III do art. 44 do CP, tendo em vista a personalidade, bem como os antecedentes deste réu, que impossibilitam a referida substituição.

No entanto, razão assiste aos apelantes com relação ao *quantum* da pena privativa de liberdade imposta a ambos.

O delito em questão tem sua pena fixada no art. 2º da Lei nº 8.176/91 de 1 (um) a 5 (cinco) anos de detenção e multa. O MM. Juiz monocrático fixou a pena-base, que posteriormente tornou definitiva, em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de detenção.

É certo que a existência de outros processos instaurados contra os réus justifica, em razão dos maus antecedentes, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, porém, não numa proporção tão dilatada quanto a que fora adotada pelo Julgador *a quo*, ou seja, bem mais da metade do máximo da pena cominada.

Assim, tendo em vista circunstâncias judiciais do crime, especificamente a culpabilidade dos réus, as circunstâncias do crime e o *modus operandi*, inclusive com utilização de mercúrio e cianeto nas atividades clandestinas de aproveitamento de ouro, altero a dosimetria da pena, reduzindo a pena-base para 2 (dois) anos de detenção.

Não vislumbro nenhuma circunstância agravante nem atenuante. Inexistem, na hipótese, causas que ensejem o aumento ou a diminuição de pena, pelo que torno definitiva a pena de 2 (dois) anos de detenção.

Ocorre que, **passados mais de 4 (quatro) anos** entre a data do **recebimento da denúncia (16/04/1999)** e a **da sentença condenatória (15/05/2003)**, e o mesmo espaço de tempo entre a sentença e a **data atual (19/07/2007)**, constata-se um lapso temporal suficiente para que seja reconhecida a **prescrição retroativa pela pena aplicada**, a teor do que dispõe o art. 109, V, do CP, o qual prevê o prazo de 4 (quatro) anos para prescrição da pena de 2 (dois) anos e, junto com esta, prescreve também a pena de multa, conforme disposto no art. 114, II, do CP.

Reconheço *ex officio*, e desde já, a causa extintiva da punibilidade mencionada, seguindo a melhor inteligência do CP, art. 110, § 1º, haja vista o trânsito em julgado para a acusação, bem como o exaurimento das instâncias ordinárias que se opera com o presente julgamento.

Ante o exposto, dou parcial provimento às apelações dos réus para reduzir a pena privativa de liberdade a 2 (dois) anos de detenção e reconheço, *ex officio*, a ocorrência da prescrição retroativa pela pena em concreto.

É como voto.

**APELAÇÃO EM MANDADO
DE SEGURANÇA N° 79.813-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO
Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO
NORTE - UFRN
Apelado: ALEXANDRO BARBOSA
Advs./Procs.: DRS. TÂNIA SOUZA PAIVA E OUTROS (APTE.) E
CARLOS AMÉRICO DOS SANTOS COSTA E OU-
TROS (APDO.)

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE
SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PROFES-
SOR AUXILIAR. APROVAÇÃO. RECUSA À NO-
MEAÇÃO. PRELIMINAR DE LEGITIMIDADE PAS-
SIVA AD CAUSAM DO REITOR DA UFRN. REJEI-
ÇÃO. NECESSIDADE E CONVENIÊNCIA DA
NOMEAÇÃO DEMONSTRADOS PELA ADMINIS-
TRAÇÃO. DIREITO À NOMEAÇÃO. DECURSO
DE TEMPO QUE REFORÇA A NECESSIDADE
DA PERMANÊNCIA DO IMPETRANTE NO CAR-
GO, SOB PENA DE PREJUÍZOS À ADMINISTRA-
ÇÃO, AOS DISCENTES E AO PRÓPRIO IMPE-
TRANTE.**

**- Candidato aprovado em primeiro lugar no con-
curso público para Professor Auxiliar da UFRN,
que não fora nomeado sob o argumento de que
o ato de nomeação dependeria de autorização
do Ministério da Educação.**

**- O Reitor da UFRN é parte legítima para figurar
no pólo passivo da presente impetração, posto
que a nomeação do impetrante não prescinde da
prática de ato administrativo pela referida auto-
ridade.**

**- Direito do impetrante à nomeação, que já não
estaria subordinado à conveniência do exercício do
poder discricionário da Administração, em face
das inúmeras manifestações da própria UFRN,**

acerca da necessidade de contratar professores, e do fato da edição de portarias do Ministro da Educação e do Ministro do Planejamento, que permitiram a admissão de novos docentes para aquela Instituição de Ensino Superior.

- Situação fáctica a ser mantida, posto que, se desfeita, só traria prejuízos à Administração, ao impetrante, docente da UFRN há vários anos, e aos discentes, que permaneceriam sem professor para a disciplina ora lecionada pelo impetrante, e na dependência da realização de um concurso público para provimento do cargo vago.

- Apelação e remessa oficial improvidas.

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, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento à apelação e à remessa oficial, 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, 24 de maio de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Apela-se da sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, que concedeu a segurança pleiteada por Alexandro Barbosa, que se insurgira contra ato reputado ilegal, cuja prática foi imputada ao Magnífico Reitor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, com vistas a ser nomeado, em caráter efetivo, para o cargo de Profes-

sor Auxiliar daquela Instituição de Ensino Superior - IES, com lotação no Departamento de Ciências Contábeis, em decorrência da sua aprovação em 1º (primeiro) lugar no concurso público realizado para o referido cargo.

Diz o impetrante: a) que o resultado final do concurso foi homologado através da Resolução nº 088/2000 - CONSEPE, em 05/12/2000, pelo Magnífico Reitor da UFRN, cuja publicação se deu no *DOU* em 11/12/2000, Seção I, pág. 12; b) em 24/01/2001, a referida autoridade, através do Ofício nº 024/01, solicitou ao Secretário de Ensino Superior do Ministério da Educação a liberação dos códigos de vaga dos professores habilitados pelo concurso em comento, posto que as mesmas eram necessárias para que fossem providenciadas as respectivas portarias de nomeações dos candidatos aprovados; c) em 27/3/2001, foi publicada no *DOU*, Seção I, pág. 121, a Portaria Ministerial nº 63, ato que, dentre outros assuntos, dispôs sobre a possibilidade de nomeação dos candidatos aprovados em concursos para provimento de cargos de Professor de 3º Grau, realizados até 31 de janeiro de 2001, desde que respeitado o limite máximo indicado para cada instituição que, em relação à UFRN, era de 5 (cinco) vagas; d) em face da referida Portaria Ministerial, o Reitor da UFRN expediu o Ofício nº 114/2001, em 29/3/2001, endereçado ao Secretário Executivo do Ministério da Educação, reiterando o pedido de liberação dos códigos de vaga dos professores habilitados no aludido concurso; e) nenhuma providência foi deflagrada e, diante da necessidade de se prover os cargos de professores das disciplinas de graduação para o período 2001.2, o Chefe do Departamento de Ciências Contábeis emitiu o Ofício nº 035/2001, em 03/8/2001, endereçado ao Diretor de Administração de Pessoal da UFRN, solicitando que o impetrante fosse contratado; f) embora tenha sido expedida a Portaria nº 63, que expressamente autorizou a nomeação dos professores concursados e atribuiu aos Reitores das Universidades a competência para a nomeação dos mesmos, o Reitor da UFRN permaneceu inerte.

Foi requerida a concessão da segurança, de sorte a que fosse imediatamente nomeado, em caráter efetivo, e em regime de dedicação exclusiva, nos termos da Lei nº 8.112/90, para o referido cargo.

A liminar – fl. 66 – foi concedida, em parte; determinou-se que o impetrante fosse contratado, temporariamente, até ulterior deliberação do Juízo.

A autoridade coactora, ao prestar as “informações”, argüiu, em preliminar, a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, por entender que não possuiria competência para autorizar o provimento dos cargos a que se reporta o Edital nº 01/2000, da Pró-Reitoria de Recursos Humanos da UFRN, uma vez que, de acordo com a Portaria Ministerial nº 63/2001, tal encargo é atribuído às Secretarias Executivas dos Ministérios da Educação e do Planejamento, Orçamento e Gestão.

No mérito, defendeu a tese de inexistência de qualquer omissão, posto que o pleito do Impetrante dependeria de autorização do Ministério da Educação.

O douto presentante do Ministério Público Federal opinou pela concessão da segurança - fls. 99/101.

Na sentença, reconheceu-se que o ato omissivo da UFRN estava eivado de ilegalidade, ao não reconhecer o direito subjetivo do impetrante à nomeação para o cargo já referido. A medida liminar foi ratificada e a segurança concedida, para que a Instituição de Ensino Superior - IES impetrada procedesse à nomeação do impetrante, em caráter efetivo, para o seu quadro de pessoal permanente.

Irresignada, a UFRN, interpôs apelação, reiterando os argumentos constantes das “informações”. Contra-razões ofertadas às fls. 138/146. Autos que foram a mim redistribuídos, em razão da aposentadoria do Desembargador Nereu Santos.

É, no que importa, o relatório. Dispensada a revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Com a devida vênia aos que se posicionem em contrário sentido, penso que a sentença deve ser mantida.

Examino a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*. No particular, não antevejo razão para discordar dos lúcidos argumen-

tos utilizados pelo culto e zeloso prolator da decisão recursada que, com brilho, assim se houve:

(...) cumpre antes de enfrentar o mérito, apreciar a preliminar aventada pelo impetrado em sua peça informativa de ilegitimidade passiva ad causam, levando-se a efeito o art. 1º da Portaria Interministerial nº 63, de 20 de março de 2001.

Ocorre, entretantes, que, após atenta leitura do dispositivo invocado, vê-se que, ao contrário do que alega o impetrado, o Reitor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte detém, de fato, legitimidade para figurar no pólo passivo deste mandamus, uma vez que, como se depreende no § 1º do comando normativo em tela, “Nos concursos comprovadamente realizados até 31 de janeiro de 2001 pelas instituições relacionadas no anexo a esta Portaria, para o provimento de cargos de Professor de 3º Grau, poderá haver a nomeação dos aprovados, até o limite máximo indicado para cada Instituição”.

Dessa maneira, se a própria portaria autoriza, na hipótese do certame ocorrido antes daquela data, a nomeação dos aprovados, quem tem o condão de execução do ato de nomeação só pode ser o Reitor da autarquia impetrada. Ninguém mais. A nomeação – não há dúvida – perfectibiliza por ato administrativo da autoridade ora tida como coatora, qual seja, o Reitor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, só sendo, portanto, este ser reputado como autoridade impetrada para os fins desta demanda.

Inferir de maneira diversa seria abstrair qualquer poder decisório a todas as autarquias de ensino superior espraçadas pelo Brasil, que, ao menos pela Constituição Federal, gozam de autonomia universitária, dado que a totalidade dos atos executórios partiriam exclusivamente de Brasília/DF, o que só contribuiria para nulificar o princípio do acesso à justiça.

Sob amparo desses fundamentos, que adoto como razões de decidir, rejeito a preliminar e passo ao exame do mérito.

Pretendeu o impetrante ser nomeado, em caráter efetivo, para o cargo de Professor Auxiliar da UFRN, com lotação no Departamento de Ciências Contábeis, após ter obtido aprovação em 1º

(primeiro) lugar no concurso público realizado para o referido cargo.

Poder-se-ia cogitar que, conquanto o impetrante tivesse logrado a primeira colocação no certame seletivo, a sua pronta nomeação não poderia ser exigida, em face do poder discricionário conferido à Administração, que o exercita sob os influxos dos critérios de oportunidade e conveniência.

Todavia, como bem assinalou o douto Magistrado *a quo*, tal cogitação não se revela fértil, na medida em que a própria Administração manifestou a necessidade da contratação de professores de diversos departamentos de ensino, incluindo-se aí a área de atuação do impetrante.

Seria a hipótese, segundo penso, de que já não se poderia cuidar de que o direito do impetrante dependeria da conveniência de o poder discricionário da Administração ser exercitado, em face das inúmeras manifestações da UFRN no sentido de contratar professores, e mesmo em face da edição das portarias do Ministro da Educação e do Ministro do Planejamento, que permitiram a admissão de novos docentes para aquela Instituição de Ensino Superior - IES.

No particular, a douda decisão recorrida, assim pontificou:

Para tanto, forçoso é trazer à baila, no desiderato de enaltecer a necessidade de preencher a vaga no Departamento do Curso de Ciências Contábeis, trechos da Resolução nº 045, de 30 de agosto de 2001, do CONSEPE (fls. 100/101), através da qual se vê com clareza solar a inelutável imprescindibilidade de nomear os candidatos aprovados no certame para arregimentar professores, dentre eles o caso do impetrante, para diversos departamentos, como se constata a seguir:

“(...) CONSIDERANDO a necessidade de admitir imediatamente docentes aprovados em concursos anteriores ainda válidos, realizados com autorização deste Colegiado, e que as Portarias nº 1.724, de 3 de agosto de 2001, do Ministro de Estado da Educação e nº 163, de 2 de agosto de 2001, do Ministro de Estado do Planejamento, publicadas no Diário Oficial da União no dia 06 de agosto de 2001, permitem a admissão de novos docentes para a UFRN;

observando o que consta no Ofício nº 038/2001 - CONSEPE, de 7 de agosto de 2001, que determina o percentual a ser utilizado para atender necessidades específicas de departamentos da UFRN; e ainda o que consta do processo nº 23077.013517/2001, RESOLVE:

Art. 1º - Estabelecer que as vagas para provimento de cargos de Professor de Ensino de 3º Grau na UFRN, autorizadas pelas portarias acima citadas, são distribuídas da seguinte forma:

- a) Omissis (...).
- b) Oito vagas para contratação de professores concursados mediante autorização deste CONSEPE, cujos resultados já foram homologados por este Colegiado;”

Logo em seguida, destina uma vaga para o Departamento de Ciências Contábeis, com base na Resolução nº 088/2000 do CONSEPE e em parecer da Procuradoria Jurídica da UFRN. É de se ressaltar, por oportuno, que o impetrado, em data de 05 de dezembro de 2000, mediante a Resolução nº 088/2000 já mencionada, homologou o resultado do Concurso Público de Provas e Títulos para as classes de Professor Auxiliar, Assistente e Adjunto da carreira do Magistério Superior daquela instituição de ensino, tendo, a propósito, o Impetrante como aprovado em primeiro lugar, com média 8,5 (oito vírgula cinco), para a área de Controladoria do Departamento de Ciências Contábeis (Processo nº 016944/2000).

Neste diapasão, se a própria Universidade reconhece a necessidade de preenchimento de vaga para professor aprovado em concurso regularmente realizado antes da proibição inserta na Portaria Interministerial nº 63, de 20 de março de 2001, difícil se denota a postura deste julgador em negar o direito do impetrante à nomeação. Havendo vaga, surge a indubitável necessidade da administração universitária em preenchê-la, sob pena de ficar o aluno matriculado na disciplina sem professor prejudicado no semestre letivo.

As provas engendradas pelo Impetrante, mesmo se desconsiderando aquela colacionada às fls. 100/101 (para aqueles ortodoxos da processualística nacional que não admitem qualquer comprovação documental senão com a peça inicial), já trazem, por si só, elementos para se che-

gar à ilação de que a UFRN, de fato, precisa de professor na seara do curso de Ciências Contábeis, quer seja se levando a efeito os Ofícios nº 024/01-R e nº 34/35 emanados pelo Impetrado (fls. 29/30 e 34/35), quer seja considerando o Ofício nº 035/2001-DCC enviado pelo Chefe de Departamento de Ciências Contábeis (fl. 36), assim como a declaração constante às fls. 38/39. Demais disso, o impetrante encontra-se devidamente credenciado, por força do laudo de posse de fl. 63, para ser nomeado pela UFRN.

A tese, sufragada na v. Instância *a quo*, e também aqui, acha respaldo na jurisprudência pátria, conforme desponta dos escólios que a seguir reproduzo, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO. CARGO DA CARREIRA DO MAGISTÉRIO SUPERIOR. PROFESSOR AUXILIAR. CANDIDATO APROVADO. CLASSIFICAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS EM EDITAL. AUTORIZAÇÃO PARA NOMEAÇÃO. INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO. DIREITO À NOMEAÇÃO.

1. No Direito Administrativo, a dicotomia expectativa de direito e direito subjetivo já não satisfaz. Há, na prática, posições intermediárias, entre uma e outra modalidade, que merecem proteção.

2. Não pode o Estado, sem justificativa, baseado tão-somente na discricionariedade, deixar de cumprir promessas firmes e positivas, porque seria infringir os princípios da confiança e da boa-fé.

3. No caso, o edital de concurso prevê a existência de uma vaga destinada ao cargo para o qual a impetrante prestou concurso, tendo obtido aprovação em primeiro lugar.

4. Diante de tal fato, aliado à autorização para preenchimento de vagas na instituição federal de ensino em que fora aprovada, não poderia a Administração, à míngua de justificativa socialmente aceitável (STF, RE 192.568/PI), deixar expirar sem a nomeação da impetrante o prazo de validade do concurso.

5. Inequívoca a intenção da Administração de prover a vaga, exsurge para a impetrante direito à nomeação.

6. A discricionariedade da Administração está sujeita a controle judicial pelo critério de razoabilidade.

7. Remessa oficial improvida.

(TRF - Primeira Região, REOMS - 200137000074030/MA, Quinta Turma, Decisão: 16/3/2005, DJ DATA: 11/4/2005, Página: 108, Desembargador Federal João Batista Moreira)

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. REALIZAÇÃO DE NOVO CERTAME, DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DE CONCURSO ANTERIOR, PARA PROVIMENTO DE NOVAS VAGAS. PRETERIÇÃO DE CANDIDATO MELHOR CLASSIFICADO NO PRIMEIRO CERTAME. DIREITO A NOMEAÇÃO. ART.37, VI, DA CF/88. ART. 12, PARAGRAFO 2º, DA LEI Nº 8.112/90.

I - O mero surgimento de vaga não gera direito subjetivo a nomeação de candidato habilitado em concurso público, porquanto cabe à Administração aquilatar da oportunidade e conveniência do seu preenchimento.

II - Entretanto, doutrina e jurisprudência, em face do art. 37, IV, da CF/88 e do art. 12, parágrafo 2º, da Lei nº 8.112/90, têm entendido que, quando a Administração, de algum modo, manifesta, de maneira inequívoca e objetivamente demonstrável, a necessidade, a conveniência e a intenção de provimento do cargo, no prazo de validade de concurso público para o mesmo cargo, emerge automaticamente, para o candidato melhor classificado, o direito a nomeação, transformando-se a mera expectativa em direito a nomeação, deslocando-se a questão, assim, do campo do discricionário para o campo do vinculado (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*; AMS nº 90.01.13530-7/GO, 1ª Região, Rel. Juiz Plauto Ribeiro)

III - No caso presente, além de provado o surgimento de vaga, em face de aposentadoria, no prazo de validade do concurso ao qual se submetera a impetrante, restou comprovado, de modo inequívoco, pela própria universidade, que conveniente, oportuno e até emergencial o provimento da vaga surgida, tanto assim que convocou, imediatamente, seleção para contratar professor substituto no departamento, em “quadro provisório”, para substituir professores aposentados ou transferidos em 1993, inclusive na área para a qual a impetrante se habilitara em concurso.

IV - Restando evidente a intenção de preterir o direito da Impetrante – candidata melhor classificada, no primeiro certame – a nomeação, dentro do prazo de validade do

primeiro concurso, e tendo a universidade manifestado, inequivocamente, a necessidade urgente e a conveniência de prover o cargo vago em decorrência de aposentadoria, a impetrante, que possuía mera expectativa, passou a ter direito a nomeação.

V - Improvidas a apelação e a remessa oficial, tida como interposta.

(TRF - Primeira Região, AMS - 9301318857/MT, Segunda Turma, Decisão: 11/10/1994, DJ Data: 8/5/1995, Página: 27.064, Relatora: Juíza Assusete Magalhães).

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR DE FILOSOFIA. ESCOLA AGROTÉCNICA FEDERAL. CANDIDATA CLASSIFICADA EM PRIMEIRO LUGAR. VAGA OCUPADA POR PROFESSOR EM DESVIO DE FUNÇÃO. DIREITO À NOMEAÇÃO.

- O e. STF já firmou o entendimento de que o candidato aprovado em concurso público não tem direito à nomeação, mas mera expectativa de direito. Entretanto, conforme vem se posicionando a doutrina e a jurisprudência pátrias, essa expectativa de direito se transmuda em direito à nomeação, passando do campo do poder discricionário para a seara do poder vinculado, quando a Administração manifesta, de maneira inequívoca, a necessidade, a conveniência e a intenção de provimento do cargo, no prazo de validade do concurso público realizado para aquele fim.

- É o caso de quando há a vaga e está sendo ela ocupada por servidor em desvio de função, pois, nesta situação, resta demonstrado de modo inequívoco que o Poder Público – dentro do poder discricionário de que dispõe para escolher o melhor momento para prover o cargo – passou a entender que o preenchimento da vaga era necessário. Nasce aí o direito à nomeação do candidato mais bem classificado. Apelação provida.

(Tribunal - Quinta Região, AMS - 9805114554 /SE, Primeira Turma, Decisão: 31/08/2006, DJ - Data: 29/09/2006 - Página: 862 - Nº: 188, Desembargador Federal Jose Maria Lucena).

E não se há de perder de vista o fato de que a liminar, ratificada pelo julgamento do mérito da demanda, foi outorgada em outubro de 2001, e nela se determinou a contratação do impetrante.

Essa determinação, ao meu sentir, supriria a necessidade,

revelada pela própria Administração – reitero –, da contratação de professores para o Departamento de Contabilidade, o que a farta documentação acostada aos autos faz certo.

Pois bem, após quase 6 (seis) anos do provimento do referido cargo, soaria iniquidade desfazer tal situação fáctica já consolidada, o que, segundo imagino, somente traria prejuízos para todos: para a Administração, para o impetrante, docente da UFRN há vários anos e para os discentes, que seriam não menos prejudicados, na medida em que ficariam, novamente, desprovidos de um professor para a referida disciplina, sem contar com a realidade de que, se assim ocorresse, haveria a necessidade de abertura de um novo concurso público para provimento do cargo.

Em situação análoga, este Tribunal assim decidiu:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGO DE PROFESSOR ASSISTENTE DE QUÍMICA. CANDIDATA QUE SUPOSTAMENTE NÃO PREENCHIA OS REQUISITOS FIXADOS PELA NORMA EDITALÍCIA PARA PARTICIPAR DO CERTAME, MAS QUE ASSIM O FEZ POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL LIMINAR. POSTERIOR NOMEAÇÃO E POSSE DA IMPETRANTE NO CARGO ALMEJADO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. TEORIA DO FATO CONSUMADO. APELO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Trata-se de caso de candidata que se inscreveu em concurso público para provimento de cargo de Professor Assistente de Química unicamente por força de decisão judicial liminar, eis que supostamente não preenchia os requisitos mínimos para participar do certame, de acordo com a norma editalícia.

2. Vindo a apelante, posteriormente e antes do julgamento de seu apelo por este TRF da 5ª Região, a ser nomeada e a tomar posse em referido cargo público, incide, *in casu*, a Teoria do Fato Consumado, impondo-se a ratificação da tutela de urgência dada em sede de primeira instância, desta feita de forma definitiva. Precedentes desta Corte Federal e do colendo STJ.

3. Apelação em Mandado de Segurança conhecida e provida. Sentença *a quo* reformada.

(Tribunal - Quinta Região, AMS - 200281000181941/CE,

Primeira Turma, Decisão: 16/06/2005, DJ - Data: 29/08/2005 - Página: 679 - Nº: 166, Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante).

Não vejo razões para dissentir das conclusões da douta decisão *a quo* e, por isso, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 1.253-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Suscitantes: MARCOS JOSÉ BEZERRA MENEZES, RÔMULO PINA DANTAS, PAULO PEREZ MACHADO E ALBERTO PEREZ MACHADO
Suscitados: DESEMBARGADOR FEDERAL RELATOR DO HC1.954-PE E DESEMBARGADOR FEDERAL RELATOR DO MSPL 88.433-PE
Parte Autora: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Partes Rés: PAULO PEREZ MACHADO, ALBERTO PEREZ MACHADO, MARCOS JOSÉ BEZERRA MENEZES, RÔMULO PINA DANTAS E SÉRGIO FERNANDO DE OLIVEIRA
Advs./Procs.: DRS. ADEMAR RIGUEIRA NETO E OUTRO E ADEMAR RIGUEIRA NETO E OUTRO

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA SUSCITADO PELOS RÉUS. AUSÊNCIA DE CONTROVÉRSIA ENTRE OS MAGISTRADOS ENVOLVIDOS. NÃO CONHECIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 114 DO CPP.

- Conflito de competência onde os suscitantes (réus) se insurgem contra a distribuição de apelação criminal, por prevenção, ao Desembargador Petrucio Ferreira, argumentando: a) que inexistiria prevenção da competência do relator pela impetração anterior de habeas corpus, em vista da ausência de previsão regimental ou le-

gal nesse sentido; e b) que o reconhecimento, pelo Pleno, do referido Desembargador como autoridade coatora em mandado de segurança relatado pelo Desembargador Napoleão Maia teria deslocado para este último a competência para o julgamento dos recursos e incidentes subseqüentes.

- O conflito de competência somente se configura quando dois ou mais juízos se consideram competentes ou quando nenhum deles se considera competente, ou, ainda, quando entre eles surja alguma controvérsia a respeito de unidade de juízo ou junção ou separação de processos.

- Nada disso ocorre no caso em tela. Os dois desembargadores se mostraram uníssomos no entendimento de que a distribuição da apelação criminal, por prevenção, ao Desembargador Petrucio Ferreira foi absolutamente correta, nos termos do que preceitua o Código de Processo Penal e o Regimento Interno do TRF da 5ª Região.

- Conflito de competência não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, não conhecer do conflito, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 9 de maio de 2007 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Os réus Marcos José Bezerra Menezes, Rômulo Pina Dantas, Paulo Perez Machado e Alberto Perez Machado, denunciados

nos autos da Ação Criminal nº 2003.83.00.025676-7, hoje em trâmite neste Tribunal Regional Federal sob o nº ACr 5.015/PE, verificando suposta controvérsia sobre unidade de Juízo, suscitaram o presente conflito de competência entres os eminentes Desembargadores Federais Petrucio Ferreira e Napoleão Nunes Maia, a teor do que preceituam os artigos 114, II, c/c o 115, I, ambos do CPP e artigo 5º, I, do Regimento Interno desta Corte.

Relataram que foram denunciados pelo MPF, nos autos da referida ação penal, pela suposta prática dos delitos tipificados nos arts. 304 e 334, *caput*, c/c arts. 14, II, 29 e 70, bem como pelo art. 288, *caput*, todos do Código Penal.

Por ocasião da denúncia, foi requerida a decretação da prisão preventiva dos imputados, medida que foi deferida pela douta Juíza Substituta da 13ª Vara Federal de Pernambuco em 16 de dezembro de 2003.

Em razão dessa medida, foi impetrado o *Habeas Corpus* nº 1.805/PE, distribuído ao ilustre Desembargador Federal Petrucio Ferreira. Na ocasião, concedi, na condição de plantonista da Turma de Férias, liminar para suspender os efeitos do decreto de prisão preventiva, mandando expedir os salvos-condutos.

Essa liminar, porém, foi cassada quando do julgamento do referido *habeas corpus*, que, por maioria, foi indeferido pela Segunda Turma.

Posteriormente, já em 23 de julho de 2004, a pretexto da ocorrência de fato novo, um outro *habeas corpus* foi impetrado, tombado sob o HC nº 1.954/PE, distribuído por prevenção ao Desembargador Petrucio Ferreira. Mais uma vez, o Tribunal se encontrava em férias coletivas, o que determinou a remessa dos autos ao Desembargador Plantonista José Maria Lucena.

Seguiu-se, ainda naquelas férias forenses, o julgamento desse remédio constitucional, tendo a Turma de Férias concedido, por unanimidade, a ordem liberatória.

Com o retorno das atividades do Tribunal, os autos voltaram às mãos do Relator, Des. Fed. Petrucio Ferreira, o qual, acolhendo os embargos de declaração com efeitos modificativos interpostos pelo Ministério Público Federal, cassou o acórdão da Tur-

ma de Férias, restaurando, de conseqüência, o decreto de prisão preventiva dos denunciados.

Tal medida levou os réus, ora suscitantes, a uma nova investida: impetrar um mandado de segurança perante o Plenário desta Corte Regional, apontando o Desembargador Petrucio Ferreira como autoridade coatora. E nisso lograram êxito, já que o Pleno, por maioria de votos, concedeu a segurança, em acórdão relatado pelo eminente Des. Fed. Napoleão, assim ementado:

PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL POTENCIALIZADOR DE GRAVE DANO À LIBERDADE. DECLARATÓRIOS DO MPF COM EFEITO INFRINGENTE. ACÓRDÃO DE TURMA PERMANENTE QUE CASSOU ORDEM DE HC DA TURMA DE FÉRIAS. CABIMENTO. ILEGITIMIDADE DO MPF. DIREITO À DEFESA EM LIBERDADE.

1. Admite-se, excepcionalmente, a impetração de ação de segurança contra ato judicial penal, quando dele decorre, direta e imediatamente, grave dano à liberdade individual. Precedentes jurisprudenciais e lições da doutrina jurídica especializada.
2. Tem o direito líquido e certo de se defender em liberdade o acusado que satisfaz os requisitos jurídicos para a fruição de tal benefício, que não lhe pode ser suprimido, sem ofensa à garantia processual que a Carta Magna lhe defere.
3. Carece de legitimidade recursal o Ministério Público para adversar decisão favorável em *habeas corpus*, quando, no processo respectivo, se manifestou pelo deferimento da ordem. Precedente.
4. Em sede processual penal, o recurso de embargos de declaração adstringe-se aos seus efeitos consagrados ou clássicos, não podendo viabilizar a supressão de anterior ordem de HC, por se tratar de remédio constitucional *pro libertate*.
5. Segurança concedida, para cassar a decisão judicial objeto deste *mandamus*. (Fls. 378-379).

Agora, após a prolação da sentença e a conseqüente interposição do recurso de apelação, os autos aportaram nesta Corte, sendo tombados sob o ACr n° 5.015/PE e distribuídos ao Desembargador Petrucio Ferreira, o que nos remete ao presente conflito de competência.

Insurgiram-se os suscitantes contra a distribuição do feito, por prevenção, ao Desembargador Petrucio Ferreira, com base em dois argumentos:

a) inexistência de prevenção da competência do relator pela impetração anterior de *habeas corpus*, em vista da ausência de previsão regimental ou legal nesse sentido;

b) o reconhecimento, pelo Pleno, do Desembargador Petrucio Ferreira como autoridade coatora no mandado de segurança relatado pelo Desembargador Napoleão Maia teria deslocado para este último a competência para o julgamento dos recursos e incidentes subsequentes.

Ao final, os suscitantes requereram a suspensão do andamento da referida apelação criminal até o julgamento do presente conflito, no qual pedem que seja reconhecida a competência do eminente Desembargador Napoleão Maia para processar e julgar, na condição de relator, a ACr n° 5.015/PE.

Indeferi o pedido de suspensão do andamento da ACR n° 5.015/PE (fls. 390-394).

Os ilustres Desembargadores Napoleão Maia e Petrucio Ferreira prestaram as informações de estilo, respectivamente às folhas 397-398 e 399-402.

Novo pedido de suspensão do feito foi formulado (fls. 405-408) e indeferido (fl. 409).

Por fim, a douta Procuradoria Regional da República emitiu seu parecer, opinando, preliminarmente, pelo não conhecimento do conflito, e, no mérito, pela sua improcedência (fls. 410-419).

É o relatório.

VOTO-PRELIMINAR

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Inicialmente, verifica-se que assiste razão à douta Procuradoria Regional da República quando sustenta que o presente conflito de competência sequer mereceria ser conhecido, mercê de seu manifesto descabimento.

Dispõe, a respeito, o art. 114 do CPP:

Art. 114. Haverá conflito de jurisdição:

I - quando duas ou mais autoridades se considerarem competentes, ou incompetentes, para conhecer do mesmo fato criminoso;

II - quando entre elas surgir controvérsia sobre unidade de juízo, junção ou separação de processos.

Como se observa – e é intuitivo –, o conflito de competência somente se configura quando dois ou mais juízos se consideram competentes ou quando nenhum deles se considera competente, ou, ainda, quando entre eles surja alguma controvérsia a respeito de unidade de juízo ou junção ou separação de processos.

Nada disso ocorre no caso em tela. Os dois desembargadores se mostraram uníssomos no entendimento de que a distribuição da apelação criminal, por prevenção, ao Desembargador Petrucio Ferreira foi absolutamente correta, nos termos do que preceitua o Código de Processo Penal e o Regimento Interno do TRF da 5ª Região.

Um dos suscitados, o eminente Desembargador Federal Napoleão Nunes Maia Filho, ao prestar as informações de estilo, destacou que “(...) o fato de o Desembargador Federal Petrucio Ferreira ter figurado como autoridade coatora não tem o condão de afastar a sua prevenção. (...)” (Fl. 398). E acrescentou:

(...) não há que se cogitar, *data venia*, de qualquer deslocamento de competência para o julgamento da ACr 5.015-PE, oriundo da mesma ação penal, posto que o referido magistrado (Desembargador Federal Petrucio Ferreira) preenche de forma esmerada a condição prevista no aludido art. 37 do Regimento Interno desta Corte. (...). (Fl. 398).

Por sua vez, o ilustre Desembargador Federal Petrucio Ferreira, também prestando informações, assim aduziu:

(...) a distribuição da apelação criminal em questão atendera precisamente ao disposto no Regimento Interno desta Casa. (...) quanto à possibilidade de afastamento da minha relatoria na ACr 5.015/PE, diante da impetração de mandado de segurança (...) é argumento que não prospera (...). (Fl. 401).

É verdade que, nos termos do art. 115, I, do CPP, o conflito pode ser suscitado pela parte interessada. Isso, contudo, não afasta a necessidade de divergência entre os magistrados envolvidos no tocante à competência para o julgamento do feito ou sobre a unidade de juízo, junção ou separação de processos.

Assim, resta evidente o descabimento do conflito de competência *sub examine*, razão pela qual não conheço do mesmo.

É como voto.

VOTO-MÉRITO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Afirma-se que não há norma regimental ou legal que determine a distribuição, por prevenção, do recurso de apelação ao desembargador que funcionou como relator em *habeas corpus* anteriormente impetrado em relação à mesma ação penal.

Não penso dessa forma. A distribuição por prevenção aqui questionada sempre foi praticada neste Tribunal, com base no disposto no art. 57 do Regimento Interno, abaixo transcrito:

Art. 57. O Relator que primeiro conhecer de um processo, ou de qualquer incidente ou recurso, ficará prevento para todos os recursos posteriores e seus novos incidentes.

É verdade que o *habeas corpus*, como bem salientaram os suscitantes, possui natureza jurídica de ação constitucional de impugnação, não podendo ser qualificado como recurso em matéria criminal ou incidente processual. Isso, contudo, não autoriza a conclusão – deveras apressada – de que a norma regimental supracitada deva ser afastada quando, em lugar de recursos ou incidentes, foi impetrado um *habeas corpus* ou mesmo um mandado de segurança contra ato jurisdicional.

A ilação a que chegaram os suscitantes baseia-se, *data venia*, na menos recomendável das interpretações, qual seja, a literal. Apegam-se ferrenhamente à letra da lei, quando muito mais produtora seria buscar o sentido da mesma, interpretando-a teleologicamente.

Parece-me evidente que a *mens legis*, no caso, é a de evitar que processos com alguma ligação entre si sejam distribuídos a relatores diversos.

Nada impede, ademais, que a norma regimental seja interpretada extensivamente, para incidir, também, naquelas hipóteses em que o desembargador federal havia figurado como relator de um *habeas corpus*, acarretando a mesma prevenção alusiva aos recursos e incidentes processuais. O ensejo a isso está no art. 3º do Código de Processo Penal:

Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito.

E ainda que assim não fosse, o Código de Processo Penal, ao dispor, em seu art. 83, sobre a competência por prevenção, procurou ser o mais abrangente possível, como se colhe do teor do mesmo, abaixo transcrito:

Art. 83 Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido os outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, c).

Quanto ao segundo argumento, no sentido de que a impetração do mandado de segurança contra ato do Desembargador Petrucio Ferreira o teria afastado da relatoria dos feitos subseqüentes, também carece de procedência. Ora, o referido julgador figurou como autoridade coatora tão-somente naquele mandado de segurança, o mesmo não ocorrendo nos autos da apelação criminal ensejadora do presente conflito.

A insurgência quanto à decisão de um magistrado, seja pela via do mandado de segurança, seja pela de um *habeas corpus* ou através de um recurso, não provoca, de maneira alguma, suspensão do mesmo para a apreciação e julgamento do processo onde foi praticado o ato objurgado. Corroborando o meu entendimento, tem-se o bem-lançado parecer da douta Procuradoria Regional da República, donde extraio o seguinte excerto:

(...) Ora, conforme se vê da informação contida às fls. 2.589/2.580, o Desembargador Federal Petrucio Ferreira funcionou na relatoria dos *habeas corpus* n.ºs 1.805/PE, 1.884/PE, 1.954/PE e 2.395/PE, todos relacionados ao mesmo feito originário, qual seja, o processo n.º 2003.83.00.025676-7, em que foi interposta a apelação em questão, o que se mostra suficiente, por si só, para fundamentar a distribuição por prevenção.

Ainda que, a rigor, o *habeas corpus* não seja um incidente ou recurso, no entanto, quando, como no caso dos autos, esse remédio constitucional esteja relacionado ao mesmo feito originário, por interpretação lógica o caso se enquadra na primeira parte de mencionado dispositivo, a saber, “o relator que primeiro conhecer de um processo”, além do que a interpretação teleológica corrobora tal entendimento na medida em que, como bem disse o relator do presente conflito quando do julgamento do pedido de suspensão do andamento da apelação, “parece-me evidente que a *mens legis*, no caso, é a de evitar que processos com alguma ligação entre si sejam distribuídos a relatores diversos” (fl. 393).

Sobre isso, não bastasse a farta jurisprudência dessa Corte Regional, que, em todos os casos semelhantes ao presente, até o presente momento, tem entendido haver prevenção em casos de impetração anterior de *habeas corpus* relativo a ação penal posteriormente submetida a recurso, não bastasse essa praxe, pacífica e unânime, hoje consolidada nessa Corte, praxe essa que os suscitantes pretendem indevidamente reverter, veja-se o entendimento manifestado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região que, dando interpretação às suas normas regimentais, semelhantes às ora apontadas, restou por concluir o seguinte, em situação análoga:

“Ementa: QUESTÃO DE ORDEM. PREVENÇÃO.

I - Conforme entendimento do Órgão Especial desta eg. Corte, a distribuição de *habeas corpus* torna prevento o relator para julgamento, não só do eventual recurso posterior (apelação criminal), como também de todos os *habeas corpus* correspondentes à mesma ação originária – pela causa remota, ou seja, os fatos delituosos apurados – não importando se o primeiro já tenha, ou não, sido julgado.

II - A ressalva contida no § 2º do art. 16 do Regimento Interno só se aplica aos casos de distribuição por acessoriedade.

III - Na esteira do entendimento da eg. 6ª Turma, a alteração da composição da turma por meio de permuta não enseja a aplicação da regra constante no § 3º do art. 16 do Regimento Interno.

IV - Prevenção que se reconhece”. (TRF 2ª Região, HC - *Habeas Corpus* - 3776, Processo: 2004.02010129419, UF: RJ, Órgão Julgador: Sexta Turma, Data da decisão: 23/11/2004, Fonte: *DJU* Data: 08/12/2004, Página: 16, Relator (a) Juíza Maria Helena Cisne).

Para corroborar o que acima foi dito, confira-se, só para exemplificar, a norma contida no artigo 71 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que fixa critérios idênticos aos estabelecidos tanto por esse TRF-5ª Região, como pelo TRF 2ª Região, para o estabelecimento da **prevenção** como critério de fixação da competência criminal, em casos como tais. Vejamos como dispõe mencionado artigo:

“Art. 71. A distribuição do mandado de segurança, do *habeas corpus* e do recurso torna preventiva a competência do relator para todos os recursos posteriores, tanto na ação quanto na execução referentes ao mesmo processo; e a distribuição do inquérito e da sindicância, bem como a realizada para efeito da concessão de fiança ou de decretação de prisão preventiva ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa, prevenirá a da ação penal.”

Coerente com tal entendimento, também, é o seguinte julgado:

“AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ADVOGADO. PRISÃO PREVENTIVA. IMPETRAÇÃO CONTRA INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE LIMINAR EM OUTRO *HABEAS CORPUS* NA ORIGEM, AINDA NÃO JULGADO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *WRIT* AO QUAL FOI NEGADO SEGUIMENTO. DECISÃO QUE SE MANTÉM PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Anterior distribuição de *habeas corpus* em favor de co-investigado no mesmo inquérito, inclusive preso temporariamente pelo mesmo decreto judicial, enseja a prevenção do Relator, ainda que tenham sido dados rumos diferentes à persecução penal de cada um. Rejeitada arguição preliminar de ofensa ao prin-

cípio do juiz natural e, por conseguinte, indeferido o pedido de redistribuição do feito.

2. Na esteira da jurisprudência desta Corte, não se admite *habeas corpus* contra decisão proferida em sede liminar pelo relator do *writ* na instância de origem, sob pena de indevida supressão de instância, salvo situações absolutamente excepcionais, onde restar claramente evidenciada a ilegalidade do ato coator, o que não se demonstra na hipótese vertente.

3. Inexistindo ilegalidade manifesta, o exame mais detido das razões deduzidas pelo impetrante para, eventualmente, revogar o cárcere cautelar, será feito oportunamente pelo Tribunal *a quo*, sendo defeso a este Superior Tribunal de Justiça adiantar-se nesse exame, sobrepujando a competência da Corte Regi-
onal, mormente se o *writ* está sendo regularmente processado. Precedentes do STJ.

4. Agravo regimental desprovido”. (STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 46.635/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz. Publicado no DJ em 17.10.2005).

Finalmente, quanto a esse primeiro argumento, é interessante notar que, por ocasião da impetração do segundo *habeas corpus* em favor dos pacientes, ora suscitantes, essa questão da prevenção, hoje verdadeiramente utilizada, no nosso entender, como uma forma de criar um impedimento legalmente inexistente para afastar da relatoria da apelação criminal o juiz natural, ou seja, o Desembargador Petrucio Ferreira, não foi sequer ventilada, ou seja, aceitaram, no passado, os suscitantes, que um anterior *habeas corpus* preveniu a jurisdição, mas não aceitam agora que a apelação criminal acarrete essa mesma consequência o que, por óbvio, além de incoerente, deixa patente, *permissa venia*, o real objetivo do presente “conflito”, que é afastar aquele mesmo Desembargador da relatoria da apelação criminal, objetivo esse que esse Tribunal certamente não pode atender. (...). (Fls. 414-417).

Assim, ao cabo dessas considerações, não enxergo qualquer razão a justificar o afastamento do em. Des. Fed. Petrucio Ferreira da condição de Juiz natural do feito, pelo que julgo improcedente o conflito.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 1.271-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Suscitante: JUÍZO DA 2ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Suscitado: JUÍZO DA 11ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Parte Autora: FAZENDA NACIONAL
Parte Ré: EMPRESA DE MANUTENÇÃO E LIMPEZA URBANA - EMLURB

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DÍVIDA ATIVA. EXECUÇÃO PROPOSTA PELA UNIÃO EM FACE DE EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES FISCAIS.

- Hipótese em que a executada, a EMLURB - Empresa de Manutenção e Limpeza Urbana, é empresa pública municipal, e, portanto, pessoa jurídica de direito privado, estando seus bens, em princípio, sujeitos à penhora. Somente aqueles afetados à prestação de serviços públicos essenciais estão livres de eventual constrição.

- Nada mais adequado, por conseguinte, que a aplicação do procedimento previsto na Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80) ao caso dos autos, na linha de numerosos precedentes desta Corte Regional e do egrégio STJ.

- Conflito conhecido, para declarar-se a competência do Juízo suscitado, da 11ª Vara Federal de Pernambuco.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conhecer do conflito, declarando competente o Juízo suscitado, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 15 de agosto de 2007 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juízo da 2ª Vara Federal de Pernambuco em face da decisão do douto Juízo da 11ª Vara Federal desse mesmo Estado, privativa das Execuções Fiscais, que se declarou incompetente para processar a Execução de Título Extrajudicial nº 2002.83.00.001330-1 (dívida ativa) proposta pela UNIÃO contra a Empresa de Manutenção e Limpeza Urbana - EMLURB.

O suscitado afirmou que o caso em apreço não deveria ser submetido ao procedimento previsto na Lei nº 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal), pois que, ostentando a executada (EMLURB) a condição de pessoa jurídica de direito privado integrante da administração indireta municipal, seriam seus bens impenhoráveis e vinculados ao regime dos precatórios, aplicando-se, pois, o regime do art. 730 do CPC (fls. 15-16).

Por seu turno, o Juízo suscitante afirma que a EMLURB é empresa pública municipal, e, portanto, pessoa jurídica de direito privado. “Seus bens, em princípio, não são indisponíveis, podendo ser regularmente penhorados. Apenas os bens que estejam afetados à prestação de serviço público essencial estão livres de penhora. Os bens que não estejam diretamente ligados à prestação direta de serviço público essencial podem, como visto, sofrer penhora regular” – conclui, citando numerosos precedentes nesse sentido (fls. 3-10).

Em seu parecer, a douta Procuradoria Regional da República opina pelo conhecimento do conflito, para que se declare competente o Juízo suscitado (fls. 20-23).

É o relatório.

VOTO

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Com razão o MM. Juízo suscitante.

Transcrevo, a propósito, o seguinte excerto do bem-lançado parecer ministerial:

(...) A EMLURB é uma empresa pública, constituída com fundamento na Lei nº 13.535, em 26 de abril de 1979, pelo Executivo Municipal, dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio, autonomia administrativa e financeira, regida pelo seu Regimento Interno e Estatuto Social. É vinculada à Secretaria de Serviços Públicos da Prefeitura do Recife e tem como objetivo a prestação de serviços públicos de manutenção e conservação do sistema viário e das áreas verdes, a implantação e manutenção da rede de drenagem, pavimentação, iluminação pública, necrópoles e limpeza urbana.

Desse modo, a EMLURB sujeita-se ao regime público tão-só quanto aos bens que estiverem afetados ao serviço público que desempenha, sendo, no mais, igual a qualquer outra empresa privada. (...) - fl. 22.

Diante dessa premissa, verifica-se, de pronto, a improcedência da alegação do Juízo suscitado no sentido de que o caso em vertência não se adequaria ao procedimento da Lei 6.830/80 porque os bens da executada seriam impenhoráveis e, como tal, vinculados ao regime de precatórios, nos termos do art. 730 do CPC.

Ora, como precisamente observou o Juízo suscitante, secundado pelo parecer acima transcrito, os bens da executada estão, em princípio, sujeitos à penhora. Somente aqueles afetados à prestação de serviços públicos essenciais estão livres de eventual constrição.

Nada mais adequado, portanto, que a aplicação do procedimento previsto na Lei de Execução Fiscal ao caso dos autos. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte Regional:

Processo Civil. Penhora de bens de sociedade de economia mista que presta serviço público. A sociedade de economia mista tem personalidade jurídica de direito privado e está sujeita, quanto à cobrança de seus débitos, ao regime comum das sociedades em geral, nada importando o fato de que preste serviço público. Impenhorabilidade apenas dos bens que

estejam diretamente comprometidos com a prestação do serviço público. Precedentes. Agravo inominado improvido. (TRF 5ª Região, 4ª T., AGIAG 61.086/01/AL, Rel. Des. Fed. Lázaro Guimarães, DJ 3.5.2006, p. 685) - destacamos.

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PRECATÓRIO JUDICIÁRIO (CF - 1988, ART. 100). **PROCEDIMENTO ESPECIAL DE EXECUÇÃO DO ART. 730 DO CPC. PRERROGATIVAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DA FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO, NÃO EXTENSÍVEIS A PESSOAS DE DIREITO PRIVADO. PENHORABILIDADE DE BENS DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO (COMPANHIA DE ABASTECIMENTO D'ÁGUA).** INAPLICABILIDADE, À GUIZA DE EXTENSÃO, DE PRECEDENTES DO C. STF RELATIVOS À IMPENHORABILIDADE DOS BENS, RENDAS E SERVIÇOS DA ECT. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO MAS IMPROVIDO.

1. É cediço que o regime especial de execução, estatuído no art. 730 do CPC, se revela indissociavelmente vinculado à prerrogativa constitucional reservada à Fazenda Pública para o pagamento dos débitos a que esteja judicialmente sujeita (art. 100 da Constituição Federal).

2. Nesse sentido, o procedimento especial de execução do art. 730 do CPC é apenas pertinente ao pagamento de débitos judiciais de pessoas jurídicas de direito público, às quais, em virtude da indisponibilidade (ordinária) de seus bens, assim como do rígido regime orçamentário a que submetidas, o constituinte e o legislador reservaram o instituto do 'precatório judiciário'. Como quaisquer sociedades de economia mista ostentam, por definição, natureza jurídica de direito privado, é-lhes vedado, de regra, o gozo de privilégios jurídicos não extensivos à generalidade de empresas do setor privado, em nada obstando dita ilação a circunstância de eventualmente terem aquelas por objetivo a prestação de serviço público.

3. Na linha de precedentes colhidos da jurisprudência do E. STJ, viável é, sim, a penhora de bens de sociedade de economia mista que presta serviço público, à exceção, por evidente, dos que estejam diretamente vinculados à específica prestação do servi-

ço público que se lhe é cometido e que regularmente desempenhe (v.g., STJ: 2ª T., REsp nº 176.078-SP; 3ª T., REsp nº 343.968-SP).

4. A possibilidade de efetuar-se penhora sobre bens das sociedades de economia mista, como estatuído na norma legal em referência, longe de incompatibilizar-se com os preceitos do art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal, reafirma, em verdade, o próprio regime jurídico constitucional de igualdade ou equiparação que relaciona ditas entidades às demais empresas do setor privado. (...)

5. A tipicidade, a essencialidade e a necessidade de continuidade do serviço público prestado por sociedades de economia mista, assim como a eventual detenção do “monopólio” de prestação do serviço por ditas entidades não têm o condão de, isolada ou conjuntamente, empalidecer ou afastar o reconhecimento da justa e jurídica penhorabilidade dos bens não comprometidos direta e imediatamente com a própria prestação do serviço público.

6. Agravo de instrumento interposto pela Casal conhecido mas improvido. Decisão de primeiro grau mantida incólume. (TRF 5ª Região, 1ª T., AG 58.373/AL, Rel. Des. Fed. Ubaldo Ataíde Cavalcante, DJ 10.8.2005, p. 999).

Com essas considerações, conheço do conflito, declarando competente o Juízo suscitado, é dizer, o da 11ª Vara Federal de Pernambuco.

É como voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 1.294-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO (CONVOCADO)
Suscitante: JUÍZO DA 11ª VARA FEDERAL DO CEARÁ
Suscitado: JUÍZO DA 12ª VARA FEDERAL DO CEARÁ
Parte Autora: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Partes Rés: ELISA MARIA GRADVHOL, EUCLIDES DUCAN JANOT DE MATOS E ROBERTO PINHEIRO KLEIN

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. APELAÇÕES PENDENTES. PREVENÇÃO. INAPLICABILIDADE. DISPOSIÇÕES DO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE. DECISÃO EM CONFLITO DE COMPETÊNCIA COMO QUESTÃO A SER DECIDIDA ANTERIORMENTE À DECISÃO DEFINITIVA EM EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. NECESSIDADE DE DISSIPAR, EM SEDE DE CONFLITO, A DÚVIDA QUANTO A QUEM COMPETE JULGAR O FEITO. OBSERVÂNCIA DAS NORMAS PROCESSUAIS E REGRAS DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA. CONFLITO DIRIMIDO. FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA. DESCABIMENTO DE APELAÇÃO CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM SEDE DE EXCEÇÃO. DUPLICIDADE DE DENÚNCIAS. CRITÉRIO. CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIAL COM MAIS DE UM JUIZ COMPETENTE. DISTRIBUIÇÃO. COMPETÊNCIA DO PRIMEIRO JUÍZO ONDE O FEITO FOI DISTRIBUÍDO. ADULTERAÇÃO DA SEGUNDA DENÚNCIA. IRRELEVÂNCIA NO CASO EM CONCRETO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA CONHECIDO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA 11ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO CEARÁ.

- Conflito de competência suscitado pelo juízo da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará diante da existência de duas ações penais idênticas, sendo uma protocolada perante o sus-

citante e a outra perante o Juízo da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, em 07/12/2006 e 11/12/2006, respectivamente.

- Além das duas ações penais referidas, existência simultânea de duas apelações criminais pendentes, interpostas pelos denunciados em duplicidade, em trâmite na 2ª Turma deste TRF da 5ª Região, os quais se contrapuseram à decisão proferida pelo Juízo da 11ª Vara Federal do Ceará, que cuidou de julgar improcedente exceção de incompetência/litispendência interposta pelos mesmos, com o fito de serem julgados pelo Juízo da 12ª Vara da mesma seção.

- Inaplicabilidade da regra de prevenção de relator por tratar-se de órgãos jurisdicionais distintos, conforme disposições do Regimento Interno deste TRF da 5ª Região.

- A interposição de uma exceção de incompetência pressupõe como fundamento para seu deferimento uma certeza que deve existir previamente à sua propositura ou, ao menos, julgamento. Essa certeza, por sua vez, advém de uma fixação definitiva de competência com base na observância de normas processuais e regras de organização judiciária local. Em caso de dúvida, como no caso em apreço, tal certeza se atinge justamente através do suscitamento de conflito de competência, daí porque este se mostra como prevalente em relação à decisão proferida em sede de exceção de incompetência.

- Passando ao exame do cerne do presente conflito de competência, é de ver-se o que preconiza o art. 69, IV, do CPP, segundo o qual a distribuição se impõe conquanto critério a determinar a fixação da competência jurisdicional. Isto quando na mesma circunscrição judiciária houver mais de um juiz competente, conforme complementação trazida pelo art. 75 do mesmo diploma legal.

- Em relação ao caso concreto e atento ao fato de que a primeira denúncia a ser distribuída o foi em 07/12/2006, perante o Juízo da 11ª Vara Federal, claro resta que competirá a este – e não ao juízo da 12ª Vara Federal – processar e julgar o feito respectivo, já que perante este a distribuição se deu em momento posterior, precisamente em 11/12/2006.

- Diante desta certeza jurídica, indiferente se mostra perseguir, ao menos em sede de conflito de competência, a existência e mesmo validade do segundo processo, intentado perante o Juízo da 12ª vara Federal – em relação ao qual pesa a suspeita de adulteração – já que, ainda que válido fosse, tal evento não afastaria a competência já definida pela distribuição da outra demanda em momento anterior à sua.

- Conflito de competência conhecido, declarando-se como competente para julgar a ação o Juízo da 11ª Vara Federal do Ceará.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Pleno do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conhecer do conflito de competência e declarar o juízo da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará como o competente, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 1º de agosto de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO (Convocado):

Trata-se de conflito positivo de competência suscitado pelo Juízo da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará em face

do Juízo da 12ª Vara Federal da mesma seção judiciária, com o fito de definir a quem competiria o processamento e julgamento de ação criminal intentada em desfavor de Elisa Maria Gradvhol, Euclydes Ducan Janot de Matos e Roberto Pinheiro Klein, a qual, em duplicidade, teria sido distribuída a ambos os Juízos.

As referidas ações foram originadas a partir da distribuição de duas denúncias idênticas, que teriam sido intentadas perante a 11ª e 12ª Varas Federais, respectivamente, em 07/12/2006 e 11/12/2006.

Diante da mesma peça acusatória, o Juízo da 11ª Vara Federal, em 14/12/2006, determinou o retorno dos autos ao MPF para manifestação acerca da possibilidade de oferecimento da proposta de transação penal em relação a Roberto Pinheiro Klein, o qual, entretanto, não a acatou, motivo pelo que foi determinada a intimação deste denunciado para fins do disposto no art. 514 do CPP.

Já o Juízo da 12ª Vara Federal, tomando o conhecimento da referida ação, precisamente em 11/01/2007, proferiu decisão mediante a qual negava recebimento à denúncia, em 26/01/2007.

Diante do fato de estarem respondendo a duas ações idênticas perante Juízos diversos, os réus opuseram individualmente exceções de incompetência/litispêndência, que foram autuadas em separado sob os números 2007.81.00.001511-0, 2007.81.00.001512-1 e 2007.81.00.001510-8, pleiteando o envio dos autos à 12ª Vara Federal, que consideraram a preventa.

As referidas exceções foram julgadas pelo Juízo da 11ª Vara Federal, que – sob o pálio de que a segunda ação criminal (proc. nº 2006.81.00.019176-9, proposta perante a 12ª Vara Federal) teria sido formulada por particular e não pelo MPF – determinou o trâmite normal apenas do primeiro processo (proc. nº 2006.81.00.019123-0, proposto perante o próprio Juízo prolator da decisão), ao passo que considerou o segundo inexistente.

Os réus, inconformados com a decisão aludida, interpuseram apelações criminais (ACR 5.247/CE e ACR 5.248/CE), as quais foram distribuídas à 2ª Turma deste TRF da 5ª Região.

Já o juízo da 12ª vara Federal, também inconformado com a decisão proferida pelo outro Juízo, decidiu desconsiderá-la e suscitar conflito de competência (CC 1.293/CE).

E foi assim, diante destas circunstâncias, que surgiu o presente conflito positivo de competência, suscitado pelo Juízo da 11ª Vara Federal sob o nº CC 1.294/CE.

Somados, portanto, é de contar-se o trâmite neste TRF de 4 processos em relação a estes fatos: as duas apelações criminais e os dois conflitos positivos de competência.

A Procuradoria Regional da República ofertou parecer assim sumariado:

EMENTA: CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZOS FEDERAIS DO CEARÁ. DUPLICIDADE DE PROCESSOS. INEXISTÊNCIA DO SEGUNDO PROCESSO INSTAURADO COM BASE EM CÓPIA DE DENÚNCIA ORIGINAL. INDÍCIOS DE ADULTERAÇÃO DA ASSINATURA DO REPRESENTANTE DO *PARQUET* QUE ASSINOU A EXORDIAL. ACUSATÓRIA. CRITÉRIO DE PREVENÇÃO. COMPETÊNCIA DA 11ª VARA FEDERAL DO CEARÁ.

1. Tendo em vista que, atualmente, se conhece a existência de 4 processos tramitando perante esse Tribunal, cujo objetivo é o mesmo, qual seja, definir a competência para processar e julgar os réus Elisa Maria Gradvol, Euclides Ducan Janot e Roberto Pinheiro Klein, por fatos que configuram, em tese, a prática dos delitos previstos nos arts. 333, *caput*, 317 e 320, todos do Código Penal, fatos esses que originaram duas ações idênticas e que foram distribuídas a Juízos diversos, a reunião desses processos se faz necessária, com o fito de evitar decisões conflitantes sobre o mesmo assunto, e, tendo em vista que já houve pronunciamento do Ministério Público Federal em dois desses processos, adotar-se-á, neste processo, o entendimento da il. Procuradora Regional da República Dra. Eliane de Albuquerque O. Recena defendido na ACR 5.247/CE, o qual já havia sido adotado nos autos da ACR 5.248/CE.

2. Parecer pelo conhecimento do Conflito Positivo de Competência, com a fixação da competência do Juízo Federal da 11ª Vara, ora suscitante.

É o relatório.

VOTO-PRELIMINAR

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO (Relator Convocado):

Antes de adentrar ao mérito, imperioso destacar, em sede preliminar, a possibilidade de conhecer do presente conflito de competência, em que pese a existência de duas apelações pendentes relativas à decisão proferida em exceção de incompetência, nos termos do relatório.

Tal possibilidade será justamente o objeto de demonstração e enfrentamento do presente voto preliminar, somente após o que será possível concluir pelo conhecimento do conflito de competência suscitado.

De fato, o cenário em que o presente conflito se instaura, pela simples leitura do relatório do feito, já se pode descrever como conturbado.

É que, conforme já dito, existem duas ações penais idênticas – cuja competência para julgamento é justamente o elemento cerne doravante tratado –, mas não apenas isto: além das referidas ações, existem ainda duas apelações criminais pendentes, em trâmite na 2ª Turma deste TRF da 5ª Região, as quais, conforme já relatado, se contrapuseram à decisão proferida pelo Juízo da 11ª Vara Federal do Ceará, que cuidou de julgar improcedente exceção de incompetência/litispendência interposta pelos denunciados, com o fito de serem julgados pelo Juízo da 12ª Vara da mesma seção.

Em primeiro lugar, destaque-se a impossibilidade de encaminhamento do presente conflito, por prevenção, ao relator das apelações criminais.

Segundo o Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, não se aplica a regra da prevenção em caso de processos distribuídos a órgãos de atribuições distintas, senão vejamos:

Art. 57. O Relator que primeiro conhecer de um processo, ou de qualquer incidente ou recurso, ficará prevenido para todos os recursos posteriores e seus novos incidentes.
(...)

§ 8º. O disposto no *caput* deste artigo não se aplica a processos distribuídos a órgão de competência distinta.

Pois é exatamente o caso, já que o julgamento do presente conflito de competência compete ao Pleno, enquanto o das apelações criminais referidas, à 2ª Turma desta Corte.

Feito tal esclarecimento e voltando-me ao emaranhado processual antevisto no próprio relatório, apenas um ponto, à primeira vista, parece certo: o objeto do presente conflito consiste tão-somente em decidir a quem compete julgar os crimes imputados aos denunciados, se ao Juízo da 11ª Vara Federal ou ao da 12ª Vara. Assim, as demais questões, inclusive a aventada adulteração da segunda denúncia, não serão apreciadas neste ato.

Nesse sentido, já se pronunciou o STJ, quando textualmente definiu que “o conflito de competência visa unicamente a estabelecer o Juízo que deverá processar e julgar o feito, regendo-se a sua sistemática pela legislação ordinária, qual seja o Código de Processo Penal, inclusive no disciplinamento da matéria recursal” (AgRg nos EDcl no CC 36.318/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Terceira Seção, unânime, DJU de 17/03/2003).

Inobstante, antes de travar o debate meritório, é realmente de inquietar-se saber da existência de duas apelações pendentes, conforme já aludido, que têm por objeto – também – estabelecer a competência deste feito. E tal inquietação é por demais justificável, afinal os feitos se mostram entrelaçados, logo, pelo menos à primeira vista, parece que o julgamento proferido em um deles necessariamente interferirá no do outro.

Em que pese essa conclusão inicial, é de ver-se que apenas uma visão superficial do caso a subsidiaria, já que, ao contrário do que pode parecer, o julgamento do presente conflito de competência tem prevalência em relação às apelações, podendo, inclusive, a depender do que for decidido doravante, ensejar a qualificação das duas como prejudicadas.

Em síntese, o julgamento presente interferirá diretamente no julgamento das apelações, mas o inverso não aconteceria, já que este posicionamento deve prevalecer sobre o proferido em sede de exceção de incompetência.

E aqui digo o porquê, em justificativa à possibilidade defendida no parágrafo inaugural do presente voto preliminar.

A interposição de uma exceção de incompetência pressupõe como fundamento para seu deferimento clareza absoluta quanto ao fato de o julgamento de determinada demanda ser de competência de um Juízo A, por exemplo, em detrimento do Juízo B.

Ou seja, estando a parte (excipiente) convicta de que, segundo as regras processuais e normas de organização judiciária, competiria ao Juízo A e não ao Juízo B – perante o qual a demanda tramita – julgar o feito, esta, com base na aludida certeza, propõe a exceção de incompetência que, na seqüência, será havida como procedente, já que, deveras, segundo as aludidas normas preestabelecidas, o Juízo A não era o competente.

Em suma: o que subsidia a procedência de uma exceção de incompetência são exatamente a clareza e a certeza preestabelecida – nas regras processuais e normas de organização judiciária – quanto a que juízo compete julgar aquele determinado feito.

E é com base nesta clareza que se define e classifica um Juízo como competente e outro não.

Concluindo desta forma, pergunta-se: e se os próprios juízes conflitarem acerca desta certeza? Ora, neste caso, não se pode sequer falar em certeza e clareza, motivo pelo qual parte-se para um conflito de competência.

É exatamente o raciocínio inverso: quando não há esta certeza – mesmo observando as regras processuais e normas de organização judiciária – é necessário primeiro estabelecê-la para que, somente após o afastamento da dúvida, possa o Juízo se pronunciar de forma integralmente segura acerca da exceção de incompetência interposta.

E tal afastamento, no caso em apreço, será feito justamente mediante a solução do presente conflito de competência, já que, em relação aos feitos em comento, existe, sim, dúvida acerca de a que Juízo compete julgar a demanda. Tanto há que ambos os Juízos – da 11ª e da 12ª Vara Federal – suscitaram conflito de competência.

Em resumo e em conformidade com as elucidações feitas de forma abstrata, no caso dos autos, o bom senso atesta a necessidade premente de definir – em sede de conflito de competência – a que Juízo realmente compete julgar a demanda, sob a premissa de que tal solução serve de real nascedouro da exceção de incompetência, em que pese esta já ter sido interposta e mesmo julgada em primeiro grau.

É que, conforme bem esclarecido pela doutrina, “a determinação da competência, que solucionará o conflito, como já assinalado, passa pela observação de regras constitucionais (federal e estadual), de ordem legal e de organização judiciária”¹.

No mesmo sentido e com clareza peculiar, Ada Pellegrine Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho reforçam que a “observação dos dados fundamentais e das características da organização judiciária brasileira torna possível determinar os diversos passos da caminhada através da qual a jurisdição sai do plano abstrato e chega à realidade concreta da atribuição do seu exercício a determinado juiz, com referência a determinado processo”².

Pois bem.

Assim sendo, após todas as considerações abstratas e concretas feitas nas linhas derradeiras, certo se mostra que existindo dúvida – como de fato há acerca de a que órgão compete julgar determinada demanda, como é o caso dos autos –, prudente solucioná-la primeiro, através do presente conflito de competência, pois será exatamente a certeza do julgamento deste advinda que subsidiará o julgamento definitivo das exceções de incompetência. Ou seja: a solução neste ato apresentada servirá como subsídio para o julgamento das apelações, oferecendo ao julgador des-

¹ DEMERECIAN, Pedro Henrique; MALULY, José Assaf. *Curso de Processo Penal*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2005. p 249.

² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance e FILHO, Antônio Magalhães Gomes. *As nulidades no Processo Penal*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 40.

tas a certeza e clareza crucial que deve preexistir quanto à competência posta em dúvida mediante a exceção.

Voltando-me ao exemplo dado anteriormente – numa tentativa de socorrer-me da didática para fechar o presente raciocínio –, a solução do presente conflito de competência oferecerá justamente a certeza em relação a competir ao Juízo A ou B julgar a demanda, certeza esta que deve existir previamente ao julgamento definitivo da exceção de incompetência, já que – em termos teóricos e precisos – só se pode classificar como incompetente determinado juízo se não houver dúvida – que parta desse próprio Juízo ou do outro – acerca da própria competência.

E, ainda que assim não fosse e, de forma reversa, se mostrasse pertinente à 2ª Turma desta Corte proferir julgamento anterior ao presente em sede de exceção de incompetência, mesmo assim válido antever que as referidas apelações, certamente, não subsistiriam como meio hábil a reverter a decisão proferida pelo Juízo da 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará.

É que, como bem fundamentou o MPF em parecer já citado – inclusive sob os mesmos fundamentos já ofertados em relação às apelações pendentes –, o referido recurso não se presta a reformar decisão proferida em sede de exceção de incompetência, por não haver disposição legal neste sentido e por serem as hipóteses de cabimento da apelação, devidamente descritas pelo art. 593 do CPP, de ordem taxativa, ou seja, que não permitem inclusão de casos outros que não os já ali indicados.

Em suma, ainda que não fosse necessário proferir julgamento anterior em sede de conflito de competência, ainda assim, certamente, as aludidas apelações não teriam o condão de reverter a decisão proferida pelo Juízo monocrático em sede de exceção de incompetência. Evento este que, fatalmente, reforçaria a competência da 11ª Vara Federal em julgar a presente demanda, conforme adiante se concluirá.

Assim sendo, afastada a inquietação preambular quanto à existência de apelações pendentes e convicto da possibilidade e mesmo prudência de proferir tal julgamento, em que pese a pendência aventada, conheço do presente conflito e passo ao mérito.

VOTO-MÉRITO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO (Relator Convocado):

Conforme já relatado, trata-se de conflito positivo de competência suscitado pelo juízo da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará em face do juízo da 12ª Federal da mesma seção judiciária, com o fito de definir a quem competiria o processamento e julgamento de ação criminal intentada em desfavor de Elisa Maria Gradvhol, Euclides Ducan Janot de Matos e Roberto Pinheiro Klein, a qual, em duplicidade, teria sido distribuída a ambos os juízos.

Fato incontroverso que as referidas ações foram originadas a partir da distribuição de duas denúncias idênticas, que teriam sido intentadas perante a 11ª e 12ª Varas Federais, respectivamente, nas datas de 07/12/2006 e 11/12/2006.

Com tais considerações factuais, cabe agora tecer considerações jurídicas acerca dos eventos até então esclarecidos, mas não sem antes reforçar que neste ato visa-se apenas a estabelecer a que Juízo compete julgar a ação originada da denúncia intentada em duplicidade, não cabendo adentrar em outras questões, nem mesmo a que diz respeito à aventada adulteração da segunda denúncia, por não estarem tais eventos açambarcados dentre aqueles que podem ser tratados mediante conflito de competência.

Pois bem, dito isto digo mais: à exceção do emaranhado processual já tratado, a questão cerne restante a ser examinada neste momento se mostra, de certa forma, de simples elucidação, podendo a mesma ser resumida na seguinte indagação: a quem compete julgar a denúncia intentada em duplicidade, ao Juízo da 11ª ou ao da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará?

Ora, em busca da resposta, devemos nos socorrer do que preconiza o art. 69, IV, do CPP, segundo o qual a **distribuição** se impõe conquanto critério a determinar a fixação da competência jurisdicional. Isto quando na mesma circunscrição judiciária houver mais de um juiz competente, conforme complementação trazida pelo art. 75 do mesmo diploma legal.

Nesse sentido, válido o esclarecimento doutrinário³:

Depois de fixado o foro competente em razão da infração ou da matéria, quando houver mais de um juiz igualmente competente na mesma repartição (circunscrição) judiciária, o feito será distribuído para um deles (art. 75, CPP). A distribuição é um critério objetivo de fixação do foro competente, que busca evitar a interferência subjetiva (STJ. 6ª T., RHC nº 5.318/CE, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU de 25.08.97, p. 39.402). Assim, por exemplo, se na comarca existirem quatro Varas criminais exercendo a jurisdição sobre os crimes comuns, será competente aquela para qual for distribuído (ou sorteado), de acordo com as normas de organização judiciária, o inquérito policial ou, se for o caso, as peças de informação.

Conforme o parágrafo único do art. 75 do CPP, a prática de um ato jurisdicional, em decorrência da distribuição prévia de um pedido relativo a um processo a ser instaurado (de prisão preventiva ou temporária, de liberdade provisória, de busca e apreensão etc.), torna prevento o Juízo. A ação penal (iniciada por denúncia ou queixa-crime), por consequência, dispensará nova distribuição e será imediatamente remetida ao Juízo já determinado.

Feito tal esclarecimento e atento ao fato de que a primeira denúncia a ser distribuída o foi em 07/12/2006, perante o Juízo da 11ª Vara Federal, claro resta que competirá a este – e não ao Juízo da 12ª Vara Federal – processar e julgar o feito respectivo, já que perante este a distribuição se deu em momento posterior, precisamente em 11/12/2006.

E, repise-se, diante desta convicção, indiferente se mostra perseguir, ao menos em sede de conflito de competência, a existência e mesmo validade do segundo processo, intentado perante o Juízo da 12ª Vara Federal – em relação ao qual, conforme já relatado, pesa a suspeita de adulteração –, já que, ainda que válido fosse, tal evento não afastaria a competência já definida pela distribuição da outra demanda em momento anterior à sua.

³ DEMERECIAN, Pedro Henrique; MALULY, José Assaf. *Curso de Processo Penal*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2005, p. 229.

A questão relativa à adulteração aventada apenas teria relevância ao presente conflito caso tal suspeita pesasse em desfavor da primeira denúncia distribuída, já que a fixação de competência estaria na iminência de ser igualmente inválida, caso a peça acusatória fosse concebida como fraudulenta.

Porém, pairando a suspeita sobre a segunda denúncia, como de fato paira, tal evento se mostra indiferente à fixação da competência ora procedida já que, independentemente da validade da segunda peça acusatória, não seria mesmo o Juízo que a recebeu – 12ª Vara Federal – o competente, já que a distribuição foi em momento derradeiro ao da primeira denúncia distribuída, conforme já esclarecido.

Com essas considerações, tendo em conta, de um lado, a existência de dois juízes igualmente competentes na mesma seção judiciária (art. 75 do CPP), quais sejam, o da 11ª e o da 12ª Vara Federal, e de outro a distribuição anterior feita perante um deles (art. 69, IV, do CPP), qual seja, a realizada perante o Juízo da 11ª Vara Federal, nenhuma dúvida resta quanto ao evento de competir a este o processo e julgamento da denúncia formulada em desfavor dos réus já referenciados.

Tal conclusão ganha ainda mais robustez diante do fato de ter sido o juízo da 11ª Vara Federal o primeiro a praticar atos no processo-crime (em 14/12/2006), o que, de qualquer forma, se imporia como circunstância a fixar sua competência por prevenção, já que o juízo da 12ª Vara Federal atuou em momento posterior (em 26/01/2007).

Ressalte-se ainda que o fato de o juízo da 12ª Vara Federal ter proferido decisão rejeitando a denúncia é evento que não tem o condão de afastar a competência do outro Juízo, anteriormente fixada, já que a aludida decisão sequer transitou em julgado, tendo sido interposto recurso em sentido estrito. Ademais, ainda que assim não fosse, conforme já dito, antes mesmo do aludido ato (praticado em 26/01/2007), a competência do juízo, por distribuição, já havia sido fixada.

Tais ponderações, aliadas aos comandos legais dispostos no art. 69, IV, e art. 75, ambos do CPP, se me mostram suficientes

para conhecer do presente conflito de competência e, na seqüência, declarar como competente para julgar a ação o Juízo da 11ª Vara Federal do Ceará.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 2.713-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE
Impetrantes: BORIS MARQUES DA TRINDADE E OUTROS
Impetrado: JUIZO DA 2ª VARA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
Pacientes: MARINO EUGÊNIO DE ALMEIDA, HERBERTH FLORENTINO GABRIEL, GILBERTO MEIRA DE MELO, ANTÔNIA HELIANA CAVALCANTI E FRANCISCO ROBERTO MAIA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E INÉPCIA DA DENÚNCIA. CRIME DO ART. 19 DA LEI Nº 7.492/86 (OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO MEDIANTE FRAUDE): DELITO COMUM. CRIME DO ART. 1º, INCISO I, DA LEI Nº 8.137/90: PRESCINDIBILIDADE DO AGUARDADO DO TERMO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL, ANTE A INCONTESTÁVEL EXISTÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO: POSSIBILIDADE DE FIGURAREM COMO DELITOS ANTECEDENTES OS DE CORRUPÇÃO ATIVA, CORRUPÇÃO PASSIVA E FRAUDE A PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE INÉPCIA DA DENÚNCIA QUANTO AOS CRIMES PREVIDENCIÁRIOS DOS ARTS. 168-A E 337-A DO CÓDIGO PENAL, ANTE A POSSIBILIDADE DE PLENO CONHECIMENTO, PELOS PACIENTES, DOS MOTIVOS PELOS QUAIS SÃO ACUSADOS. VIA ELEITA

INADEQUADA PARA O EXAME APROFUNDADO DAS TESES DEFENSIVAS. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

- Os impetrantes, em longo arrazoado, pretendem que seja concedida a ordem de habeas corpus “para o fim de ser parcialmente trancada a ação penal, por falta de justa causa, apenas em relação aos crimes contra o sistema financeiro nacional, contra a ordem tributária e de lavagem de dinheiro; e, em relação aos dois crimes previdenciários, ser anulada a denúncia por inépcia”.

- Está prescrito o crime contra a Ordem Tributária – art. 2º, II, Lei nº 8.137/90.

- O delito tipificado no artigo 288, parágrafo único, do Código Penal (crime de quadrilha) é crime permanente, razão pela qual o agente é considerado em constante situação de flagrância. No que respeita ao pleito de prescrição do delito de quadrilha, o mesmo prospera, posto que o crime em testilha é de natureza permanente, que se prolonga no tempo, durante todo o interregno temporal em que durar a associação criminosa.

- No que se refere ao crime contra o Sistema Financeiro Nacional, previsto no art. 19 da Lei nº 7.492/86, a infração não se trata de delito próprio, podendo ser praticada por qualquer pessoa, descabendo as alegativas da defesa no sentido de que os réus não detêm legitimidade para constar no pólo passivo desta ação penal.

- No tocante aos crimes contra a Administração Pública, apontados pelo MPF como antecedentes do delito de lavagem de dinheiro (corrupção ativa, corrupção passiva e fraude a procedimento licitatório), não é necessária, para sua configuração, a direta proveniência dos bens, direitos e valores, objeto de ocultação ou simulação, da prática dos delitos arrolados no texto legal correspondente. A origem indireta de tais bens

também é aceita, razão pela qual, no caso concreto, lógico é concluir, desde já, que o delito de corrupção ativa obviamente pode ser tomado como antecedente do crime de lavagem de dinheiro, pelo fato de que o referido crime contra a Administração Pública é apontado pela acusação como marco inicial de toda a cadeia de fatos criminosos desencadeados posteriormente, haja vista ter sido o oferecimento de vantagem indevida ao funcionário público lotado na Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Norte a causa direta da constituição fraudulenta da empresa PREST-SERVICE - Prestadora de Serviços Gerais Ltda., utilizada como instrumento para a prática de todos os demais delitos referidos na denúncia.

- No caso do crime contra a ordem tributária previsto o art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90, descabe a exigência de lançamento definitivo de crédito tributário para fins da propositura da competente ação penal. Isto se deve ao fato de que, no caso do HC nº 81.611, julgado pela Suprema Corte e invocado pela defesa, a ordem de habeas corpus era postulada em razão da pendência de uma discussão administrativo-fiscal sobre a própria existência do crédito tributário, enquanto que no caso ora analisado discute-se, tão-somente, na seara administrativa, a responsabilidade por um elevado débito tributário já reconhecido pelos próprio pacientes.

- O STJ já decidiu que o acolhimento da alegação de ausência de justa causa para a pretensão punitiva da denúncia, em seara de apuração de delito de apropriação indébita prevenciária, requer um exame acurado do conjunto fático-probatório, incabível na via estreita do habeas corpus, porquanto os valores dos créditos e débitos pendem de efetiva liquidação.

- Consoante destacado pelo Ministério Público

Federal, às fls. 170-176, ao se reportar, na petição de fls. 150-152, ao depoimento prestado na ação criminal em curso pela testemunha arrolada pela acusação, auditor da Receita Federal de nome Henrique Jorge Freitas da Silva, a defesa fez apenas menção de que ela “deixou expresso, ao Juiz do processo, que o crédito tributário referido na denúncia ainda se acha em discussão, não havendo ainda julgamento, havendo impugnação, na defesa fiscal, inclusive, quanto ao valor lançado. Com efeito, o depoimento prestado às fls. 155-159, único que subsidia/instrui a petição complementar de fls. 150-152, não se trata de certidão e não possui o condão de trazer a lume a certeza acerca da inexistência de decisão administrativo-fiscal definitiva, já que é de conhecimento comum que o trabalho dos auditores que participam da fiscalização se encerra com o lançamento fiscal, não detendo eles qualquer atribuição de acompanhar o desfecho dos processos administrativos.

- Observe-se que a própria testemunha destacada pelos impetrantes também afirmou, à fl. 156, no item 17, “que durante todo o tempo que a empresa Prest Service foi constituída, praticamente não recolheu tributos federais”. Em outras palavras, já se tem como certa a autuação fiscal e, portanto, a existência do crédito tributário, apenas havendo espaço para eventual discussão sobre o quantum devido.

- A alegação de que a Comissão de Justiça do Senado acabou de aprovar o Projeto de Lei nº 105/2007, acostado às fls. 160-168, definindo um novo conceito de organização criminosa, não merece a mais leve atenção, posto que, no caso concreto, não houve aprovação definitiva do indigitado projeto pelo Congresso Nacional e, portanto, sem sanção presidencial nem publicação do normativo não pode tal projeto interferir,

de nenhuma forma, no julgamento da presente demanda.

- Tendo em conta que a denúncia descreve, com todos os elementos indispensáveis, a existência de crimes em tese, sustentando o eventual envolvimento dos pacientes com a indicação de vasto material probatório, a persecução criminal deflagrada não se constitui em constrangimento ilegal, mormente porque não há como, em juízo sumário e sem o devido processo legal, inocular os mesmos das acusações, antecipando prematuramente o mérito.

- A estreita via do habeas corpus, que não admite dilação probatória, exigindo prova pré-constituída das alegações, não é sede própria para discutir teses defensivas que, substancialmente contrariadas pelo órgão acusador, dependam de aprofundada incursão na seara fático-probatória.

- Ordem de habeas corpus denegada.

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 maioria, denegar a ordem de *habeas corpus*, na forma do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 17 de maio de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE:

Os Béis. Eduardo Trindade, Bóris Trindade, Alberto Trindade, Ítalo Pinheiro Hindenberg Dutra e Fabiano Falcão impetram o presente *habeas corpus* em favor de Marino Eugênio de Almeida, Her-

berth Florentino Gabriel, Gilberto Meira de Melo, Antônia Heliana Cavalcanti e Francisco Roberto Maia, visando ao trancamento parcial da Ação Penal nº 2007.84.00.000292-3, em que a MMª. Juíza Federal impetrada recebeu a denúncia ofertada pelo douto Ministério Público Federal contra os ora pacientes, acusados de terem se associado “em quadrilha, com a finalidade de cometer crimes, especialmente os de apropriação indébita previdenciária, sonegação de contribuição previdenciária, fraude ao procedimento licitatório, lavagem de dinheiro e delitos contra a ordem tributária e contra o Sistema Financeiro Nacional, praticando, ainda, alguns de seus membros, crimes de falsificação de documento particular, corrupção ativa e corrupção passiva”. (Fl. 25).

Os impetrantes, em longo arrazoado, pretendem que seja concedida a ordem “para o fim de ser parcialmente trancada a ação penal, por falta de justa causa, apenas em relação aos crimes contra o sistema financeiro nacional, contra a ordem tributária e de lavagem de dinheiro; e, em relação aos dois crimes previdenciários, ser anulada a denúncia por inépcia”. (Fl. 24).

Não havendo pedido de liminar, foi determinado que:

a) que fosse oficiada a ilustre autoridade impetrada para prestar as informações que entender cabíveis, no prazo legal;

b) com as informações do Juízo impetrado, que fosse dada vista ao Ministério Público Federal, para parecer.

Informações prestadas pelo Juízo *a quo* às fls. 120-125.

Parecer do MPF às fls. 126-141.

Requerimento e documentos juntados pela defesa às fls. 150-168, postulando fosse dada vista dos mesmos ao Ministério Público Federal.

Pronunciamento do Ministério Público Federal, às fls. 170-176, apenas ratificando o inteiro teor da manifestação primeira de fls. 126-141, opinando pela não concessão da ordem de *habeas corpus* pleiteada, mantendo-se assim incólume a decisão de primeiro grau impugnada, por se constituir medida de inteira justiça.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍ-
DE CAVALCANTE (Relator):

Os impetrantes, em longo, mas suave arrazoado, pretendem que seja concedida a ordem “para o fim de ser parcialmente tran-
cada a ação penal, por falta de justa causa, apenas em relação
aos crimes contra o sistema financeiro nacional, contra a ordem
tributária e de lavagem de dinheiro; e, em relação aos dois crimes
previdenciários, ser anulada a denúncia por inépcia”. (Fl. 24).

O Ministério Público Federal ofertou denúncia (fls. 62-102) em
face dos réus acima epigrafados, sob a alegação de que estes se
associaram em quadrilha para, mediante a constituição de uma
empresa em nome de “laranjas” (a Prest-Service - Prestadora de
Serviços Gerais Ltda.), com a finalidade de cometer diversos cri-
mes, quais sejam:

1) obtenção de financiamento mediante fraude (crime contra o
sistema financeiro, tipificado no art. 19 da Lei nº 7.492/86);

2) redução ou supressão de tributo, mediante a conduta des-
crita no inciso I do art. 1º da Lei nº 8.137/90 (crimes contra a ordem
tributária);

3) crime de lavagem de dinheiro, tendo como delitos antecede-
ntes o referido crime contra o Sistema Financeiro Nacional, os
de corrupção ativa e passiva, o de fraude a procedimento licitatório
e o de organização criminoso;

4) os de sonegação de contribuição previdenciária e de apro-
priação indébita previdenciária, tipificados, respectivamente, nos
arts. 337-A e 168-A do Código Penal.

Os impetrantes argumentam que inexistente justa causa para a
ação penal em relação aos três primeiros delitos, bem como que é
inepta a denúncia quanto ao capítulo referente aos delitos indica-
dos no item 4.

**Crime contra a Ordem Tributária – art. 2º, II, Lei nº 8.137/
90: prescrição**

Inicialmente, devo frisar que o Juízo *a quo* acolheu a tese de
prescrição punitiva em relação aos acusados Marino Eugênio de

Almeida, Herberth Florentino Gabriel, Francisco Roberto Maia, Antônia Heliana Cavalcanti e Gilberto Meira de Melo, no que respeita ao crime contra a ordem tributária descrito pelo art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90, com fulcro no art. 109, V, do Código Penal. Isto se deveu ao fato de que a pena máxima privativa de liberdade cominada *in abstracto* para tal delito é de 2 (dois) anos de detenção, razão pela qual ocorre o advento da prescrição em 4 (quatro) anos, sendo que na hipótese *sub examine*, já transcorreram mais de 6 (seis) anos entre a data do fato e a do recebimento da denúncia. Esta tese resta acolhida por este Desembargador Federal Relator.

Crime de quadrilha não prescrito – art. 288 do CP

Realmente, o delito em tela tipificado no artigo 288, parágrafo único, do Código Penal é crime permanente, razão pela qual o agente é considerado em constante situação de flagrância, podendo, assim, sua prisão ser efetuada a qualquer momento, nos termos do artigo 303 do Código de Processo Penal.

Sobre o tema, confira-se:

CRIMINAL. HC. EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. IRREGULARIDADES. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. LEGALIDADE DA PROVA. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTROS ELEMENTOS DO CONJUNTO PROBATÓRIO. BUSCA E APREENSÃO. MANDADO. EXISTÊNCIA. EXISTÊNCIA DE OUTROS DELITOS DE CARÁTER PERMANENTE. FLAGRANTE. ORDEM DENEGADA.

I. A interceptação telefônica para fins de investigação criminal pode se efetivar antes mesmo da instauração do inquérito policial, pois nada impede que as investigações precedam esse procedimento “a providência pode ser determinada para a investigação criminal (até antes, portanto, de formalmente instaurado o inquérito) e para a instrução criminal, depois de instaurada a ação penal”.

II. Não carece de fundamentação a decisão que, embora sucintamente, autorizou a interceptação telefônica em conformidade com o disposto no art. 5º da Lei 9.296/96, na medida em que demonstrada a sua indispensabilidade como meio de prova com a indicação da forma de execução da diligência, não superior a quinze dias.

III. Não se anula o procedimento por ausência de intima-

ção do Ministério Público para acompanhar as diligências, ante a ausência de comprovação de prejuízo à parte.

IV. Tendo sido respeitado o sigilo das diligências, o fato da interceptação não ter operado em autos apartados não induz à nulidade do procedimento se a impetração não logrou êxito em demonstrar a ocorrência de qualquer prejuízo ao paciente advindo dessa irregularidade.

V. Tratando-se de nulidade no processo penal, é imprescindível, para o seu reconhecimento, que se faça a indicação do prejuízo causado ao réu, o qual não restou evidenciado no presente caso.

VI. Se a sentença se fundou em outros elementos do conjunto probatório, independentes e lícitos, não se reconhece a apontada imprestabilidade da interceptação telefônica para embasar a condenação, em especial quando tal prova não se mostra ilícita.

VII. A busca domiciliar não pode vir desamparada de mandado judicial, do qual só se prescinde quando a diligência for realizada pessoalmente pela autoridade judicial.

VIII. Hipótese em que o mandado judicial foi expedido, tendo sido constatado que as investigações não se limitavam ao crime de extorsão mediante seqüestro, mas a outros delitos de caráter permanente – dentre os quais o de formação de quadrilha –, cujos produtos de crime foram apreendidos na mesma oportunidade, ocasião em que o paciente acabou sendo preso em flagrante.

IX. Ordem denegada. (STJ - HC 200500602661 - (43234 SP) - 5ª T. - Rel. Min. Gilson Dipp - DJU 21.11.2005 - p. 00265) (grifos nossos)

No que respeita ao pleito de prescrição do delito de quadrilha, o mesmo não merece idêntica sorte. Alicerço-me, para tal dedução, no fato de o crime em testilha ser de natureza permanente, que se prolonga no tempo, durante todo o interregno temporal em que durar a associação criminosa.

Crime contra o Sistema Financeiro Nacional – art. 19 da Lei nº 7.492/86

No que se refere ao crime contra o Sistema Financeiro previsto no art. 19 da Lei nº 7.492/86, compartilho do entendimento espousado pelo Juízo de primeiro grau, no sentido de que a infração não

se trata de delito próprio, podendo ser praticada por qualquer pessoa, descabendo as alegativas da defesa no sentido de que os réus não detêm legitimidade para constar no pólo passivo desta ação penal.

Crimes antecedentes ao delito de Lavagem de Dinheiro

No tocante aos crimes contra a Administração Pública, apontados pelo MPF como antecedentes do delito de lavagem de dinheiro (corrupção ativa, corrupção passiva e fraude a procedimento licitatório), observam os impetrantes, de modo genérico, não poderem aqueles ser qualificados como antecedentes, porquanto não são possuidores de qualquer relação de conexidade como o crime principal, haja vista não decorrer de sua prática a obtenção de qualquer vantagem indevida, de natureza pecuniária, passível de ser objeto de ocultação ou simulação.

A respeito do tema, permito-me transcrever excertos do parecer ministerial de fls. 126-141, *verbis*:

(...) Art. 1º. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou **indiretamente**, de crime:

(...)

Senhores julgadores, se bem examinada a clara redação deste dispositivo, observar-se-á não ser necessária, para a configuração do crime de lavagem de dinheiro, a **direta** proveniência dos bens, direitos e valores, objeto de ocultação ou simulação, da prática dos delitos arrolados nos incisos seguintes.

A origem **indireta** daqueles também é aceita, razão pela qual, no caso concreto, lógico é concluir, desde já, que o delito de corrupção ativa obviamente pode ser tomado como antecedente do crime de lavagem de dinheiro, pelo seguinte motivo:

É que, segundo se depreende da leitura da peça acusatória inicial, o referido crime contra a Administração Pública é apontado pela acusação como marco inicial de toda a cadeia de fatos criminosos desencadeados posteriormente, haja vista ter sido o oferecimento de vantagem indevida ao funcionário público Francisco Herôncio de Medeiros,

lotado na Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Norte, a causa direta da constituição fraudulenta da empresa Prest-Service - Prestadora de Serviços Gerais Ltda., utilizada como instrumento para a prática de todos os demais delitos referidos na denúncia, os quais – estes sim – permitiram o auferimento ilícito de vultosos recursos, cuja destinação (...) ao invés de ser o ativo dessa empresa, foram os “cofres” particulares dos integrantes da organização criminosa.

Como, então, defender que o delito de corrupção ativa não possui qualquer relação de conexão com o delito de lavagem de dinheiro?

Sem a fraudulenta constituição da sobredita empresa, ocorrida mediante a prática do referido delito, todos aqueles fatos criminosos haveriam ocorrido da maneira como ocorreram?

Obviamente negativa a resposta.

Esse mesmo raciocínio – fundado da possibilidade de origem indireta dos recursos objeto de ocultação e dissimulação – é aplicável aos crimes de corrupção passiva (com a observação de este haver sido imputado unicamente ao funcionário público Francisco Herôncio de Medeiros) e de fraude a procedimento licitatório (...).

Crimes contra a Ordem Tributária – art. 1º, I, Lei 8.137/90: não exigência do lançamento definitivo de crédito para a propositura da competente ação penal.

Por outro lado, acerca da tese de ausência de justa causa para a imputação aos pacientes do delito contra a ordem tributária, previsto pelo art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, observo que os impetrantes se fundaram no julgamento do HC nº 81.611 (*DJ* 13.05.2005) pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que faltaria justa causa às ações penais pelo crime contra a ordem tributária acima descrito quando ainda não ocorrido o lançamento definitivo do crédito tributário, em sede de procedimento administrativo-fiscal, tendo em vista que, segundo o argumento defendido por seu eminente Relator, o Ministro Sepúlveda Pertence, a efetiva constatação da redução ou supressão de tributo constituiria condição objetiva de punibilidade deste delito.

O STF, no julgamento do HC nº 81.611, que teve o voto condutor do Min. Sepúlveda Pertence, por maioria, em sessão plenária, estabeleceu que recurso ao Conselho de Contribuintes poderia reverter uma situação embrionariamente tida como de sonegação fiscal, além do fato de que o pagamento do tributo após a apreciação da citada instância recursal extingue a punibilidade do agente, trancando, por isto, a denúncia:

Concluído o julgamento de *habeas corpus* no qual se questionava a possibilidade do oferecimento e recebimento de denúncia pela suposta prática de crime contra a ordem tributária, enquanto pendente de apreciação a impugnação do lançamento apresentada em sede administrativa (v. Informativos 286 e 326). O Tribunal, por maioria, acompanhou o voto proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence, Relator, no sentido do deferimento do *habeas corpus*, por entender que nos crimes do art. 1º da Lei nº 8.137/90, que são materiais ou de resultado, a decisão definitiva do processo administrativo consubstancia uma condição objetiva de punibilidade, configurando-se como elemento essencial à exigibilidade da obrigação tributária, cuja existência ou montante não se pode afirmar até que haja o efeito preclusivo da decisão final em sede administrativa. Considerou-se, ainda, o fato de que, consumando-se o crime apenas com a constituição definitiva do lançamento, fica sem curso o prazo prescricional. Vencidos os Ministros Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Carlos Britto, que indeferiam a ordem. Precedente citado: HC 77.002/RJ (DJU de 2.8.2002).¹

Segundo esclareceu o Ministério Público Federal e a cujo entendimento ora nos filiamos, no caso do HC nº 81.611, a ordem de *habeas corpus* era postulada em razão da pendência de uma discussão administrativo-fiscal sobre a própria existência do crédito tributário, enquanto que no caso ora analisado, discute-se, tão somente, na seara administrativa, a responsabilidade por um elevado débito tributário já reconhecido pelos próprios pacientes.

Sobre diversos dos temas nestes autos há julgado do STJ, *verbis*:

¹ STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, HC nº 81.611, Pleno, Informativo nº 333/STF.

HABEAS CORPUS. ADVOGADO. OPERAÇÃO “MONTE ÉDEN”. **CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO E CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, QUADRILHA, LAVAGEM DE DINHEIRO, SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA, FALSIDADE IDEOLÓGICA, TRÁFICO DE INFLUÊNCIA. ARGÜIDA INÉPCIA DA DENÚNCIA. IMPROCEDÊNCIA.**

1. A extensa inicial acusatória, que conta com 163 laudas, aponta, essencialmente, para a participação de liderança do ora paciente em complexa organização criminoso, desenvolvida por meio do seu escritório de advocacia, cuja finalidade precípua seria a de promover a chamada “blindagem patrimonial” a diversos “clientes”, o que se fazia por meio de empresas fictícias no exterior, abertas em nome de “laranjas”, para ocultação, proteção e lavagem de dinheiro.

2. A denúncia descreve, suficientemente, as dezenas de ilícitos em tese perpetrados pelos agentes denunciados, relacionando-os com um vasto conjunto de provas constituído principalmente de objetos e documentos apreendidos, interceptações telefônicas, interrogatórios dos réus, depoimentos das testemunhas etc., em perfeita consonância com as exigências do art. 41 do CPP, permitindo ao paciente ter clara ciência das condutas ilícitas que lhe são imputadas, garantindo-se-lhe o livre exercício do contraditório e da ampla defesa. Não há falar, assim, em inépcia da peça acusatória.

3. É verdade que este Superior Tribunal de Justiça tem-se pronunciado no sentido de aderir à recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reformulada a partir do julgamento plenário do HC nº 81.611/DF, relatado pelo ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, para considerar que não há justa causa para a persecução penal do crime de sonegação fiscal, quando o suposto crédito tributário ainda pende de lançamento definitivo, sendo esta condição objetiva de punibilidade.

4. Não obstante, considerando as peculiaridades concretas do caso, verifica-se que a hipótese sob exame em muito se diferencia daquelas outras que inspiraram os referidos precedentes. De fato, uma coisa é desconstituir o tipo penal quando há discussão administrativa acerca da própria existência do débito fiscal ou do *quantum* devido; outra bem diferente é a configuração, em tese que seja, de crime

contra ordem tributária em que é imputada ao agente a utilização de esquema fraudulento, como, por exemplo, a falsificação de documentos, utilização de empresas “fantasmas” ou de “laranjas” em operações espúrias, tudo com o claro e primordial intento de lesar o fisco. Nesses casos, evidentemente, não haverá processo administrativo-tributário, pelo singelo motivo de que foram utilizadas fraudes para suprimir ou reduzir o recolhimento de tributos, ficando a autoridade administrativa completamente alheia à ação delituosa e sem saber sequer que houve valores sonogados.

5. Apurar a existência desses crimes contra a ordem tributária, cometidos mediante fraudes, é tarefa que incumbe ao Juízo criminal; saber o montante exato de tributos que deixaram de ser pagos em decorrência de tais subterfúgios para viabilizar futura cobrança é tarefa precípua da autoridade administrativo-fiscal. Dizer que os delitos tributários, perpetrados nessas circunstâncias, não estão constituídos e que dependem de a administração buscar saber como, onde, quando e quanto foi usurpado dos cofres públicos para, só então, estar o Poder Judiciário autorizado a instaurar a persecução penal equivale, na prática, a erigir obstáculos para desbaratar esquemas engendrados com alta complexidade e requintes de malícia, permitindo a seus agentes, inclusive, agirem livremente no sentido de esvaquizar todo tipo de elemento indiciário que possa comprometê-los, mormente porque a autoridade administrativa não possui os mesmos instrumentos coercitivos de que dispõe o juiz criminal.

6. Tendo em conta que a denúncia descreve, com todos os elementos indispensáveis, a existência de crimes em tese, sustentando o eventual envolvimento do paciente com a indicação de vasto material probatório, a persecução criminal deflagrada não se constitui em constrangimento ilegal, mormente porque não há como, em juízo sumário e sem o devido processo legal, inocentar o paciente das acusações, antecipando prematuramente o mérito.

7. Embora os numerosos delitos em apuração sejam, em boa parte, de altíssima complexidade, foram satisfatoriamente descritos na inicial acusatória. E a espreita via do *habeas corpus*, que não admite dilação probatória, exigindo prova pré-constituída das ale-

gações, não é sede própria para discutir teses defensivas que, substancialmente contrariadas pelo órgão acusador, dependam de aprofundada incursão na seara fático-probatória.

8. Ordem denegada.

(STJ - HC 200502042764 - (50933 RJ) - 5ª T. - Relª Min. Laurita Vaz - DJU 02.10.2006 - p. 294) (grifos nossos)

Demais disso, o STJ já decidiu que o acolhimento da alegação de ausência de justa causa para a pretensão punitiva da denúncia, em seara de apuração de delito de apropriação indébita previdenciária, requer um exame acurado do conjunto fático-probatório, incabível na via estreita do *habeas corpus*, porquanto os valores dos créditos e débitos pendem de efetiva liquidação.

Referida Corte Superior também entende que, na mesma seara do delito de apropriação indébita previdenciária, a tese da não participação do paciente nos atos de administração da empresa demanda revolvimento probatório, impróprio de ser realizado na via estreita do *habeas corpus*, impondo-se notar que não se extrai dos documentos que instruem o *writ* a presença de elemento que evidencie *primus ictus oculi* essa circunstância, e que a falta de justa causa para a ação penal com base na inexistência de dolo é matéria estranha à via do *habeas corpus*, porque reclama profunda análise do conjunto fático-probatório.

Confira-se:

HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ADITAMENTO DA DENÚNCIA QUE INCLUI O PACIENTE COMO CO-RÉU. ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO, BEM COMO DE OCORRÊNCIA DO ARQUIVAMENTO IMPLÍCITO. IMPROCEDÊNCIA. ARTIGO 569 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

1 - A tese da não participação do paciente nos atos de administração da empresa demanda revolvimento probatório, impróprio de ser realizado na via estreita do *habeas corpus*, impondo-se notar que não se extrai dos documentos que instruem o *writ* a presença de elemento que evidencie *primus ictus oculi* essa circunstância.

2 - Improcede a alegação de arquivamento implícito do inquérito em relação ao paciente, visto que o artigo 569 do Código de Processo Penal admite o aditamento da denúncia para suprir, antes da sentença, suas omissões, de modo, por certo, a tornar efetivos os princípios da obrigatoriedade da ação penal pública e da busca da verdade real.

3 - A vedação ao oferecimento de denúncia sem novas provas tem aplicação, a teor do enunciado nº 524 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, nos casos em que o inquérito, por despacho do Juiz e a requerimento do Ministério Público, tenha sido anteriormente arquivado por falta de base probatória para o oferecimento da acusação, o que não é, por evidente, a hipótese dos autos.

4 - A alegação de inépcia do aditamento da denúncia por falta de individualização da conduta do paciente se trata de matéria não examinada pelo acórdão atacado, não podendo ser aqui analisada, sob pena de indevida supressão de instância.

5 - *Habeas corpus* parcialmente conhecido e denegado. (STJ. 6ª Turma. HC 46.409/DF; *Habeas Corpus* 2005/0126341-2. J. em 29.06.2006. DJ 27.11.2006, p. 320, Rel. Min. Paulo Gallotti) (grifos nossos)

PENAL. PROCESSUAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ART. 168-ADO CP. *ABOLITIO CRIMINIS*. NÃO OCORRÊNCIA. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO. FALTA DE JUSTA CAUSA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. O art. 3º da Lei nº 9.983/2000, ao incluir no Código Penal o art. 168-A, não descriminalizou o delito tipificado no art. 95, alínea d, da Lei nº 8.212/91, pelo que não há se falar em *abolitio criminis*. O dolo do crime de apropriação indébita previdenciária é a vontade de não repassar à previdência as contribuições recolhidas, dentro do prazo e forma legal, não se exigindo o *animus rem sibi habendi*, descabendo a exigência da demonstração do dolo específico, como elemento essencial do tipo penal. **A falta de justa causa para a ação penal com base na inexistência de dolo é matéria estranha à via do *habeas corpus*, porque reclama profunda análise do conjunto fático-**

probatório. Recurso a que se nega provimento. (STJ - RHC 200500306160 - (17354 SP) - 6ª T. - Rel. Min. Paulo Medina - DJU 21.11.2005 - p. 00297) (grifos nossos)

Demais disso, consoante destacado pelo Ministério Público Federal às fls. 170-176, ao se reportar, na petição de fls. 150-152, ao depoimento prestado na ação criminal em curso pela testemunha arrolada pela acusação, auditor da Receita Federal de nome Henrique Jorge Freitas da Silva, a defesa fez apenas menção de que ela “deixou expresso, ao Juiz do processo, que o crédito tributário referido na denúncia ainda se acha em discussão, não havendo ainda julgamento, havendo impugnação, na defesa fiscal, inclusive, quanto ao valor lançado. Com efeito, o depoimento prestado às fls. 155-159, único que subsidia/instrui a petição complementar de fls. 150-152, não se trata de certidão e não possui o condão de trazer a lume a certeza acerca da inexistência de decisão administrativo-fiscal definitiva, já que é de conhecimento comum que o trabalho dos auditores que participam da fiscalização se encerra com o lançamento fiscal, não detendo eles qualquer atribuição de acompanhar o desfecho dos processos administrativos.

Observe-se que a própria testemunha destacada pelos impeprantes também afirmou, à fl. 156, no item 17, “que durante todo o tempo que a empresa Prest Service foi constituída, praticamente não recolheu tributos federais”. Em outras palavras, já se tem como certa a autuação fiscal e, portanto, a existência do crédito tributário, apenas havendo espaço para eventual discussão sobre o *quantum* devido.

A alegação de que a Comissão de Justiça do Senado acabou de aprovar o Projeto de Lei nº 105/2007, acostado às fls. 160-168, definindo um novo conceito de organização criminosa, não merece a mais leve atenção, posto que, no caso concreto, não houve aprovação definitiva do indigitado projeto pelo Congresso Nacional e, portanto, sem sanção presidencial nem publicação do normativo não pode tal projeto interferir, de nenhuma forma, no julgamento da presente demanda.

Tendo em conta que a denúncia descreve, com todos os elementos indispensáveis, a existência de crimes em tese, sustentando o eventual envolvimento dos pacientes com a indicação de

vasto material probatório, a persecução criminal deflagrada não se constitui em constrangimento ilegal, mormente porque não há como, em juízo sumário e sem o devido processo legal, inocentar os mesmos das acusações, antecipando prematuramente o mérito.

A estreita via do *habeas corpus*, que não admite dilação probatória, exigindo prova pré-constituída das alegações, não é sede própria para discutir teses defensivas que, substancialmente contrariadas pelo órgão acusador, dependam de aprofundada incursão na seara fático-probatória.

Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 2.798-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Impetrantes: DRS. ADEMAR RIGUEIRA NETO E OUTROS
Impetrado: JUÍZO DA 8ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Pacientes: LUIZ GONZAGA LEITE PERAZZO, ROMERO CÉSAR GUERRA DOMINONI, PAULO CALIXTO DA SILVA, EUGÊNIO MANOEL DO NASCIMENTO MORAES E ÁLVARO JOSÉ MENEZES DA COSTA

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. LANÇAMENTO DE ESGOTO SEM TRATAMENTO EM RIO QUE BANHA MAIS DE UM ESTADO. LESÃO A BEM DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. DENÚNCIA CONTRA PESSOA JURÍDICA. PREVISÃO CONTIDA NO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.605/1998. DENÚNCIA CONTRA PRESIDENTE EM EXERCÍCIO E DIRETORES DA EMPRESA. IMPUTAÇÃO OBJETIVA, SEM O MÍNIMO DE DESCRIÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DOS AGENTES NO CRIME, EM TESE OCORRIDO.

**NULIDADE POR INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA. CON-
CESSÃO DA ORDEM.**

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conceder a ordem para trancar a ação penal, 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, 5 de junho de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Re-
lator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMA-
RÃES:

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Ademar Rigueira Neto e outros, objetivando trancar ação penal por crime ambiental à qual respondem os pacientes, apontando como autoridade coatora o Juízo da 8ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco.

Afirmam os impetrantes que há ilegitimidade ativa na ação penal em trâmite no Juízo *a quo*, visto que a peça inicial foi subs-
crita, simultaneamente, pelo Ministério Público Estadual e pelo Mi-
nistério Público Federal, fato não previsto em lei. Além disso, have-
ria também ilegitimidade passiva, já que os pacientes foram de-
nunciados apenas por serem diretores da empresa, à época do
oferecimento da denúncia.

Sustentam ainda que é incompetente a Justiça Federal para
processar e julgar o feito, visto que a ação penal por crime am-
biental seria de competência da Justiça Comum Estadual.

Por fim, alegam que a denúncia é inepta, já que foi oferecida
contra os pacientes apenas por estarem os mesmos na direção
da empresa à época da apresentação da inicial acusatória, sem

que fosse especificada qual foi a participação de cada réu nas ações tidas por criminosas.

Deferi, em parte, a liminar, apenas para sustar o interrogatório até o julgamento deste *habeas corpus*.

Nas informações de estilo, vem aos autos a notícia de que a denúncia foi recebida em 14/12/2004 em relação à COMPESA - Companhia Pernambucana de Saneamento, e em 12/01/2005 em relação aos ora pacientes, estando agora suspensa por força da liminar concedida.

Em parecer da lavra do Dr. Ivaldo Olímpio de Lima, a douta Procuradoria Regional da República opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

A inicial acusatória relata que foram causados danos ao meio ambiente e à saúde pública no Município de Petrolina, por conta da omissão da empresa COMPESA - Companhia Pernambucana de Saneamento, no que se refere à correta manutenção das lagoas de estabilização a seu cargo, o que estaria provocando elevados índices de coliformes fecais nas praias do Rio São Francisco.

Por essa omissão, apresenta-se denúncia contra a COMPESA e contra o presidente em exercício da empresa e alguns de seus diretores.

A Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, prevê na Seção III - Da Poluição e outros Crimes Ambientais – que é crime o relatado na inicial acusatória. Leia-se:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

§ 2º Se o crime:

I - tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;

II - causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população;

III - causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade;

IV - dificultar ou impedir o uso público das praias;

V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

Por outra vereda, em que pese ter definido como crime o fato narrado na denúncia, a referida lei não estabeleceu a competência para os chamados crimes ambientais. No entanto, verificado que o dano ambiental ocorre, em tese, em rio que atravessa vários Estados, esse rio é considerado bem da União, conforme estabelecido no artigo 20 da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 20. São bens da União:

I - os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;

II - as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;

III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; (...).

Dessa forma, nos termos do artigo 109 da Constituição Federal, compete à Justiça Federal processar e julgar a lide.

Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, reportado no julgamento do Conflito de Competência 55.130 de São Paulo:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME AMBIENTAL PRACTICADO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE LOCALIZADA ÀS MARGENS DE RIO CUJO CURSO D'ÁGUA BANHA MAIS DE UM ESTADO DA FEDERAÇÃO. INTERESSE DA UNIÃO CARACTERIZADO DE ACORDO COM A REDAÇÃO DO ART. 20, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Verificado que o crime ambiental foi praticado em detrimento de área de preservação permanente, localizada às margens de rio que banha mais de um Estado da Federação, caracteriza-se o interesse da União, conforme preconiza do art. 20, III, da Constituição Federal, cabendo à Justiça Federal a instrução e julgamento do feito.

2. Conflito conhecido para declarar competente a 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Ribeirão Preto/SP.

(CC 55.130/SP. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Órgão Julgador: Terceira Seção. Data do Julgamento: 28/02/2007. Data da Publicação/Fonte: DJ 26.03.2007, p. 198)

Em que pese haver notícia de crime e ser a Justiça Federal competente para a causa, a participação dos pacientes no ilícito não está apontada de modo a permitir o regular exercício da defesa.

É que o Ministério Público ouviu o Gerente Regional da Com-pesa, um técnico da CPRH, além de oficial ao Secretário do Meio Ambiente de Petrolina e obter relatório sobre as condições de balneabilidade do rio São Francisco, mas, mesmo assim, não apontou qual a conduta dos pacientes, omissiva ou comissiva, que resultou no crime em comento.

Perceba-se que a acusação se limita a afirmar: “*Assim é que, dúvidas não remanescem acerca da materialidade dos danos causados ao meio ambiente e à saúde pública pela inoperância da COMPESA no município de Petrolina, inoperância esta, sublimemente, advinda diretamente da conduta de seus diretores, eis que, as medidas implementadas em nome da pessoa jurídica são fruto da deliberação e decisão conjunta de seu corpo diretor*” (fl. 524).

Assim, não há condição de procedibilidade da ação em relação aos pacientes, visto que não foi oportunizado aos mesmos o exercício da ampla defesa, constitucionalmente estabelecido, já

que a denúncia é genérica, sem referenciar qual conduta concorreu para o crime sob investigação, o que implica em responsabilidade penal objetiva.

Em casos como tais, deve haver o trancamento da ação penal por inépcia da denúncia, consoante vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça. Leia-se:

CRIMINAL. HC. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. HC CONTRA INDEFERIMENTO DE LIMINAR. CRIME SOCIETÁRIO. IMPUTAÇÃO BASEADA NA CONDIÇÃO DE SÓCIO DE EMPRESA. NECESSIDADE DE DESCRIÇÃO MÍNIMA DA RELAÇÃO DO PACIENTE COM OS FATOS DELITUOSOS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. SUSPENSÃO DO CURSO DA AÇÃO PENAL ATÉ O JULGAMENTO DO MÉRITO DO *WRIT* ORIGINÁRIO. ORDEM CONCEDIDA.

Nos termos do entendimento desta Corte, assim como do Supremo Tribunal Federal, não cabe *habeas corpus* contra indeferimento de liminar, a não ser que reste demonstrada a ilegalidade, sob pena de indevida supressão de instância.

Hipótese em que o Ministério Público imputou ao paciente a suposta prática do crime previsto no art. 168-A do Código Penal, pois, na condição de sócio-diretor de empresa, teria deixado de repassar ao INSS as contribuições previdenciárias descontadas de seus funcionários, sem, contudo, narrar qualquer vínculo entre a condição de administrador de sociedade e a ação supostamente criminosa.

O entendimento desta Corte – no sentido de que, nos crimes societários, em que a autoria nem sempre se mostra claramente comprovada, a fumaça do bom direito deve ser abrandada, não se exigindo a descrição pormenorizada da conduta de cada agente –, não significa que o órgão acusatório possa deixar de estabelecer qualquer vínculo entre o denunciado e a empreitada criminosa a ele imputada.

O simples fato de ser sócio, gerente ou administrador de empresa não autoriza a instauração de processo criminal por crimes praticados no âmbito da sociedade, se não restar comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da ação penal, a mínima relação de causa e efeito entre as imputações e a sua função na empresa, sob pena de se reconhecer a responsabili-

dade penal objetiva.

A inexistência absoluta de elementos hábeis a descrever a relação entre os fatos delituosos e a autoria ofende o princípio constitucional da ampla defesa, tornando inepta a denúncia.

Precedentes do STF e do STJ.

Deve ser suspensa a ação penal até que seja julgado o *writ* originário.

Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

(HC 67.530/SP. Relator: Ministro Gilson Dipp. Órgão Julgador: Quinta Turma. Data do Julgamento: 07/12/2006. Data da Publicação/Fonte: *DJ* 05.02.2007, p. 313)

Assim, sem prejuízo de que nova denúncia seja ofertada, esta preenchendo os requisitos legais e constitucionais para a sua propositura, concedo a ordem para trancar a ação contra os pacientes.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 2.800-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Impetrante: FERNANDO JOSÉ ALVES DE SOUZA E OUTROS
Impetrado: JUÍZO DA 4ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Paciente: JOÃO DIVINO GOMES

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. PRISÃO PREVENTIVA. PACIENTE APONTADO COMO LÍDER DE QUADRILHA DESTINADA À FALSIFICAÇÃO DOS DOCUMENTOS NECESSÁRIOS À OBTENÇÃO DE VISTO PARA O IRREGULAR INGRESSO DE IMIGRANTES NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO DISPOSTO NO ART. 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REITERAÇÃO DA PRÁTICA DE ATOS CRIMINOSOS. SUBSISTÊNCIA DOS MOTIVOS ENSEJADORES DO ENCARCERAMENTO CAUTELAR.

- Decreto de prisão preventiva calcado na garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal, o qual se acha muito bem fundamentado pela autoridade apontada como coatora. Inexistência de ofensa ao disposto no art. 93, inciso IX, da Carta Magna.

- Paciente que, à época da prolação do decreto de custódia provisória se encontrava foragido do distrito da culpa, carregando consigo documentos pessoais de co-ré, em nítido propósito de escapar à aplicação da lei penal e ocultar as provas dos hipotéticos ilícitos.

- Existência, outrossim, de indícios veementes de que o paciente seja useiro e vezeiro na prática criminosa, tendo em vista que já fora preso e processado por crime da mesma espécie (falsidade documental) aqui na cidade de Recife-PE, em maio de 2005.

- “Justifica-se a prisão preventiva para garantia da ordem pública do paciente que já foi preso pela possível prática dos mesmos delitos, há aproximadamente 1 (um) ano, mas, uma vez solto, voltou a delinquir”. (TRF-5ª Região, HC 2.509-PB, Relator o Desembargador Federal José Maria Lucena, decisão unânime da Primeira Turma em 03/08/2006, publicada em 30/08/2006).

- Ordem denegada. Pedido liminar prejudicado.

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, denegar a ordem de *habeas corpus*, na forma do relatório, voto e das notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 21 de junho 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Fernando José Alves de Souza e outros impetram ordem de *habeas corpus* liberatório em favor de João Davino Gomes, qualificado nos autos, preso preventivamente por determinação do MM. Juiz Federal Gustavo Pontes Mazzocchi, e. Magistrado Substituto da 4ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, proferida ainda em sede do Inquérito Policial (2006.83.00.012131-0) que deu origem à Ação Penal Pública nº 2006.83.00.012131-0.

A custódia preventiva esgrimida, datada de 17/10/2006, foi decretada no fito de desbaratar hipotética quadrilha criminosa liderada pelo paciente, destinada à falsificação dos documentos necessários à obtenção de visto para o irregular ingresso de imigrantes nos Estados Unidos da América.

Os fatos ensejadores das investigações remontam a 12/09/2006, quando Erinaldo José do Rego e Juliana Gomes da Silva foram presos em flagrante na sede do Consulado dos EUA, onde, portando documentos contrafeitos, possivelmente confeccionados pelo paciente juntamente com Irinalda Barbosa Gonçalves de Moraes, afirmavam ser respectivamente pai e filha, sendo que Juliana Gomes da Silva se fazia passar por Ariane Santiago Rego, menor de 16 anos de idade.

Realizado interrogatório na sede do Departamento de Polícia Federal, neste Estado, os investigados afirmaram que o líder do eventual bando seria o paciente, que, não obstante tenha domicílio em Governador Valadares-MG, estava em Pernambuco para o cometimento dos eventuais ilícitos, e, naquele momento, encontrava-se hospedado no Hotel Monza, em Piedade, Jaboatão dos Guararapes/PE.

Os agentes foram então ao encalço do paciente, mas, ao chegar no estabelecimento hoteleiro, constataram que ele havia se evadido, levando consigo os documentos verdadeiros de Juliana Gomes dos Santos.

Conseqüentemente, a prisão do paciente foi determinada com supedâneo na garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal.

O paciente foi preso em Governador Valares-MG e posteriormente encaminhado a este Estado, sendo finalmente recolhido ao Centro de Observação e Triagem Professor Everardo Luna - CO-TEL, onde se encontra desde o dia 27/10/2006.

Em síntese, os impetrantes aduzem a nulidade do decreto de encarceramento cautelar, à míngua de fundamentação, invocando o disposto no art. 93, inciso IX, da Carta Magna¹.

Asseveram ter o paciente residência fixa e profissão definida, donde não haver falar em perturbação da ordem pública, até por não lhe ser imputada a prática de crime hediondo ou cometido mediante violência.

Nega, por fim, tenha o clamor público o condão de servir de esteio para o decreto de custódia preventiva, trazendo a lume precedentes das Cortes Superiores.

Às fls. 25/33, consta traslado da denúncia, que imputa ao paciente a prática, em concurso material (CP, art. 69²), dos crimes

¹ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

² Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

§ 1.º Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código.

§ 2.º Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.

de falsificação de documento público (CP, art. 297, *caput*³), falsificação de documento particular (CP, art. 298⁴) e quadrilha ou bando (CP, art. 288⁵).

A autoridade apontada como coatora prestou informações (fls. 562/594 e 604/613).

Foram os autos ao *custos legis*, que se manifestou pela denegação da ordem, mediante parecer subscrito pelo e. Procurador Regional da República Uairandyr Tenório de Oliveira (fls. 598/603), cuja ementa transcrevo abaixo:

EMENTA: PROCESSO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTOS PARA VIABILIZAR VISTO DE ENTRADA NOS EUA. PRESSUPOSTOS E CIRCUNSTÂNCIAS AUTORIZADORAS PRESENTES. INDEFERIMENTO DA ORDEM.

1. São pressupostos da prisão preventiva a existência de provas da materialidade e indícios suficientes da autoria.

2. A gravidade do delito associada à habitualidade criminosa constituem-se em esteio suficiente para a segregação cautelar do agente com base na hipótese da garantia da ordem pública.

3. Presente motivo para a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, nenhuma influência acarretam os fatos de endereço conhecido e profissão regular do agente.

4. Parecer pela denegação do *habeas corpus*.

³ Art. 297. Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

(...)

⁴ Art. 298. Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

⁵ Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Era o que me cumpria resumir.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Cuida-se de ordem de *habeas corpus* liberatório impetrada por Fernando José Alves de Souza e outros em favor de João Divino Gomes, qualificado nos autos, preso preventivamente por determinação do MM. Juiz Federal Gustavo Pontes Mazzocchi, e Magistrado Substituto da 4ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, proferida ainda em sede do Inquérito Policial (2006.83.00.012131-0) que deu origem à Ação Penal Pública nº 2006.83.00.012131-0.

As circunstâncias determinantes do encarceramento cautelar hostilizado remontam a 12/09/2006, quando Erinaldo José do Rego e Juliana Gomes da Silva foram presos em flagrante na sede do Consulado dos EUA, onde, portando documentos contrafeitos, possivelmente confeccionados pelo paciente juntamente com Irinalda Barbosa Gonçalves de Moraes, afirmavam ser respectivamente pai e filha, sendo que Juliana Gomes da Silva se fazia passar por Ariane Santiago Rego, menor de 16 anos de idade.

Realizado interrogatório na sede do Departamento de Polícia Federal, neste Estado, os investigados afirmaram que o líder do eventual bando seria o paciente, que, não obstante tenha domicílio em Governador Valadares-MG, estava em Pernambuco para o cometimento dos eventuais ilícitos, e, naquele momento, encontrava-se hospedado no Hotel Monza, em Piedade, Jaboatão dos Guararapes/PE.

Os agentes foram então ao encalço do paciente, mas, ao chegar no estabelecimento hoteleiro, constataram que ele havia se evadido, levando consigo os documentos verdadeiros de Juliana Gomes da Silva.

Conseqüentemente, a prisão do paciente foi determinada com supedâneo na garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal.

O paciente foi preso em Governador Valares-MG, na data de 17/10/2006, sendo encaminhado a este Estado e recolhido ao Centro de Observação e Triagem Professor Everardo Luna - CO-TEL, onde se encontra desde o dia 27/10/2006.

Procedendo ao exame da matéria aduzida na exordial do rémédio heróico, rechaço de pronto a argüição de nulidade do decreto prisional verberado por carência de fundamentação, visto inexistir na hipótese qualquer ofensa ao disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Conforme já registrado, trata-se de ordem de encarceramento calcada na garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal, a qual se acha muito bem fundamentada pela autoridade apontada como coatora.

Para demonstrar o acerto do e. Julgador de Primeiro Grau, basta colher da decisão objurgada os seguintes fundamentos:

(...) No que pertine à existência do fato e aos indícios da autoria, estão demonstrados. Aquela, em síntese, pela documentação constante no inquérito policial, e esta, porque Juliana e Erinaldo a confirmaram, levando à apreensão da ficha de hospedagem e identificação de João Divino.

Quanto aos demais requisitos do art. 312 do CPP (salvaguarda da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal), pelo menos um está presente.

Diga-se que os delitos atribuídos ao *representado* apresentam deveras gravidade, por colocarem em xeque a credibilidade da documentação pública expedida pelas autoridades brasileiras perante representações estrangeiras, e por envolver o tráfico de pessoas do Brasil para os Estados Unidos, ação essa que macula o controle de fronteiras, a permitir, inclusive, canal livre para a passagem de criminosos que pretendam evadir-se do território nacional ou dele apenas valer-se como meio de alcançar nações alienígenas.

Mais a mais, a apuração completa dos fatos faz-se imprescindível, não podendo nem as autoridades policiais e nem a Justiça contentarem-se com a punição dos beneficiários da fraude e daqueles utilizados como meros instrumentos. É premente a necessidade de que se alcan-

cem os verdadeiros implicados.

Medida de tal estirpe é necessária não apenas para assegurar a justa distribuição da reprimenda penal, como também para firmar a seriedade das instituições nacionais perante os Estados e organismos internacionais, sem esquecer que o tráfico de pessoas é crime que o Brasil, por tratado, obrigou-se a reprimir.

A isso ainda acrescentam os demais argumentos colacionados pela *representante*, dando conta de que João Divino empreendeu fuga, ante o fracasso da fraude que aqui perpetrava, levando consigo a documentação original de uma das peças do esquema e também os pertences pessoais daquela.

Os fatos chegaram a ser noticiados na imprensa, trazendo repercussão no meio social e na comunidade internacional, de modo a exigir pronta resposta.

Sabe-se que o conceito de garantia da ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos delituosos, mas também serve para assegurar a própria credibilidade da Justiça, que deve se mostrar presente quando da ocorrência de delitos de gravidade, como o são a falsificação de documentos públicos e a facilitação do tráfico de pessoas.

Não há denúncia oferecida contra o *representado*, não se sabendo, ainda, a espécie e a quantidade de crimes que lhe serão imputados.

Por esses argumentos, vê-se que o decreto preventivo não está calcado em dados genéricos ou abstratos, mas em fatos concretos que justificam a segregação, em especial a fuga do distrito da culpa e a subtração dos pertences e documentos pessoais de Juliana Gomes, o que faz imperiosa a custódia também por conveniência da instrução e asseguramento da aplicação da lei penal, relevando grafar que João Divino demonstra elevada capacidade de mobilização e ambulatoriedade, tanto que se deslocou de Minas Gerais, onde o esquema delitivo teve origem, até esta Capital, com escopo único de praticar o ilícito que aqui se consumou.

Desta forma, demonstrados os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão deve ser decretada.

Afastada, portanto, a arguição de nulidade por carência de fundamentação, resta perquirir sobre a subsistência dos motivos ensejadores da prisão preventiva.

Neste particular, é bem verdade que a instrução criminal já fora encerrada. A e. autoridade coatora, inclusive, ao prestar informações (fl. 562), declarou que “a sentença será lançada muito brevemente”.

Outrossim, é fato que não pesa contra o paciente acusação de crime hediondo ou cometido mediante violência.

Não obstante, entendo que tais argumentos não são bastantes para a concessão da ordem almejada.

As provas até o momento coligidas, trazidas a lume pelos impetrantes nos documentos que instruem o *writ*, corroboram o juízo precário de autoria e materialidade possível de ser inferido antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

O paciente confessou em seu interrogatório que “à exceção da imputação de ter comprado os documentos de Irinalda, **os demais fatos descritos na denúncia são todos verdadeiros**” (grifei, fl. 325).

Por outro lado, as circunstâncias justificadoras do decreto prisional permitem vislumbrar, conquanto nesta seara estreita, ser o paciente pessoa ardilosa e voltada para a prática reiterada dos crimes da espécie.

Sobreleva considerar, como bem o fez o Magistrado de Primeiro Grau, tenha o paciente se evadido do distrito da culpa, carregando consigo documentos pessoais da co-ré Juliana Gomes dos Santos, em nítido propósito de escapar à aplicação da lei penal e ocultar as provas dos hipotéticos ilícitos.

Patente, pois, a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal.

Ademais, o paciente é apontado na denúncia (fls. 25/33) como líder da quadrilha destinada à falsificação dos documentos necessários à obtenção de visto para o ingresso irregular de imigrantes nos Estados Unidos da América.

Aos fundamentos lançados pelo Juiz impetrado, acrescento ainda mais um.

Conforme confessado pelo próprio paciente no interrogatório

prestado perante a Polícia Federal (fl. 129), existem indícios veementes de que seja useiro e vezeiro na prática criminosa, tendo em vista que já fora preso e processado por falsidade documental aqui mesmo na cidade de Recife-PE, em maio de 2005.

Sua folha de antecedentes criminais confirma a informação (fls. 443/446), porquanto o paciente responde a processo por falsidade documental perante a Sexta Vara Criminal da Comarca do Recife.

Somente este fato já denota uma personalidade voltada para a atividade criminosa, permitindo concluir que, uma vez solto, voltará a delinquir, sendo o bastante para justificar o decreto prisional com supedâneo na garantia da ordem pública (CPP, art. 312). A propósito, trago à colação os seguintes precedentes:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* LIBERATÓRIO. PRISÃO PREVENTIVA. CRIMES PELA INTERNET. FURTO QUALIFICADO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. DELINQUÊNCIA REITERADA. MULTIPLICIDADE DE INVESTIGADOS. EXCESSO DE PRAZO NÃO CONFIGURADO.

- O paciente responde a mais de uma ação penal pela possível prática dos crimes de furto qualificado (CP, art. 155, § 4º, incisos II e IV) e formação de quadrilha (CP, art. 288), eventualmente perpetrados através da rede mundial de computadores (internet).

- Cuida-se de provável partícipe em suposta organização criminosa que conta com 53 (cinquenta e três) investigados, cujas atividades resumir-se-iam a enviar correspondências eletrônicas (e-mails) maliciosas para as vítimas e se assenhorear indevidamente de dados bancários, procedendo, finalmente, a transferências ilícitas de quantias para contas abertas em nome de laranjas.

- **Justifica-se a prisão preventiva para garantia da ordem pública do paciente que já foi preso pela possível prática dos mesmos delitos, há aproximadamente 1 (um) ano, mas, uma vez solto, voltou a delinquir.** (Grifei).

- O alegado excesso de prazo na instrução cai por terra diante da complexidade da causa, marcada por considerável número de investigados, a exigir um grande esforço na colheita das provas.

Ordem denegada.

(TRF-5ª Região, HC 2.509-PB, Relator o Desembargador Federal José Maria Lucena, decisão unânime da Primeira Turma em 03/08/2006, publicada em 30/08/2006).

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRÁTICA REITERADA DE DELITO. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.

I - Se o réu esteve preso por nove meses em razão de colocar em circulação moeda falsa e, solto em virtude de *habeas corpus*, volta a delinquir por idêntico crime, deve ser mantida a prisão preventiva para garantia da ordem pública. (Grifei).

II - Ordem denegada.

(TRF-1ª Região, HC 200201000239167/GO, Relator o Desembargador Federal Cândido Ribeiro, decisão unânime da Terceira Turma em 20/08/2002, publicada no *DJ* de 20/09/2002, pág. 118).

(STJ, HC 44132/PE, Relator o Ministro Hélio Quaglia Barbosa, decisão unânime da Sexta Turma em 09/03/2006, publicada no *DJ* de 27.03.2006, p. 337).

Conseqüentemente, forte nessas considerações, denego a ordem de *habeas corpus*. Julgo prejudicado o pedido liminar.

Assim voto.

HABEAS CORPUS N° 2.854-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA

Impetrantes: DRS. IVANDETE LIBERATO BONFIM E OUTROS

Impetrado: JUÍZO DA 12ª VARA FEDERAL DO CEARÁ

Paciente: JACKSON DE ARAÚJO COSTA (RÉU PRESO)

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ARTIGO 312 DO CPPB. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. CRIMES, EM TESE, DE PEDOFILIA E DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS

HUMANOS. INDÍCIOS DE ASSÉDIO A MENOR, VIA INTERNET (SITE DE RELACIONAMENTOS ORKUT) E DE ORGANIZAÇÃO DE PESSOAS PARA APRESENTAÇÃO, DIVULGAÇÃO, VIA INTERNET, DE IMAGENS COM PORNOGRAFIA OU CENAS DE SEXO EXPLÍCITO ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE. ARTIGOS 241 DA LEI Nº 8.069/90 (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE) E ARTIGO 1º, III, DA LEI Nº 10.446/02. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. IMPOSSIBILIDADE. PRESENTES OS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MANUTENÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR. OFERECIMENTO DA DENÚNCIA PELO DOMINUS LITIS. OCORRÊNCIA. AUDIÊNCIA DE INTERROGATÓRIO. DESIGNAÇÃO. EXCESSO DE PRAZO. INEXISTÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO EVIDENCIADO. IMPROCEDÊNCIA DO WRIT.

- *Necessária a manutenção da prisão preventiva, porquanto está presente a real necessidade de garantia da ordem pública, diante de uma ação implementada, em tese, por agentes que, de fato, demonstram alguma organização para distribuição de material pornográfico. Ademais, manter-se a custódia do paciente atende ao requisito legal de se 'assegurar a aplicação da lei penal'.*

- *O constrangimento ilegal por excesso de prazo deve ser reconhecido quando a demora na instrução é injustificada.*

- *Na hipótese, não há como se atribuir ao Estado-Acusação inércia no cumprimento das providências legais, quando se verifica que já houve oferecimento da denúncia por parte do dominus litis, bem como, por parte do Juiz, recebimento da peça delatória e designação de audiência de interrogatório.*

- *Ordem de habeas corpus denegada.*

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, 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, 31 de julho de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

Cuida a hipótese de ação de *habeas corpus* liberatório, com pedido liminar, impetrado pelos advogados, Dra. Ivandete Liberato Bonfim, OAB/CE nº 9949-B; Dr. João Baptista Almeida Jacó, OAB/CE nº 17530 e Dr. João Victor Norberto Jacó, OAB/CE nº 17531, em favor do paciente Jackson de Araújo Costa, brasileiro, solteiro, balconista, residente e domiciliado na Rua Goianeza, nº 127, Parque Genibaú, Fortaleza/CE, contra ato do Exmo. Sr. Juiz Federal da 12ª Vara Federal do Ceará, que converteu a Prisão em Flagrante do paciente em preventiva, com esteio no artigo 312 do CPPB. Atualmente, o paciente encontra-se recolhido à disposição do Juízo da 12ª Vara/CE na Casa de Custódia Provisória de Caucaia/CE.

Objetiva-se no presente *writ* a revogação da prisão preventiva decretada em desfavor do ora paciente Jackson de Araújo Costa, nos autos do procedimento criminal nº 2007.81.00.001071-8, onde se apura crime, em tese, de pedofilia, previsto no artigo 241, §1º, II, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e artigo 1º, III, da Lei nº 10.446/02 (que dispõe sobre a repressão e investigação, por parte do Departamento de Polícia Federal, das infrações relativas à violação dos direitos humanos que o Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte).

Alegam os impetrantes ser a prisão preventiva medida desnecessária, porquanto o paciente é primário, possui residência e

emprego fixos, não possuindo antecedentes criminais. Sustentam, ainda, que não há dados concretos de que o paciente em liberdade constituiria ameaça à ordem pública ou prejudicaria a instrução criminal ou mesmo se furtaria à aplicação da lei penal.

Argumentam, ainda, a existência de excesso de prazo na conclusão do inquérito policial a justificar o constrangimento ilegal.

Na oportunidade da prisão em flagrante do paciente foi encontrado na sua residência farto material pornográfico, tais como álbuns de fotos, fitas VHS, DVD's e CD's, além de fotos, capturadas pelo *site* de relacionamentos *orkut*, relativas a menores, que eram assediadas a fornecerem mais fotos.

Noticiam os autos que o paciente agia, em tese, em concurso com o seu irmão, paciente no *Habeas Corpus* nº 2.780-CE, que também foi preso em flagrante pelos mesmos fatos, conforme informações prestadas pela DD. Autoridade Coatora, e juntamente com um fotógrafo, tiravam fotografias de meninas nuas, algumas delas de menores, existindo, inclusive, segundo informações prestadas, participação de um terceiro indivíduo que aparece em uma das fitas de vídeo praticando sexo com uma menor de idade.

Informações prestadas, fls. 123/124, pelo Exmo. Juiz Federal Substituto da 12ª Vara Federal/CE, Dr. José Donato de Araújo Neto.

Em complemento às informações prestadas, a Exma. Autoridade apontada como coatora trouxe aos presentes autos cópia da denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal em 26 de julho de 2007 (fls. 207/212), bem como cópia da decisão de recebimento da referida denúncia e designação de audiência de interrogatório para o dia 1º de agosto do corrente ano (fl. 213).

No parecer de fls. 201/206, o Exmo. Procurador Regional da República, Dr. Sady D'Assumpção Torres Filho, opinou pela denegação da ordem, entendendo, entre outras, persistirem os motivos autorizadores para a manutenção da prisão preventiva (garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal), bem como inexistência de constrangimento legal em face do alegado excesso de prazo.

É o relatório. Em mesa para julgamento.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PETRUCIO FERREIRA:

Objetiva-se no presente *writ* a revogação da prisão preventiva decretada em desfavor do ora paciente Jackson de Araújo Costa, nos autos do procedimento criminal nº 2007.81.00.001071-8, onde se apura crime, em tese, de pedofilia, previsto no artigo 241, §1º, II, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e artigo 1º, III, da Lei nº 10.446/02 (que dispõe sobre a repressão e investigação, por parte do Departamento de Polícia Federal, das infrações relativas à violação dos direitos humanos que o Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte).

Alegam os impetrantes ser a prisão preventiva medida desnecessária, porquanto o paciente é primário, possui residência e emprego fixos, não possuindo antecedentes criminais. Sustentam, ainda, que não há dados concretos de que o paciente em liberdade constituiria ameaça à ordem pública ou prejudicaria a instrução criminal ou mesmo se furtaria à aplicação da lei penal.

Argumentam, ainda, a existência de excesso de prazo na conclusão do inquérito policial a justificar o constrangimento ilegal.

A Exma. autoridade coatora, ao denegar o pedido de liberdade provisória e converter a prisão em flagrante em preventiva, exarou decisão, datada de 24 de abril de 2007, às fls. 45/51, da qual se extrai o seguinte excerto, *ad litteram*:

(...). Jackson de Araújo Costa foi preso em flagrante, no dia 13 de abril, por agentes da Polícia Federal, sob a acusação da prática de crime de pedofilia, atividade ilícita prevista no artigo 241, § 1º, II, da Lei nº 8.069/90 e no artigo 1º, III, da Lei nº 10.446/02.

Segundo consta dos Autos de Prisão em Flagrante de fls. 25/36, na residência do indiciado foi encontrado fardo material pornográfico, tais como álbuns de fotos, fitas VHS, DVD's e CD's, dentre outros. Apurou-se no Inquérito de nº 227/2007 que Tatiana Correia Lima apresentou *notícia criminis* perante a Delegacia de Polícia Federal em Jataí-GO, informando que o indiciado Jackson de Araújo Costa captou fotos de sua filha Theyla Lima Costa, de 8 anos, pelo

site de relacionamentos *orkut*, e passou a assediá-la e solicitar, via *internet*, mais fotos.

No referido inquérito, verificou-se que Jackson de Araújo Costa, seu irmão Geison Costa, além de um fotógrafo, praticaram crimes repugnantes, tirando fotografias de meninas nuas, algumas delas menores de idade, inclusive Jackson Costa admitiu a participação de outra pessoa nos referidos delitos, que aparece em uma das fitas de vídeo praticando sexo com uma menor de idade.

Como bem frisou o MPF, parece que estamos diante de uma quadrilha que distribui material pornográfico, que contém imagens de crianças de até oito anos de idade.

Os artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal trazem a seguinte dicção (...).

Dessarte, vê-se que a liberdade provisória é incabível quando presentes os requisitos e fundamentos autorizadores do decreto de prisão preventiva, mormente em se tratando de crimes de pedofilia (...).

Já está sedimentado no colendo Superior Tribunal de Justiça que a prisão cautelar não agride o princípio da presunção de inocência (...).

Destaco, ainda, que a conduta do indiciado Jackson Costa, prática de crime de pedofilia, subsume-se ao artigo 241 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e está prevista também no artigo 1º, III, da Lei nº 10.446/02, que dispõe sobre a repressão e investigação, por parte do Departamento de Polícia Federal, das infrações relativas à violação dos direitos humanos que o Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte.

Reitere-se, a circunstância do indivíduo possuir primariedade, residência fixa, bons antecedentes e atividade profissional lícita não são suficientes, tampouco garantidoras de eventual direito de liberdade provisória, quando o segregamento cautelar decorre de outros elementos constantes nos autos que o recomendam (...).

E concluiu, expressamente, o Exmo. Magistrado singular, apontado como Autoridade Coatora, à fl. 51, *in verbis*:

(...) A existência de indícios de autoria e prova de materialidade manifestam a *probabilidade* da ocorrência de um delito, extraídos a partir de um exame cognitivo sumário próprio das cautelares em geral. A decretação da prisão

como forma de garantir a ordem pública (ou econômica), assegurar a aplicação da lei penal ou por conveniência da instrução criminal retratam a situação de perigo criada pela conduta do indiciado.

No caso dos autos, vislumbro motivos a ensejar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Subsistem os requisitos da autoria e materialidade e os fundamentos da garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal.

A materialidade surge nos Autos de Apresentação e Apreensão de fls. 38/39. Por outro lado, a autoria restou evidenciada pela própria prisão em flagrante de Jackson de Araújo Costa em sua residência, onde foi encontrado farto material pornográfico.

Subsistem, portanto, os pressupostos legais para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (prova da existência do crime e indícios de autoria, conforme artigo 312, parte final, do CPP).

Diante do exposto, INDEFIRO o pedido de liberdade provisória formulado em favor de Jackson de Araújo Costa, ao tempo em que, nos termos dos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal, converto sua prisão em flagrante em prisão preventiva.

Realço, inicialmente, não ser este o sítio oportuno para decidir quanto ao envolvimento do réu no crime, máxime porquanto não admite o *habeas corpus* dilação probatória e porquanto está a instrução criminal a se desenrolar no Juízo competente para tal.

Ora, é cediço que a primariedade e os bons antecedentes de que eventualmente gozem o réu, bem como o fato de possuir residência fixa, não são, por si sós, suficientes a ensejarem a revogação da prisão preventiva, mormente quando se encontram presentes os motivos que levaram à decretação da segregação provisória. Nesse sentido, inclusive, entende este Tribunal e os nossos tribunais superiores.

PENAL. PROCESSUAL. DENÚNCIA. INÉPCIA. EXAME DE PROVAS. PRISÃO PREVENTIVA. RÉ PRIMÁRIA E DE BONS ANTECEDENTES. MANUTENÇÃO. *HABEAS CORPUS*.

1 - Não é inepta a denúncia que, atendendo aos comandos do CPP, art. 41, descreve crime, em tese, facultando

ao acusado o pleno exercício de sua defesa.

2 - As provas, em *habeas corpus*, devem ser incontrovertidas, e os fatos, convergentes.

3 - Prisão preventiva que deve ser mantida, por fundamentada e motivada pela garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal.

4 - Primariedade, bons antecedentes, domicílio e profissão fixos não obstam, por si só, a medida cautelar, que deve ser adotada sempre que presentes os pressupostos ensejadores.

5 - *Habeas corpus* conhecido; pedido indeferido.

(STJ, HC 12.748/RJ; Relator: Min. Edson Vidigal)

Não restam dúvidas quanto ao espectro restrito que configura as custódias processuais. A Ordem Constitucional vigente traz latentes princípios que fazem valer o Direito Penal utilizado como garantia de liberdade. Explico-me. A descrição das condutas típicas atendem à reserva e à anterioridade legais requeridas constitucionalmente como pressupostos indispensáveis ao cerceamento do direito à liberdade; dessa forma, apenas nos casos excepcionais tem-se por constitucional e legal a restrição da liberdade. Na hipótese, outra não é a conclusão senão de que restam presentes as condições de caso excepcional de restrição de liberdade, qual seja, a prisão processual do tipo preventiva, nos termos do estabelecido no art. 312 do CPP.

Identifico, *prima facie*, indícios de autoria e materialidade delituosas, que levam a convencer-me como presentes os requisitos autorizadores da manutenção da custódia *ad cautelam*, seja pela garantia da ordem pública, seja pela da instrução criminal.

Necessária a manutenção da prisão preventiva, porquanto está presente a real necessidade de garantia da ordem pública, diante de uma ação implementada, em tese, por agentes que, de fato, demonstram alguma organização para distribuição de material pornográfico, organização esta reconhecida inclusive pelo *dominus litis*, quando do oferecimento da denúncia, trazida a estes autos pelo Exmo. Juiz *a quo* (fls. 207/212), que tipificou a conduta do acusado Jackson nas sanções do artigo 241 da Lei nº 8.069/90 c/c artigo 29 do CPB, que trata do concurso de pessoas.

Ademais, manter-se a custódia do paciente atende ao requisi-

to legal de se “assegurar a aplicação da lei penal”. Presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva para garantir a ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal.

A gravidade do crime perpetrado pelo acusado Jackson, ora paciente, já demonstra a real necessidade da garantia da ordem pública. A própria denúncia ofertada pelo MPF, fl. 211, ressalta, *in verbis*: “(...) É inquestionável o dano causado pelos crimes perpetrados contra as jovens e crianças da periferia de Fortaleza pelos crimes apontados, em especial do bairro de Genibaú. Não é necessário relatar aqui o estrago provocado no futuro das crianças exploradas sexualmente, basta a repugnância das imagens apreendidas (...)”.

Quanto ao argumento dos impetrantes de que existe excesso de prazo na instrução criminal, despidendo afirmar-se que o constrangimento ilegal por excesso de prazo deve ser reconhecido quando a demora na instrução é injustificada.

Na hipótese, não há como se atribuir ao Estado-Acusação inércia no cumprimento das providências legais, quando se verifica, inicialmente, cuidar de processo de alta complexidade na instrução, bem como já ter havido oferecimento de denúncia por parte do *dominus litis*, bem como, por parte do Juiz, recebimento da peça delatória e designação de audiência de interrogatório, designada para o próximo dia 1º de agosto, conforme se verifica das cópias das peças processuais trazidas pela Exma. Autoridade Coatora às fls. 207/212 (denúncia) e fl. 213 (decisão que recebeu a denúncia e designou audiência de interrogatório).

Com tais considerações, denego a ordem de *habeas corpus*.

É o meu voto.

HABEAS CORPUS N° 2.904-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Impetrante: FRANCISCO TOMAZ DE AQUINO
Impetrado: JUÍZO DA 5ª VARA FEDERAL DE ALAGOAS
Paciente: JERÔNIMO FRANCISCO COSTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. AUXILIAR DA JUSTIÇA. EX-LEILOEIRO. DEPOSITÁRIO FIEL. RETENÇÃO DE BENS. PRISÃO CIVIL. POSSIBILIDADE. ORDEM DENE-GADA.

- O paciente, ex-leiloeiro, pelo que lhe coube a guarda dos bens penhorados para posterior apresentação em juízo, não restituiu os bens acondicionados em seu depósito, para efeito de remoção ao depósito do novo leiloeiro, quando solicitado, havendo, inclusive, se utilizado dos mesmos, sem autorização judicial, o que configurou, assim, o descumprimento de seu encargo, sendo possível a determinação de sua prisão civil, caso continue retendo os bens solicitados pelo Juízo. Súmula 619 do STF. Precedentes do STJ.

- Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de HC 2.904-AL, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em denegar o presente *habeas corpus*, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 11 de setembro de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

Cuida-se de *habeas corpus* preventivo, com pedido de ordem mandamental liminar, impetrado pelo Advogado Francisco Thomaz de Aquino, em favor do paciente Jerônimo Francisco Costa, apontando-se como autoridade coatora o Juiz Federal da 5ª Vara da SJ/AL, visando a concessão de salvo-conduto, para que o paciente desempenhe sua atividade de leiloeiro nas Varas Federais de Alagoas.

2. Depreende-se dos autos que o paciente Jerônimo Francisco Costa foi destituído do *munus público* de leiloeiro, pela Portaria 01/2007/RACJ/JF/5ªVARA/AL, tendo o Juízo da 5ª Vara da SJ/AL, ante a recusa na entrega dos bens para encaminhamento ao depósito do novo leiloeiro, proferido decisão, nos autos da execução Fiscal 2003.2247-6, determinando a intimação do paciente para apresentar os bens em seu poder, sob pena de ser expedido mandado de prisão, com fulcro no art. 652 do CC (*depositário infiel*).

3. Na inicial do *mandamus* ora em análise, o impetrante afirma que a autoridade coatora expediu Mandado de Constatação, Reavaliação e Remoção de bens que se encontram em depósito do paciente, sem mencionar o pagamento das despesas que este teve com a guarda e manutenção dos mesmos; afirma que em face da destituição do encargo de leiloeiro, e tendo sido bloqueados valores pertencentes ao paciente, este vem se tornando inadimplente dos contratos de locações realizados para bem servir à Justiça como leiloeiro, havendo inclusive execução ajuizada em seu desfavor.

4. Sustenta que o paciente tem direito a receber os valores decorrentes da guarda e conservação dos bens a ele confiados, quando do encargo de leiloeiro, para que possa liberar tais bens a outro leiloeiro, não devendo tal condição ser considerada como descumprimento de ordem judicial, porque tal ordem não se coaduna com os preceitos legais.

5. À fl. 53 dos autos, foi indeferida a medida liminar pleiteada.

6. As informações solicitadas ao MM. Juiz monocrático, tido como autoridade coatora, foram devidamente remetidas (fls. 64/67); nestas, afirma que, de acordo com a Portaria 01/2007/RACJ/JF/5ªVARA/AL, o paciente foi destituído do cargo de leiloeiro por não estar desempenhando a contento o ofício, eis que, dentre outras irregularidades praticadas, deixara de cumprir, reiterada e injustificadamente, as ordens emanadas do Juízo, máxime quando instado a apresentar aos Oficiais de Justiça bens sob sua custódia, quer para fins de fotografiação (como medida preparatória para leilão), quer para entrega aos arrematantes, após o leilão.

7. Diz que o paciente furtou-se de cumprir as ordens judiciais para apresentar os bens postos sob sua guarda em vários processos, donde foram extraídas cópias de ofícios, certidões e decisões (documentos anexos, fls. 72/179); assevera que igual omissão se verificou em vários feitos em relação à entrega de bens aos arrematantes, em especial na Execução Fiscal 2002.80.00.004497-2, em que a entrega foi dificultada porque o paciente teria se utilizado dos bens arrematados (seis jogos de mesa, com quatro cadeiras cada), para as festividades de carnaval, comemoradas com a família em uma casa de praia, como ele teria afirmado, fato que culminou com a desconstituição da arrematação (cópias anexas ao feito).

8. Afirma que a concessão de salvo-conduto atentaria a imagem da Justiça Federal, vez que o paciente pretende reter os bens postos sob sua guarda, a fim de discutir questões atinentes às suas comissões como leiloeiro, o que inviabilizaria a realização das hastas públicas e o andamento dos processos de execução.

9. Por fim, registra que não assiste razão ao paciente ao afirmar que o caos na sua situação financeira adveio das determinações de retenção de comissões emanadas dos Juízos da 2ª, 3ª e 5ª Varas, pois tal desorganização se desencadeou bem antes, como está relatado na decisão acostada às fls. 169/179 dos autos.

10. O MPF, em parecer da pena do ilustre Procurador Regional da República Sady D'Assumpção Torres Filho (fls. 180/186), opinou pela denegação da ordem, afirmando que é legal o decreto prisional, determinado no processo de execução, em desfavor do

paciente, depositário judicial, que se tornou infiel, porquanto não apresentou o bem quando intimado pelo Juízo, com o manifesto propósito de retê-lo para discutir o pagamento de um possível crédito ao qual faz jus.

11. É o que havia de mais relevante para relatar.

VOTO

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

1. A controvérsia jurídica posta no presente *habeas corpus* preventivo versa acerca da legalidade, ou não, da determinação de expedição de mandado de prisão civil como depositário infiel, em desfavor do ora paciente, ex-leiloeiro oficial, pelo Juízo da 5ª Vara da SJ/AL, caso não fossem apresentados os bens penhorados postos sob sua guarda.

2. Depreende-se dos autos que o paciente Jerônimo Francisco Costa, ex-leiloeiro junto à Justiça Federal de Alagoas, foi destituído do encargo de fiel depositário de bens móveis penhorados, pela Portaria 01/2007/RACJ/JF/5ªVARA/AL, em 8 de fevereiro de 2007, havendo menção no ato administrativo de que o mesmo não vinha desempenhando a contento o múnus de leiloeiro oficial, descumprindo, injustificadamente, as ordens emanadas pelo Juízo *a quo*.

3. Ao que se observa, antes de proferir a decisão aqui atacada, o Juízo *a quo*, por diversas vezes, determinou a apresentação dos bens depositados, havendo certidão nos autos, lavrada por oficial de justiça (fl. 80), dando conta de que o depósito do leiloeiro encontrava-se fechado, por ocasião das notificações, e informando que o paciente deixou de efetuar a entrega de bens arrematados, porque os mesmos não se encontravam no depósito (fl. 104); tudo isso teria dado ensejo à determinação da prisão civil, que ficou condicionada à inércia do paciente no tocante à devolução pretendida pelo Juízo.

4. Eis o que afirmou a dita autoridade coatora na decisão proferida nos autos da Execução Fiscal 2003.2247-6, referente à retenção de bens pelo ex-leiloeiro, aqui paciente (fls. 169/176):

Pelo que se vê da certidão de fl. 81, bem como das informações de fl. 82, o antigo leiloeiro oficial está se furtando, injustificadamente, a apresentar os bens que ainda se encontram em seu poder, o que caracteriza o descumprimento de seu encargo de depositário.

Diante de tais fatos, intime-se mais uma vez o Sr. Jerônimo Francisco Costa para que, em 48 horas, apresente os bens, ou seu equivalente em dinheiro, sob pena de determinar, com base no art. 5º, inciso LXVII, da CF/88, e independentemente de novo despacho, a expedição de mandado de prisão.

Caso o oficial de justiça verifique que o Sr. Jerônimo Francisco Costa se oculta para não ser intimado, proceda, independentemente de novo despacho, à sua intimação por hora certa.

Providências necessárias. (Fl. 7).

5. No que pertine à prisão civil como depositário infiel, o Decreto 21.981/32, que regulamenta a atividade dos leiloeiros, no parág. 4º do art. 27 prevê tal possibilidade; veja-se:

Art. 27. A conta de venda dos leilões será fornecida até cinco dias úteis depois da realização dos respectivos pregões, da entrega dos objetos vendidos ou assinatura da escritura de venda, e o seu pagamento efetuado no decurso dos cinco dias seguintes:

§ 4º - Havendo mora por parte do leiloeiro, poderá o credor, exibindo a respectiva conta de venda, requerer ao Juiz competente a intimação dele, para pagar, dentro de 24 horas, em cartório, o produto do leilão, sem dedução da comissão que lhe cabia, sob pena de prisão, como depositário remisso, até que realize o pagamento.

6. A Súmula 619 do STF, da mesma forma, admite a prisão do leiloeiro, afirmando que esta pode ser decretada no processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura da ação de depósito.

7. Confira-se, por oportunos, excertos de julgados proferidos pelo egrégio STJ, que bem demonstram que a responsabilidade do leiloeiro oficial do Juízo, no que concerne à devolução dos bens dados em penhora, ou dos valores correspondentes aos mesmos,

pode dar ensejo a sua prisão civil, caso haja o efetivo descumprimento do encargo:

HABEAS CORPUS. LEILOEIRO OFICIAL. RETENÇÃO. PRODUTO DA ARRECADAÇÃO. PRISÃO CIVIL. POSSIBILIDADE. CONDIÇÃO DE DEPOSITÁRIO JUDICIAL. ORDEM DENEGADA.

A prisão do leiloeiro oficial pode ser decretada no processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura da ação de depósito. Súmula 619/STF.

O leiloeiro que, intimado pelo Juízo, não entrega ao dono o valor arrecado no leilão, torna-se depositário infiel e se expõe à prisão. (Art. 27, § 4º, do Decreto 21.981/32). (HC 69.985/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, DJ 19.03.2007, p. 316).

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. PRISÃO CIVIL. LEILOEIRO QUE NÃO RESTITUI VALOR ARRECADADO. DECRETO Nº 21.981/32. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. RECURSO DESPROVIDO.

O leiloeiro que, instado pelo juízo, não restitui o valor arrecadado no leilão, se sujeita ao regime prisional na condição de depositário infiel, determinada pelo § 4º do artigo 27 do Decreto nº 21.981/32.

Recurso ordinário desprovido. (RHC 9.982/RJ, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, DJ 09.10.2000, p. 148).

HABEAS CORPUS. DEPOSITÁRIO INFIEL. PRISÃO CIVIL. POSSIBILIDADE. FUNGIBILIDADE DOS BENS. IRRELEVÂNCIA. DEPÓSITO JUDICIAL. ORDEM DENEGADA.

A espécie, porém, cuida de depósito judicial, em que o depositário atua como auxiliar do Juiz, cabendo-lhe a guarda dos bens arrestados, bem como sua apresentação ao juízo, quando instado a tanto. Assim, tendo em vista que o depositário não restituiu os bens, quando solicitado, havendo, inclusive, os entregue a terceiro, sem autorização judicial, configura-se o descumprimento de seu encargo, o que possibilita a sua prisão civil.

Inaplicabilidade do Pacto de São José da Costa Rica à espécie, pois não se trata de prisão civil por dívidas. Precedentes. Ordem denegada. (HC 79.410, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJU 27/08/2007, p. 254).

8. Na hipótese dos autos, o paciente, ex-leiloeiro, pelo que lhe coube a guarda dos bens penhorados para posterior apresentação em Juízo, não restituiu os bens acondicionados em seu depósito, para efeito de remoção ao depósito do novo leiloeiro, quando solicitado, havendo, inclusive, se utilizado dos mesmos, sem autorização judicial, o que configurou, assim, o descumprimento de seu encargo, sendo possível a determinação de sua prisão civil, caso continue retendo os bens solicitados pelo Juízo.

9. Quanto ao argumento do impetrante de que evidenciado o direito do paciente de receber os valores concernentes à guarda e conservação dos bens a ele confiados, pelo que se observa dos autos, tal questão já foi discutida nesta Corte Regional, por meio do Mandado de Segurança 94.662/AL, que teve como Relator o Desembargador Federal Edilson Nobre; o MS foi parcialmente concedido, tão-somente para permitir o levantamento pelo impetrante das quantias que excederam o montante das retenções determinadas Varas da SJ/AL, considerada a atualização monetária.

10. Por todo o expendido, não merece prosperar a irrisignação do impetrante, uma vez que inexistente qualquer constrangimento ilegal passível de ser sanado pela via do *habeas corpus*.

11. Ordem denegada.

HABEAS CORPUS Nº 2.906-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Impetrante: MARCOS ANTÔNIO DA ROSA NOVAES
Impetrado: JUÍZO DA 13ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Paciente: YANG FENG DI

PROCESSUAL PENAL. PRISÃO ADMINISTRATIVA DE ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. DECRETAÇÃO POR AUTORIDADE JUDICIÁRIA. LEI 6.815/80. DEPORTAÇÃO. PRORROGAÇÃO DO PRAZO. EXCESSO NÃO CONFIGURADO. LIBERDADE VIGIADA. INAPLICABILIDADE DO ART. 73 DA LEI 6.815/80. AU-

SÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

- A Lei 6.815/80 admite a prisão cautelar administrativa (art. 61), para efeito de deportação, do estrangeiro que se encontrar em situação irregular no território nacional, desde que a decisão seja devidamente fundamentada por autoridade judiciária.

- Paciente em situação irregular no País, suspeito da prática do delito de uso de documento falso, justificada é a manutenção da prisão cautelar, para assegurar a efetividade do processo de deportação do estrangeiro.

- Excesso de prazo não configurado. Inaplicabilidade do art. 73 da Lei 6.815/80, segundo o qual será concedida liberdade vigiada ao estrangeiro quando vencido o prazo limite da prisão.

- Ausência de constrangimento ilegal.

- Denegação da ordem de habeas corpus.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de HC 2.906-PE, 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.

Recife, 4 de setembro de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pelo ilustre Advogado Marcos Antônio da Rosa Novaes, em favor do paciente Yang Feng Di, de nacionalidade chinesa, preso provi-

soriamente, tendo como autoridade coatora o MM. Juiz Federal da 13ª Vara da SJ/PE, que indeferiu o pedido de revogação de prisão cautelar administrativa apresentado naquela instância.

2. Infere-se dos autos que o paciente, em vôo com destino a Lisboa/Portugal, proveniente do Recife/Brasil, foi detido pela autoridade de imigração daquele País e trasladado de Lisboa para esta Capital, sendo então recolhido pela Polícia Federal brasileira; desde então, ao que afirma o paciente, está sendo submetido a constrangimento ilegal decorrente da custódia, uma vez que se encontra segregado na Superintendência da Polícia Federal há mais de 60 dias.

3. Segundo o impetrante, foi apresentado pedido de liberdade provisória perante o MM. Juiz de Primeiro Grau, o qual foi indeferido sob a alegação de que haveria o risco do paciente evadir-se, entretanto, asseverou que tal argumento não confere com a verdade, uma vez que o paciente possui local para se instalar, para efeito de liberdade vigiada.

4. Ademais, relata que restou configurado o excesso de prazo na prisão do paciente Yang Feng Di, uma vez que transcorreram mais de 60 dias desde a decretação de sua custódia, estando em descompasso com a Lei 6.815/80 (*estatuto do estrangeiro*), no que pertine ao tempo estipulado para privação cautelar de liberdade.

5. Às fls. 9/10 dos autos, foi indeferida a medida liminar pleiteada.

6. As informações solicitadas ao MM. Juiz Monocrático, tido como autoridade coatora, foram devidamente remetidas (fls. 15/17); nestas, afirma que mediante representação do Delegado da Polícia Federal decretou e prorrogou a prisão cautelar administrativa do paciente por encontra-se em situação irregular no Brasil, com anuência do Ministério Público, fundamentado no art. 61 da Lei 6.815/80.

7. No Parecer 1.696/2007 (fls. 19/26), da lavra do Procurador Regional da República Sady D'Assumpção Torres Filho, o MPF se posicionou pela denegação da ordem, afirmando inexistir qualquer arbitrariedade cometida pela autoridade coatora, visto que o paciente encontra-se em situação jurídica irregular no País.

8. É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

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

1. No caso *sub judice* foi impetrado o presente *writ*, tendo por finalidade a revogação da prisão cautela administrativa decretada pelo MM. Juiz da 13ª Vara Federal de Pernambuco, contra o paciente Yang Feng Di, de naturalidade chinesa, por encontrar-se em situação irregular em território brasileiro.

2. Segundo consta das informações prestadas pelo douto Juiz Federal, Yang Feng Di, juntamente com mais três estrangeiros, Kam Soon Hong, Yu Miao Miao e Lin Qin, embarcaram do aeroporto deste Estado com destino a Lisboa/Portugal. Ocorre que, durante o procedimento de imigração, as autoridades alfandegárias portuguesas declararam inidôneos os documentos de identificação apresentados, não permitindo a permanência dos alienígenas em seu território, mandando-os de volta para o Brasil.

3. Mediante representação do Delegado da Polícia Federal, no procedimento de deportação, o MM. Juiz, com anuência do *Parquet*, decretou a custódia preventiva do paciente, uma vez que se encontrava irregularmente em solo brasileiro; diversas diligências foram empreendidas e expedientes enviados às Embaixadas com a finalidade de elucidar-se as questões pendentes, necessárias para proceder-se à deportação dos estrangeiros.

4. Ademais, informou o douto Magistrado, que se destacou também como fundamento para as prorrogações e para justificar a possibilidade de fuga antevista, o vislumbrado cometimento do crime de *uso de documento falso* por parte dos estrangeiros, o qual vem sendo devidamente apurado em inquérito policial devidamente instaurado (Inq. 553/2007-SR-DPF-OE).

5. É permitida a prisão administrativa do estrangeiro em situação irregular no País para efeito de deportação, desde que decretada por autoridade judiciária, como ocorre no presente caso, conforme se depreende dos art. 57 e 61 da Lei 6.815/80 (*lei do estrangeiro*) que assim dispõem:

Art. 57 - Nos casos de entrada ou estada irregular de estrangeiro, se este não se retirar voluntariamente do território nacional no prazo fixado em Regulamento, será promovida sua deportação.

Art. 61 - O estrangeiro, enquanto não se efetivar a deportação, poderá ser recolhido à prisão por ordem do Ministro da Justiça, pelo prazo de sessenta dias.

Parágrafo único. Sempre que não for possível, dentro do prazo previsto neste artigo, determinar-se a identidade do deportando ou obter-se documento de viagem para promover a sua retirada, a prisão poderá ser prorrogada por igual período, findo o qual será ele posto em liberdade, aplicando-se o disposto no artigo 73.

6. Saliente-se que, com o advento da Constituição Federal de 1988, a prisão do estrangeiro passou a ser decretada pela autoridade judiciária competente, e não mais pelo Ministro da Justiça (art. 5º, inc. LXI).

7. Em vista da permanência irregular do paciente, foi iniciado o procedimento administrativo necessário para a deportação, conduzida pela Polícia Federal, devidamente previsto na Lei 6.815/80 e decretada, mediante representação da autoridade policial, a segregação cautelar dos estrangeiros.

8. Ocorre que, em face da ausência de confirmação acerca da identidade do ora paciente, Yang Feng Di, pela Embaixada chinesa, e da não obtenção de documentos que possibilitassem o seu retorno ao país de origem nos moldes devidos e legais, foi indispensável a prorrogação, por duas vezes, da referida prisão, como se afere do teor da Decisão 404/2007 (fls. 68/69).

9. Além disso, o paciente não fala a língua portuguesa, não possui parentes em território nacional que lhe possam prestar ajuda, nem residência fixa, e ainda está sendo investigado pela prática, em tese, do delito de *uso de documento falso*, inexistindo, *in casu*, qualquer constrangimento ilegal efetivado por parte da autoridade judiciária.

10. Nesse aspecto, entendo que está justificada a manutenção da prisão cautelar, para assegurar o procedimento de deportação do paciente, porquanto as decisões foram fundamentadas no art. 61 da Lei 6.815/80.

11. Esta Corte Regional sufraga esse mesmo entendimento, como se vê da decisão abaixo transcrita:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ESTRANGEIRO EM SITUAÇÃO IRREGULAR NO PAÍS. PRISÃO ADMINISTRATIVA. DEPORTAÇÃO. ARTS. 57 E 61 DA LEI 6.815/80. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

Os arts. 57 e 61 da Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro) admitem a prisão cautelar administrativa do estrangeiro em situação irregular no País, para fins de deportação, desde que a decisão seja fundamentada por autoridade judicial.

Paciente em situação irregular, suspeito da prática de crime de uso de documento falso (art. 304 do CP), não fala a língua portuguesa, não possui parente, nem ajuda das autoridades consulares, sem residência fixa ou meios de subsistência, entregue à mendicância e à vadiagem, havendo necessidade de garantir a ordem pública e a efetividade do processo de deportação.

Ausência de constrangimento ilegal. Denegação da ordem de *habeas corpus*. (TRF5, HC 2.226-CE, Rel. Des. Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, DJU 23.09.05, p. 676).

12. Registre-se, por ser de grande importância, que inexistente excesso de prazo na prisão cautelar administrativa do paciente, haja vista não ter se esgotado o período de tempo estipulado pelo parágrafo único do art. 61 da Lei 6.815/80, ou seja, 120 dias, porquanto haver dúvidas quanto à identidade de Yang Feng Di.

13. Por derradeiro, cabe consignar que, no presente caso, é inaplicável o disposto no art. 73, segundo o qual será concedida liberdade vigiada ao estrangeiro quando vencido o prazo limite da prisão.

14. Destarte, vê-se claramente que a prisão cautelar administrativa do paciente encontra-se justificada, constatando-se, igualmente, a legalidade da prorrogação, haja vista estar de acordo com a ordem legal vigente, ou seja, arts. 57 e 61 da Lei 6.815/80.

15. Forte nos argumentos expendidos, *denego a ordem requerida*, por inexistir ilegalidade na prisão do paciente, e as suas prorrogações serem pertinentes e devidamente fundamentadas.

16. É como voto.

MEDIDA CAUTELAR (PRESIDÊNCIA) Nº 2.326-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO (PRESIDENTE)
Requerente: FAZENDA NACIONAL
Requerida: SAB TRADING COMERCIAL EXPORTADORA S/A
Advs./Procs.: DRS. CARLA DE ALBUQUERQUE CAMARÃO E OUTROS (REQDA.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL A RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. IPI. COMPENSAÇÃO DE SUPOSTOS CRÉDITOS NAS EXPORTAÇÕES. INÉPCIA DA INICIAL NÃO CONFIGURADA. ALEGAÇÃO REJEITADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA REQUERIDA REJEITADA. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO REJEITADA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO. CTN, ART. 170-A. HIPÓTESE EM QUE O PRODUTO FINAL DESTINADO AO EXTERIOR NÃO É TRIBUTADO PORQUE IMUNE. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DE SUPOSTOS CRÉDITOS DE IPI. APARÊNCIA DE BOM DIREITO DA REQUERENTE. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DA CAUTELAR. PEDIDO CAUTELAR QUE SE JULGA PARCIALMENTE PROCEDENTE, APENAS, PARA ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL, FICANDO REVOGADA NO MAIS A INTERLOCUTÓRIA.

- Fatos e fundamentos jurídicos do pedido cautelar que conduzem ao efeito pretendido pela requerente. Inépcia da inicial não caracterizada.
- O acórdão desafiado pelo recurso especial, ao qual está vinculada a presente medida cautelar, foi proferido em sede de mandado de segurança impetrado pela requerida, que também figura como contribuinte do tributo no documento

comprobatório de compensação. Ilegitimidade passiva que se rejeita.

- Embora a anulação, o cancelamento e o estorno dos atos de execução tendentes à utilização de supostos créditos resultantes de IPI, antes do trânsito em julgado do acórdão atacado pelo recurso especial, possam configurar antecipação dos efeitos da tutela recursal, a sustação dos efeitos de tais atos é medida que se impõe, como decorrência até do poder geral de cautela, porquanto, de outra maneira, a decisão de atribuir efeito suspensivo ao recurso não teria a eficácia devida.

- A prescrição da ação de restituição – seja pela via direta ou oblíqua da utilização de supostos créditos ou compensação – ocorre, ex vi legis, após o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário, na hipótese de pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido (CTN, artigo 168), o que não se verifica na hipótese, considerando que a impetração da segurança em sede da qual foi proferida a decisão atacada via recurso especial data de 22/06/99.

- Impossibilidade de compensação de créditos antes do trânsito em julgado da decisão. CTN, art. 170-A.

- Hipótese em que o produto final não seja tributado, porque imune, como ocorre quando produtos industrializados são destinados ao exterior (CF, art. 153, parágrafo 3º, inciso III), mas, na cadeia de sua produção, haja matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem sujeitos ao questionado imposto, não há que se cogitar de creditamento, para posterior utilização do respectivo valor, a fim de preservar o princípio da não-cumulatividade do IPI porque, não estando o produto final (industrializado) sujeito ao aludido tributo, o contribuinte não fica

onerado pela tributação ao final.

- Precedente do STF no sentido de que, ao se negar direito ao crédito do IPI em produtos sujeitos à alíquota zero, não se contraria o princípio da não cumulatividade do referido tributo, nem se nega vigência ao artigo 49 do CTN.

- Impossibilidade de compensação de supostos créditos de IPI relativos à aquisição de matéria-prima não tributada ou sujeita à alíquota zero. Entendimento do STF.

- Plausibilidade da tese sustentada pela requerente. Configuração da aparência de bom direito.

- Procedência parcial do pedido cautelar, apenas, para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial, ficando revogada no mais a interlocutória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sessão plenária, por maioria, julgar parcialmente procedente o pedido cautelar apenas para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial, ficando revogada no mais a interlocutória, nos termos do voto do Relator e do que consta nas notas taquigráficas que ficam integrando este julgado.

Recife, 5 de setembro de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

Cuida-se de ação cautelar incidental a recurso especial interposto pela União (Fazenda Nacional) contra acórdão da Primeira Turma deste Tribunal que, na Apelação em Mandado de Segurança nº 77.807/AL, reconheceu à ora requerida, Sab Trading Comercial Exportadora S/A, qualificada nos autos, o direito ao crédito-

prêmio de imposto sobre produtos industrializados em operações referentes à exportação.

Postula a União (Fazenda Nacional) a concessão de medida liminar para emprestar efeito suspensivo ao recurso especial, que interpusera e, ao final, pugna pela procedência da ação para, ratificando a medida liminar, anular, cancelar e estornar todos os atos de execução realizados antes do trânsito em julgado do acórdão atacado pelos recursos especial e extraordinário, anulando as compensações, os DCC's emitidos, os lançamentos efetivados no SIAFI e as compensações realizadas com fulcro na Medida Provisória nº 66/2002, pela requerida e por terceiros adquirentes dos supostos créditos, bem como se efetivando a devida constituição dos respectivos créditos tributários e de seus encargos legais, para posterior cobrança.

Após tecer considerações sobre o cabimento da ação perante esta Corte ao fundamento de que pende de apreciação o recurso especial interposto, aduz a requerente da necessidade de se emprestar efeito suspensivo ao recurso e se determinar o cancelamento das compensações realizadas pela contribuinte ou por terceiros, a fim de se evitar danos ao erário, considerando que a compensação tributária só pode ser realizada após o trânsito em julgado da decisão, a teor do disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional e nos artigos 73 e 74 da Lei nº 9.430/96.

Sustenta, ademais, a relevância jurídica de sua pretensão, fundada no entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido da extinção do benefício em meados de 1983, além de vislumbrar a presença do *periculum in mora* e a aparência de seu bom direito.

Por fim, ressalta que as compensações foram realizadas com espeque em acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 23.919/PE, que perdeu o objeto, além de os supostos créditos terem sido atingidos pela prescrição quinquenal.

Liminar concedida para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial interposto pela União (Fazenda Nacional), anulando qualquer ato que importe ou tenha importado na execução da decisão antes do trânsito em julgado, inclusive, compensações, repasses ou transferências a terceiros (fls. 265-296).

Em sua contestação, a requerida alega inépcia da inicial, invocando os termos do artigo 295, I, e parágrafo único, II, c/c o artigo 282, III, do Código de Processo Civil. Aduz ser parte estranha à realidade dos autos e que a argumentação desenvolvida pela requerente também é estranha aos autos.

Outrossim, advoga a tese de que a requerente busca, na verdade, a antecipação dos efeitos da tutela recursal sem que tenham sido demonstrados os requisitos próprios deste instituto, sendo inviável a cautelar por ausência de *fumus boni iuris*.

Manifestação do Ministério Público Federal no sentido da inexistência de interesse público primário nos autos que justifique a sua atuação (fls. 384-385).

Oferecida réplica (fls. 386-409).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO (Relator):

Ab initio, cabe examinar a alegada inépcia da inicial.

A petição inicial deve conter, entre outros requisitos, o fato e os fundamentos jurídicos do pedido (CPC, artigo 282, III), sob pena de inépcia (CPC, artigo 295, parágrafo único, I) que acarreta o seu indeferimento (CPC, artigo 295, I).

Qual se sabe, o fato e os fundamentos jurídicos do pedido constituem a *causa petendi*.

De outra banda, “segundo esmerada doutrina, *causa petendi* é o fato ou o conjunto de fatos suscetível de produzir, por si, o efeito jurídico pretendido pelo autor”.¹

Ora, na hipótese *sub judice*, a requerente da cautelar narra que se encontra pendente de apreciação recurso especial, que

¹ Excerto de ementa da ac., un., da 4ª Turma do STJ, aos 28/08/1990, nº REsp 2.403/RS, Rel.: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, pub. DJ 24/09/1990, p. 9.983.

interpusera, contra acórdão que deu parcial provimento à apelação do particular em mandado de segurança preventivo.

Por sua vez, o mandado de segurança foi impetrado objetivando a ora requerida a utilização e ressarcimento de alegados créditos relativos ao imposto sobre produtos industrializados - IPI nas exportações de produtos industrializados (fls. 47-48).

À vista disto, postula que seja emprestado efeito suspensivo ao mencionado recurso, para se determinar o cancelamento das compensações realizadas pela contribuinte ou por terceiros, a fim de se evitar danos ao erário, considerando que a compensação tributária só pode ser realizada após o trânsito em julgado da decisão, a teor do disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional e nos artigos 73 e 74 da Lei nº 9.430/96.

Nestes termos, qual se pode constatar, a causa de pedir conduz ao pedido formulado pela requerente, não havendo que se cogitar de inépcia da exordial.

Quanto à requerida se considerar “estranha à realidade dos autos” implicaria em se reconhecer a sua ilegitimidade.

Todavia, o acórdão desafiado pelo recurso especial ao qual está vinculada a presente medida cautelar foi proferido em sede de mandado de segurança impetrado pela requerida.

O documento comprobatório de compensação cuja cópia se encontra deitada aos autos (fl. 413) também identifica a requerida como a contribuinte do tributo.

Desta maneira, não há como reputá-la parte ilegítima.

Rejeito, pois, as preliminares de inépcia e de ilegitimidade passiva *ad causam*.

Quanto à alegação de que a requerente objetiva a antecipação dos efeitos da tutela recursal à medida que pretende a anulação, o cancelamento e o estorno dos atos de execução, deve-se entender que, realmente, tal pretensão importa em se adentrar no mérito da matéria controvertida.

Entretanto, em decorrência do poder geral de cautela, é possível não anular, cancelar e estornar de logo tais atos tendentes à

utilização de supostos créditos resultantes de IPI, mas sustar os seus efeitos, porquanto, de outra maneira, a decisão de atribuir efeito suspensivo ao recurso não teria a eficácia devida.

No tocante à prescrição alegada, vê-se que não ocorre.

A prescrição da ação de restituição – seja pela via direta ou oblíqua da utilização de supostos créditos ou compensação – ocorre, *ex vi legis*, após o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário, na hipótese de pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido (CTN, artigo 168).

Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, tal prazo começa a fluir da homologação, cujo prazo, quando a lei não o fixa expressamente, é de 5 (cinco) anos, contados do fato gerador.

Logo, em hipóteses tais, a prescrição ocorre após o decurso do prazo decadencial do lançamento (parágrafo 4º do artigo 150 do CTN).

Ora, como em tese a utilização do aventado crédito decorrente de IPI equivaleria a um pagamento, a Fazenda Pública pode homologá-lo, ou não, no prazo de 5 (cinco) anos.

No caso, como a impetração da segurança em sede da qual foi proferida a decisão atacada via recurso especial data de 22/06/99 (fl. 30), é de se concluir que incorre a prescrição alegada.

Todavia, a circunstância de não se reconhecer a prescrição, na hipótese, não ilide a aparência de bom direito da requerente da cautelar, a Fazenda Nacional.

Qual preconiza o Código de Processo Civil, o recurso especial deve ser recebido no efeito devolutivo (parágrafo segundo do artigo 542).

A concessão de efeito suspensivo a recurso especial é medida excepcional que o julgador encontra-se autorizado a deferir, em virtude do poder geral de cautela, no intuito de preservar o resultado útil do processo, desde que presentes a aparência de bom direito (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano irreparável (*periculum in mora*).

A aparência de bom direito se traduz na plausibilidade do direito alegado; enquanto o *periculum in mora*, na urgência da prestação jurisdicional para evitar que, ao ensejo do provimento final, não tenha mais sentido o pedido deduzido em juízo, em virtude do dano que possa ocasionar.

In casu, a aparência de bom direito da requerente decorre dos termos do artigo 170-A do Código Tributário Nacional (acrescentado pela Lei Complementar nº 104/2001), que veda a compensação, mediante aproveitamento de tributo objeto de demanda judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

Ora, não havendo que se falar em trânsito em julgado do *decisum* concessivo da segurança, a hipótese se subsume aos comandos do artigo 170-A do CTN, afastando a possibilidade da compensação, o que confere aparência de bom direito à Fazenda Nacional bastante para se atribuir efeito suspensivo ao recurso especial.

Como não bastasse, a Constituição da República Federativa do Brasil expressamente consagra o princípio da não cumulatividade com relação ao imposto sobre produtos industrializados - IPI – quando estabelece que o mencionado tributo “será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores” (inciso II do parágrafo 3º do artigo 153).

A sua vez, integrando o dispositivo constitucional, o Código Tributário Nacional prevê a não-cumulatividade do imposto dispondo que, na forma da lei, o montante devido resulta da diferença a maior, em determinado período, **entre o imposto referente aos produtos saídos do estabelecimento e o pago relativamente aos produtos nele entrados** (artigo 49).

Desta forma, a não-cumulatividade do IPI é traduzida na operação de abatimento no imposto devido em determinada operação, relativa ao produto final (industrializado), do montante cobrado nas operações anteriores, obviamente envolvidas no respectivo procedimento de industrialização, a fim de ser evitada a superposição do tributo, mediante a sistemática não de produto por pro-

duto, nos estritos termos da Constituição Federal, mas a escritural de débito/crédito, como dispõe o Decreto nº 2.637, de 25/06/1998, que regulamenta a cobrança do IPI (RIPI), em face do delimitamento esboçado pelo CTN:

Art. 146. A não-cumulatividade do imposto é efetivada pelo sistema de crédito, atribuído ao contribuinte, do imposto relativo a produtos entrados no seu estabelecimento, para ser abatido do que for devido pelos produtos dele saídos, num mesmo período, conforme estabelecido neste Capítulo (Lei nº 5.172, de 1966, art. 49).

Art. 178. Os créditos do imposto escriturados pelos estabelecimentos industriais, ou equiparados a industrial, serão utilizados mediante dedução do imposto devido pelas saídas de produtos dos mesmos estabelecimentos (Constituição, art. 153, § 3º, inciso II, e Lei nº 5.172, de 1966, art. 49).

Na esteira deste entendimento, doutrina Sacha Calmon Navarro Coelho:

O imposto pago em operações anteriores é crédito do contribuinte adquirente, que o abaterá no momento de calcular o montante do IPI a pagar (não-cumulatividade). Como, de regra, os produtos industrializados congregam diversas matérias-primas, além de outros produtos já industrializados (*inputs*). A não-cumulatividade caracteriza-se como técnica de deduzir do imposto devido pelo produto acabado (o *output*) o imposto incidente sobre os *inputs*, arcado pelo industrial quando da aquisição dos mesmos.

(...)

Quando enuncia o princípio da não-cumulatividade do IPI e do ICMS, no art. 153, § 3º, II (IPI), e no art. 155, § 2º, I (ICMS), o constituinte dispõe que ditos impostos serão não-cumulativos, "abatendo-se em cada operação o montante cobrado nas anteriores". Nada mais inverídico. Tanto o ICMS quanto o IPI foram estruturados não para a prática da não-cumulatividade por produto (em cada operação), mas por *períodos de tempo*, freqüentemente 30 dias. Assim sendo, durante o mês os contribuintes contabilizam "entradas" e "saídas".

As entradas geram "créditos", as saídas geram "débitos". Abatendo-se dos débitos os créditos, alcança-se, ao

fim do período, o imposto devido. Se houver mais créditos que débitos, *não há imposto a pagar, senão crédito* a transferir para o mês seguinte. Ora, assim sendo, tanto o IPI como o ICMS são *impostos periódicos* (como o IR), e a não-cumulatividade é por operações em dado período e não por produto [...].

O IPI mantém o princípio da imunidade dos produtos industrializados remetidos para o exterior em sua inteireza. Explica-se: na exportação a operação é imune. Para que a imunidade seja plena, *impõe-se a manutenção e o aproveitamento dos créditos acumulados nas operações anteriores*, sob pena de, havendo o estorno, restar comprometida a integridade da imunidade, ou, o que é pior, a sua finalidade (esforço de exportação).²

Assim, resta claro que o princípio da não-cumulatividade do IPI é preservado pela sistemática de débito/crédito e que só geram direitos a créditos do IPI, até por óbvio, aquisições sujeitas ao pagamento do mencionado tributo.

Os produtos naturais, os obtidos por procedimento que a legislação exclui do conceito de industrialização e os imunes, não sofrendo a tributação pelo IPI, não geram direito a crédito.

Com efeito, outra não deve ser a ilação, porque se não ocorre tributação não há qualquer valor que possa ser utilizado para ser escriturado como crédito.

O registro de crédito de valores como se ocorresse a tributação, em hipóteses tais, viola não só o princípio da não-cumulatividade, por presumir a existência de créditos, quando a Constituição faz pressupor o pagamento, como também o princípio da legalidade, além de propiciar o enriquecimento ilícito do respectivo contribuinte.

Ressalte-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal decidiu, no dia 25/06/2007, que a União poderá reaver o IPI daquelas pessoas que compensaram tributos com créditos de matérias-primas

² Curso de Direito Tributário brasileiro: comentários à Constituição e ao Código Tributário Nacional. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 309-310.

sujeitas à alíquota zero ou não tributadas. No ensejo, o egrégio STF entendeu que a Constituição Federal não confere direito a crédito se não for pago imposto na compra das matérias-primas tributada sob esses dois regimes (REs 370.682 e 353.657), conforme veiculado no *site* do mencionado Tribunal, o que espancou de vez quaisquer dúvidas que, porventura, ainda houvesse acerca do pretendido creditamento.

Assim, ainda que o produto final não seja tributado, porque imune, como ocorre quando produtos industrializados são destinados ao exterior (CF, artigo 153, parágrafo 3º, inciso III), mas, na cadeia de sua produção, haja matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem sujeitos ao questionado imposto, também não há que se cogitar de creditamento, para posterior utilização do respectivo valor, a fim de preservar o princípio da não-cumulatividade do IPI porque, não estando o produto final (industrializado) sujeito ao aludido tributo, o contribuinte não fica onerado pela tributação ao final, razão pela qual não ocorre superposição de tributos.

No que pese não haver possibilidade de violação ao princípio da não-cumulatividade, em hipóteses nas quais não ocorre tributação do produto industrializado final, nada obsta que o Direito reconheça a possibilidade de crédito, para efeito de ulterior restituição, seja direta ou pela via indireta da compensação, pelo IPI incidente sobre matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem adquiridos no curso da respectiva industrialização do produto final.

Pode ocorrer também de o legislador presumir crédito em situações nas quais não há pagamento, como no caso de isenções ou tributos sujeitos à alíquota zero.

Contudo, tais hipóteses decorrem de política fiscal, a título de isenção, estímulos/incentivos fiscais, não da homenagem ao princípio da não-cumulatividade do IPI, portanto, a teor do disposto no parágrafo 6º do artigo 150 da Constituição Federal, dependem de lei específica, de cujos termos também não deve fugir o aplicador do Direito.

Entretanto, no caso, inexistente lei a respaldar o creditamento do IPI.

Em um breve retrospecto, vê-se que, primeiramente, o Decreto-Lei nº 1.658, de 24 de janeiro de 1979, estabeleceu a redução gradual do estímulo fiscal criado pelo artigo 1º do Decreto-Lei nº 491/69:

Art. 1º - O estímulo fiscal de que trata o artigo 1º do Decreto-Lei nº 491, de 5 de março de 1969, será reduzido gradualmente, até sua definitiva extinção.

§ 1º - Durante o exercício financeiro de 1979, o estímulo será reduzido:

- a) a 24 de janeiro, em 10% (dez por cento);
- b) a 31 de março, em 5% (cinco por cento);
- c) a 30 de junho, em 5% (cinco por cento);
- d) a 30 de dezembro, 5% (cinco por cento);
- e) a 31 de dezembro, em 5% (cinco por cento).

§ 2º - A partir de 1980, o estímulo será reduzido em 5% (cinco por cento) a 31 de março, a 30 de junho, a 30 de setembro e a 31 de dezembro, de cada exercício financeiro, até sua total extinção a 30 de junho de 1983.

§ 3º - Tomar-se-á, como base para cálculo do montante das reduções de que tratam os parágrafos anteriores, a alíquota do estímulo fiscal aplicável na data da entrada em vigor do presente Decreto-Lei.

Art. 2º - Este Decreto-Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Depois, o Decreto-Lei nº 1.722, de 3 de dezembro de 1979, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 34, de 1980, estabeleceu, em seu artigo 1º, que “os estímulos fiscais previstos nos artigos 1º e 5º do Decreto-lei nº 491, de 5 de março de 1969, serão utilizados pelo beneficiário na forma, condições e prazo estabelecidos pelo Poder Executivo”.

O aludido Decreto-Lei foi considerado inconstitucional pelo extinto TFR.

Sobreveio então o Decreto-Lei nº 1.724, de 7 de dezembro de 1979, no seguinte sentido:

Art. 1º O Ministro de Estado da Fazenda fica autorizado a aumentar ou reduzir, temporária ou definitivamente, os estímulos fiscais de que tratam os artigos 1º e 5º do Decreto-lei nº 491, de 5 de março de 1969.

Art. 2º Este Decreto-Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Após, foi editado o Decreto-Lei nº 1.894, de 16 de dezembro de 1981, só restabelecendo o crédito-prêmio às *trading companies*:

Art. 1º Às empresas que exportarem, contra pagamento em moeda estrangeira conversível, produtos de fabricação nacional, adquiridos no mercado interno, fica assegurado:
I - o crédito do imposto sobre produtos industrializados que haja incidido na aquisição dos mesmos;
II - o crédito de que trata o artigo 1º do Decreto-Lei nº 491, de 5 de março de 1969.

Com o surgimento da nova ordem constitucional, em 1988, determinou o ADCT:

Art. 41. Os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios reavaliarão todos os incentivos fiscais de natureza setorial ora em vigor, propondo aos Poderes Legislativos respectivos as medidas cabíveis.

§ 1º Considerar-se-ão revogados após dois anos, a partir da data da promulgação da Constituição, os incentivos que não forem confirmados por lei.

Nestes termos, se ainda existisse dúvida quanto à subsistência do questionado incentivo fiscal, esta restaria dissipada.

Por fim, a Lei nº 8.402, de 8/1/1992, em seu artigo 1º, inciso II, dos incentivos instituídos pelo Decreto-Lei nº 491, de 5.3.1969, restabeleceu apenas o previsto no artigo 5º, consolidado pelo RIPI/98:

Art. 159. É admitido o crédito do imposto relativo às matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem adquiridos para emprego na industrialização de produtos destinados à exportação para o exterior, saídos com imunidade (Decreto-Lei nº 491, de 1969, art. 5º, e Lei nº 8.402, de 1992, art. 1º, inciso II).

Qual se pode concluir, o artigo 1º do Decreto-Lei nº 491, de 5/3/1969, que dispunha sobre crédito presumido, o chamado “crédito-prêmio” do IPI, como estímulo fiscal à exportação de manufaturado, é considerado revogado, ante os termos da Lei nº 8.402, de 8/

1/1992, que restabeleceu apenas o previsto no artigo 5º, consolidado pelo RIPI/98.

A sua vez, a teor do disposto no artigo 5º do Decreto-Lei nº 491/69 (RIPR/98, artigo 159), não está contemplada hipótese de presunção de crédito, mas de admissão de créditos do imposto relativo às aquisições de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem sujeitas à tributação, ainda quando os produtos finais destinados à exportação para o exterior são imunes.

Ocorre que, na hipótese dos autos, também não há comprovação do pagamento do cogitado tributo em aquisições de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem sujeitos à tributação.

Logo, não havendo que se cogitar de créditos, não há como se proceder à compensação.

Neste contexto, ante a plausibilidade da tese sustentada pela requerente, revela-se consistente a aparência de seu bom direito, ainda que seja, apenas, para se atribuir efeito suspensivo ao recurso especial.

Na esteira deste entendimento, colho precedente do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CAUTELAR. MANDADO DE SEGURANÇAS NOS QUAIS SE OBTIVE DECISÕES FAVORÁVEIS À COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO-PRÊMIO DO IPI. EFEITO SUSPENSIVO ATRIBUÍDO AO RECURSO FAZENDÁRIO EM SEDE DE JUÍZO PRÉVIO DE ADMISSIBILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. CONDUTA DO FISCO CONSISTENTE NO CANCELAMENTO DAS COMPENSAÇÕES REALIZADAS SOB O AMPARO DAS DECISÕES SUSPENSAS. *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA*. EXISTÊNCIA.

1. A atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial implica tão-somente que o ato decisório recorrido não produza os seus efeitos antes do transcurso do prazo recursal ou do seu trânsito em julgado, vinculando a manifestação do Tribunal de origem a esse âmbito. Por isso que se aduz a efeito *ex nunc*. É que resta cediço caber ao Presi-

dente do Tribunal *a quo*, como delegatário do STJ, aferir tão-somente a admissibilidade recursal. A tutela antecipada de mérito só pode ser conferida pelo órgão competente para decidir o próprio recurso, *in casu*, o e. STJ.

2. Deveras, tanto o e. STF quanto o STJ concluíram ser vedado, a título de cautelar concessiva de efeito suspensivo à decisão de recurso submetido à irrisignação especial, providência mais ampla do que a sustação da eficácia do *decisum*. É que, além dessa fronteira, situa-se o mérito do recurso, superfície insindicável pelo Tribunal *a quo*, sob pena de usurpação de competência.

3. *In casu*, o Presidente do TRF da 5ª Região, com supedâneo no poder geral de cautela, emprestou efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário interpostos pela Fazenda Nacional, por vislumbrar fundado receio de lesão grave e de difícil reparação, uma vez que a sentença concessiva da segurança, confirmada pelo Tribunal, garantiu à empresa a utilização de créditos do IPI, por entender aplicável o Decreto-Lei nº 491/69, em contraposição ao entendimento hodiernamente esposado no STJ.

4. *Omissis*

5. Desta sorte, forçoso se revela o deferimento da liminar pleiteada, a fim de que seja mantida a suspensão do acórdão recorrido apenas com efeitos *ex nunc*, impedindo-se novas compensações e preservando-se o *statu quo ante*.

6. Agravo regimental desprovido.³

Com estas considerações, julgo parcialmente procedente o pedido cautelar, apenas, para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial, ficando revogada no mais a interlocutória de fls. 265-296.

É como voto.

³ Ementa da ac., un., da Primeira Turma do STJ, aos 10/04/2007, no AGRMC 12.315/AL, Rel. Min. Luiz Fux, pub. DJ 14/05/2007, p. 248.

SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 3.803-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO
Requerente: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Requerido: JUÍZO DA 1ª VARA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
Agravante: NATAL ENTRETENIMENTO DE JOGOS ELETRÔNICOS LTDA.
Partes Rés: ALECRIM DIVERSÕES PÚBLICAS LTDA., PRATA DIVERSÕES PÚBLICAS LTDA., VEGAS ADMINISTRADORA DE BINGOS LTDA., NATAL ENTRETENIMENTO DE JOGOS ELETRÔNICOS LTDA., ZN EVENTOS E REPRESENTAÇÕES LTDA., PEDRO DE MORAIS FERREIRA., BRASVÍDEO COMERCIAL LTDA., EDGAR BARBOSA DA SILVA NETO E MONTECARLOS

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLORAÇÃO DE BINGO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

- Com a edição da Lei nº 9.984/2000, os arts. 59 usque 81 da Lei nº 9.615/98, que permitiam a exploração dos jogos de bingo e similares, foram expressamente revogados.

- O termo final para a incidência da expiração das autorizações deferidas com esteio na Lei nº 9.615/98 se deu em 31 de dezembro de 2002, na exata dicção do art. 83 do Decreto nº 2.574/98, estando os empresários da exploração e funcionamento de jogos eletrônicos atuando, a partir desta data, sem autorização legal pertinente.

- O interesse visado pelo art. 14 da Lei nº 7.347/85, no sentido de evitar dano irreparável à parte, não se coaduna com a atividade exercida pelos empresários ligados aos jogos de azar.

- Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo tombado sob o número em epígrafe, em que são partes as acima identificadas, decide o Pleno 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 ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Recife, 12 de setembro de 2007 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

Cuida-se de agravo regimental interposto por Natal Entretenimento de Jogos Eletrônicos Ltda., Fluminense Futebol Clube e Alecrim Diversões Públicas Ltda., objetivando, em suma, a reforma da decisão liminar de fls. 856/858, a fim de restabelecer a eficácia da decisão exarada pelo juiz *a quo* que, embora tenha determinado a suspensão da atividade de exploração de jogos de bingo permanentes, em todas as suas modalidades, decretou que os efeitos dessa decisão apenas terão início a partir do seu trânsito em julgado, permitindo, por conseguinte, o funcionamento das agravantes, neste período, na exploração dos referidos jogos de azar.

Alegam que as atividades por elas realizadas não ensejam potencial lesão à ordem administrativa e à ordem econômica. Sustentam, em apertada síntese, que pagam os impostos devidos, bem como estão constituídas com base nos requisitos legais exigidos pela legislação vigente à época e nunca se furtaram a qualquer fiscalização. Narram, de forma genérica, que o Ministério Público não demonstrou que a decisão proferida pelo juiz de primeiro grau teria violado a ordem administrativa, tampouco a saúde, a segurança e a economia públicas. Asseveram, ainda, que o incidente de suspensão de segurança não seria sucedâneo recursal, devendo eventual lesão à ordem jurídica ser examinada nas vias recursais ordinárias. Afirmam, outrossim, que teriam direito líquido

e certo de funcionar até o trânsito em julgado da ação principal.

Às contra-razões, o Ministério Público pondera que a decisão proferida pelo juiz *a quo*, no que toca à suspensão dos efeitos da sentença até o seu trânsito em julgado, estaria violando a ordem administrativa, uma vez que impediria a Administração de exercer o seu poder de polícia, no sentido de fiscalizar os estabelecimentos e os equipamentos que veiculam jogos de azar. Afirma, ainda, que, com o advento da Lei nº 9.981/2000, o jogo de bingo deixou de ser regulado pelo ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido revogados os dispositivos que autorizavam a sua exploração. Assevera, também, que foram revogados os arts. 59 a 81 da Lei nº 9.615/98, que autorizavam o jogo de bingo permanente, com a edição da Lei nº 9.981/2000, a qual apenas deixou ressalvadas as autorizações que estavam em vigor até a data da sua expiração, que se deu em 31 de dezembro de 2002, por força do Decreto nº 2.574/88.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO (Relator):

Agita-se nos autos questão pertinente à vigência da Lei nº 9.615/98 que trata da exploração de jogos de bingo.

Anoto que os arts. 59 *usque* 81 da Lei nº 9.615/98 regulamentavam os jogos de bingo no Brasil. Ocorre que, sobrevindo a Lei nº 9.981/2000, os referidos artigos foram expressamente revogados. Confira-se:

Art. 2º Ficam revogados, a partir de 31 de dezembro de 2001, os arts. 59 a 81 da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, **respeitando-se as autorizações que estiverem em vigor até a data da sua expiração.**

As autorizações que estavam em vigor na data da edição da Lei 9.981/2000 continuaram a surtir efeito até o implemento de seu termo final.

Quanto ao limite de prazo para a **expiração** da autorização em apreço, o art. 83 do Decreto nº 2.574/98 dispunha:

Art. 83. O credenciamento será válido por doze meses, contados da data do respectivo deferimento.

§ 1º Antes de expirado o prazo de validade do credenciamento, a entidade credenciada deverá solicitar renovação, sob pena de cancelamento.

§ 2º O pedido de renovação da validade do credenciamento implica a obrigatoria atualização dos dados, inclusive de certidões.

§ 3º As certidões e declarações valerão pelo prazo nelas assinalado, ou por seis meses, no caso de não estipulação do prazo.

§ 4º As certidões e declarações deverão ser renovadas, quando vencidas.

Assim, desponta que o termo final para a incidência da expiração das autorizações deferidas com esteio na Lei nº 9.615/98 se deu em 31 de dezembro de 2002, estando os empresários da exploração e funcionamento de jogos eletrônicos atuando, a partir desta data, sem autorização legal pertinente.

Seguindo essa linha e bastante esclarecedor está o seguinte aresto do e. Superior Tribunal de Justiça, textual:

EMENTA: CRIMINAL. RESP. EXPLORAÇÃO DE JOGOS DE BINGO. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. ORDEM CONCEDIDA PARA LIBERAR O MATERIAL APREENDIDO E AUTORIZAR A CONTINUAÇÃO DA ATIVIDADE. REVOGAÇÃO DO ART. 50 DA LCP. INOCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

I. Hipótese em que foram apreendidos diversos materiais correlacionados à exploração comercial de jogos de bingos.

II. O art. 50 da LCP não restou revogado pela Lei Pelé (Lei 9.651/98), que veio apenas permitir o funcionamento provisório de “bingos”, desde que autorizados por entidades de direito público.

III. Com o advento da Lei 9.981/2000 (Lei Maguito Vilela) foram revogados, a partir de 31/12/2001, os artigos 59 a 81 da Lei 9.651/98 (Lei Pelé), respeitando as autorizações que estivessem em vigor até a data de sua expiração, autorização esta, com validade de 12 meses, conforme a legislação específica.

IV. A partir de 31/12/2002, ninguém mais poderia explorar o jogo do bingo por violação expressa ao art. 50 da Lei 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais).

V. Se o ato impugnado ocorreu em 2003, quando as referidas empresas já não mais poderiam estar explorando a atividade, tem-se a correção da medida de busca e apreensão.

VI. Recurso provido. (STJ, REsp nº 703.156/SP, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, *DJ* de 19/04/2005, p. 402).

Trago a lume, igualmente, alguns precedentes deste Sodalício que tratam da matéria posta em análise, *in verbis*:

EMENTA: PENAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JOGOS DE AZAR. PRÁTICAS EXERCIDAS DE FORMA CLANDESTINA POR PARTICULARES. PROIBIÇÃO LEGAL (LEI Nº 9.981/00 E DEC. Nº 3.659/00). AUSÊNCIA DE PERMISSÃO DA UNIÃO. CONTRAVENÇÃO PENAL (DL Nº 3.688/41). DANO DIÁRIO À COLETIVIDADE. SUSPENSÃO DAS ATIVIDADES. AGRAVO PROVIDO EM PARTE. REGIMENTAL PREJUDICADO.

1. Trata-se de agravo de instrumento, interposto contra decisão prolatada pelo Juízo Federal da 8ª Vara-RN, que indeferiu a antecipação de tutela requerida nos autos de ação civil pública promovida contra as ora agravadas, na qual se buscava a suspensão imediata de toda e qualquer espécie de jogo de azar ou sorteios por parte das mesmas, sob pena de cominação de multa diária de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) por sorteio realizado.

2. A Lei nº 9.981/2000 e o Decreto que a regulamentou (Decreto nº 3.659/2000) expressamente tornaram proibida a exploração dos jogos de azar no país, cuja prática é tipificada como contravenção penal pelo Decreto-Lei nº 3.688/1941. São atividades em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente de sorte, incluindo sorteios, bingos e loterias, quando exercidas por particulares.

3. A pretensão do agravante encontra abrigo na jurisprudência pacífica do c. STJ, que se firmou pela ilicitude da exploração e funcionamento das máquinas de jogos eletrônicos. Precedentes. (STJ - 2ª Turma - AgRg na MC 10784/RS; Agravo Regimental na Medida Cautelar 2005/0183973-4 - J. em 13.12.2005 - *DJ* 06.02.2006, p. 231 - Rel. Min. Castro Meira)

4. O dano efetivo e diário que tais atividades causam à coletividade justifica a suspensão imediata das mesmas, até porque não consta dos autos qualquer permissão de funcionamento das Empresas Recorridas por parte da União e, também, porque não se pode permitir a continuidade de práticas sabidamente ilícitas.

5. Agravo de instrumento provido em parte, para cominar multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por sorteio realizado. Agravo Regimental prejudicado. (TRF 5ª Região, AG nº 68.613/RN, Rel. Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, *DJ* de 30.05.2007, p. 843).

EMENTA: ADMINISTRATIVO. EXPLORAÇÃO DE JOGO DE BINGO. ILEGALIDADE. LEI Nº 9.981/2000. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

I. Em se tratando de defesa de direitos difusos de consumidores, expostos à atividade ilegal, e do interesse público de impedir a prática de contravenções penais, não há como se afastar a legitimidade ativa do Ministério Público.

II. Competência da Justiça Federal em face da presença no pólo ativo do Ministério Público Federal (art. 109, I, da CF/88), além de se discutir na presente lide o exercício de serviço público da União e questão de competência legislativa privativa da União (art. 22, XX, da CF/88).

III. Com o advento da Lei nº 8.672/93 (Lei Zico), foi autorizada às entidades de direção e prática desportiva a exploração de jogos de bingo, posteriormente modificada pela Lei nº 9.615/98 (Lei Pelé), que condicionava a exploração da atividade à autorização a ser concedida pela União Federal. Por sua vez, a Medida Provisória 2.216-37/2001 deu nova redação ao artigo 59 da Lei 9.615/98, conferindo à Caixa Econômica Federal a competência para expedir certificados de autorização para exploração de bingo permanente.

IV. Vigorando a Lei nº 9.981/2000, foram revogados, a partir de 31/12/2001, os artigos 59 a 81 da Lei nº 9.651/98, respeitando as autorizações que estivessem em vigor até a data de sua expiração, autorização esta, com validade de 12 meses, conforme a legislação específica. A partir desta data não há mais a possibilidade da manutenção da prática de bingos, em face da proibição do ainda vigente art. 50 da Lei das Contravenções Penais.

V. Inocorrência de repristinação, uma vez que o artigo 50

da Lei das Contravenções Penais jamais foi revogado.
VI. Apelações improvidas. (TRF 5ª Região, AC nº 410.208/
RN, Rel. Desembargadora Federal Margarida Cantarelli,
DJ de 30/05/2007, p. 936).

De mais a mais, vale registrar que a rejeição da Medida Provisória nº 168/2004, levada a efeito pelo Senado Federal, que teria proibido, expressamente, a exploração de todas as modalidades de jogos de bingo e vídeo-loteria não revigorou o direito à prática desta atividade ilícita, tendo em vista que toda a legislação acima transcrita, ainda vigente, continuou obstando o seu funcionamento.

Por seu turno, relevante pontuar que o permissivo legal estabelecido pelo art. 14 da Lei nº 7.347/85 para conferir efeito suspensivo ao recurso, em sede de ação civil pública, não se aplica ao caso presente. O interesse visado pelo art. 14 do diploma legal mencionado não se coaduna fielmente com a atividade exercida pelos empresários ligados aos jogos de azar.

Aliás, sintomático que o **dano irreparável** – reputado pela lei em destaque como parâmetro para conferir efeito suspensivo – consubstancia, exatamente, na parte do dispositivo da sentença lançada pelo juiz *a quo*, que teria determinado a suspensão dos seus efeitos até o trânsito em julgado, na medida em que permitirá a continuidade da exploração do jogo de bingo que, acintosamente, traz em si toda espécie de prejuízo à sociedade, além de estar capitulada como contravenção penal, nos termos do art. 50 do Decreto-Lei nº 3.688/41.

Diante disso, apresenta-se indiscutível a **plausibilidade** do direito invocado pelo Ministério Público Federal, no âmbito de cognição incompleta própria do incidente de suspensão de segurança objeto deste agravo.

No que toca à violação aos interesses protegidos pela Lei nº 8.437/92, especificamente a ordem pública, convém trazer a lume o autorizado escólio da lavra do Ministro Néri da Silveira, exarado por ocasião do julgamento da SS nº 4.405/SP, vazado nos seguintes termos: “*no conceito de ordem pública se compreende 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 autoridades constituídas”.

Nessa linha, ressoa inegável que a decisão proferida pelo Juiz *a quo* que permite a continuidade da atividade prestada pelos empresários ligados aos jogos de bingo e aos jogos eletrônicos enseja uma flagrante violação aos interesses tutelados pela Lei nº 8.437/92, em especial a ordem pública, considerada esta na sua expressão ordem administrativa, na medida em que inviabiliza o Estado-Administração de exercer plenamente o poder de polícia, fiscalizando as atividades aludidas.

Por todas essas razões, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA

5535-PE Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria.....57

APELAÇÃO CÍVEL

311112-RN Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima..64
339249-RN Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães.....70
362922-RN Rel. Des. Federal José Maria Lucena.....77
366215-PE Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria.....90
374181-SE Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira.....96
376379-SE Rel. Des. Federal Ridalvo Costa.....109
402573-PE Rel. Des. Federal Ridalvo Costa.....114
405014-CE Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti.....120
406528-PE Rel. Des. Federal Marcelo Navarro.....126
408830-PE Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano.....135
410210-PE Rel. Des. Federal Marcelo Navarro.....148
412222-AL Rel.^a. Des.^a. Federal Margarida Cantarelli.....163
415299-PE Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante.....170
420753-PE Rel.^a. Des.^a. Federal Margarida Cantarelli.....181

APELAÇÃO CRIMINAL

3389-PE Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima..190

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

79813-RN Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano.....195

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

1253-PE Rel. Des. Federal Francisco Wildo.....206
1271-PE Rel. Des. Federal Francisco Wildo.....217
1294-CE Rel. Des. Federal Cesar Carvalho (Convocado)..222

HABEAS CORPUS

2713-RN	Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante.....	235
2798-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães.....	252
2800-PE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena.....	258
2854-CE	Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira.....	268
2904-AL	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt.....	277
2906-PE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt.....	283

MEDIDA CAUTELAR (PRESIDÊNCIA)

2326-PE	Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho..	289
---------	--	-----

SUSPENSÃO DE LIMINAR

3803-RN	Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho..	304
---------	--	-----

ÍNDICE ANALÍTICO

JURISPRUDÊNCIA

A

PrCv	Ação cautelar. Cancelamento da distribuição. Ausência de preparo. Matéria não alegada pelo réu na contestação. Condenação em honorários de sucumbência. Descabimento. Aplicação do CPC, art. 22. AC 405014-CE 120
Cv e Adm	Ação ordinária. Incompetência da Justiça Federal. Posse de pequena área rural produtiva. Reconhecimento <i>incidenter tantum</i> da propriedade. Exclusão da área de ação de desapropriação em curso. Possibilidade. Conflito aparente de dispositivos constitucionais. Ponderação de interesses. Prevalência do interesse do indivíduo. AC 406528-PE 126
Adm	Ação ordinária de indenização por danos morais e materiais. Acidente de trânsito. Veículo pertencente à FUNASA. Cessão e doação do bem para município. Preliminar de ilegitimidade passiva <i>ad causam</i> da FUNASA. Rejeição. Responsabilidade solidária. Condenação da Fazenda Pública em custas processuais. Possibilidade. Redução dos honorários advocatícios para 5% do valor da condenação. Incabimento. AC 362922-RN 77
Ct e Adm	Ação rescisória. Servidor público. Reajuste geral de vencimentos. Ausência. Indenização. Impossibilidade. AR 5535-PE 57

PrCv	Agravo regimental. Suspensão de segurança. Ação civil pública. Exploração de bingo. Manutenção da decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento. AgRg na SL 3803-RN 304
------	--

B

Prev e PrCv	Benefícios previdenciários. Cumulação. Pensão por morte de trabalhador urbano e aposentadoria rural por idade. Possibilidade. Prova testemunhal corroborada por início de prova material. Atividade rúrcula confirmada. AC 415299-PE 170
-------------	--

C

Adm	Concurso público. Professor Auxiliar. Aprovação. Recusa à nomeação. Preliminar de ilegitimidade passiva do Reitor da UFRN. Rejeição. Necessidade e conveniência da nomeação demonstradas pela Administração. Direito à nomeação. AMS 79813-RN ... 195
-----	---

PrCv	Conflito de competência. Dívida ativa. Execução proposta pela União contra empresa pública municipal. Competência do Juízo das execuções fiscais. CC1271-PE 217
------	---

PrPen	Conflito de competência. Exceção de incompetência. Apelações pendentes. Prevenção. Inaplicabilidade. Decisão em conflito de competência como questão a ser decidida anteriormente à decisão definitiva em exceção de incompetência. Necessidade de dissipar, em sede de conflito, a dúvida quanto a quem compete julgar o feito. Conflito dirimido. Fixação de competência.
-------	---

Descabimento de apelação contra decisão proferida em sede de exceção. Duplicidade de denúncias. Critério. Circunscrição com mais de um Juiz competente. Distribuição. Competência do primeiro Juízo a quem o feito foi distribuído. CC 1294-CE 222

PrPen Conflito de competência suscitado pelos réus. Ausência de controvérsia entre os magistrados envolvidos. Não conhecimento do conflito. Inteligência do CPP, art. 114. CC 1253-PE 206

E

PrCv Embargos de terceiro. Conciliação na Justiça do Trabalho. Transmissão de propriedade de bem imóvel para pagamento de crédito trabalhista. Preferência do crédito trabalhista sobre o crédito hipotecário. Cancelamento da penhora. AC 402573-PE 114

PrCv e Adm Empresa estrangeira. Capacidade processual. Existência. CPC, art. 515, § 3º. Mercadoria importada. Abandono. Pena de perdimento. Legalidade. Reexportação. Impossibilidade. AC 366215-PE 90

Pen e PrPen Exploração de bens pertencentes à União sem autorização legal. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação que se impõe. Isenção da pena de multa ante o estado de pobreza do réu. Impossibilidade. Redução da pena privativa de liberdade. Cabimento. Prescrição retroativa. Extinção da punibilidade. ACr 3389-PE 190

F

Adm e PrCv FGTS. Contrato de trabalho anulado por ausência de concurso público. Vínculo empregatício municipal. Culpa recíproca. Direito ao levantamento do saldo. Inteligência da Lei nº 8.036/90, art. 20, I. AC 339249-RN .. 70

H

Pen e PrPen *Habeas corpus*. Auxiliar da justiça. Ex-leiloeiro. Depositário fiel. Retenção de bens. Prisão civil. Possibilidade. Ordem denegada. HC 2904-AL 277

Ct e PrPen *Habeas corpus*. Crime ambiental. Lançamento de esgoto sem tratamento em rio que banha mais de um Estado. Lesão a bem da União. Competência da Justiça Federal. Denúncia contra pessoa jurídica. Denúncia contra presidente em exercício e diretores da empresa. Imputação objetiva sem a mínima descrição da participação dos agentes no crime em tese ocorrido. Nulidade por infringência ao princípio constitucional da ampla defesa. Concessão da ordem. HC 2798-PE 252

PrPen *Habeas corpus*. Prisão administrativa de estrangeiro em situação irregular no país. Decretação por autoridade judiciária. Deportação. Prorrogação do prazo. Excesso não configurado. Liberdade vigiada. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada. HC 2906-PE 283

Pen e PrPen *Habeas corpus*. Trancamento da ação penal por falta de justa causa. Crimes contra

	o Sistema Financeiro Nacional, contra a ordem tributária e de lavagem de dinheiro. Anulação da denúncia por inépcia. Crimes previdenciários. Inadequação da via eleita para o exame aprofundado das teses defendidas pelos impetrantes. Denegação da ordem. HC 2713-RN 235
Pen e PrPen	<i>Habeas corpus</i> liberatório. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Garantia da ordem pública e da instrução criminal. Crimes, em tese, de pedofilia e de violação dos direitos humanos. Indícios de assédio a menor, via <i>internet</i> , e de organização de pessoas para apresentação e divulgação, via <i>internet</i> , de imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente. Revogação da prisão preventiva. Impossibilidade. Presentes os requisitos autorizadores da manutenção da medida cautelar. Denegação da ordem. HC 2854-CE 268
Pen e PrPen	<i>Habeas corpus</i> liberatório. Prisão preventiva. Paciente apontado como líder de quadrilha destinada à falsificação de documentos necessários à obtenção de visto para o irregular ingresso de imigrantes nos Estados Unidos da América. Reiteração da prática de atos criminosos. Subsistência dos motivos ensejadores do encarceramento. Denegação da ordem. HC 2800-PE 258
I	
PrCv e Adm	Imóveis da extinta Fundação Legião Brasileira de Assistência – LBA. Doação a Estado-membro. Legalidade. AC 376379-SE ... 109

Ct e PrCv	Impossibilidade jurídica do pedido. Não ocorrência. Conflito entre índios da mesma etnia. Comunidade Xukuru de Ororubá e de Cimbres. Autotutela de interesses. Instituição da vingança. Impossibilidade. Indigenato. Direito dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupavam. Expulsão por outro grupo. Direito da minoria ao regresso. Obrigação de não fazer imposta à comunidade recorrente. AC 410210-PE..... 148
Cv	Indenização. Danos morais. Transplante de medula óssea. Paciente portadora de anemia aplásica severa. Falta de material e leito para cirurgia. Negligência no atendimento em hospital público. Falecimento da paciente. Legitimidade dos sucessores do autor falecido para integrar a lide. AC 420753-PE 181
Ct, Prev e PrCv	Interposição de duas apelações. Preclusão consumativa. Prescrição quinquenal. Incidência. Pensão especial instituída por ex-combatente. Pensão previdenciária. Percepção cumulativa. Possibilidade. AC 408830-PE 135

M

PrCv e Trbt	Medida cautelar incidental a recurso especial. Pedido de atribuição de efeito suspensivo. IPI. Compensação de supostos créditos nas exportações. Inépcia da inicial. Não configuração. Alegação rejeitada. Ilegitimidade passiva da requerida rejeitada. Alegação de prescrição rejeitada. Impossibilidade de compensação de créditos antes do trânsito em julgado da decisão. Hipótese em
-------------	--

que o produto final destinado ao exterior não é tributado porque imune. Impossibilidade de compensação de supostos créditos de IPI. Presença dos pressupostos da cautelar. Pedido cautelar que se julga parcialmente procedente apenas para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial. MC nº 2326-PE 289

R

- Trbt Recuperação de créditos de IPI. Descontos incondicionais. Empresa distribuidora de bebidas. Qualidade de indústria ou equipada a estabelecimento industrial. Inocorrência. Reconhecimento da ilegitimidade da autora para pleitear a não incidência do IPI sobre os descontos incondicionais. AC 374181-SE 96
- Cv Reintegração de posse da União. Área de imóvel destinada a projeto de assentamento rural para fins de reforma agrária. Famílias que se utilizam da terra na condição de posseiras. Lei nº 8.629/93. Prioridade para o assentamento que deve ser dada aos posseiros. AC 412222-AL 163

S

- Adm Soldado-de-Primeira-Classe da Aeronáutica. Militar temporário. Licenciamento *ex officio* por conclusão de tempo de serviço. Possibilidade. AC 311112-RN 64